



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18088.000481/2008-61
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-006.890 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente CORIOLANO MORATO FERRAZ MEIRELLES
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004, 2005, 2007, 2008

DEPÓSITO BANCÁRIO. ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA SUMULADA. SUJEITO PASSIVO É O TITULAR DA CONTA BANCÁRIA.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997 a lei autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo. Não comprovada a origem dos depósitos em conta corrente bancária, deve ser mantido o lançamento tributário.

Nestes casos, o lançamento em razão da omissão de receita deve ser lavrado em desfavor do titular da conta bancária.

IRPF. GANHO DE CAPITAL. CUSTO DE AQUISIÇÃO. PAGAMENTO DE VALORES PREVIAMENTE PACTUADOS.

Tendo sido comprovado que o contrato de compra e venda engloba não só o valor nominal pago ao contribuinte, mas também o pagamento de outros débitos relacionados ao bem alienado, é de se reconhecer que o custo de aquisição deverá ser a soma de todos os dispêndios contratualmente previstos no negócio jurídico.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA SUMULADA.

De acordo com o disposto na Súmula nº 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para determinar o recálculo do tributo devido incidente sobre o ganho de capital considerando um custo de aquisição de R\$ 1.029.273,53.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano Dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente)

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 366/395 interposto contra decisão da DRJ em São Paulo II/SP, de fls. 340/360 a qual julgou procedente o lançamento de Imposto de Renda de Pessoa Física – IRPF de fls. 04/15, lavrado em 25/09/2008, relativo aos anos-calendário de 2004, 2005, 2007 e 2008, com ciência do RECORRENTE em 01/10/2008, conforme AR de fls. 248.

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo foi apurado: (i) por omissão de rendimentos decorrente de depósito bancários de origem não comprovada; (ii) omissão de rendimentos recebidos a título de resgate de contribuições de previdência privada e FAPI; e (iii) omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos, no valor total de R\$ 277.315,06, já inclusos juros de mora (até o mês da lavratura) e multa de ofício, com base no art. 44, da Lei nº 9.430/1996.

Conforme a Descrição dos Fatos e do Enquadramento Legal às fls. 11/15 e o Relatório da Ação Fiscal de fls. 18/43, a fiscalização constatou o que segue abaixo resumido.

001 - Rendimentos recebidos de pessoas jurídicas - Omissão de rendimentos recebidos a título de resgate de contribuições de previdência privada e FAPI

Durante a fiscalização, a autoridade fiscal solicitou, em diversos termos de intimação fiscal, que fossem apresentados os comprovantes de aplicação e de resgate de previdência privada havidas pelo fiscalizado e seu cônjuge e/ou dependentes, junto a instituições financeiras, referentes aos anos-calendário 2004 e 2005.

Destas intimações, destacam-se o Termo de Intimação Fiscal de fls. 54/55, no qual solicitou-se os comprovantes de resgate de previdência privada havidas pelo fiscalizado no valor de R\$ 46.960,66 e de seu cônjuge, no valor de R\$ 2.997,00, junto ao Bradesco, referentes ao ano-calendário 2005, conforme relacionado em Declaração do Imposto de Renda na Fonte anexadas às fls. 56/59, bem como o Termo de Intimação Fiscal de fls. 75/76, que solicitou a mesma documentação relacionada aos saques informados na declaração de ajuste anual de 2004, nos montantes de R\$ 24.450,00, em favor do RECORRENTE, e de R\$ 5.994,00, em favor de seu cônjuge.

Apresentou o fiscalizado os extratos às fls. 90/91, bem como alegou que não foram realizadas aplicações em previdências privadas nos anos de 2004 e 2005.

Considerando que a documentação de fls. 56, 57, 79, 80, 90 e 91 comprova que houve pagamento de valores de previdência privada ao RECORRENTE, a fiscalização lavrou o auto de infração, considerando estes rendimentos como omitidos, e compensando do imposto suplementar o valor retido na fonte pelas instituições financeiras.

002 — Ganhos de capital na alienação de bens e direitos - Omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos adquiridos em reais

Durante a fiscalização, o contribuinte foi intimado para apresentar os documentos relacionados a aquisição e alienação dos seguintes imóveis:

- a) um terreno de 10.000 m² com prédio semiacabado de 8 andares, sito à R. Prof. Paulo Mont Serrat s/nº, no Bairro Jd. Ricetti;
- b) uma casa residencial na cidade de São Paulo-SP, na R. Tabapuã, 1.451, VI. Brasil.

