



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19515.001634/2007-92
Recurso nº 167.800 Voluntário
Acórdão nº 2202-00.949 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de fevereiro de 2011
Matéria IRPF
Recorrente ELIANA MARIA PIVA DE ALBUQUERQUE TRANCHESI
Recorrida 4A. TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SPII

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2003, 2004

NULIDADE - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - INEXISTÊNCIA - As hipóteses de nulidade do procedimento são as elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972, não havendo que se falar em nulidade por outras razões.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - Constitui-se rendimento tributável o valor correspondente ao acréscimo patrimonial não justificado pelos rendimentos tributáveis declarados, não tributáveis, isentos, tributados exclusivamente na fonte ou de tributação definitiva.

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. COMPROVAÇÃO - Somente podem ser considerados como origens de recursos na análise da evolução patrimonial os rendimentos isentos e não tributáveis relativos à distribuição de lucros pagos por pessoas jurídicas se restar comprovada, mediante documentação hábil e idônea, a efetividade dos pagamentos.

ÔNUS DA PROVA. Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus acréscimos patrimoniais.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - ARTIGO 42, DA LEI Nº. 9.430, de 1996 - Caracteriza omissão de rendimentos a existência de 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RENDIMENTOS DEPÓSITO IGUAL OU INFERIOR A R\$ 12.000,00 - Os depósitos bancários iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), cujo somatório não ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) no ano-calendário, não podem ser considerados

na presunção da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, no caso de pessoa física.(Súmula CARF No. 61).

JUROS - TAXA SELIC - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula 1º CC nº 4).

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

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - REFORMATIO IN PEJUS - A autoridade julgadora não é dotada de uma competência concorrente ou simultânea com a do órgão de lançamento, na sua função revisional, incumbe observar a adstrição da exigência posta aos critérios legais próprios, para tal mantendo-a ou cancelando-a, no topo ou em parte, vedada a "reformatio in pejus".

Preliminar rejeitada.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar suscitada pela Recorrente e, no mérito, pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo da exigência, relativo ao ano-calendário de 2004, o valor de R\$ 63.620,66. Vencidos os Conselheiros João Carlos Cassuli Junior, Ewan Teles Aguiar e Pedro Anan Júnior, que proviam o recurso em maior extensão para acolher como origem de recursos, para justificar acréscimo patrimonial a descoberto, os lucros distribuídos na pessoa jurídica da qual é sócia, independentemente da comprovação da efetiva transferência dos recursos para a pessoa física da sócia.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, João Carlos Cassuli Junior, Antonio Lopo Martinez, Ewan Teles Aguiar, Pedro Anan Júnior e Nelson Mallmann. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Helenilson Cunha Pontes.

Relatório

Em desfavor da contribuinte, ELIANA MARIA PIVA DE ALBUQUERQUE TRANCHESI foi lavrado auto de infração de fls. 282 a 285, acompanhado dos demonstrativos de fls. 279 a 281 e Termo de Verificação Fiscal de fls. 260 a 274 (planilhas de fls. 275 a 278), relativo ao imposto sobre a renda das pessoas físicas anos-calendário de 2003 e 2004, por meio do qual foi apurado crédito tributário no montante de R\$ 722.544,68, dos quais, R\$ 333.742,37 são referentes a imposto, R\$ 250.306,77 são cobrados a título de multa proporcional, R\$ 138.495,54 correspondem a juros de mora calculados até 31/05/2007.

Conforme descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 283/285, a exigência decorreu das seguintes infrações à legislação tributária:

1. omissão de rendimentos tendo em vista a variação patrimonial a descoberto, onde verificou-se excesso de aplicações sobre origens, não respaldado por rendimentos declarados/comprovados, conforme explicitado no Termo de Verificação Fiscal que faz parte integrante deste auto de infração. O enquadramento legal, bem como as datas dos fatos geradores e os valores tributáveis estão relacionados à fl. 283;

2. omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta(s) de depósito ou de investimento, mantida(s) em instituição(ões) financeira(s), em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações conforme explicitado no Termo de Verificação Fiscal que faz parte integrante deste auto de infração. Os valores tributáveis, data dos fatos geradores e enquadramento legal encontram-se descritos às fls. 284/285.

