



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

Processo n° 15374.005485/2001-46
Recurso n° 158.594 Voluntário
Matéria IRPF
Acórdão n° 104-23.592
Sessão de 06 de novembro de 2008
Recorrente MARCELO STEINFELD
Recorrida 10ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1997

DECADÊNCIA - AJUSTE ANUAL - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - Sendo a tributação das pessoas físicas sujeita a ajuste na declaração anual e independente de exame prévio da autoridade administrativa, o lançamento é por homologação, hipótese em que o direito de a Fazenda Nacional lançar decai após cinco anos, contados de 31 de dezembro de cada ano-calendário questionado.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - GASTOS E/OU APLICAÇÕES INCOMPATÍVEIS COM A RENDA DECLARADA - LEVANTAMENTO PATRIMONIAL - FLUXO FINANCEIRO - BASE DE CÁLCULO - APURAÇÃO MENSAL - ÔNUS DA PROVA - O fluxo financeiro de origens e aplicações de recursos deve ser apurado, mensalmente, considerando-se todos os ingressos e dispêndios realizados, no mês, pelo contribuinte. A lei autoriza a presunção de omissão de rendimentos, desde que a autoridade lançadora comprove gastos e/ou aplicações incompatíveis com a renda declarada disponível (tributada, não tributável ou tributada exclusivamente na fonte).

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA - As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

ORIGENS DE RECURSOS - DISPONIBILIDADES - SALDOS BANCÁRIOS - APLICAÇÕES - DÍVIDAS E ÔNUS REAIS - Valores alegados, oriundos de saldos bancários, disponibilidades, resgates de aplicações, dívidas e ônus reais, como os demais rendimentos declarados, são objeto de prova por quem as invoca como justificativa de eventual aumento patrimonial. Somente a

apresentação de provas inequívocas é capaz de elidir presunção legal de omissão de rendimento. As operações declaradas, que importem em origem de recursos, devem ser comprovadas por documentos hábeis e idôneos que indiquem a natureza, o valor e a data de sua ocorrência.

EMPRÉSTIMO REALIZADO NO EXTERIOR - TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS - EFETIVIDADE - COMPROVAÇÃO - A alegação da existência de empréstimo realizado com terceiro, pessoa física ou jurídica, deve vir acompanhada de provas inequívocas do efetivo ingresso dos recursos obtidos a esse título. Entretanto, se restar comprovado que o valor do empréstimo realizado no exterior foi transferido diretamente, pelo estabelecimento bancário mutuante, para outra conta bancária no exterior indicada pelo mutuário para liquidação de dívidas contraídas no Brasil (compra de ações) é de se desconsiderar a glosa do empréstimo.

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

ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS MORATÓRIOS - 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 nº 4).

Arguição de decadência rejeitada.

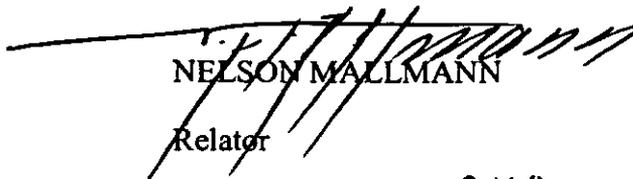
Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MARCELO STEINFELD.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de decadência e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo o valor de R\$ 226.570,46, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Presidente


NELSON MALLMANN

Relator

FORMALIZADO EM: 07 JAN 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Heloísa Guarita Souza, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Amarylles Reinaldi e Henriques Resende (Suplente convocada), Pedro Anan Júnior e Gustavo Lian Haddad. Ausente justificadamente o Conselheiro Antonio Lopo Martinez. *gel*



Relatório

MARCELO STEINFELD, contribuinte inscrito no CPF/MF 024.171.627-68, com domicílio fiscal na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, à Rua Icatu, nº 96, Bairro Humaitá, jurisdicionado a DERAT no Rio de Janeiro - RJ, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 465/474, prolatada pela Primeira Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro - RJ II, recorre, a este Primeiro Conselho de Contribuintes, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 480/502.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 18/12/01, Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 338/341), com ciência através de AR, em 21/12/01, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 180.919,13 (Padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescidos da multa de lançamento de ofício normal de 75% e dos juros de mora, de no mínimo, de 1% ao mês ou fração, calculados sobre o valor do imposto, relativo ao exercício de 1997, correspondente ao ano-calendário de 1996.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização, onde a autoridade lançadora entendeu haver omissão de rendimentos tendo em vista a variação patrimonial a descoberto, onde se verificou excesso de aplicações sobre origens, não respaldado por rendimentos declarados / comprovados, conforme demonstrado no Termo de Verificação Fiscal (fls. 337), Demonstrativo Mensal de Fluxo de Caixa (fls. 342/343) e demais planilhas anexas (fls. 344/350), que fazem parte deste auto. Infração capitulada nos artigos 1º ao 3º e §§, da Lei nº 7.713, de 1988; artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.134, de 1990; e artigos 3º e 11, da Lei nº 9.250, de 1995.

A Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil, responsável pela constituição do crédito tributário, esclarece, ainda, através do Termo de Verificação Fiscal (fls. 337) entre outros, os seguintes aspectos:

- que a análise da Declaração de Rendimentos do exercício de 1997, ano-calendário de 1996, realizou-se à vista dos documentos apresentados pelo contribuinte, especialmente os em resposta ao Termo de Intimação nº 7, pesquisas nos sistemas da Secretaria da Receita Federal, circularização de cartórios, e de bancos, após o afastamento do sigilo bancário do contribuinte, por determinação do Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro;

- que o crédito em conta-corrente na empresa Cindam S.A. Comercial Exportadora, no valor de R\$ 263.031,94 (DIRPF - fls. 21) foi compensado com o débito de R\$ 4.095.608,87, relativo à aquisição de 10.000 ações da Cindam Trading CO, empresa estabelecida nas Ilhas Caimã, a que era ligado, como informado pelo contribuinte (fls. 100);

- que a dívida de R\$ 3.797.339,07 indicada no quadro "Dividas e ônus Reais" (fls. 22) não foi computada no fluxo de caixa, porque a compra de ações que a originou também não o foi, já que, conforme declarado pelo contribuinte, não houve movimentação de recursos;

- que o empréstimo declarado (fls. 22) no valor de R\$ 291.526,40 como tomado junto ao Fonte Overseas Bank LTD, instituição financeira nas Bahamas, não foi considerado, porque: (1) - o instrumento particular de contrato de mútuo apresentado (fls. 125/128) não é documento hábil nem idôneo para fazer prova de um contrato internacional, não preenchendo os mínimos requisitos estabelecidos pela legislação: duas testemunhas e registro no Registro Público (art. 135 do Código Civil Brasileiro); (2) - não há identificação dos responsáveis pelo Banco, nem comprovação de que quem assina o contrato está legalmente habilitado a fazê-lo; (3) - o contrato foi firmado com banco estrangeiro e o contribuinte não comprova o ingresso do dinheiro no país, para saldar dívida relativa à aquisição de 15.083 ações preferenciais do Banco Fonte Cindam S.A., realizada em 31/10/1996, para pagamento em 31/12/1996, em moeda nacional (fls. 77/79);

- que o Departamento de Câmbio do Banco Central do Brasil não informou nenhum ingresso financeiro para o contribuinte em 1996, apenas uma remessa, no valor de US\$ 1.941,99, realizada em 04/06/1996, para viagem ap exterior.

Em sua peça impugnatória de fls. 355/380, instruída pelos documentos de fls. 382/450 apresentada, tempestivamente, em 22/01/02, o contribuinte, se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida à impugnação para declarar a insubsistência do Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que independentemente das questões atinentes ao mérito propriamente dito, o presente auto de infração não resiste a uma primeira e superficial análise, bastando uma rápida verificação para que se constate o decurso do prazo decadencial que a Fazenda Nacional tem para efetuar o lançamento tributário;

- que o Código Tributário Nacional elegeu algumas formas de realização do ato administrativo do lançamento tributário, sendo comum procurar classificá-las quanto ao grau de participação do contribuinte no procedimento de lançamento - por exemplo, no lançamento de ofício, o contribuinte não participa; enquanto no "Lançamento por homologação", a participação do contribuinte é ampla, cabendo a este a realização de todos os atos necessários à quantificação do tributo, para então, apenas aguardar a chancela da autoridade administrativa, através da homologação expressa, ou então, o decurso de prazo quinquenal, operando-se, em consequência, a chamada homologação tácita;

- que no tocante aos tributos sujeitos à modalidade de lançamento por homologação, previu o Código Tributário Nacional que o direito de lançar e constituir o crédito tributário da Fazenda Pública extinguiria-se no decurso do prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, como se vê da redação do parágrafo 4º do artigo 150;

- que, assim, verifica-se de forma incontroversa a decadência do direito da autoridade administrativa de questionar qualquer aspecto concernente ao recolhimento efetuado pelo impugnante do imposto de renda, ano-base de 1996 - com exceção do mês de dezembro - encontrando-se, portanto, o auto de infração lavrado, eivado de nulidade;

- que, na matéria de mérito, a fiscal autuante entendeu que teria ocorrido variação patrimonial a descoberto nos meses de junho, julho e dezembro de 1996 e que a variação patrimonial estaria caracterizada pela inexistência de disponibilidade financeira ou depósitos efetuados em conta corrente cuja origem não teria restado comprovada;

- que, quanto ao mês de junho de 1996, é de se dizer que foi apresentada uma variação patrimonial a descoberto no montante de R\$ 39.522,60, entretanto, no demonstrativo intitulado despesas e cheques debitados, foram efetuadas 3(três) deduções: 04/06/1996 no valor de R\$ 2.000,00; 05/06/1996 no valor de R\$ 1.339,79; e 24/06/1996 no valor de R\$ 30.000,00;