Em resposta, o fiscalizado apresentou os documentos de fls. 86/88 e 92/101.

Da análise do instrumento particular de contrato de compromisso de venda e compra às fls. 92/95, referente à aquisição do imóvel à Rua Prof. Paulo Mont Serrat, Vila Monteiro, São Carlos-SP, a fiscalização constatou que o RECORRENTE o adquiriu em 19/05/2006, por R\$ 850.000,00 (mesmo valor que consta de sua declaração de ajuste – fl. 117).

De acordo com a escritura pública de fls. 101/104, o imóvel foi alienado pelo valor total de R\$ 1.250.000,00, tendo o contribuinte recebido R\$ 300.000,00 em 24/07/2007 e o saldo de R\$ 950.000,00 em 30/01/2008. Portanto, foi apurado o imposto sobre o ganho de capital bruto correspondente a R\$ 400.000,00.

Assim, considerando que o valor da venda foi recebido em 2 prestações, a fiscalização calculou ganho de capital em valor líquido de R\$ 91.080,00 em julho de 2007 e de R\$ 282.435,00 em janeiro de 2008, apurando o imposto devido sobre cada parcela (fls. 120/125).

003 — Depósitos e créditos bancários de origem não comprovada - Omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada

Por fim, a fiscalização alega que intimou o RECORRENTE para comprovar os rendimentos indicados (i) nas planilhas de fls. 77/78, no valor total de R\$ 129.199,31, referente ao ano de 2004; e (ii) nas planilhas de fls. 58/59, no valor total de R\$ 150.875,25, referente ao ano de 2005, posto que os valores dos rendimentos declarados em sua DIRPF para estes anos calendários não eram compatíveis com esta movimentação financeira (fls. 105/111).

Em sua defesa, com relação ao ano de 2004, o RECORRENTE alegou que se tratavam de diversos saques para o atendimento de emergência aos familiares, com retorno desse numerário logo após esse atendimento, conforme declaração do sujeito passivo às fls. 84/85, item 2. Contudo, a fiscalização entendeu que a documentação apresentada às fls. 182/190 não retrata a origem dos depósitos e créditos em suas contas correntes.

Por sua vez, com relação ao ano de 2005, o RECORRENTE afirma que os valores creditados decorrem dos resgates das operações de previdência privada e com o retorno do dinheiro para atendimento de familiares (fl. 74). Todavia, a fiscalização entendeu que a movimentação não é compatível com estas justificativas.

Assim, a fiscalização elaborou a planilha de fls. 219/222, listando os depósitos que foram considerados como omissão de rendimentos.

Impugnação

O RECORRENTE apresentou sua Impugnação de fls. 250/292 em 29/10/2008. Ante a clareza e precisão didática do resumo da Impugnação elaborada pela DRJ em São Paulo II/SP, adota-se, *ipsis litteris*, tal trecho para compor parte do presente relatório:

DA IMPUGNAÇÃO

O autuado tomou ciência do auto de infração em 01/10/2008, conforme AR de fl. 241, e apresentou, em 29/10/2008, por meio de procurador (procuração à fl. 286), a impugnação de fls. 243 a 285, acompanhada dos documentos de fls. 286 a 329, abaixo resumida.

Da impossibilidade de utilização de valores creditados em conta bancária para a realização do lançamento tributário do IRPF

Pretendeu o Sr. Fiscal lançar o tributo em questão utilizando-se somente dos valores creditados nas contas correntes do impugnante.

No entanto, como já decidia o antigo TFR, e como vêm decidindo os nossos tribunais judiciais e administrativos, créditos depositados em conta corrente não se revelam suficientes para o lançamento do imposto de renda.

O extinto TFR inclusive expediu a esse respeito a Súmula 182: "É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários".

Nesse mesmo sentido tem decidido o TRF da 3ª Região, conforme ementa transcrita às fls. 246 e 247. Veja-se também excerto da doutrina à fl. 247.