A multa de ofício foi aplicada no percentual de 75%, com base no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996 (fl. 281).

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 260/278), parte integrante do auto de infração, a autuante fornece explicações detalhadas, por ano-calendário, sobre a apuração das infrações, demonstrando a evolução patrimonial da contribuinte por meio de planilhas e relacionando o somatório mensal dos depósitos bancários objeto de lançamento.

Cientificada do lançamento em 28/06/2007 (AR de fl. 287), a contribuinte apresentou, em 26/07/2007, a impugnação de fls. 294 a 317, subscrita por procuradora (documento de fl. 318), acompanhada dos documentos de fls. 319 a 355, na qual, após breve relato dos fatos, alega, em síntese, que:

PRELIMINARMENTE

ILIQUEZ DO CRÉDITO

- detectou-se inconsistência no levantamento fiscal, sendo que os valores lançados na planilha “Análise da Variação*

Patrimonial e dos Dispendios Realizados” relativos a pagamento de cartões divergem daqueles que constam dos extratos bancários e faturas de cartões (valores relacionados pela contribuinte à fl. 297);

- outro motivo que demonstra que a planilha “Análise da Variação Patrimonial e dos Dispendios Realizados” é inconsistente está refletido na desconsideração dos rendimentos dos juros e correção monetária incidentes sobre as aplicações mensalmente, conforme comprovam os extratos (valores relacionados pela contribuinte à fl. 298);*

- as quantias retro apontadas, por afrontar o artigo 142 do CTN, que obriga o exato cálculo do tributo devido e a determinação da matéria tributável para ser válido por sua liquidez, certeza e exigibilidade, não podem ser consideradas;*

ILEGALIDADE DO CRÉDITO

- a legislação (Lei 9430/96, art. 42, parágrafo 3º, incisos I e II e lei 9481, de 1997, art. 4º) veda a constituição de crédito com base em omissão de receita de pessoa física de depósitos em valores iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 desde que o seu somatório, no ano-calendário, não ultrapasse R\$ 80.000,00;*

- conforme se verifica no levantamento fiscal, todas as quantias depositadas na conta bancária da impugnante compuseram a base de cálculo, de forma amplamente ilegal, especialmente em relação ao ano-calendário de 2004, devendo ser decretada a nulidade do lançamento (cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes);*

MÉRITO

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO

- a impugnante é empresária que participa e administra diversas unidades de negócios e, por isso, aufere como fruto dessas atividade a remuneração correspondente, especialmente Lucros Distribuídos e Juros sobre o Capital Próprio, sendo que tais valores foram devidamente informados em suas Declarações de Imposto de Renda como rendimentos isentos e não tributados ou tributados exclusivamente na fonte;*

- na constituição do crédito tributário a fiscalização utilizou os dados constantes de seus bancos de dados para averiguar os rendimentos provenientes dos Juros sobre o Capital Próprio pagos pela pessoa jurídica, mas não utilizou a mesma fonte para averiguar outros rendimentos, assim, as DIPJs dos anos-calendário 2003 e 2004, informam os valores dos lucros e dividendos distribuídos à impugnante, que não foram levados em conta pela fiscalização, mesmo tratando-se de informação prestada oficialmente à RFB pela pessoa jurídica;*

- o não reconhecimento da remuneração paga à impugnante comprova a inconsistência havida na constituição do crédito tributário e, por conseqüência foi gerada a distorção que culminou na indevida acusação de acréscimo patrimonial a descoberto (demonstra a apuração referente a abril/2003);*

