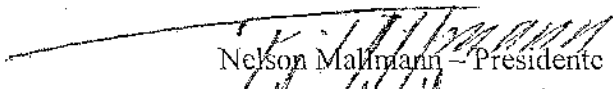


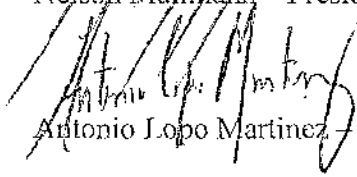
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19515.001634/2007-92
Recurso nº 167.800
Resolução nº 2202-00.042 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 20 de agosto de 2009
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente ELIANA MARIA PIVA DE ALBUQUERQUE TRANCHESI
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.


Nelson Mallmann – Presidente


Antonio Lopo Martinez – Relator

EDITADO EM: 12 MAR 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Antonio Lopo Martinez, Heloísa Guarita de Souza, Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Pedro Anan Júnior, Gustavo Lian Haddad e Nelson Mallmann (Presidente).

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, aufera como fruto dessas atividades 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 consequência 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 irresignada, 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.

É o relatório.



Voto

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ, Relator

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

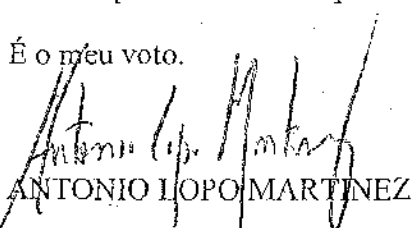
Da análise da impugnação e do recurso constata-se que a recorrente reitera o seu pedido para que sejam considerados os lucros distribuídos pela empresa NSCA Ind. Com. Exp. E Imp. Ltda. no fluxo de caixa que apurou o acréscimo patrimonial a descoberto. A declaração da recorrente é acompanhada também com declarações da pessoa jurídica que indicam as referidas distribuições objeto de questionamento no lançamento, teriam sido efetivamente realizadas.

Entendo que em lançamento desta espécie, as provas apresentadas provocam a dúvida na maioria dos julgadores, restando o risco de desconsiderar-se lucro que eventualmente foi distribuído. Diante dos fatos, tendo em vista a documentação acostada, bem como para que não reste qualquer dúvida no julgamento, entendo que o processo ainda não se encontra em condições de ter um julgamento justo, razão pela qual voto no sentido de ser convertido em diligência para que a repartição de origem tome as seguintes providências:

1 - Intime a empresa NSCA Ind. Com. Exp. E Ind Ltda, CNPJ. 61.035.267/001-09, a apresentar toda a documentação contábil que respalde a distribuição de lucros, alegada pela recorrente, de modo a comprovar que a mesma efetivamente ocorreu.

2. - Que a autoridade fiscal se manifeste, em relatório circunstanciado e conclusivo, sobre os documentos e esclarecimentos prestados, dando-se vista a recorrente, com prazo de 20 (vinte) dias para se pronunciar, querendo. Após vencido o prazo, os autos deverão retornar a esta Câmara para inclusão em pauta de julgamento.

É o meu voto.


ANTONIO LOPO MARTINEZ