- que ao contrário do que concluiu a fiscal autuante, aqueles valores não podem ser deduzidos e tratados como despesas realizadas, pois, tiveram destinação totalmente distinta: o primeiro cheque no valor de R\$ 2.000,00, nominal ao Banco Fonte Cindam, foi sacado para constituição de pequena poupança, em dinheiro, que o impugnante reservou para eventualidades; já em relação ao valor de R\$ 30.000,00, cabe esclarecer que o mesmo destinou-se à realização de aplicação financeira e não ao pagamento de despesas;

- que a verdade é que o lançamento procedido da maneira como foi acarreta, indiscutivelmente, a nulidade da autuação, pois, conforme demonstrado acima, foram desconsiderados fatos relevantes e consideradas bases equivocada, maculando-se todo o procedimento;

- que, inicialmente, um contrato de mútuo internacional como admite a fiscal autuante, não deverá, necessariamente preencher os requisitos fixados na legislação brasileira. O contrato respeitará sim as regras e normas do país no qual está sediado o Banco que concedeu o empréstimo. A declaração em anexo, comprova que, pela legislação das Bahamas não constitui requisito essencial para a sua validade ou eficácia que o contrato seja assinado por duas testemunhas;

- que quanto à identificação das pessoas que assinaram o contrato e a sua condição de diretores do Fonte Overseas Bank Ltd – que posteriormente mudou de nome para Fonte Cindam Bahamas Bank – bastaria ter sido solicitada tal informação que tudo estaria prontamente esclarecido. Como isto não foi feito, o impugnante apresenta agora documento que comprova a composição da Diretoria e o quadro acionário, bem como declaração daqueles diretores confirmando a concessão de empréstimo na qualidade de diretores daquela instituição;

- que, por último, alega a fiscal autuante que não há prova do ingresso dos recursos no País;

- que efetivamente não existe esta prova porque o dinheiro nunca ingressou no País, conforme esclarecido em resposta á intimação. Os recursos recebidos do empréstimo foram utilizados para pagar, no exterior, o preço de aquisição de ações como será amplamente demonstrado;

- que cabe ressaltar que, ao contrário do que considerou a ilustre fiscal, não constitui condição de validade e nem requisito de prova para operação de empréstimo realizada no exterior o ingresso dos recursos no Brasil;

- que o Sr. Carlos Camacho era proprietário de ações do Banco Fonte Cindam S.A. e decidiu vendê-las para os outros acionistas, em razão disso foram celebrados os contratos de compra e venda;

- que na data da liquidação dos referidos contratos de compra e venda, os compradores que encontravam-se naquele momento sem disponibilidade financeira - a mesma

somente surgiria em janeiro de 1997 - decidiram contratar operação financeira junto ao Fonte Overseas Bank Ltd;

- que o preço de compra e venda não foi pago no Brasil, e sim no exterior, mediante transferência de recursos das contas dos três compradores para a conta corrente do vendedor junto ao mesmo banco;

- que o impugnante apresenta todos os documentos em anexo que comprovam a operação, sendo que no doc. L é a correspondência firmada pelo Sr. Camacho confirmando a modalidade com que recebeu os valores relativos à venda de suas ações, o seu extrato de conta corrente junto ao Fonte Overseas Ltd, no qual foi feito o crédito dos valores recebidos, recibo descritivo da forma de liquidação e a prova de que parte do dinheiro recebido no exterior foi internado no Brasil;

- que resta cabalmente configurada a ilegalidade da cobrança pela Fazenda Nacional de juros de mora baseados na cumulação da taxa SELIC que já contém juros com juros de mora como pretendido no auto de infração ora impugnado.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante a Primeira Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro – RJ II conclui pela procedência parcial da ação fiscal e pela manutenção em parte do crédito tributário, com base nas seguintes considerações:

- que concordo com o impugnante quanto à classificação do Imposto de Renda Pessoa Física como tributo sujeito ao lançamento por homologação, mas a sua interpretação quanto à determinação do termo inicial está equivocada. Conforme o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é a data da ocorrência do fato gerador e assim cabe determinar a data em que este estaria concretizado;

- que não sendo a omissão de receitas aqui discutida rendimento sujeito à tributação definitiva ou exclusiva na fonte, esta deve, por determinação expressa do art. 10 da Lei nº 8.13, de 1990, integrar a base de cálculo do ajuste anual no ano em que foram considerados recebidos os rendimentos. Observa-se que jurisprudência trazida pelo impugnante diz respeito a outros tributos ou ao ganho de capital, que não está sujeito ao ajuste anual;

- que conclui-se que no Imposto de Renda Pessoa Física, embora as quantias sejam recebidas mensalmente, o valor apurado será acrescido aos rendimentos tributáveis na Declaração de Ajuste Anual, submetendo-se à aplicação das alíquotas constantes da tabela progressiva anual. Trata-se assim de tributo complexo, ou seja, cujo fato gerador é complexo finalizando apenas no dia 31 de dezembro de cada ano;

- que, no presente caso, em que o lançamento é referente ao ano calendário 1996, o prazo decadencial deve ter como termo inicial 31/12/1996 e como termo final 31/12/2001. Considerando que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 21/12/2001, a preliminar de decadência deve ser afastada;

- que a tributação das pessoas físicas se faz pelo regime de caixa, ou seja, considera-se ocorrido o fato gerador no momento da movimentação financeira representativa do efetivo recebimento do rendimento, ou da efetiva colocação do recurso juridicamente à disposição do contribuinte. Qualquer aplicação de recursos pressupõe anterior aquisição de

disponibilidade. Por esta razão, gastos de qualquer natureza e incrementos patrimoniais levam a perquirir sobre a ocorrência do fato gerador do imposto;

- que a ocorrência do acréscimo patrimonial a descoberto, que evidencia a omissão de rendimentos, é verificada pelo confronto das mutações patrimoniais com os rendimentos tributáveis declarados, os rendimentos isentos e não tributáveis e os rendimentos tributados exclusivamente na fonte. Assim, o procedimento adotado pela Fiscalização está de acordo com a legislação tributária;

- que também deve ser afastada a alegação de que o fluxo foi elaborado de forma precária, o que acarretaria a nulidade da autuação: conforme esclarecido no Termo de Verificação Fiscal de fls. 337, a análise do fluxo financeiro realizou-se à vista dos documentos apresentados pelo contribuinte, pesquisas nos sistemas da SRF, circularização de cartórios e de bancos, após o afastamento do sigilo bancário do contribuinte, por determinação do Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro;

- que assiste razão ao interessado quanto à impossibilidade de considerar o cheque nº 623244, do banco Boa Vista, como “aplicações/dispêndios”, já que não ficou demonstrada pela Fiscalização a sua destinação; assim, o valor deve ser excluído do campo “despesas debitadas em conta-corrente” do demonstrativo mensal de fluxo de caixa de fls. 342/343;

- que resta comprovado, por meio dos documentos de fls. 382/385, que o cheque nº 563866, do Banco Itaú, no valor de R\$ 30.000,00, foi depositado pelo interessado na sua conta corrente junto ao Banco Cindam e posteriormente transferido para a aplicação “Hedging-Griffo”, já considerada como “aplicações/dispêndios” conforme fls. 349. Uma vez que considerado como “aplicações/dispêndio” duas vezes, o valor deve ser excluído do campo “despesas debitadas em conta-corrente” do demonstrativo mensal de fluxo de caixa de fls. 342/343;

- que quanto à alienação de imóveis, o valor de R\$ 10.000,00 foi corretamente considerado pela Fiscalização, pois em consonância com o “contrato particular de cessão de direitos” de fls. 49/51, apresentado pelo próprio interessado. Nesse sentido, não resta demonstrado o fato que deu causa ao recebimento dos valores consignados nos cheques de fl.386 e se aqueles valores correspondem a rendimentos tributáveis declarados, rendimentos isentos e não tributáveis ou rendimentos tributados exclusivamente na fonte e, assim, eles não podem ser aceitos como origem no demonstrativo mensal de fluxo de caixa;

- que a fiscalização apurou acréscimo patrimonial a descoberto no mês de dezembro de 1996 porque entendeu não comprovado o empréstimo junto ao Fonte Overseas Bank Ltd, instituição financeira localizada nas Bahamas, que teria, conforme as alegações do interessado, dado suporte financeiro para aquisição de participação societária;

- que observa-se que a Fiscalização, conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 337, não considerou o empréstimo sob os seguintes fundamentos: o instrumento particular de contrato de mútuo não é documento hábil nem idôneo para fazer prova de um contrato internacional, não preenchendo os mínimos requisitos estabelecidos pela legislação (duas testemunhas e registro no registro Público); não há identificação dos responsáveis pelo Banco, nem comprovação de que quem assina o contrato está legalmente habilitado a fazê-lo e; o

contrato foi firmado com banco estrangeiro e o contribuinte não prova o ingresso do dinheiro no país, ao contrário, declara que tais recursos não foram internados;

- que não obstante seja discutível a argumentação quanto aos requisitos de um contrato internacional, e embora tenham sido juntados na fase impugnatória documentos que comprovariam a condição dos signatários de tal documentos, entendo que essas discussões são irrelevantes tendo em vista o terceiro argumento;

- que o fato é que o próprio interessado, tanto durante a ação fiscal quanto na fase impugnatória, afirma que os recursos do empréstimo nunca ingressaram no País, porque teriam sido utilizados para pagar, no exterior, o preço das ações;