- *considerando os valores efetivamente recebidos pela impugnante, comparando-os com as despesas incorridas no mesmo período (mensal) e considerando o saldo de meses anteriores como determina a legislação, não se evidencia acréscimo patrimonial a descoberto (cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes);*
- *a conclusão fiscal demonstra que os valores efetivamente recebidos pela impugnante foram desconsiderados por não terem transitado em suas contas bancárias (só foram reconhecidos como remuneração os valores que demonstravam correspondência com depósitos bancários – R\$ 74.000,00 em agosto/2003 e R\$ 2.350.000,00 em agosto e dezembro de 2004), entretanto não existe em nosso ordenamento jurídico a obrigatoriedade de um rendimento ou pagamento ter que ser efetuado mediante depósito em conta bancária para ser considerado realizado (cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes);*
- *a prova da origem dos recursos auferidos pela impugnante foi vastamente produzida nos autos, sendo que os informes de rendimentos expedidos pela fonte pagadora NCSA, confirmam que a mesma efetivamente fez os pagamentos, mesmo não tendo transitado em sua totalidade pela conta bancária da impugnante;*
- *ressalte-se que a pessoa jurídica detém capacidade financeira para realizar pagamentos em reais e que os recibos relativos às quantias recebidas da pessoa jurídica emitidos pela impugnante foram disponibilizados à fiscalização e são, nesta oportunidade, juntados à impugnação;*
- *não houve aprofundamento nos trabalhos fiscais capaz de sustentar o auto de infração, de onde decorre a nulidade do lançamento do crédito tributário, além de não ter havido desclassificação ou desconsideração da escrituração da pessoa jurídica ligada à impugnante e, nos termos do artigo 9º e parágrafos do Decreto-lei 1598/77 a escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte, convalidando os efeitos dos atos que praticou e, invertendo o ônus da prova da inveracidade dos fatos registrados à autoridade administrativa (cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes);*
- *não tendo havido provas robustas para respaldar a acusação fiscal nem a desclassificação dos registros da pessoa jurídica ligada à impugnante, revela-se o vício insanável contido no auto de infração, o que, por consequência, exige a decretação da nulidade do lançamento;*
- *o fato de ter sido consignado no processo que apesar de ter sido enviada intimação à fonte pagadora para esclarecimentos, esta não chegou ao seu destino, não legitima a autuação porque a pessoa jurídica está sob fiscalização, e, portanto, a autoridade fiscalizadora sabe sua localização, o responsável tributário poderia ter sido intimado para prestar esclarecimentos e, ainda,*

a impugnante na qualidade de representante legal tem qualificação para colher e transmitir as informações necessárias à fiscalização;

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

- há contradição na autuação pois no primeiro item a autuação atribui à impugnante Acréscimo Patrimonial a Descoberto pela desconsideração da remuneração auferida no período fiscalizado, em virtude de não detectar o trânsito dessas quantias em suas contas correntes e no segundo item atribui omissão de rendimentos por entender que não houve justificativa para os depósitos bancários examinados, sendo que ambas as acusações não levaram em conta os documentos apresentados, que provam não existir acréscimo patrimonial, quer pela distribuição de lucros, quer pelo recebimento de juros sobre o capital próprio ou outras remunerações decorrentes das atividades que exerce;*

- a omissão de rendimentos não pode basear-se em presunções em atenção ao princípio da tipicidade cerrada;*

- saliente-se que a impugnante detém capacidade financeira plenamente justificada para responder pelo movimento das contas bancárias que mantém perante as instituições financeiras, o que invalida toda e qualquer acusação de omissão de receitas provenientes de seus depósitos e que os documentos apresentados comprovam e justificam sua movimentação financeira (cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes);*

- a fiscalização, de posse da movimentação bancária da impugnante presumiu ter havido omissão de receita, entretanto, não apontou o nexo causal dos depósitos, com fatos concretos que justifiquem a imputação (cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes);*

- assim, os argumentos apontados por si só têm força suficiente para comprovar a inconsistência da constituição do crédito tributário, uma vez que a impugnante durante a ação fiscal apresentou provas dos rendimentos recebidos identificando a origem desses recursos, as quais foram desconsideradas pela autoridade fiscalizadora, motivo pelos quais são anexados documentos à presente, além do que, a fiscalização não se aprofundou nas investigações para detectar a verdade real, comprovando a inexistência do lançamento;*

- a aplicação da TAXA SELIC ao crédito tributário deve ser afastada em virtude da inconstitucionalidade que ostenta (cita jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça);*

- a multa punitiva é indubitavelmente confiscatória por representar quase o dobro do crédito tributário, devendo ser aplicado às penalidades o inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal (cita jurisprudência do E. TRF da 1ª Região), e, mesmo sendo prevista em lei a quantificação da penalidade, deve ser levado em conta se essa lei é constitucional, já tendo o STJ adotado o parâmetro de 20% para considerar não confiscatória a multa por infração fiscal (cita texto da professora Marilena Talarico Martins);*