Da prevalência do princípio da verdade material

Segundo José Artur Lima Gonçalves, deve "*a administração tributária buscar a **verdade material** acerca dos acontecimentos que, no mundo fenomênico, detecte e julgue subsumirem-se às hipóteses de incidência abstratamente descritas nas normas jurídicas de tributação. Não pode, no entanto, a administração pretender completar, aprimorar, suprir ou, de qualquer forma, alterar ou inovar matéria constitucionalmente submetida — de forma solene e severa — à mais absoluta e estrita legalidade.*"

Veja-se, nesse mesmo sentido, trechos da doutrina citados às fls. 248 e 249.

Assim, cabe à administração fazendária demonstrar que os valores depositados se amoldam ao critério material disposto no antecedente da norma que instituiu o imposto de renda das pessoas físicas e dos demais tributos lançados no auto de infração.

No caso presente, em nenhum momento o Sr. Fiscal se preocupou em identificar o fato jurídico tributário, pois baseou seu trabalho somente nos valores creditados nas contas correntes do impugnante.

Do arquétipo constitucional do IRPF — adição patrimonial

O critério material da regra-matriz de incidência do imposto de renda da pessoa física traz a adição patrimonial como elemento ensejador do lançamento tributário.

O requisito do acréscimo patrimonial encontra-se estatuído nos incisos I e II do art. 43 do CTN, o que deixa bastante claro qual o sentido almejado pelo legislador. Assim, não existe renda sem acréscimo patrimonial.

Em suma: fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de acréscimos de direitos reais ou pessoais, e o lançamento tributário apenas se admite na sua verificação concreta e irrefutável no meio social, após necessária demonstração cabal (tipicidade).

Da Súmula 182 - TFR

Além de representar absurda quebra de privacidade, invasão do Poder Executivo na seara do Poder Judiciário, segue-se que os dados colhidos e utilizados exclusivamente para lançamento tributário do IRPF são imprestáveis para os fins colimados pela Receita Federal. Veja-se que os termos da Súmula 182 são claros e objetivos — **não se prestam para lançamento do imposto de renda.**

Portanto, promover todo o ultraje representado pela quebra do sigilo bancário, em claro desprezo aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e obter informes imprestáveis para os fins objetivados é desprezar os direitos mais mezinhas e instaurar a insegurança no meio social representada por uma atuação estatal em flagrante desrespeito à moralidade administrativa (art. 37, caput, CF/88), mormente quando se sabe de antemão que as informações ali colhidas são imprestáveis para lançamento do imposto de renda da pessoa física, conforme preconiza a Súmula 182 do extinto TFR.

Da inexistência de fato gerador presumido

Conforme doutrina citada às fls. 252 e 253, não há qualquer possibilidade legal de instaurar o vínculo obrigacional com base em fato gerador presumido.

A segurança jurídica, que dá suporte a todo ordenamento legal, mormente no Estado Democrático de Direito, não pode ser descurada pelo próprio agente tributante. O princípio da legalidade (art. 5º II) e da legalidade estrita (art. 150, II) devem ser respeitados.

Não existe suporte legal a validar a atuação do agente público; pelo contrário, agiu em total desalinho ao preceituado no art. 37, caput, da CF/88. Impor ônus, tendo como base de cálculo meras suposições desnatura todo o auto de infração.

Da ausência dos elementos caracteriza dores da ocorrência do fato jurídico tributário (fato gerador)

Os atos administrativos devem ser transparentes, devem ser claros e precisos, de forma que o administrado possa entender o que está se passando e possa saber se e quando o seu direito está sendo violado.

Mas não é o que está a ocorrer no presente caso, onde o contribuinte encontra dificuldade para montar a defesa de seus direitos.

Sendo o lançamento um ato jurídico administrativo, cabe ao administrador público, ao constituir o crédito tributário, fazê-lo de modo que fiquem demonstrados os fatos que ensejaram tal ato. No caso do lançamento tributário, deve deixar clara a ocorrência no mundo físico do fato hipoteticamente descrito no antecedente da norma jurídica tributária.

No caso do IRPF em tela, o Sr. Auditor-Fiscal não demonstrou o procedimento adotado para a apuração do crédito tributário, restringindo-se apenas a considerar os depósitos como elemento caracterizador de adição patrimonial, em total desalinho e desprezo ao comando legal, aos princípios basilares de direito constitucional tributário e aos critérios materiais e quantitativo da Regra-Matriz de Incidência Tributária.