- que ocorre que o “Instrumento Particular de Compra e Venda de Ações”, juntado às fls. 147/149, e reapresentado na fase impugnatória (fls. 396/398/, consigna em sua “Cláusula Terceira - do pagamento do preço” que “o preço de venda das AÇÕES será pago, pelo COMPRADOR ao VENDEDOR, em moeda corrente nacional, na data de 31.12.1996”;

- que se o pagamento foi efetuado em moeda corrente nacional, conforme consta do documento apresentado pelo próprio interessado, e se, conforme ele mesmo afirma, os recursos que seriam provenientes do empréstimo não foram internalizados, então aqueles recursos não são aptos para justificar a compra de ações;

- que ressalta-se que deve ser afastada a argumentação de que os recursos provenientes do empréstimo teriam sido utilizados para pagar, no exterior, o preço das ações, uma vez que, conforme visto, o contrato que tem por objeto a venda daquelas ações dispõe de forma diversa;

- que conclui-se que é irrelevante perquirir sobre a ocorrência ou não do suposto empréstimo no exterior, uma vez que os recursos que não ingressaram no Brasil não podem justificar aplicações e dispêndios que aqui ocorreram;

- que, por último, questiona o interessado a legalidade da cumulação da taxa Selic, que já contém juros, com juros de mora, o que configuraria a cobrança de duas modalidades distintas de juros;

- que cabe aqui apenas esclarecer que, conforme o demonstrativo de multa e juros de mora de fls. 341, os juros de mora foram calculados exclusivamente em percentual equivalente à taxa Selic, não havendo qualquer fundamento na alegação de cumulatividade.

A presente decisão encontra-se consubstanciada nas seguintes ementas:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 1996

Ementa: DECADÊNCIA. AJUSTE ANUAL. O direito de a Fazenda Pública lançar o imposto de renda pessoa física, devido no ajuste anual, decai após cinco anos contados de 31 de dezembro de cada ano calendário.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. Sujeita-se à tributação o acréscimo patrimonial não justificado pelos rendimentos

tributados na declaração, por rendimentos isentos, não tributáveis e tributados exclusivamente na fonte.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. EMPRÉSTIMO NO EXTERIOR. Recursos que não ingressaram no Brasil não podem justificar aplicações e dispêndios que aqui ocorreram.

Lançamento Procedente em Parte.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 23/05/06, conforme Termo constante às fls. 475/476-verso, e, com ela não se conformando, o recorrente interpôs, em tempo hábil (21/06/06), o recurso voluntário de fls. 484/502, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

Neste litígio está em discussão, como se pode verificar no Auto de Infração, especificamente na descrição dos fatos e enquadramento legal, omissão de rendimentos caracterizada por acréscimo patrimonial a descoberto.

Da análise preliminar da matéria, verifica-se que a autoridade lançadora entendeu haver omissão de rendimentos diante da constatação de variação patrimonial a descoberto, apurado através de "fluxo financeiro", onde se verificou excesso de aplicações sobre as origens, não respaldados por rendimentos declarados ou comprovados.

Inconformado, em virtude de não ter logrando êxito na instância inicial, a contribuinte apresenta a sua peça recursal a este E. Conselho de Contribuintes pleiteando a reforma da decisão prolatada na Primeira Instância onde, argúi, preliminarmente, a decadência do período lançado e, no mérito, tece várias considerações sobre a impossibilidade de se tributar por mera presunção, já que entende que as variações foram devidamente justificadas, através da apresentação de documentação hábil e idônea.

Desta forma, a discussão neste colegiado se prende a preliminar de decadência e, no mérito, a discussão se prende sobre acréscimo patrimonial a descoberto, previsto no § 1º do artigo 3º da Lei nº 7.713, de 1988.

Quanto a preliminar de decadência, verifica-se que o recorrente entende que no caso do imposto de renda das pessoas físicas, oriundo de lançamentos efetuados com base no § 1º do artigo 3º da Lei nº 7.713, de 1988 (acréscimo patrimonial a descoberto), o lançamento é por homologação e o fato gerador verifica-se mensalmente.

Com a devida vênia, não posso compartilhar com tal entendimento (decadência mensal), pelos motivos expostos abaixo.

Quanto à decadência estou filiado a corrente que defende que a modalidade de lançamento a que se sujeita o imposto sobre a renda de pessoas físicas é a do lançamento por homologação, cujo fato gerador se completa no encerramento do ano-calendário.

A decadência em matéria tributária consiste na inércia das autoridades fiscais, pelo prazo de cinco anos, para efetivar a constituição do crédito tributário, tendo por início da contagem do tempo o instante em que o direito nasce. Durante o quinquênio, qualquer atividade por parte do fisco em relação ao tributo faz com que o prazo volte ao estado original,

ou seja, no caso de um tributo cujo prazo para sua decadência esteja para ocorrer faltando um dia, e ocorrendo o lançamento por parte do fisco, não há mais que se falar em decadência.

Inércia em matéria tributária é a falta de iniciativa das autoridades fiscais em tomar uma atitude para reparar a lesão sofrida. Tal inércia, dia a dia, corrói o direito de agir, até que ele se perca - é a fluência do prazo decadencial.

É de se esclarecer, que os fatos geradores das obrigações tributárias são classificados como instantâneos ou complexivos. O fato gerador instantâneo, como o próprio nome revela, dá nascimento à obrigação tributária pela ocorrência de um acontecimento, sendo este suficiente por si só (imposto de renda na fonte). Em contraposição, os fatos geradores complexivos são aqueles que se completam após o transcurso de um determinado período de tempo e abrangem um conjunto de fatos e circunstâncias que, isoladamente considerados, são destituídos de capacidade para gerar a obrigação tributária exigível. Este conjunto de fatos se corporifica, depois de determinado lapso temporal, em um fato imponível. Exemplo clássico de tributo que se enquadra nesta classificação de fato gerador complexivo é o imposto de renda da pessoa física, apurado no ajuste anual.

Aliás, a despeito da inovação introduzida pelo artigo 2º da Lei nº 7.713, de 1988, pelo qual estipulou-se que “o imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, a medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem recebidos”, há que se ressaltar a relevância dos arts. 24 e 29 deste mesmo diploma legal e dos arts. 12 e 13 da Lei nº 8.383, de 1991 mantiveram o regime de tributação anual (fato gerador complexivo) para as pessoas físicas.

Não há dúvidas, que a base de cálculo da declaração de rendimentos abrange todos os rendimentos tributáveis recebidos durante o ano-calendário diminuído das deduções pleiteadas.

Não é sem razão que o § 2º do art. 2º do decreto nº 3.000, de 1999 - RIR/99, cuja base legal é o art. 2º da lei nº 8.134, de 1990, dispõe que: “O imposto será devido mensalmente na medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no art. 85”. O ajuste de que trata o artigo 85 do RIR/99 refere-se à apuração anual do imposto de renda, da declaração de ajuste anual, relativamente aos rendimentos percebidos no ano-calendário.

Em relação ao cômputo mensal do prazo decadencial, como dito, anteriormente, é de se observar que a Lei nº 7.713, de 1988, instituiu, com relação ao imposto de renda das pessoas físicas, a tributação mensal à medida que os rendimentos forem auferidos. Contudo, embora devido mensalmente, quando o sujeito passivo deve apurar e recolher o imposto de renda, o seu fato gerador continuou sendo anual. Durante o decorrer do ano-calendário o contribuinte antecipa, mediante a retenção na fonte ou por meio de pagamentos espontâneos e obrigatórios, o imposto que será apurado em definitivo quando da apresentação da Declaração de Ajuste Anual, nos termos, especialmente, dos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.134, de 1990. É nessa oportunidade que o fato gerador do imposto de renda estará concluído. Por ser do tipo complexivo, segundo a classificação doutrinária, o fato gerador do imposto de renda surge completo no último dia do exercício social. Só então o contribuinte pode realizar os devidos ajustes de sua situação de sujeito passivo, considerando os rendimentos auferidos, as despesas realizadas, as deduções legais por dependentes e outras, as antecipações feitas e, assim, realizar a Declaração de Imposto de Renda a ser submetida à homologação do Fisco.

Ora, a base de cálculo da declaração de rendimentos abrange todos os rendimentos tributáveis recebidos durante o ano-calendário. Desta forma, o fato gerador do imposto apurado relativamente aos rendimentos sujeitos ao ajuste anual se perfaz em 31 de dezembro de cada ano.

No caso em discussão, vale a pena traçar alguns comentários acerca do denominado lançamento por homologação, previsto no art. 150, *caput*, do Código Tributário Nacional, no qual o contribuinte auxilia ostensivamente a Fazenda Pública na atividade do lançamento, cabendo ao fisco realizá-lo de modo privativo, homologando-o, conferindo a sua exatidão. Verifica-se, que o grau de participação do particular nesta espécie de lançamento atinge nível de suficiência capaz de compor a pretensão tributária limitando-se a autoridade administrativa competente tão-somente a uma atividade de controle *a posteriori* do procedimento de apuração exercido.

No lançamento por homologação, o direito subjetivo da Fazenda Nacional em constituir créditos tributários decai em cinco anos a contar da ocorrência do fato imponible, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

A jurisprudência pacificou-se no sentido de que o prazo decadencial para Fazenda Pública constituir crédito tributário no lançamento por homologação é de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por outro lado, nos precisos termos do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ocorre o lançamento por homologação quando a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, a qual, tomando conhecimento da atividade assim exercida, expressamente a homologa. Inexistindo essa homologação expressa, ocorrerá ela no prazo de 05(cinco) anos, a contar do fato gerador do tributo. Com outras palavras, no lançamento por homologação, o contribuinte apura o montante e efetua o recolhimento do tributo de forma definitiva, independentemente de ajustes posteriores.