- *conclui que o auto de infração é nulo de pleno direito por ter sido lavrado com violação de várias normas do Decreto nº 70.235/72 e com preterição dos direitos da impugnante à legalidade e à ampla defesa assegurados nos arts. 5º, 37 e 150 da CF e que, quanto ao mérito, restou demonstrada a ilegalidade das acusações fiscais de supostas receitas omitidas e a total insegurança, iliquidez e incerteza do lançamento, solicitando que o auto de infração seja julgado nulo e insubsistente;*
- *requer, por fim, que as intimações, notificações ou qualquer comunicação à impugnante seja enviada ao escritório de seus patronos.*

Em 24 de fevereiro de 2008, os membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo proferiram Acórdão que, por unanimidade, rejeitou a preliminar de nulidade, e considerou procedente em parte o lançamento, nos termos da Ementa a seguir transcrita.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2003, 2004

NULIDADE

Constatado que o procedimento fiscal foi realizado com estrita observância das normas de regência, tendo sido os atos e termos lavrados por servidor competente e respeitado o direito de defesa do contribuinte, fica afastada a hipótese de nulidade do lançamento.

Erro de fato na quantificação da matéria tributável, passível de correção na fase contenciosa do processo fiscal, não acarreta nulidade do lançamento.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO.

O acréscimo patrimonial, não justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis ou isentos e tributados exclusivamente na fonte só é elidido mediante a apresentação de documentação hábil que não deixe margem a dúvida.

Para que sejam utilizados como recursos no fluxo financeiro mensal, os valores correspondentes à retirada de lucros em empresas das quais a contribuinte é sócia deve vir acompanhada de prova inequívoca da efetiva transferência do numerário.

Comprovado por meio de extratos bancários o valor dos pagamentos realizados e as datas e valores dos rendimentos recebidos é de se retificar a análise de evolução patrimonial considerando-os nas datas e valores comprovados.

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FATOS GERADORES A PARTIR DE 01/01/1997.

A Lei nº 9430/96, 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.

EXCLUSÃO DA BASE TRIBUTÁVEL. DEPÓSITOS INDIVIDUALMENTE IGUAIS OU INFERIORES A R\$ 12.000,00.

Na determinação da receita omitida devem ser excluídos os depósitos de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

MULTA DE OFÍCIO E TAXA SELIC.

A utilização da taxa SELIC como juros moratórios assim como a aplicação da multa de ofício decorrem de expressas disposições legais.

A apreciação e decisão de questões que versem sobre a constitucionalidade de atos legais são de competência exclusiva do Poder Judiciário, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar a sua aplicação.

DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS. EXTENSÃO.

As decisões judiciais, a exceção daquelas proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade de normas legais, e as administrativas não têm caráter de norma geral, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência senão àquela objeto da decisão.

Lançamento Procedente em Parte

A autoridade recorrida retificou o lançamento com as modificações nas planilhas de evolução patrimonial, decorrentes das alterações dos valores de pagamento dos cartões de crédito e da consideração no mês em que foram recebidos dos valores dos rendimentos de poupança (conseqüentemente excluídos no mês de dezembro), demonstradas nas planilhas de fls. 361 e 362, e a exclusão dos valores dos depósitos bancários de valor inferior a R\$ 12.000,00 que não atingiram o somatório de R\$ 80.000,00 no ano-calendário de 2004 (observando-se que estes depósitos deixam de ser considerados recursos na planilha de evolução patrimonial).

Cientificada em 19/06/2008, a contribuinte, se mostrando irressignada, apresentou, em 16/07/2008, o Recurso Voluntário, de fls. 386/408, onde reitera as razões de sua impugnação, particularmente aditando os seguintes pontos:

- Da nulidade do lançamento por inconsistências;
- Do acréscimo patrimonial a descoberto, onde não se consideraram os lucros distribuídos;
- Dos depósitos bancários de origem não comprovada;

- Da exclusão da base tributável dos depósitos individualmente iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00, que foram excluídos como fonte de recursos do acréscimo patrimonial a descoberto;

- Do caráter confiscatório da multa;

- Da aplicação da taxa selic.