Adite-se a tais ocorrências a ausência de valoração qualitativa e quantitativa necessárias e essenciais para que o agente fiscal lance mão do arbitramento.

O Sr. Fiscal em nenhum momento procurou demonstrar a subsunção do conceito do fato ao da norma, deixando de apresentar todos estes elementos que integram o suposto fato jurídico tributário.

O Sr. Fiscal relacionou no lançamento impugnado somente o total dos depósitos, sem esclarecer o que compõe a base de cálculo, sem deixar claro qual foi a adição patrimonial.

Da maneira como constou o lançamento do débito, não ficou demonstrada a ocorrência do fato jurídico tributário, além de ter impossibilitado ao contribuinte total compreensão dos motivos que levaram ao lançamento do débito, cerceando o seu direito de defesa.

Da segurança jurídica — tipicidade e moralidade administrativa

Além dos argumentos expostos nos itens precedentes, resta claramente evidenciado que o lançamento tributário, fundado em auto de infração inegavelmente nulo, afronta preceitos e garantias fundamentais da segurança jurídica, da legalidade e legalidade estrita, tipicidade tributária e moralidade administrativa.

Qual a certeza jurídica da existência da obrigação, se o próprio agente fiscal atesta haver promovido o lançamento com base em presunção? É evidente que não existe qualquer certeza jurídica na relação jurídica, pelo que resta afrontado o primado constitucional da segurança jurídica.

Nesse diapasão, o princípio da tipicidade tributária foi afrontado, uma vez que todos os elementos essenciais da norma jurídica tributária devem estar previstos com precisão na norma que lhes dá suporte.

Jurisprudência do Conselho de Contribuintes

Veja-se a respeito do assunto a jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes colacionada às fls. 261 a 263.

Dos aspectos relativos à pretensa omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos

No item 002 do relatório da ação fiscal, aduz o auditor que os demonstrativos elaborados e acostados às fls. 114 a 119 apontaria para um ganho bruto de R\$ 400.000,00, estando sujeito à tributação exclusiva pelo valores líquidos de R\$ 91.080,00 em junho/2007 e R\$ 282.435,00 em janeiro/2008.

As informações e elementos prestados pelo contribuinte, segundo a posição do Auditor-Fiscal, não modificariam para mais de R\$ 850.000,00 o custo de aquisição do imóvel.

Primeiramente, faz-se mister aduzir que o desprezo a tais informações não foi seguido de justificativa plausível, pois o auditor apenas e tão somente se restringiu a atestar "a documentação apresentada pelo fiscalizado às fls. 120 a 122 não

modificam para mais de R\$ 850.000, 00 o custo de aquisição do imóvel vendido à Rua Prof. Paulo Mont Serrat ".

Indaga-se: qual ou quais fundamentos técnicos permitiriam ao auditor desprezar a documentação apresentada pelo contribuinte. O auditor optou apenas por transcrever o teor do art. 117, 131, 138 a 142 do RIR/99 e notas complementares.

É evidente que tal postura não atende ao dever de fiscalização e análise do fisco, quer pela exigência disposta no art.37, caput, da CF/88, relativo ao princípio da eficiência, quer pela fundamentação que toda posição oficial deve conter.

Ademais, o próprio art. 138 do RIR/99 é suficientemente claro ao dispor expressamente acerca da possibilidade de aferição do custo da aquisição.

Existe nos autos documentação comprobatória a respeito dos custos efetivos na aquisição do bem imóvel, mormente pela ocorrência de disputa judicial que redundou em acentuada oneração no preço do imóvel. Tal realidade não pode ser desprezada, pois dessa forma estaria o fisco dilatando a base de cálculo de forma indevida e com isso obtendo vantagem indevida.

Diante de tal quadro, nulifica-se integralmente o item 002 constante do relatório de ação fiscal e o auto de infração levado a efeito.

Aspectos relacionados à multa

A- Da inobservância ao princípio constitucional da proporcionalidade

No que se refere à multa, conforme doutrina e jurisprudência citadas às fls. 265 a 268, conclui-se que o procedimento fiscal e a atuação daí resultante claudicaram em equívoco, porquanto desrespeitaram regra imanente indissociável a toda atividade de equívoco, porquanto desrespeitaram regra imanente indissociável a toda atividade de lançamento, qual seja, a proporcionalidade.