Ora, o próprio Código Tributário Nacional fixou períodos de tempo diferenciados para atividade da administração tributária. Se a regra era o lançamento por declaração, que pressupunha atividade prévia do sujeito ativo, determinou o art. 173 do Código, que o prazo quinquenal teria início a partir “do dia primeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, imaginando um tempo hábil para que as informações pudessem ser compulsadas e, com base nelas, a administração tributária preparasse o lançamento. Essa é a regra básica da decadência.

De outra parte, sendo exceção o recolhimento antecipado, fixou o Código, também, regra excepcional de tempo para a prática dos atos da administração tributária, onde os mesmos cinco anos já não mais dependem de uma carência para o início da contagem, uma vez que não se exige a prática de atos administrativos prévios. Ocorrido o fato gerador, já nasce para o sujeito passivo a obrigação de apurar e liquidar o crédito tributário, sem qualquer participação do sujeito ativo que, de outra parte, já tem o direito de investigar a regularidade dos procedimentos adotados pelo sujeito passivo a cada fato gerador, independente de qualquer informação ser-lhe prestada. É o que está expresso no § 4º, do artigo 150, do CTN.

Nesta ordem, é de se refutar, também, o argumento daqueles que entendem que só pode haver homologação se houver pagamento e, por consequência, como o lançamento efetuado pelo fisco decorre da falta de recolhimento de imposto de renda, o procedimento fiscal não mais estaria no campo da homologação, deslocando-se para a modalidade de lançamento de ofício, sempre sujeito à regra geral de decadência do art. 173 do Código Tributário Nacional.

É fantasioso. Em primeiro lugar, porque não é isto que está escrito no caput do art. 150 do CTN, cujo comando não pode ser sepultado na vala da conveniência interpretativa, porque, queiram ou não, o citado artigo define com todas as letras que “o lançamento por homologação (...) opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

O que é passível de ser ou não homologada é a atividade exercida pelo sujeito passivo, em todos os seus contornos legais, dos quais sobressaem os efeitos tributários. Limitar a atividade de homologação exclusivamente à quantia paga significa reduzir a atividade da administração tributária a um nada, ou a um procedimento de obriedade absoluta, visto que toda quantia ingressada deveria ser homologada e, a contrário sensu, não homologando o que não está pago.

Em segundo lugar, mesmo que assim não fosse, é certo que a avaliação da suficiência de uma quantia recolhida implica, inexoravelmente, no exame de todos os fatos sujeitos à tributação, ou seja, o procedimento da autoridade administrativa tendente à homologação fica condicionado ao “conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, na linguagem do próprio CTN”.

Faz-se necessário lembrar, que a homologação do conjunto de atos praticados pelo sujeito passivo não é atividade estranha à fiscalização federal.

Ora, quando o sujeito passivo apresenta declaração com prejuízo fiscal num exercício e a fiscalização reconhece esse resultado para reduzir matéria a ser lançada em período subsequente, ou no mesmo período-base, ou na área do IPI, com a apuração de saldo credor num determinado período de apuração, o que traduz inexistência de obrigação a cargo do sujeito passivo. Ao admitir tanto a redução na matéria lançada como a compensação de saldos em períodos subsequentes, estará a fiscalização homologando aquele resultado, mesmo sem pagamento.

Assim sendo, ainda que não haja pagamento, ocorrendo o fato imponible, isto é, nascida à obrigação tributária, após o decurso de 5 (cinco) anos considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário se a Fazenda, nesse período, permanecer silente, privilegiando o princípio que o direito não socorre ao que dorme.

Não há dúvidas, de que o legislador tributário, com a criação do lançamento por homologação, procurou uma forma de contornar a problemática da estrita vinculação do ato de lançamento à autoridade administrativa (daí a impossibilidade no direito pátrio de se falar no impropriamente denominado “autolancamento”) a despeito da existência de tributos cuja natureza exige a sua apuração, quantificação e, conforme o caso, o seu recolhimento, sem prévia manifestação da administração (exs: tributos sujeitos à retenção na fonte e os impostos indiretos, tais como o ICMS e o IPI). A doutrina, no entanto, diante à insuficiência da

construção normativa engendrada pelo legislador tributário, identifica contradições e incoerências no tratamento da matéria.

Da mesma forma, não há dúvidas, que a homologação expressa ou tácita termina sendo a forma pela qual o fisco, concordando com a apuração realizada pelo contribuinte, realiza o lançamento tributário.

Assim, objeto da homologação é a atividade de apuração, e não o pagamento do tributo.¹

É a atividade que, diante de determinada situação de fato, afirma existente o tributo e apura o montante devido, ou afirma inexistente o tributo e assim ausente a possibilidade de constituição de crédito tributário. É aquela atividade que, sendo privativa da autoridade administrativa, é em certos casos, por força de lei, desenvolvida pelo contribuinte e assim, para que possa produzir os efeitos jurídicos do lançamento carece da homologação. Com esta a autoridade faz sua aquela atividade de fato desempenhada pelo contribuinte. Assim, se o contribuinte fez a apuração e informou o valor do tributo ao fisco, prestando a informação (DCTF, GIA, etc.), a autoridade administrativa pode fazer o lançamento, simplesmente homologando aquela apuração feita pelo contribuinte, e se não houve o pagamento, notificá-lo para pagar, tal como se houvesse terminado um procedimento administrativo de lançamento de ofício.

Não obstante o art. 150, em seu parágrafo primeiro, refira-se à homologação do lançamento, e em seu parágrafo quarto contenha a expressão “considera-se homologado o lançamento”, na verdade não se homologa o lançamento, pois o lançamento, nesta hipótese, consiste precisamente na homologação. Homologação da atividade de apuração ou determinação do valor do tributo e, sendo o caso, da penalidade, que a final consubstanciam o crédito tributário. O que existe antes da homologação não é, em termos jurídicos, um lançamento. Toda a atividade material desenvolvida pelo contribuinte para a determinação do valor devido ao fisco não é, do ponto de vista rigorosamente jurídico, o lançamento, pois esta é atividade privativa da autoridade administrativa. Atividade que, em se tratado de lançamento por homologação, consiste simplesmente na homologação. (É certo que o § 1º, do art. 150, referindo-se à homologação do lançamento, parece admitir que se deve considerar a atividade de apuração, desenvolvida pelo contribuinte, como lançamento. Cuida-se, porém, de simples impropriedade terminológica. A palavra lançamento, aí, está empregada no sentido de apuração do valor do tributo. Não no sentido técnico jurídico de constituição do crédito tributário).

Neste momento, acreditamos ser interessante fazer uma abordagem nas formas de interpretações existentes:

A) Sujeito passivo apura e recolhe integralmente ou parcialmente o tributo devido: Quando o sujeito passivo apura o valor devido, e recolhe integralmente o tributo, trata-se da situação fática ideal que o legislador previu ao contemplar com um lapso temporal menor para a ocorrência da decadência. É a própria essência do lançamento por homologação. O *dies a quo*, ou o termo inicial para contagem do prazo decadencial, é a partir do fato gerador. Como suporte fático no do artigo 150, § 4.º do CTN. Quando o recolhimento é menor que o valor devido, ou seja, é parcial o posicionamento predominante na doutrina leva a considerar a

¹ SAKAKIHARA, 1999, p. 584

hipótese como similar à anterior. Ou seja, independente se o recolhimento for integral ou parcial, o termo inicial para contagem se inicia da ocorrência do fato gerador.

B) Sujeito passivo apura e não recolhe o tributo devido: Essa hipótese provoca divergência na doutrina dependendo do entendimento adotado com relação ao objeto da homologação. Quando o objeto da homologação é o pagamento, e não ocorrendo, a regra a ser aplicada é do artigo 173, I do CTN, sendo o termo inicial para contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte. Se, por acaso, o objeto da homologação é o procedimento realizado pelo sujeito passivo inclina-se a aceitar que o termo inicial obedecerá ao artigo 150, § 4.º do CTN.

C) Sujeito passivo não apura e não recolhe o tributo devido: Nessa situação, independentemente do posicionamento adotado com relação ao objeto da homologação, existem aqueles, que entendem que não há o que se homologar e nestes casos o Fisco deveria utilizar o lançamento de ofício, onde o *dies a quo*, para contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte, na forma do artigo 173, I do CTN.

Entretanto, a minha posição pessoal é que objeto da homologação é a atividade exercida pelo contribuinte, e não o procedimento de apuração ou o pagamento do tributo. Aliás, esta é a posição majoritária no Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, órgão julgador de segunda instância dos processos em matéria tributária na área federal, conforme os acórdãos abaixo relacionados:

IRPF - DECADÊNCIA - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - A regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. O pagamento do tributo é irrelevante para a caracterização da natureza do lançamento tributário. O imposto de renda pessoa física é tributo que se amolda à sistemática prevista no art. 150 do CTN, chamado lançamento por homologação, de forma que o prazo decadencial é o previsto no parágrafo 4º do referido dispositivo. Recorrente: FAZENDA NACIONAL. Recorrida: 4ª CÂMARA DO 1º CONSELHO DE CONTRIBUINTES. Sessão de: 22 de setembro de 2005. Acórdão n°: CSRF/04-00.125.

DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - Os tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa amoldam-se à sistemática de lançamento por homologação, prevista no art. 150 do CTN, hipótese em que o prazo decadencial tem como termo inicial à data da ocorrência do fato gerador. A ausência de recolhimento não desnatura o lançamento, pois o que se homologa é a atividade exercida pelo sujeito passivo, da qual pode resultar ou não o recolhimento de tributo. Preliminar de decadência acolhida. Recurso especial da Fazenda Nacional conhecido e não provido. Sessão de: 11 de agosto de 2003. Acórdão n° CSRF/01-04.603.

Necessário ressaltar, que o art. 150 § 4º do CTN excepciona de sua contagem os casos em que se constatarem procedimentos dolosos, fraudulentos ou de simulação. Nestes casos não se observará a contagem do prazo a partir do fato gerador.

No que tange à fraude, merece transcrição à lição de SÍLVIO RODRIGUES (Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 226):

Age em fraude à lei a pessoa que, para burlar princípio cogente, usa de procedimento aparentemente lícito. Ela altera deliberadamente a situação de fato em que se encontra, para fugir à incidência da norma. O sujeito se coloca simuladamente em uma situação em que a lei não o atinge, procurando livrar-se de seus efeitos.

A simulação consiste na "prática de ato ou negócio que esconde a real intenção" (SILVIO DE SALVO VENOSA. Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 467), sem necessidade de prejuízo a terceiros (2003, p. 470).

A verificação do fato de determinada vontade tendente a ocultar a ocorrência do fato gerador ou encobrir suas reais dimensões, manifestada de forma efetiva na consecução distorcida das obrigações formais do contribuinte, serve como base material para a verificação da existência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a configuração desse ilícito interessa ao direito tributário na medida em que colabora na determinação da regra da decadência aplicável ao caso concreto.

O fato jurídico da existência ou não de dolo, fraude ou simulação (parte final do art. 150, § 4º, do CTN) deve, para consecução dos objetivos estabelecidos nestes dispositivos, ser constituída na via administrativa, determinando, desse modo, a obrigatoriedade do lançamento de ofício (art. 149, VII, do CTN) ou a impossibilidade da extinção do crédito pela homologação tácita. Deve-se observar que a ocorrência de dolo, fraude ou simulação só é relevante nos casos de efetivo pagamento antecipado. Se não houver pagamento antecipado, seja porque o contribuinte não o efetuou, ou porque o tributo por sua natureza se sujeita ao lançamento de ofício, o dolo, a fraude e a simulação não de ser apurados no procedimento administrativo de fiscalização realizado de ofício, não servindo como hipóteses determinantes no prazo diferenciado de decadência.

Nestes casos o Código Tributário Nacional não fixa um prazo específico para operar a decadência, exigindo um esforço enorme do hermeneuta para a solução dessa questão sem deixar, no entanto, de atender, também, o princípio da segurança nas relações jurídicas, de modo que os prazos não fiquem *ad eternum* em aberto. Os prazos do Direito Civil são inaplicáveis por serem específicos às relações de natureza particular.

A solução mais adequada e pacífica nos tribunais superiores é no sentido de se aplicar à regra do art. 173, I (exercício seguinte) para os casos do art. 150, § 4º do CTN (lançamento por homologação); e a regra do art. 173, parágrafo único do CTN nos demais casos – lançamento não efetuado em época própria ou a partir da data da notificação de medida preparatória do lançamento pela Fazenda Pública.

Embora o prejuízo a terceiro, que, no caso, é a Administração Pública, não seja requisito desses vícios, o fato é que, conforme já dito acima, não se concebe que alguém deles se utilize sem interesse econômico.

Por isso, ainda que tenha havido pagamento, a existência de dolo, fraude ou simulação causa suspeita, razão pela qual o Código Tributário Nacional impede a extinção do crédito tributário no caso da ocorrência desses ilícitos.

É nessa linha que autores como JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, mencionado por EURICO MARCOS DINIZ DI SANTI (Decadência e Prescrição no Direito Tributário. São Paulo: Max Lomonad, 2001, p. 165), assinala que ao direito tributário o que importa não é o dolo, a fraude ou a simulação, mas seu resultado.

Quanto a isso, vale lembrar o que dispõe o art. 136 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Isso, obviamente, não afasta a aplicação de eventuais sanções especificamente pelas condutas dolosas, fraudulentas ou simuladas, conforme se infere, por exemplo, da Lei Federal nº 8.137, de 1990, e do art. 137 do próprio Código Tributário Nacional.

Sem embargo da exposição feita nesse tópico, costuma-se apontar nessa parte final do § 4.º do art. 150 do CTN uma lacuna, uma vez que não haveria tratamento legal quanto ao prazo para lançar quando presente dolo, fraude ou simulação (LUCIANO AMARO. Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 356; p. 394).

Seguindo esse entendimento, alguns doutrinadores defendem que se deveria aplicar, por analogia, a regra do art. 173, I, do CTN.

Assim, por exemplo, PAULO DE BARROS CARVALHO (Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 291):

b) falta de recolhimento, integral ou parcial, de tributo, cometida com dolo, fraude ou simulação - o prazo de tempo para a formalização da exigência e para a aplicação de penalidades é de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado.

Assim sendo e tendo em vista, que o Código Tributário Nacional, como norma complementar à Constituição, é o diploma legal que detém legitimidade para fixar o prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários pelo Fisco e inexistindo regra específica, no tocante ao prazo decadencial aplicável aos casos de evidente intuito de fraude (fraude, dolo, simulação ou conluio) deverá ser adotada a regra geral contida no artigo 173 do CTN, tendo em vista que nenhuma relação jurídico-tributária poderá protelar-se indefinidamente no tempo, sob pena de insegurança jurídica.

No caso em exame, onde não houve a qualificação da multa de lançamento de ofício, e o fato gerador ocorreu em 31/12/1996, o lançamento poderia ter sido efetuado a partir do ano-calendário de 1997, tendo o prazo decadencial iniciado em 31/12/1996, vencendo-se em 31/12/2001, e a ciência do lançamento se deu em 21/12/2001, afastada está a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente.

No mérito, a pedra angular da questão fiscal trazida à apreciação desta Câmara, se resume, como ficou consignado no Relatório, à Acréscimo Patrimonial a Descoberto.

Da análise dos autos do processo se verifica que a autoridade lançadora constatou, através do levantamento de entradas e saídas de recursos – fluxo financeiro (“fluxo de caixa”), que o contribuinte apresentou, durante o ano-calendário de 1996, saldo negativo R\$ 39.522,60 no mês de junho; R\$ 1.806,31 no mês de julho; e de R\$ 226.570,46 no mês de dezembro, representando desta forma presunção de omissão de rendimentos, já que consumiu/aplicou mais do que possuía de recursos com origem justificada, através de rendimentos tributados, não tributáveis, isentos, tributados exclusivamente na fonte, ou que provinham de empréstimos, doações, etc.

Não há dúvidas, nos autos, que o suplicante foi tributado diante da constatação de omissão de rendimentos, pelo fato do fisco ter verificado, através do levantamento mensal de origens e aplicações de recursos, que o mesmo apresentava “um acréscimo patrimonial a descoberto”, “saldo negativo mensal”, ou seja, aplicava e/ou consumia mais do que possuía de recursos com origem justificada.

Sobre este “acrécimo patrimonial a descoberto”, “saldo negativo” cabe tecer algumas considerações.

Sempre que se apura de forma inequívoca um acréscimo patrimonial a descoberto, na acepção do termo, é lícito à presunção de que tal acréscimo foi construído com recursos não indicados na declaração de rendimentos do contribuinte.

A situação patrimonial do contribuinte é medida em dois momentos distintos. No início do período considerado e no seu final, pela apropriação dos valores constantes de sua declaração de bens. O eventual acréscimo na situação patrimonial constatado na posição do final do período em comparação da mesma situação no seu início é considerado como acréscimo patrimonial. Para haver equilíbrio fiscal deve corresponder, tal acréscimo (que leva em consideração os bens, direitos e obrigações do contribuinte) deve estar respaldado em rendimentos auferidos (tributadas, não tributáveis, isentas ou tributadas exclusivamente na fonte) e/ou empréstimos, doações, etc.

No caso em questão, a tributação não decorreu do comparativo entre as situações patrimoniais do contribuinte ao final e início do período, ou seja, na acepção do termo “acrécimo patrimonial”. Portanto, não pode ser tratada como simples acréscimo patrimonial. Desta forma, não há que se falar de acréscimo patrimonial a descoberto apurado na declaração anual de ajuste.

Aqui a autoridade lançadora utilizou-se de “fluxos de caixa” com objetivo de verificar a ocorrência de inconformidades entre a renda declarada e os dispêndios realizados pelo contribuinte. O resultado dos demonstrativos poderá indicar variação patrimonial a descoberto, ou seja, a aquisição de bens e/ou gastos acima dos rendimentos informados.

Não tenho dúvidas, que o levantamento de acréscimo patrimonial não justificado, através de “fluxos de caixa”, é forma indireta de apuração de rendimentos omitidos, posto que à autoridade lançadora cabe somente comprovar a sua existência que, uma vez ocorrido, a lei permite presumir a omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção que, além de legal, é perfeitamente lógica, posto que ninguém realiza gasto desprovido de disponibilidade financeira.

Vistos esses fatos, cabe mencionar a definição do fato gerador da obrigação tributária principal que é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência (art. 114 do CTN).

Esta situação é definida no art. 43 do CTN, como sendo a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, que no caso em pauta é a omissão de rendimentos.

Ocorrendo o fato gerador, compete 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 o caso, propor a aplicação da penalidade cabível (CTN, art. 142).