Em 20 de agosto de 2009, a Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção de Julgamento, converteu o processo em julgamento para que a intimar a empresa NSCA Ind. Com. Exp. Ltda, que apresenta-se documentação contábil que respalde a distribuição de lucros, alegada pela recorrente, de modo a comprovar que efetivamente ocorreu.

Em resposta a intimação da autoridade, a NSCA Ltda apresentou a documentação de fls 422 a 467. A autoridade fiscal ao analisar a documentação acostada em termo de constatação fiscal afirma que a mesma não comprova a efetividade da distribuição do lucro.

A recorrente cientificada da resultado da diligência, se opõe ao termo de constatação fiscal afirmando tratar-se de lucros efetivamente distribuídos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

O recurso está dotado dos pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Da Nulidade do Auto de Infração

Formula o contribuinte preliminar de nulidade alegando que a autoridade administrativa promoveu ato ilegal no seus atos administrativos, eivando de vício de nulidade o auto de infração

Ocorre que, nos presentes autos, não ocorreu nenhum vício para que o procedimento seja anulado, como bem discorreu a autoridade recorrida, os vícios capazes de anular o processo são os descritos no artigo 59 do Decreto 70.235/1972 e só serão declarados se importarem em prejuízo para o sujeito passivo, de acordo com o artigo 60 do mesmo diploma legal.

A autoridade fiscal ao constatar infração tributária tem o dever de ofício de constituir o lançamento. Do mesmo modo quando constatada irregularidade deve afastar o mesmo, zelando pelo princípio da legalidade.

Diante do exposto, entendo que não há que se falar em nulidade no presente caso, rejeito a preliminar argüida pelo contribuinte.

Do Acréscimo Patrimonial a Descoberto

A parte do lançamento que cabe ser apreciada é aquela vinculada a omissão de rendimentos caracterizada por acréscimo patrimonial a descoberto

Como explicado na decisão recorrida, o meio utilizado, no caso, para provar a omissão de rendimentos é a presunção. É o meio de prova admitido em Direito Civil, consoante estabelecem os arts. 136, V, do Código Civil (Lei nº 3.071, de 01/01/1916) e 332 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11/01/1973), e é também reconhecido no Processo Administrativo Fiscal e no Direito Tributário, conforme art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, e art. 148 do CTN.

Tendo sido evidenciado pelo fisco a aquisição de bens e/ou aplicações de recursos, cabe ao contribuinte a prova da origem dos recursos utilizados. Isto é, a prova ex ante, de iniciativa do Fisco, redundará no ônus da contraprova pelo contribuinte.

A Lei nº 7.713/88 estabeleceu uma **presunção legal** ao definir que os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados constituem rendimentos omitidos e, portanto, sujeitos à tributação. De modo geral, toda presunção é a aceitação como verdadeiro de um fato provável.

Na maioria das vezes, a presunção é simples ou relativa (*praesumptio iuris tantum*) e seu efeito é a inversão do ônus da prova, cabendo à parte interessada a produção de prova contrária para afastar o presumido. É o que ocorre no presente caso. A presunção legal aqui enfocada é relativa, impondo ao agente público o lançamento de ofício do imposto correspondente sempre que o contribuinte não justifique, por meio de documentação hábil e idônea, o acréscimo patrimonial a descoberto.

O recorrente questiona o lançamento argumentando que não teria sido considerado os lucros distribuídos.

Ao apreciar os argumentos do recorrente, assim se pronunciou a autoridade recorrida:

Em relação à distribuição de lucros da empresa NSCA Ind. Com. Exp. E Imp. Ltda, CNPJ 61.035.267/0001-09, informados na declaração de ajuste anual, e que não foram considerados pela fiscalização no fluxo de caixa, consta no Termo de Verificação Fiscal (fls. 260/274) que como a fiscalizada, apesar de intimada, não apresentou nenhum documento hábil e idôneo que comprovasse a efetividade do recebimento dos Lucros Distribuídos, considerou-se, apenas, os valores que coincidiram em data com depósitos efetuados em sua conta corrente nº 60.0970.00, Agência Moema, Bank Boston S/A (R\$ 74.000,00 em 08/2003, R\$ 1.850.000,00 em 08/2004 e R\$ 500.000,00 em 21/12/2004).