É evidente que ao agir dessa forma, o agente fiscal avançou de forma ilícita em regra de direito de propriedade, gerou efeito confiscatório vedado pela CF/88, bem como deixou de observar a capacidade contributiva do contribuinte.

B- Princípios da razoabilidade e proporcionalidade (outros aspectos)

Conforme doutrina e jurisprudência citadas às fls. 268 e 269, é certo que a multa fixada no auto de infração não guarda qualquer respeito à razoabilidade e à proporcionalidade, gerando indesejável desajuste jurídico.

C- Vedação ao confisco — aplicação à multas fiscais

A doutrina e jurisprudência citadas às fls. 270 e 272 deixam claro que a vedação constitucional da utilização do tributo com efeito de confisco estende-se às multas, como no caso em tela em que a fixação atinge percentuais aterradores.

D- Princípio da capacidade contributiva

Não é demais lembrar que o fim colimado pelo Estado Tributante é justamente estatuir a Justiça Fiscal. Sendo assim, o legislador deve, na edição de leis tributárias observar os limites da retirada da riqueza do contribuinte, sob pena de incorrer em exigência injusta.

No mesmo diapasão, a restrição também resulta para a fixação de multa confiscatória, ou seja, aquela que perpassa o campo da punição e invade a propriedade. Portanto, a simples análise do quantum exigido a título de multa pela autoridade fazendária é o suficiente para constatar que o montante ultrapassa em

muito o poder de fazer frente do contribuinte. Vulnera certamente o princípio da capacidade contributiva.

E- Outros aspectos da fixação exacerbada da multa fiscal

A fiscalização se equivocou quando da designação do montante da multa, uma vez que arbitrou um percentual totalmente elevado, afrontando o determinado na legislação fiscal.

A própria Constituição Federal, no art. 150, IV, diz que "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco".

Tanto é assim que a Lei nº 9.298/1996 acrescentou um parágrafo ao art. 52 que assim reza: "As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação".

Dessa forma, por analogia, e em respeito ao princípio da isonomia, o percentual máximo para a aplicação da multa seria de 20% (vinte por cento), uma vez que a inflação mensal nos dias de hoje não chega a atingir a escala de 1%.

A inaplicabilidade da taxa Selic

A utilização da taxa Selic, como fator de atualização tributária, ressurte-se de validade jurídica, como amplamente demonstrado às fls. 275 a 285.

Da Decisão da DRJ

Quando da apreciação do caso, a DRJ em São Paulo II/SP, julgou procedente o lançamento, conforme ementa abaixo (fls. 340/360).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Anos-calendário: 2004, 2005, 2007, 2008

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

A Lei nº 9.430/1996, que teve vigência a partir de 01/01/1997, estabeleceu, em seu art. 42, uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente quando o titular da conta bancária não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em sua conta de depósito ou investimento.

GANHO DE CAPITAL. CUSTO DE AQUISIÇÃO.

Somente podem ser incorporadas ao custo de aquisição do imóvel as despesas expressamente previstas na legislação específica, comprovadas por documentação hábil e idônea e discriminadas na Declaração de Ajuste Anual.

RESGATE DE CONTRIBUIÇÕES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E FAPI. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Considera-se não impugnada e definitivamente consolidada na esfera administrativa a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

MULTA DE OFÍCIO.

Ao julgador administrativo não foi dada a competência de alterar, por conta própria, o percentual da multa de ofício expressamente definido em lei.

TAXA SELIC.

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

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

O RECORRENTE, devidamente intimado da decisão da DRJ em 08/05/2010, conforme AR de fls. 364, apresentou o recurso voluntário de fls. 366/395 em 02/06/2010.

Em suas razões, reiterou os argumentos da Impugnação.

Este recurso compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos legais, razões por que dele conheço.

Em princípio, importante esclarecer que, conforme já mencionado pela DRJ de origem, o contribuinte não apresentou qualquer razão de defesa em relação ao lançamento decorrente da omissão de rendimentos recebidos a título de resgate de contribuições de previdência privada e FAPI. Sendo assim, resta definitivo o lançamento do crédito tributário decorrente de tal matéria.

MÉRITO

1. Depósitos Bancários Sem Origem Comprovada

O RECORRENTE questiona a legitimidade do lançamento em razão da sua lavratura com base na simples movimentação bancária.