Ainda, segundo o parágrafo único, deste artigo, a atividade administrativa do lançamento é vinculada, ou seja, constitui procedimento vinculado à norma legal. Os princípios da legalidade estrita e da tipicidade são fundamentais para delinear que a exigência tributária se dê exclusivamente de acordo com a lei e os preceitos constitucionais.

Assim, o imposto de renda somente pode ser exigido se efetivamente ocorrer o fato gerador, ou o lançamento será constituído quando se constatar que concretamente houve a disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza.

Desta forma, podemos concluir que o lançamento somente poderá ser constituído a partir de fatos comprovadamente existentes, ou quando os esclarecimentos prestados forem impugnados pelos lançadores com elemento seguro de prova ou indício veemente de falsidade ou inexatidão.

Ora, se o fisco faz prova, através de demonstrativos de origens e aplicações de recursos - fluxo financeiro, que a recorrente efetuou gastos além da disponibilidade de recursos declarados, é evidente que houve omissão de rendimentos e esta omissão deverá ser apurada no mês em que ocorreu o fato.

Diz a norma legal que rege o assunto:

Lei nº 7.713, de 1988:

Artigo 1º - Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1º de janeiro de 1989, por pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil serão tributados pelo Imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta Lei.

Artigo 2º - O Imposto de Renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Artigo 3º - O Imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvando o disposto nos artigos 9º a 14 desta Lei.

§ 1º. Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza,

assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

Lei n.º 8.134, de 1990:

Art. 1.º - A partir do exercício-financeiro de 1991, os rendimentos e ganhos de capital percebidos por pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil serão tributados pelo Imposto de Renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta Lei.

Art. 2.º - O Imposto de Renda das pessoas físicas será devido à medida que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no artigo 11.

(...).

Art. 4.º - Em relação aos rendimentos percebidos a partir de 1.º de janeiro de 1991, o imposto de que trata o artigo 8.º da Lei n.º 7.713, de 1988:

I - será calculado sobre os rendimentos efetivamente recebidos no mês.

Lei n.º 8.021, de 1990:

Art. 6.º - O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando 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.

Como se depreende da legislação, anteriormente mencionada, o imposto de renda das pessoas físicas será apurado mensalmente, à medida que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, já que com a edição da Lei n.º 8.134, de 1990, que introduziu a declaração anual de ajuste para efeito de apuração do imposto devido pelas pessoas físicas, tanto o imposto devido como o saldo do imposto a pagar ou a restituir, passaram a ser determinados anualmente, donde se conclui que o recolhimento mensal passou a ser considerado como antecipação do devido e não como pagamento definitivo.

Nesta altura deve ser esclarecido, que os fatos geradores das obrigações tributárias são classificados como instantâneos ou complexivos. O fato gerador instantâneo, como o próprio nome revela, dá nascimento à obrigação tributária pela ocorrência de um acontecimento, sendo este suficiente por si só (imposto de renda na fonte). Em contraposição, os fatos geradores complexivos são aqueles que se completam após o transcurso de um determinado período de tempo e abrangem um conjunto de fatos e circunstâncias que, isoladamente considerados, são destituídos de capacidade para gerar a obrigação tributária exigível. Este conjunto de fatos se corporifica, depois de determinado lapso temporal, em um fato imponível. Exemplo clássico de tributo que se enquadra nesta classificação de fato gerador complexo é o imposto de renda da pessoa física, apurado no ajuste anual.

Aliás, a despeito da inovação introduzida pelo artigo 2º da Lei nº 7.713, de 1988, pelo qual estipulou-se que “o imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, a medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem recebidos”, há que se ressaltar a relevância dos arts. 24 e 29 deste mesmo diploma legal e dos arts. 12 e 13 da Lei nº 8.383, de 1991 mantiveram o regime de tributação anual (fato gerador complexo) para as pessoas físicas.

É de se observar, que para as infrações relativas à omissão de rendimentos, tem-se que, embora as quantias sejam recebidas mensalmente, o valor apurado será acrescido aos rendimentos tributáveis na Declaração de Ajuste Anual, submetendo-se à aplicação das alíquotas constantes da tabela progressiva anual. Portanto, no presente caso, não há que se falar de fato gerador mensal, haja vista que somente no dia 31/12 de cada ano se completa o fato gerador complexo objeto da autuação em questão.

Em relação ao cômputo mensal do fato gerador, é de se observar que a Lei nº 7.713, de 1988, instituiu, com relação ao imposto de renda das pessoas físicas, a tributação mensal à medida que os rendimentos forem auferidos. Contudo, embora devido mensalmente, quando o sujeito passivo deve apurar e recolher o imposto de renda, o seu fato gerador continuou sendo anual. Durante o decorrer do ano-calendário o contribuinte antecipa, mediante a retenção na fonte ou por meio de pagamentos espontâneos e obrigatórios, o imposto que será apurado em definitivo quando da apresentação da Declaração de Ajuste Anual, nos termos, especialmente, dos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.134, de 1990. É nessa oportunidade, que o fato gerador do imposto de renda estará concluído. Por ser do tipo complexo, segundo a classificação doutrinária, o fato gerador do imposto de renda surge completo no último dia do exercício social. Só então o contribuinte pode realizar os devidos ajustes de sua situação de sujeito passivo, considerando os rendimentos auferidos, as despesas realizadas, as deduções legais por dependentes e outras, as antecipações feitas e, assim, realizar a Declaração de Imposto de Renda a ser submetida à homologação do Fisco.

Ora, a base de cálculo da declaração de rendimentos abrange todos os rendimentos tributáveis recebidos durante o ano-calendário. Desta forma, o fato gerador do imposto apurado relativamente aos rendimentos sujeitos ao ajuste anual se perfaz em 31 de dezembro de cada ano.

Nesse contexto, deve-se atentar com relação ao caso em concreto que, embora a autoridade lançadora tenha discriminado o mês do fato gerador, o que se considerou para efeito de tributação foi o total de rendimentos percebidos pela interessada no ano-calendário em questão sujeitos à tributação anual, conforme legislação vigente.

É certo que a Lei nº 7.713, de 1988, determinou a obrigatoriedade da apuração mensal do imposto sobre a renda das pessoas físicas, não importando a origem dos rendimentos nem a natureza jurídica da fonte pagadora, se pessoa jurídica ou física. Como o imposto era apurado mensalmente, as pessoas físicas tinham o dever de cumprir sua obrigação com base nessa apuração, o que vale dizer, seu fato gerador era mensal, regra que teve vigência plena, somente, no ano de 1989.

Entretanto, a partir do ano de 1990, não é possível exigir do contribuinte o pagamento mensal do imposto de renda, ainda que a fonte pagadora não tenha cumprido o dever legal de efetuar a retenção do imposto por antecipação da declaração. Sem dúvidas que o imposto de renda na fonte e o imposto de renda recolhido na forma de “carnê-leão”,

apesar da denominação de imposto devido mensalmente, representam simples antecipações do imposto efetivamente apurado na declaração de ajuste anual.

Desse modo, o imposto devido, a partir do período-base de 1990, passou a ser determinado mediante a aplicação da tabela progressiva sobre a base de cálculo apurada com a inclusão de todos os rendimentos de que trata o art. 10 da Lei n° 8.134, de 1990, e o saldo a pagar ou a restituir, mediante a dedução do imposto retido na fonte ou pago pelo contribuinte pessoa física, mensalmente, quando auferisse rendimentos de outras pessoas físicas.

Relevante observar, que a obrigatoriedade do recolhimento mensal nasceu com o advento da Lei n° 7.713, de 1988, que introduziu na legislação do imposto de renda das pessoas físicas o sistema de bases correntes.

Assim, entendo que os rendimentos omitidos apurados, mensalmente, pela fiscalização, a partir de 01/01/90, estão sujeita à tabela progressiva anual (IN SRF n° 46/97).

É evidente que o arbitramento da renda presumida cabe quando existe o sinal exterior de riqueza caracterizado pelos gastos excedentes da renda disponível, e deve ser quantificada em função destes.

Não comungo com a corrente, que entende que os saldos positivos (disponibilidades) apurados em um ano possam ser utilizados no ano seguinte, pura e simplesmente, já que é pensamento pacífico nesta Câmara que o Imposto de Renda das pessoas físicas, a partir de 01/01/90, será apurado, mensalmente, à medida que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, incluindo-se, quando comprovada pelo Fisco, a omissão de rendimentos apurados através de planilhamento financeiro onde são considerados os ingressos e dispêndios realizados pelo contribuinte.

Entretanto, por inexistir a obrigatoriedade de apresentação de declaração mensal de bens, incluindo dívidas e ônus reais e pela inexistência de previsão legal para se considerar como renda consumida, o saldo de disponibilidade pode ser aproveitado no mês subsequente, desde que seja dentro do mesmo ano-calendário.

Assim, somente poderá ser aproveitado, no ano subsequente, o saldo de disponibilidade que constar na declaração do imposto de renda - declaração de bens, devidamente lastreado em documentação hábil e idônea.

No presente caso, a tributação levada a efeito baseou-se em levantamentos mensais de origem e aplicações de recursos (fluxo financeiro ou de caixa), onde, a princípio, constata-se que houve a disponibilidade econômica de renda maior do que a declarada pelo suplicante, caracterizando omissão de rendimentos passíveis de tributação.