Como visto, a fiscalização desconsiderou os valores informados a título de lucros distribuídos por falta de comprovação da efetiva transferência de numerários da pessoa jurídica para a sócia, não tendo sido apresentada documentação nem a comprovação por parte da empresa, que intimada não foi localizada. Também a impugnante, sócia, não trouxe a documentação da empresa que comprovasse a efetiva distribuição dos lucros.

Na fase impugnatória a impugnante juntou apenas cópia das DIPJs, e recibos assinados por ela, insuficientes para comprovar a transferência dos valores entre pessoa jurídica e física, assim como os informes de rendimentos apresentados durante a fiscalização.

Veja-se que o RIR/1999, em seu art. 39, XXVI a XXIX, considera sem incidência de tributação os lucros e dividendos efetivamente distribuídos, ou seja, aqueles valores que comprovadamente foram atribuídos aos sócios, acionistas ou titular de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, presumido ou arbitrado, até o valor apurado com base na escrituração e aos lucros acumulados ou reservas de lucros de períodos-base anteriores. Apesar da solicitação da autoridade recorrida, o recorrente continua a alegar o erro no preenchimento da declaração, mas não traz provas para assegurar a validade de seus argumentos, verossímeis, mas que precisam ser provados.

Logo a seguir, ao comentar as provas apresentadas pela recorrente, a autoridade recorrida complementa com precisão:

No caso em tela, observam-se apenas registros nas declarações da pessoa jurídica, correspondentes a retiradas por parte da sócia, sem respaldo em documentação coincidente em datas e valores que confirmam veracidade aos pagamentos realizados (a exceção daqueles já concedidos pelo lançamento). Ao contrário do alegado pela impugnante, os documentos apresentados não confirmam a efetividade dos pagamentos, devendo ter sido apresentadas, pela impugnante, provas concretas da transferência dos valores, o que não foi feito. Portanto, não havendo comprovação documental suficiente da retirada de lucros por parte da sócia, não há como acatar tais valores como origem de recursos (a exceção daqueles já concedidos pelo lançamento).

No conselho há muito tempo exige-se que para que sejam utilizados como recursos no fluxo financeiro mensal, os valores correspondentes à retirada de lucros em empresas das quais a contribuinte é sócia deve vir acompanhada de prova inequívoca da efetiva transferência de numerário.

Em suma, acompanho a posição que somente podem ser considerados como origens de recursos na análise da evolução patrimonial os rendimentos isentos e não tributáveis relativos à distribuição de lucros pagos por pessoas jurídicas se restar comprovada, mediante documentação hábil e idônea, a efetividade dos pagamentos.

Diante dos elementos de prova apresentados, é oportuno para o caso concreto, recordar a lição de MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

"Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa." Ainda, entende aquele mestre que, subjetivamente, prova 'é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade deste fato ". Já no campo

objetivo. as provas "são meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. "

Assim, consoante o referido autor, a prova teria

- a) um objeto - são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação;
- b) uma finalidade - a formação da convicção de alguém quanto à existência dos fatos da causa;
- c) um destinatário - o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, dirigem-se ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar a sua convicção.

Pode-se então dizer que a prova jurídica é aquela produzida para fins de apresentar subsídios para uma tomada de decisão por quem de direito. Não basta, pois, apenas demonstrar os elementos que indicam a ocorrência de um fato nos moldes descritos pelo emissor da prova, é necessário que a pessoa que demonstre a prova apresente algo mais, que transmita sentimentos positivos a quem tem o poder de decidir, no sentido de enfatizar que a sua linguagem é a que mais aproxima do que efetivamente ocorreu.

Da Presunção baseada em Depósitos Bancários

O lançamento fundamenta-se em depósitos bancários. A presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o “fato gerador” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de “fato gerador”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “fato gerador” (as chamadas presunções legais), a produção de tais provas é dispensada. Neste caso, ao Fisco cabe provar tão-somente o fato indiciário (depósitos bancários) e não o fato jurídico tributário (obtenção de rendimentos).

No texto abaixo reproduzido, extraído de “Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas” (Justec-RJ; 1979:806), José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

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

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9430/1996 cuida de presunção relativa (juris tantum) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao sujeito passivo a sua produção. Nesse passo, como a natureza não-tributável dos depósitos não foi comprovada pelo contribuinte, estes foram presumidos como rendimentos. Assim, deve ser mantido o lançamento.

Antes de tudo cumpre salientar que a presunção não foi estabelecida pelo Fisco e sim pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Tal dispositivo outorgou ao Fisco o seguinte poder: se provar o fato indiciário (depósitos bancários não comprovados), restará demonstrado o fato jurídico tributário do imposto de renda (obtenção de rendimentos).

Assim, não cabe ao julgador discutir se tal presunção é equivocada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei n.º 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito 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 (art. 42, caput, da Lei n.º 9.430/1996).

No caso concreto não é suficiente alegar possuir capacidade financeira para suportar o depósitos bancários. É crucial que sejam apresentadas provas que individualizadamente demonstrem a origem dos depósitos bancários apurados.

Da Inconstitucionalidade das Normas

No referente a suposta inconstitucionalidade das Normas aplicadas, que determinariam a aplicação de multas e juros de natureza confiscatória, acompanho a posição sumulada pelo 1º Conselho de que não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da legalidade/constitucionalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário.

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

Da Inaplicabilidade da Selic como Taxa de Juros

Por fim, quanto à improcedência da aplicação da taxa Selic, como juros de mora, aplicável o conteúdo da Súmula 1º CC nº 4:

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

Assim, é de se negar provimento também nessa parte.

Da exclusão da base tributável dos depósitos iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00

A autoridade julgadora ao apreciar as razões da impugnação, entendeu por bem excluir da infração de depósitos bancários no ano calendário de 2004, o valores relativos a depósitos bancários em valor igual ou inferior a R\$ 12.000,00, procedimento absolutamente em consonância com a legislação. Entretanto, em função desse ajuste, aquela autoridade julgou

correto ter esses valores também excluídos como fontes de recursos do acréscimo patrimonial a descoberto.

A recorrente questiona que o artigo 42 da Lei 9430 teria oferecido uma anistia para os depósitos inferiores ou iguais a R\$ 12.000,00 e que a mesma poderia ser aproveitada no acréscimo patrimonial a descoberto. Cabe registrar que embora discorde da linha de argumentação da recorrente, que almeja ter justificado os acréscimo patrimonial a descoberto com depósitos bancários para os quais não logra demonstrar a origem. Entendo que teria ocorrido um erro no ajuste da autoridade julgadora.

É crucial recordar que a autoridade julgadora não é dotada de uma competência concorrente ou simultânea com a do órgão de lançamento. Na sua função revisional, incumbe-lhe observar a adstrição da exigência posta aos critérios legais próprios, para tal mantendo-a ou cancelando-a, no topo ou em parte, vedada a "reformatio in pejus".

Desse modo em relação ao ano calendário de 2004, verifica-se que o somatório dos valores iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 atingiu o valor de R\$ 64.157,80, devendo, em respeito ao dispositivo legal citado, serem excluídos da tributação mantendo-se, em relação a este ano-calendário, somente a tributação dos depósitos de valor superior a R\$ 12.000,00.

Essa posição está Súmulada no CARF:

Os depósitos bancários iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), cujo somatório não ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) no ano-calendário, não podem ser considerados na presunção da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, no caso de pessoa física.(Súmula CARF No. 61).

Entretanto esse valores ao ser excluídos como fontes de aplicações de recursos, resultaram num acréscimo patrimonial a descoberto no ano calendário de 2004 de R\$ 344.865,03, que é superior ao valor de R\$ 281.244,37. Como não é possível agravar a infração é de se manter a base de cálculo da infração de acréscimo patrimonial a descoberto no valor de R\$ 281.244,37.

Desse modo para o ano calendário de 2004, as infrações efetivamente devem ser mantidas são de R\$ 350.813,07 (R\$ 281.244,37 de Acréscimo Patrimonial a Descoberto e R\$ 69.588,70 de Depósitos Bancários).

Ante ao exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade, e no mérito por dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo da exigência, relativo ao ano-calendário de 2004, o valor de R\$ 63.620,66.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

Processo nº 19515.001634/2007-92
Acórdão n.º **2202-00.949**

S2-C2T2
Fl. 8