Em sua defesa, alega que o lançamento com base nesta presunção viola os princípios da segurança jurídica, além de desrespeitar as normas de lançamento tributário, pois

tal presunção não comprova a efetiva ocorrência do fato gerador. Apresenta como fundamento, julgados do antigo tribunal federal de recursos, bem como a súmula nº 182 daquela corte.

Em princípio, deve-se esclarecer que o art. 42 da Lei nº 9.430/1996 prevê expressamente que os valores creditados em conta de depósito que não tenham sua origem comprovada caracterizam-se como omissão de rendimento para efeitos de tributação do imposto de renda, nos seguintes termos:

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações."

A presunção de omissão de receita estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza o lançamento quando a autoridade fiscal verificar a ocorrência do fato previsto, não sendo necessária a comprovação do consumo dos valores. Ou seja, referido dispositivo legal traz presunção legal que autoriza o Fisco a considerar como omissão de rendimentos os valores de movimentação bancária cuja origem não foi identificada.

Esse dispositivo produz uma inversão do ônus da prova, pela qual cabe ao fiscalizado demonstrar a origem dos recursos e afastar seus efeitos.

A referida matéria já foi, inclusive, sumulada por este CARF, razão pela qual é dever invocar a Súmula nº 26 transcrita a seguir:

“SÚMULA CARF Nº 26

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

Portanto, ao contrário do que defende o RECORRENTE, é legal a presunção de omissão de rendimentos por depósitos bancários de origem não comprovada, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

A única forma de elidir a tributação é a comprovação, pelo contribuinte, da origem dos recursos depositados nas contas correntes mediante documentação hábil e idônea.

Para afastar a autuação, o RECORRENTE deveria apresentar comprovação documental referente a cada um dos depósitos de forma individualizada, nos termos do §3º do art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

O art. 15 do Decreto nº 70.235/72 determina que a defesa do contribuinte deve estar acompanhada de toda a documentação em que se fundamentar:

"Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e **instruída com os documentos em que se fundamentar**, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência."

Deveria, então, o RECORRENTE comprovar a origem dos recursos depositados na sua conta bancária durante a ação fiscal, ou quando da apresentação de sua impugnação/recurso, pois o crédito em seu favor é incontestável.

Sobre o mesmo tema, importante transcrever acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 1998

(...)

IMPOSTO DE RENDA - TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - REGIME DA LEI Nº 9.430/96 - POSSIBILIDADE - A partir da vigência do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o fisco não mais ficou obrigado a comprovar o consumo da renda representado pelos depósitos bancários de origem não comprovada, a transparecer sinais exteriores de riqueza (acréscimo patrimonial ou dispêndio), incompatíveis com os rendimentos declarados, como ocorria sob égide do revogado parágrafo 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90. Agora, o contribuinte tem que comprovar a origem dos depósitos bancários, sob pena de se presumir que estes são rendimentos omitidos, sujeitos à aplicação da tabela progressiva.

(...)

Recurso voluntário provido em parte. (1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; julgamento em 04/02/2009)”

Esclareça-se, também, que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, devendo a autoridade fiscal agir conforme estabelece a lei, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN:

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

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

Acontece que o RECORRENTE apenas se limita a alegar a ausência de comprovação da ocorrência do fato gerador, linha de argumentação já superada neste CARF pelo enunciado da já citada Súmula nº 26.

A presunção de rendimentos é decorrência direta da identificação de depósitos bancários sem origem comprovada, o que dispensa a fiscalização de produzir o que o RECORRENTE chama de prova cabal da ocorrência do fato gerador, ou mesmo do consumo da renda, o que envolve também o acréscimo patrimonial. Portanto, não merece reparo o lançamento, na medida que caberia ao RECORRENTE ter comprovado a origem dos depósitos recebidos em sua conta bancária mediante apresentação de documentação hábil e idônea, o que não foi feito.

2. Da Quebra Do Sigilo Bancário.

Ainda que de maneira discreta, o RECORRENTE faz ponderações acerca da quebra de seu sigilo bancário de forma ilegal/inconstitucional.

Sobre o tema, de início, julgo ser importante esclarecer que os extratos bancários foram fornecidos pelo próprio RECORRENTE, e não diretamente através das instituições financeiras. Neste sentido, de logo constata-se que a alegação de irregular quebra de seu sigilo bancário não merece prosperar.