Por outro lado, é entendimento pacífico, nesta Câmara, que quando a fiscalização promove o fluxo financeiro ("fluxo de caixa") do contribuinte, através de demonstrativos de origens e aplicações de recursos devem ser considerados todos os ingressos (entradas) e todos os dispêndios (saídas), ou seja, devem ser considerados todos os rendimentos, retornos de investimentos e empréstimos, (já tributados, não tributáveis, isentos e os tributados exclusivamente na fonte), bem como todos os dispêndios/aplicações/investimentos/aquisições possíveis de se apurar, a exemplo de: despesas bancárias, aplicações financeiras, água, luz, telefone, empregada doméstica, cartões de crédito,

juros pagos, pagamentos diversos, aquisições de bens e direitos (móveis e imóveis), etc., apurados mensalmente.

Assim, não há controvérsia que o lançamento foi realizado dentro dos parâmetros legais.

Não há dúvidas nos autos, que o suplicante foi tributado diante da constatação de omissão de rendimentos, pelo fato do fisco ter verificado, através do levantamento mensal de origens e aplicações de recursos, que o mesmo apresentava “um acréscimo patrimonial a descoberto”, “saldo negativo mensal”, ou seja, aplicava e/ou consumia mais do que possuía de recursos com origem justificada.

Não tenho dúvidas, que a responsabilidade pela apresentação das provas do alegado compete ao contribuinte que praticou a irregularidade fiscal.

No âmbito da teoria geral da prova, nenhuma dúvida há de que o ônus probante, em princípio, cabe a quem alega determinado fato. Mas algumas aferições complementares, por vezes, devem ser feitas, a fim de que se tenha, em cada caso concreto, a correta atribuição do ônus da prova.

Em não raros casos tal atribuição do ônus da prova resulta na exigência de produção de prova negativa, consistente na comprovação de que algo não ocorreu, coisa que, à evidência, não é admitida tanto pelo direito quanto pelo bom senso. Afinal, como comprovar o não recebimento de um rendimento? Como evidenciar que um contrato não foi firmado? Enfim, como demonstrar que algo não ocorreu?

Não se pode esquecer, que o Direito Tributário é dos ramos jurídicos mais afeitos a concretude, à materialidade dos fatos, e menos à sua exteriorização formal (exemplo disso é que mesmos os rendimentos oriundos de atividades ilícitas são tributáveis).

Nesse sentido, é de suma importância ressaltar o conceito de provas no âmbito do processo administrativo tributário. Com efeito, entende-se como prova todos os meios de demonstrar a existência (ou inexistência) de um fato jurídico ou, ainda, de fornecer ao julgador o conhecimento da verdade dos fatos.

Não há, no processo administrativo tributário, disposições específicas quanto aos meios de prova admitidos, sendo, portanto, razoável como emprego subsidiário o Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa

Da mera leitura deste dispositivo legal, depreende-se que no curso de um processo, judicial ou administrativo, todas as provas legais devem ser consideradas pelo julgador como elemento de formação de seu convencimento, visando à solução legal e justa da divergência entre as partes.

Assim, tendo em vista a mais renomada doutrina, assim como, a iterativa jurisprudência, administrativa e judicial, a respeito da questão vê-se que o processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição

do crédito tributário, devendo o julgador pesquisar exaustivamente se, de fato, ocorreu à hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de recurso do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independentemente até mesmo do que foi alegado.

Ora, se de um lado, o contribuinte tem o dever de declarar, cabe a este, não à administração, a prova do declarado. De outro lado, se o declarado não existe, cabe a glosa pelo fisco. O mesmo vale quanto à formação das demais provas, as mesmas devem ser claras, não permitindo dúvidas na formação de juízo do julgador.

Como se sabe, no caso, em discussão, os valores apurados nos demonstrativos pela fiscalização caracterizam presunção legal, do tipo condicional ou relativa (jûris tantum) que, embora estabelecida em lei, não tem caráter de verdade indiscutível, valendo enquanto prova em contrário não a vier desfazer ou mostrar sua falsidade.

Observe-se, que as presunções jûris tantum, embora admitam prova em contrário, dispensam do ônus da prova aquele a favor de quem se estabeleceu, cabendo ao sujeito passivo, no caso, a produção de provas em contrário, no sentido de ilidi-las.

O Código Tributário Nacional prevê na distribuição do ônus da prova nos lançamentos de ofício que sempre recairá sobre o Fisco o ônus da comprovação dos fatos constitutivos do direito de efetuar o lançamento (artigo 149, inciso IV). É ao Fisco que cabe a comprovação da falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória. Deste modo, havendo esta comprovação, ou seja, em face das provas produzidas e das planilhas que atestam o acréscimo patrimonial, a autoridade fiscal não só tem o poder de efetuar de ofício o lançamento, como também o dever.

Quanto à alienação de imóveis, o valor de R\$ 10.000,00, como já se manifestou à decisão de primeira instância, foi corretamente considerado pela Fiscalização, pois em consonância com o Contrato Particular de Cessão de Direitos (fls. 49/51), apresentado pelo próprio suplicante. É de se ressaltar, nesse, sentido, que não resta demonstrado o fato que deu causa ao recebimento dos valores consignados nos cheques de fls. 386 e se aqueles valores correspondem a rendimentos tributáveis declarados, rendimentos isentos e não tributáveis ou rendimentos tributados exclusivamente na fonte e, assim, eles não podem ser aceitos como origem no demonstrativo mensal de fluxo de caixa.

No que se refere à discussão sobre a comprovação ou não da existência de um mútuo (empréstimo) entre o recorrente e a Fonte Overseas Bank Ltd. Instituição financeira situada no exterior (Bahamas), no valor correspondente a US\$ 291.526,40, pretensamente repassado diretamente para outra conta no exterior em nome do Sr. Carlos Camacho a título de pagamento de ações adquiridas pelo recorrente, cujo valor de R\$ 291.748,40 foi lançado no "fluxo financeiro" do mês de dezembro de 1996, provocando um acréscimo patrimonial a descoberto de R\$ 226.570,46, tenho a seguinte posição.

Inicialmente quero ressaltar, que o fato de o valor constar na Declaração de Ajuste Anual, por si só, nada diz, já que todos os valores declarados estão sujeitos legalmente a comprovação de sua efetiva transferência. Cabe ao declarante cercar-se das cautelas e dos meios de prova adequados e suficientes no sentido de demonstrar a existência e o valor das disponibilidades e dos empréstimos em moeda corrente nacional e, assim, poder desfazer qualquer dúvida levantada pela fiscalização, cuja missão institucional é, justamente, entre outras atividades, conferir a veracidade daquilo que os sujeitos passivos declaram.

A declaração em si é unilateral e contém a expressão do que o contribuinte quis declarar. Por si mesma não prova nada além disto. Todas as informações, todos os fatos constantes das Declarações de Ajustes devem de estar ancorados em documentação hábil e idônea que apenas não é exigida no momento de sua entrega em razão de ser impraticável seu transporte e manuseio, considerando-se os milhões de declarantes; tal fato, porém, implica que o contribuinte declara o conteúdo de seus documentos e os guarda pelo prazo decadencial, durante o qual o estado, por seus servidores, poderá efetuar a respectiva conferência. Assim sendo, simples afirmações destituídas das condições probatórias mencionadas, por mais respeitável que possam ser seus firmadores, não têm o condão de substituir a prova legalmente exigível que no caso de empréstimos é a efetiva transferência dos recursos financeiros envolvidos.

Assim, a presença de informações sobre empréstimos ou suas devoluções, contidas na declaração de ajuste anual não faz prova dos mútuos efetuados, nem, tampouco, do recebimento de valores decorrentes da devolução desses empréstimos.

É fato indiscutível que o tomador e o credor do empréstimo têm a obrigatoriedade de informar o empréstimo na declaração de bens, por sua repercussão na variação patrimonial. Contudo, a consignação dessa informação na declaração de rendimentos do contribuinte (credor-mutuante) não tem a força probante necessária para caracterizar a efetiva existência do mútuo, não o desobrigando de fazer a prova efetiva do empréstimo por ele efetuado, bem como da respectiva devolução do numerário emprestado.

Ora, por haver repercussão no cômputo de recursos na análise de evolução patrimonial, torna-se, a princípio, imprescindível a comprovação do ingresso de tais recursos oriundos de empréstimos supostamente concedidos por alguma pessoa jurídica ou pessoa física.

A jurisprudência do Conselho de Contribuintes nesse sentido é mansa e pacífica, conforme se constata as ementas dos acórdãos abaixo transcritas:

EMPRÉSTIMO - COMPROVAÇÃO - Cabe ao contribuinte a comprovação do efetivo ingresso dos recursos obtidos por empréstimo. Inaceitável a prova de empréstimo, feita somente com o instrumento particular de contrato, sem qualquer outro subsídio, como estar o mútuo consignado nas declarações de rendimentos apresentadas tempestivamente pelos contribuintes devedor e credor, bem como a prova da transferência de numerários (recebimento e pagamento), coincidentes em datas e valores, principalmente quando as provas dos autos são suficientes para confirmar a omissão. (Ac 104-17092).

EMPRÉSTIMO - COMPROVAÇÃO - Cabe ao contribuinte a comprovação do efetivo ingresso (ou saída) de recursos resultante de empréstimos recebidos ou cedidos. Inaceitável a prova de empréstimo, feita exclusivamente com a consignação na declaração de rendimentos de um dos mutuantes, sem quaisquer outros subsídios, como instrumento particular de contrato e comprovação da efetiva transferência de numerário, capacidade financeira do credor, ou ainda, regularmente declarado pelo contribuinte devedor e credor nas declarações de rendimentos apresentadas no prazo legal. (Ac. 104-17567).

MÚTUO. COMPROVAÇÃO. A alegação de que foram recebidos recursos em empréstimo obtido de pessoa física deve ser acompanhada dos comprovantes do efetivo ingresso do numerário no patrimônio do contribuinte, além da informação da dívida nas declarações de rendimentos do mutuário e do mutuante e da demonstração de que este último possuía recursos próprios suficientes para respaldar o empréstimo. (Ac 106-12836).

IRPF - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - EMPRÉSTIMO - NOTA PROMISSÓRIA - A nota promissória, por ser representativa de um negócio jurídico abstrato, em oposição aos causais, por ela mesma é válida para determinar a obrigação do pagamento, porém não revela a causa do negócio jurídico. Logo, não é prova efetiva do mútuo por não se prestar somente a esta finalidade, qual seja a de garantir um empréstimo. (Ac 106-12714).

EMPRÉSTIMOS - Cabe ao contribuinte o ônus de provar o efetivo ingresso do numerário obtido por meio de empréstimo. Inaceitável, como prova de mútuo, contrato particular de empréstimo cuja autenticidade e legitimidade não são corroboradas por qualquer outro subsídio. (Ac 106-11633).

EMPRÉSTIMO NÃO JUSTIFICADO - A justificação para o empréstimo deve basear-se em outros meios, como a transferência de numerário, coincidente em data e valores, não bastando a apresentação de nota promissória. (Ac 104-9200).

EMPRÉSTIMO NÃO COMPROVADO - MÚTUO - A alegação da existência de empréstimos realizados com terceiros deve vir acompanhada de provas inequívocas da efetiva transferência dos numerários emprestados, não bastando a simples apresentação do contrato de mútuo e/ou a informação nas declarações de bens do credor e do devedor. (Ac 106-13763).

EMPRÉSTIMO NÃO COMPROVADO - Os fatos registrados na escrituração de pessoa jurídica, da qual o contribuinte é sócio majoritário, são tidos como verdadeiros desde que respaldados por documentação hábil e idônea. O simples registro do empréstimo na escrituração, por si só, é insuficiente para comprovar a saída do numerário da pessoa jurídica. Na falta de documentos, coincidentes em datas e valores, que comprovem o efetivo ingresso dos recursos alegados no patrimônio da pessoa física do sócio, mantém-se o lançamento a título de omissão de rendimentos revelados por acréscimo patrimonial a descoberto. (Ac 106-12357).

É fato que o direito processual consagrou o princípio de que a prova incumbe a quem afirma. Porém, é igualmente sabido que não se pode questionar a validade do emprego de indícios para mediante ilações deles extraídas provarem-se situações que, em face de particularidades próprias, não se poderiam provar de outra forma.

Nesta linha de pensamento e por uma questão de justiça fiscal, entendo, que no caso específico dos autos, se faz necessário uma reflexão mais profunda. Ou seja, um estudo da situação e das condições em que se sucedeu o empréstimo questionado.

A principal tese levantada pelo suplicante é de que os recursos recebidos do empréstimo junto ao Fonte Overseas Bank foram utilizados para pagar, no exterior, o preço de aquisições de ações do Banco Fonte adquiridas pelo suplicante do Sr. Carlos Camacho.

Para confirmar a sua alegação o suplicante anexou a seguinte documentação:

(I) - cópia do instrumento particular de compra e venda de ações (fls. 396/398);

(II) - cópia do contrato de mútuo (fls. 399/403)

(III) - a declaração assinada pelos diretores do Fonte Overseas Bank acerca da concessão dos empréstimos e da transferência dos recursos para o Sr. Carlos Camacho em conta mantida por aquele no mesmo banco, nas Bahamas (fls. 392);

(IV) - cópia de parecer acerca da análise das demonstrações financeiras e documentos do Fonte Overseas relativas ao exercício de 1996 que confirmam a concessão dos empréstimos aos Srs. Roberto Steinfeld, Guilherme Duque e ao suplicante;

(V) - cópia dos extratos das contas dos Srs Roberto Steinfeld, Guilherme Duque e do suplicante junto ao Fonte Overseas Bank nos quais consta o ingresso dos recursos recebidos a título de empréstimo (valores de US\$ 813.571,20; US\$ 206.902,40 e US\$ 291.526,40 (fls. 455/ 457);

(VI) - declaração do diretor do Fonte Overseas Bank acerca da exatidão das informações constantes dos referidos extratos;

(VII) - cópia do extrato da conta corrente do Sr. Carlos Camacho junto ao Fonte Overseas Bank no qual consta a transferência das quantias mutuadas pelos referidos Srs. Para a sua conta corrente empréstimo;

(VIII) - correspondências enviadas pelos Srs Roberto Steinfeld, Guilherme Duque e pelo suplicante autorizando o débito na conta corrente que possuíam junto ao Banco Fonte Cindam, da quantia para pagamento dos empréstimos em questão tomados junto ao Fonte Overseas Bank.

Da análise da documentação constante dos autos o que mais chama atenção é o Termo de Declaração realizada pela fiscalização, em 18/12/2001, coincidentemente com a data da lavratura do Auto de Infração (fls. 420). Neste termo foram formuladas diversas perguntas ao Sr. Carlos Camacho, que transcrevo abaixo:

1 - Se confirma ter alienado, em 31/10/1996, 15.083 (quinze mil e oitenta e três) ações preferenciais do Banco Fonte Cindam S/A ao Sr. Marcelo Steinfeld, cuja resposta foi afirmativa;

2 - Se o preço real da transação foi R\$ 291.526,40 (duzentos e noventa e um mil e quinhentos e vinte e seis reais e quarenta centavos), como consta da sua declaração do exercício de 1997, arquivada na SRF sob o n° 7.790.058, cuja resposta foi afirmativa;

3 - Se reconhece o "Instrumento Particular de Compra e Venda de Ações" em anexo, relativo à operação, como autêntico, cuja resposta foi afirmativa;

4 - Informar a data do recebimento efetivo do pagamento e se tem como comprová-la, respondeu que foi em 31/12/1996, conforme recibo a ser encaminhado. Sendo que a confirmação veio através do documento de fls. 421.

Observo, que consta às fls. 419 uma declaração do Sr. Carlos Camacho confirmando a operação e detalhado os documentos que comprovam, bem como fornecendo cópias destes documentos (fls. 420/450).

Observo, que o contrato de mútuo está confirmado por auditoria firmado por auditores independentes (fls. 418)

Existem nos autos documentos firmados pelas partes envolvidas, extratos de conta corrente, declaração firmada pelos Diretores do Banco Fonte Overseas Ltd que assinaram os contratos de empréstimo e documentos firmados por auditores independentes que confirmam o mútuo, sua finalidade de pagamento das ações adquiridas pelo suplicante e o efetivo ingresso do valor das ações na conta do suplicante e posterior transferência para conta do Sr. Carlos Camacho.

Diante de tantas evidências fica difícil a argumentação de que não se deva aceitar o empréstimo com uma simples alegação de que "Recursos que não ingressaram no Brasil não podem justificar aplicações e dispêndios que aqui ocorreram".

Ora, só posso concordar com o suplicante de que o simples fato de constar no instrumento de compra e venda de ações que o preço das ações seria pago em moeda corrente nacional, não tem, por si só, condão de tornar sem efeito as demais provas, já que se o suplicante poderia, se assim o quisesse, utilizar a expressão que "o preço das ações seria pago no exterior em dólares norte americanos" em nada mudaria a situação em si.

Enfim, em situações como a dos autos deve prevalecer a livre convicção do julgador, razão pela qual firmo a minha posição no sentido de que se restar comprovado que o valor do empréstimo realizado no exterior foi transferido diretamente, pelo estabelecimento bancário mutuante, para outra conta bancária no exterior indicada pelo mutuário para liquidação de dívidas contraídas no Brasil (compra de ações) é de se desconsiderar a glosa do empréstimo. Assim sendo, entendo que o suplicante tem razão neste item.

Por fim, não procede à argumentação sobre os juros de mora decorrente da aplicação da taxa SELIC e do artigo 42 da Lei n° 9.430, de 1996.

O contribuinte em diversos momentos de sua petição resiste à pretensão fiscal, arguindo inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de lei, entretanto, não vejo como se poderia acolher algum argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade formal da taxa SELIC aplicada como juros de mora sobre o débito exigido no presente processo com base na Lei n° 9.065, de 20/06/95, que instituiu no seu bojo a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia de Títulos Federais (SELIC).

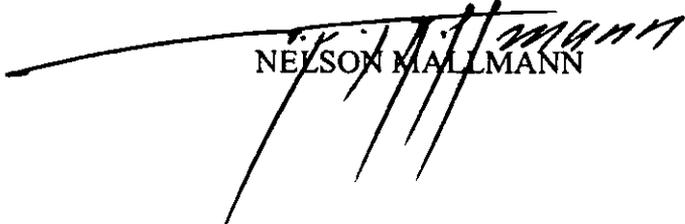
Matéria já pacificada no âmbito administrativo, razão pela qual o Presidente do Primeiro Conselho de Contribuintes, objetivando a condensação da jurisprudência predominante neste Conselho, conforme o que prescreve o art. 30 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (RICC), aprovado pela Portaria MF n° 55, de 16 de março de 1998, providenciou a edição e aprovação de diversas súmulas, que foram publicadas no DOU, Seção

I, dos dias 26, 27 e 28 de junho de 2006, vigorando para as decisões proferidas a partir de 28 de julho de 2006.

Para o caso dos autos (inconstitucionalidade e Taxa Selic) aplicam-se as Súmulas: “O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 2)” e “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 nº 4).”

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça, voto no sentido de REJEITAR a arguição de decadência e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo da exigência o valor de R\$ 226.570,46.

Sala das Sessões - DF, em 06 de novembro de 2008


NELSON MALLMANN