Ademais, importante tecer considerações sobre o tema envolvendo as informações prestadas pelas instituições financeiras à RFB, seja mediante solicitação direta dos extratos bancários, seja pela mera informação acerca da CPMF movimentada na conta. Isto porque, a obtenção destas informações não representa quebra do sigilo bancário, conforme esclarece o art. 1º, §3º, inciso III, da Lei Complementar nº 105/2001:

LC 105/2001

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

Lei nº 9.311/96

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

(...)

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

O art. 11, §2º, da Lei nº 9.311/96 dispõe, justamente, acerca da prestação de informações à Receita Federal relativas ao CPMF retido e recolhido pelas instituições financeiras. Ou seja, não houve quebra de sigilo muito menos qualquer ilegalidade cometida pela autoridade fiscal.

Ademais, é permitida a requisição de informações financeiras diretamente às instituições, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 (com redação dada pela Lei nº 10.174/2001), com a finalidade de instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos, o que inclui o IRPF:

LC 105/2001

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal

em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Lei nº 9.311/96

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

(...)

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores. (Redação dada pela Lei nº 10.174, de 2001)

Com base nos extratos fornecidos pelo contribuinte, os quais representam prova concreta dos depósitos nas contas bancárias, foi que a autoridade fiscal lançou mão da presunção legal contida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 para efetuar o presente lançamento (conforme exposto em tópico específico deste voto).

Ademais, o STF já julgou a legalidade e constitucionalidade dos dispositivos acima transcritos, conforme decisão proferida nos autos do processo paradigma nº RE 601314, transitada em julgado no dia 11/10/2016, em que foi fixada a seguinte tese em repercussão geral (tema 225):

I - O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal;

II - A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN.

Nota-se que o STF também decidiu que o princípio da irretroatividade não se aplica à Lei nº 10.174/01, que deu nova redação ao §3º do art. 11 da Lei nº 9.311/96 e facultou a utilização de dados da CPMF para “*instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento*”.

De acordo com o §2º do art. 62 do Regimento Interno deste Conselho, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF na sistemática do art. 543-B do CPC/1973 devem ser obrigatoriamente reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Nesse sentido, não prosperam as alegações de inconstitucionalidade levantadas pelo RECORRENTE. Deve-se esclarecer, ainda, que, de acordo com o disposto na Súmula nº 02 deste órgão julgador, esta é matéria estranha à sua competência:

“SÚMULA CARF Nº 02

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

Portanto, não prosperam as alegações de defesa.

3. Do custo de aquisição do imóvel.

Com relação ao lançamento do ganho de capital auferido em decorrência da alienação do imóvel situado à Rua Prof. Paulo Mont Serrat, Vila Monteiro, São Carlos-SP, a controvérsia diz respeito, exclusivamente, ao custo de aquisição do mesmo.

Isto porque, tanto a fiscalização quanto a autoridade julgadora entenderam que o custo de aquisição do imóvel deve ser de R\$ 850.000,00, e que tal valor não pode ser alterado.

Por sua vez, o RECORRENTE defende que, em razão da aquisição do imóvel, além do montante pago a antiga proprietária de R\$ 850.000,00 arcou com o montante de R\$ 61.628,60, decorrente ao débito judicial vinculado ao imóvel e com o montante de R\$ 117.644,93, referente a débitos de IPTU existente antes de sua imissão na posse.

No meu entender, assiste razão o RECORRENTE. Explico.

Sobre o tema, assim dispõe o art. 16 da lei 7.713/88, que regulamente o preço de aquisição de ativos:

Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:

I - o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão;

II - o valor que tenha servido de base para o cálculo do Imposto de Importação acrescido do valor dos tributos e das despesas de desembaraço aduaneiro;

III - o valor da avaliação do inventário ou arrolamento;

IV - o valor de transmissão, utilizado na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante;

V - seu valor corrente, na data da aquisição.

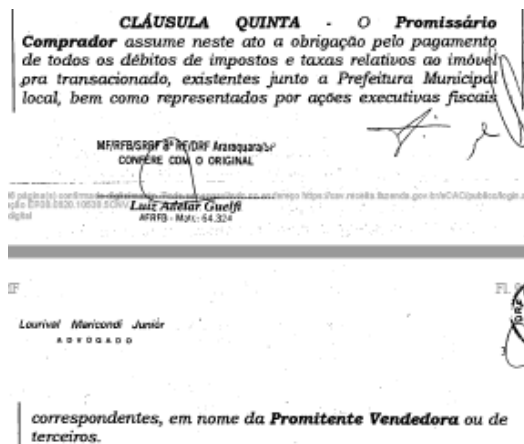
Portanto, o custo de aquisição será o preço efetivamente pago pelo contribuinte, para aquisição do bem em comento.

Por sua vez, analisando a promessa de compra e venda de fls. 92/95, constata-se que o negócio jurídico foi pactuado nos seguintes termos:

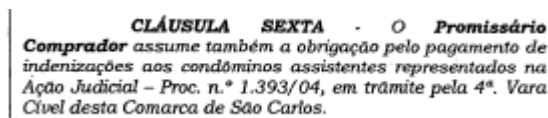
1- Preço pago à proprietária:

CLÁUSULA TERCEIRA - Pelo presente instrumento e na melhor forma de direito, a **Promitente Vendedora** se compromete e se obriga a vender ao **Promissário Comprador**, que por sua vez se compromete e se obriga a comprar o supracitado imóvel, pelo preço certo e ajustado de R\$.850.000,00 (oitocentos e cinquenta mil reais), a ser pago da seguinte forma:

2- Obrigação de assumir todos os débitos de impostos e taxas referentes ao imóvel:



3- Obrigação de assumir o pagamento da indenização judicial objeto do processo n  1.393/04:



Observa-se, destes trechos reproduzidos do contrato, que todos os pagamentos efetuados pelo RECORRENTE conforme os comprovantes de fls. 126 e 127 foram decorrentes de expressa obrigação contratual, pactuada no ato de aquisição do imóvel.

Como cediço, é bastante comum, em processo de aquisição de ativos com débitos, os chamados “*stressed assets*” que haja “desconto” do valor nominal pago pelo comprador em razão da assunção dos débitos vinculados ao ativo, sem que isso reduza o valor global da operação, na medida em que a diferença será utilizada para quitação dos respectivos débitos.

Imaginemos duas situações distintas, na primeira, o RECORRENTE paga o valor nominal de R\$ 1.000.000,00 pelo terreno para vendedora, e a mesma assume o compromisso de entregar o imóvel livre de  nus para o comprador. No outro cenário, por comodidade das partes, o comprador pagar  o valor nominal de R\$ 850.000,00 para vendedora, mas ficará contratualmente obrigado a adimplir o débito existente de R\$ 150.000,00,

Não faz sentido que em um dos casos o custo de aquisição seja considerado maior do que o do outro, apenas em razão do valor nominal destinado à vendedora ser superior no cenário “A”, quando o montante total pago em decorrência da operação permanece o mesmo.

Ante o exposto, dou provimento a esta parte do recurso voluntário, a fim de que seja integrando ao custo de aquisição os valores pagos pelo RECORRENTE relativos à d vida do imóvel existentes até a sua aquisição ocorrida em 2006, conforme pactuado em instrumento de compra e venda, nos termos dos comprovantes de fls. 126 (R\$ 61.628,60) e 127 (R\$ 117.644,93).

Saliente-se que o valor de R\$ 15.169,10, pago conforme comprovante de fl. 128, refere-se ao IPTU 2007, período em que o contribuinte já era proprietário do imóvel. Portanto, tal valor não deve acrescer o custo de aquisição.

Assim, após a retificação do custo de aquisição, a autoridade preparadora deverá promover nova apuração do ganho de capital auferido e, conseqüentemente, calcular o tributo sobre ele incidente.

4. Multa de ofício - efeito confiscatório

O RECORRENTE afirma que deve ser reduzida a multa de ofício, já que teria efeito confiscatório, além de ir de encontro ao princípio da proporcionalidade, razoabilidade e da capacidade contributiva. Com essa linha de argumentação, procura atribuir a pecha de inconstitucionalidade à legislação tributária.

Ocorre que essa matéria é estranha à esfera de competência desse colegiado, conforme determina o seguinte enunciado da Súmula CARF:

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

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos das razões acima expostas, para acatar o custo de aquisição de R\$ 1.029.273,53 e, conseqüentemente, determinar nova apuração do ganho de capital e o recálculo do tributo devido.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim