



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

Processo n° 10665.000570/2009-86
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-002.310 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de julho de 2018
Matéria IRPJ E REFLEXOS - ARBITRAMENTO
Recorrente JAMIR DE SOUZA MACHADO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Não ocorre a nulidade do auto de infração quando forem observados as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional e os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não configura cerceamento do direito de defesa a formulação de cobrança motivada com base em omissão de receitas caracterizada pela prática reiterada de atividades típicas de instituições financeiras.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL

Nos termos da lei, caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta bancária, na hipótese do titular, após intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a sua respectiva origem.

PESSOA FÍSICA. EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA.

As pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, atividade econômica de natureza civil ou comercial, inclusive financeira, com o fim especulativo de lucro, equiparam-se à pessoa jurídica, devendo inscrever-se no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. FRAUDE. SONEGAÇÃO. DOLO. NÃO PAGAMENTO DE TRIBUTO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Uma vez ausente a figura do dolo, a multa qualificada deve ser afastada.

A simples apuração de omissão de receitas identificadas a partir do acesso às informações bancárias, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício. Súmulas CARF nºs 14 e 25.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. CABIMENTO.

A multa de ofício de 75% está prevista em lei, razão pela qual deve ser exigida.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A apreciação de argumentos de inconstitucionalidade resta prejudicada na esfera administrativa, conforme Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS, COFINS E CSLL. DECORRÊNCIA.

Tratando-se de tributação reflexa decorrente de infrações apuradas no âmbito do Imposto sobre a Renda, constantes do mesmo processo, aplicam-se ao PIS, à COFINS e à CSLL, por relação de causa e efeito, os mesmos fundamentos do lançamento principal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, para reduzir a multa de ofício para 75%, vencido o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que lhe negou provimento.

(assinado digitalmente)

Eva Maria Los - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jose Carlos de Assis Guimarães, Leonam Rocha de Medeiros (suplente convocado em substituição ao conselheiro Luis Fabiano Alves Penteadado), Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Rafael Gasparello Lima, Gisele Barra Bossa, Luis Henrique Marotti Toselli, Lizandro Rodrigues de Sousa (suplente convocado em substituição à conselheira Ester Marques Lins de Sousa) e Eva Maria Los (Presidente em Exercício). Ausentes, justificadamente, os conselheiros Ester Marques Lins de Sousa e Luis Fabiano Alves Penteadado.

Relatório

Trata-se de processo administrativo decorrente de Autos de Infração (fls. 3/54) de IRPJ e Reflexos, lavrados em decorrência de omissão de receitas relativas aos anos-calendário 2004 e 2005, assim caracterizada:

Arbitramento do lucro que se faz, tendo em vista que o contribuinte, intimado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termos de intimação em anexo, deixou de apresentá-los. [...]

001 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FINANCEIROS: CRÉDITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - Omissão de receitas da prestação de serviços financeiros apuradas com base nos créditos bancários não comprovados, oriundos de pagamentos dos empréstimos mútuos concedidos pelo contribuinte a seus diversos clientes, levantados conforme detalhadamente relatado no Termo de Verificação Fiscal e seus anexos, que fazem parte integrante desta descrição de fatos.

Em síntese, os fatos mais relevantes e de destaque são:

A - As contas bancárias mantidas junto à CREDIPEU, Agência 3161-5, conta nº 30.335-6 (Individual) e à CREDICOOP, Agência 3159-3, conta 1.104-5 (conjunta com Murilo Ribeiro Reis até 26/10/2004, com rateio de 50% para cada um, nos termos do parágrafo 6º da Lei 9.430/96, introduzido pela Lei 10.637/2002), foram movimentadas para efetuar operações de empréstimos a terceiros, tendo como financiador (emprestador), Jamir de Souza Machado, CPF 445.016.416-49; e como pessoas financiadas (tomador do empréstimo), diversas pessoas físicas ou jurídicas;

B - Essas contas bancárias eram movimentadas com assinaturas do correntista ou de seus procuradores Srs. Anderson Ferreira de Freitas e Frank Corrêa Lacerda Campos e o contribuinte não comprovou a origem dos créditos bancários, mesmo regularmente intimado por várias vezes, o que caracteriza omissão de receita nos termos do artigo 42 e seus parágrafos da Lei 9.430/96, observado a nova redação dada pela Lei 10.637/2002;

C - Essas operações de empréstimos são atividades de pessoas jurídicas e sujeitam o responsável à inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, voluntariamente ou de ofício;

D - As operações de empréstimos deverão ser escrituradas e individualizadas nos livros contábeis e fiscais, com base em documentos, e obedecidas as demais normas de controles e autorizações do Banco Central do Brasil estabelecidas pela Lei 4.595/64. A tributação desta atividade é pelo regime do Lucro Real ou na impossibilidade da apuração por esta forma, pelo Lucro Arbitrado;

E - Jamir de Souza Machado foi intimado várias vezes a apresentar os documentos e livros onde mantém a escrituração dessas operações, inclusive a discriminação dos empréstimos concedidos e liquidados (livro razão), porém não apresentou qualquer documento ou escrituração. Deste modo, a única forma

de tributação é o arbitramento, com base nos dados disponíveis. A tributação é feita com a base apurada em cada tipo de origem dos créditos, quando identificados, ou pelo arbitramento com aplicação do maior percentual relativo às atividades desenvolvidas, quando não é possível apurar cada atividade em separado, sobre os créditos relacionados com os valores dos empréstimos pagos pelos clientes, conforme preceituam os artigos 841 e 845 e seus Incisos c/c artigo 530 e seus incisos I, III e VI, artigo 532, 533 e artigo 537 e seu parágrafo único, todos do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000/99;

F-. A multa de ofício cabível é de 150% (cento e cinquenta por cento), tendo em vista: o montante omitido; a ocorrência, smj, de sonegação e fraude; o exercício de atividades financeiras sem autorização do Banco Central do Brasil.

Após emitir intimações para esclarecimentos sobre a origem de diversos depósitos e movimentações bancárias, a autoridade fiscal redigiu minucioso Termo de Verificação Fiscal (fls. 55/89), concluindo que:

15) Durante todo o período desta auditoria fiscal, o contribuinte não apresentou os extratos bancários e os comprovantes das origens dos créditos em suas contas bancárias, como também não comprovou as destinações das saídas de recursos dessas contas bancárias, previamente selecionados pela fiscalização. Assim sendo, com base na Lei Complementar nº 005/2001 e Decreto 3.724/2001 foram solicitados às instituições financeiras, documentos relativos às movimentações financeiras do Sr. Jamir de Souza Machado, e realizadas algumas diligências, com o objetivo de confirmar a realização de operações de mútuo, em todas as suas movimentações bancárias, como o próprio contribuinte vem sempre afirmando desde o início desta fiscalização. As contas bancárias objeto de auditoria neste procedimento fiscal foram:

NOME DO BANCO	AGÊNCIA	CONTA	TIPO
SICOOB CREDIPEU	3161-5.	30.335-6.	Individual
SICOOB CREDIMAC	3141-0.	633-5.	Individual
SICOOB CREDICOOP	3159-3.	1.104-5.	Conjunta:Murilo Ribeiro Reis até 26/10/2004.
SICOOB CREDICOOP	3159-3.	5.100-4.	Individual
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	1426.	2.710-0.	Individual
BANCO DO BRASIL	2475-9.	16.266-3.	Individual

16) Os documentos solicitados às Instituições Financeiras, por amostragem, foram relacionados no "ANEXO 1: AMOSTRAGEM DOS DOCUMENTOS SOLICITADOS ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS" e compõe este Termo de Verificação Fiscal.

17) Realizamos diligências, solicitando informações a terceiros, com base nos documentos disponibilizados pela CREDICOOP,

com o objetivo de confirmar os tipos de operações realizadas. Com relação à conta bancária nº 30.335-6 junto à CREDIPÉU, já foram realizadas diligências e foram confirmadas as informações do contribuinte de que ele realizou operações de empréstimos mútuos a terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, e foram constatadas movimentações em parceria na conta nº 31.641-5, também da CREDIPÉU, em nome de Glauciane Maria de Sousa. Parceria, porque houve débito na conta da Glauciane e emissão de transferência bancária, com a citação da conta do Jamir, e transferências com débitos parciais nas duas contas, por intermédio de saques em cheques no caixa ou autorização de débito em conta. Pelas análises documentais, não surgiram evidências de que as demais contas bancárias foram também usadas de forma freqüente para operacionalizar empréstimos a terceiros, motivo pelo qual a tributação dessas contas será realizada em separado, juntamente com a conta nº 5.100-4, junto à CREDICOOP, para a qual também não obtivemos dados objetivos e conclusivos que demonstrassem a realização de empréstimos freqüentes. As conclusões das diligências estão relacionadas no "ANEXO 2: DILIGÊNCIAS REALIZADAS PARA CRUZAMENTOS DE INFORMAÇÕES COM TERCEIROS" e os documentos inerentes às mesmas, anexadas aos respectivos procedimentos fiscais. Conclui-se que parte da movimentação da conta conjunta nº 1.104-5 junto à CREDICOOP serviu para a prática de realização de empréstimos mútuos. As bases de cálculo dos impostos e contribuições devidas estão demonstradas nos itens posteriores.

18 - Foram constatadas operações de empréstimos com freqüência durante a movimentação da conta nº 30.335-6 do Sr. Jamir de Souza Machado junto à CREDIPÉU, confirmando as declarações do próprio contribuinte durante este procedimento fiscal. Também houve uma vinculação desta conta com a conta nº 31.641-5, também da CREDIPÉU, em nome de Glauciane Maria de Sousa. Ocorreram saques parciais nas duas contas para a remessa de uma ou várias transferências a terceiros, por ocasião da concessão de empréstimos mútuos, através de débitos autorizados em conta ou saques de cheques pagos no caixa. Verificou-se também, operação com débito na conta bancária da Glauciane e a remessa da transferência expedida como se fosse a débito da conta do Jamir e crédito do contratante da operação de empréstimo de mútuo. Resumimos alguns documentos da conta 31.641-5 que demonstram esses fatos, no "ANEXO 3: DOCUMENTOS REQUISITADOS A CREDIPÉU COM PARTICIPAÇÃO EM CONJUNTO DE TRANSFERÊNCIAS FINANCEIRAS: CONTA 31.641-5 EM NOME DA GLAUCIANE MARIA DE SOUSA E CONTA Nº 30.335-6 DO JAMIR DE SOUZA MACHADO".

[...]

20) - Os valores creditados em conta de depósito ou investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados

nessas operações, caracterizam-se como omissões de receitas e serão considerados auferidos no mês do crédito efetuado pela instituição financeira, conforme dispõe o artigo 42 da Lei 9.430/96. Os valores das receitas omitidas serão analisados individualmente, eliminando as transferências entre contas da mesma titularidade. No caso da existência de conta em conjunto e não identificados os valores das movimentações individuais, os valores das omissões de receitas serão rateados em partes iguais entre os titulares das contas. Todos esses procedimentos estão previstos nos parágrafos do artigo 42 da Lei 9.430/96, com a observância das alterações introduzidas pelas Leis 9.481/97 e 10.637/2002.

21) - As freqüentes operações de empréstimos com remuneração, como consta nos extratos bancários e documentos ora anexados e citados neste Termo, praticadas pelos responsáveis pelas movimentações bancárias, caracterizam serviços financeiros prestados, atividades de natureza comercial, similares às operações de instituições financeiras, nos termos do artigo 17 e seu parágrafo único da Lei 4.595/64, típicas de pessoas jurídicas no que diz respeito à aplicação da legislação tributária. Equipara-se às pessoas jurídicas, para os efeitos do Imposto de Renda, "a pessoa física que, em nome individual, explore, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens e serviços", conforme dispõe o Inciso II do artigo 150 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000/99. O lucro da operação é a base tributável, obtida pela diferença entre as receitas e os custos e despesas operacionais dedutíveis. É obrigatória a escrituração contábil completa para as atividades de instituições financeiras, bem como para as empresas equiparadas, cuja tributação deverá ser feita na forma de apuração de Lucro Real, como determina os incisos II e VI do artigo 246 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000/99. No caso em questão, o lucro bruto é a diferença entre os recebimentos e as aplicações, onde os recebimentos são representados pelos créditos provindos das liquidações dos empréstimos mútuos, e os custos são representados pelas entregas dos numerários ao devedor. Quando inexistente a possibilidade de se apurar o ganho real, a base tributável é obtida pelo arbitramento do lucro, mediante os dados disponíveis, aplicando-se o percentual legal para a obtenção do lucro tributável, conforme preceituam os artigos 529, 532, 533, 841 e 845, com seus parágrafos e incisos do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000/99.

22) Assim sendo, as omissões de receitas apuradas com base nos créditos bancários não comprovados nas contas bancárias do contribuinte JAMIR DE SOUZA MACHADO, CPF nº 445.016.416-4 9, nos termos do artigo 42 e seus parágrafos da Lei 9.430/96, serão tributados através de dois procedimentos distintos:

a) Tributadas na pessoa física do contribuinte, as omissões de receitas apuradas, cujas atividades não são típicas das pessoas jurídicas, ou a elas equiparadas, relativas às seguintes contas bancárias:

NOME DO BANCO	AGÊNCIA	CONTA	TIPO
SICOOB CREDIMAC	3141-0.	633-5.	Individual
SICOOB CREDICOOP	3159-3.	5.100-4.	Individual
CAIXA ECON.FEDERAL	1426.	2.710-0.	Individual
BANCO DO BRASIL	2475-9.	16.266-3.	Individual

b) *Tributadas na pessoa jurídica equiparada, as omissões de receitas vinculadas aos empréstimos mútuos realizados, observados com relevância nas contas bancárias abaixo relacionadas:*

NOME DO BANCO	AGÊNCIA	CONTA	TIPO
	A		
SICOOB CREDIPEU	3161-5.	30.335-6.	Individual
SICOOB CREDICOOP	3159-3.	1.104-5.	Conjunta: Murilo Ribeiro Reis até 26/10/2004-50%.

[...]

27) - *Com base em todo o exposto, verificamos a variação patrimonial a descoberto, com base nos valores declarados do contribuinte, com a glosa dos rendimentos isentos não comprovados, a inclusão dos rendimentos tributados exclusivamente na fonte e a adição dos rendimentos apurados da atividade rural, como demonstrado no "Anexo 7 DEMONSTRATIVO DA VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO", nos valores de R\$ 792.111, 85 e 78.424, 48, nos anos de 2004 e 2005, respectivamente, com base nos artigos 846 e 847 do RIR/99.*

[...]

29) *Como já exposto, foi confirmado que o contribuinte realizou operações de empréstimos mútuos a terceiros, tanto a pessoas físicas quanto a jurídicas, com utilização das contas movimentadas junto à CREDIPEU, Agência 3161-5, conta nº 30.335-6 (Individual) e à CREDICOOP, Agência 3159-3, conta 1.104-5 (conjunta com Murilo Ribeiro Reis até 26/10/2004, com rateio de 50% para cada um, nos termos do parágrafo 6º da Lei 9.430/96, introduzido pela Lei 10.637/2002). Relacionamos todos os créditos bancários de origens não comprovadas, vinculados a essas duas contas bancárias, pertencentes a Jamir de Souza Machado, relativos aos anos-calendário 2004 e 2005, no ANEXO 9: "CRÉDITOS BANCÁRIOS CUJAS ORIGENS NÃO FORAM DISCRIMINADAS E COMPROVADAS - MOVIMENTAÇÕES EM CONTAS BANCÁRIAS UTILIZADAS PARA A REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS MÚTUOS", sendo que a última coluna denominada "Vr. Jamir -R\$", apresenta o valor total dos créditos relativos a conta na CREDIPEU ou a 50% dos créditos da conta conjunta na CREDICOOP. Também como já relatado, as operações, de mútuo são operações comerciais, tributadas na qualidade de pessoa jurídica equiparada, cujo CNPJ foi inscrito de ofício, nos termos dos artigos 150 e 160 do RIR/99, c/c artigos 10 e 19 da Instrução Normativa da RFB nº 748 de 28/06/2007. Pela falta da*

comprovação da origem dos créditos bancários movimentados em conta bancária do Sr. Jamir de Souza Machado, mesmo regularmente intimado, nos termos do artigo 42 da Lei 9.430/96; pela falta de apresentação da escrituração e documentos relativos às operações de mútuo; pela equiparação das operações de mútuo às atividades de instituições financeiras, como dispõe o caput e parágrafo único do artigo 17 da Lei 4.595/64, já transcrito neste termo; pela equiparação de operações de mútuo a atividades comerciais e de prestações de serviços financeiros, tributadas em pessoas jurídicas; e por tudo mais já mencionado neste Termo, apuramos a base de cálculo sujeita à tributação, na forma de arbitramento do lucro, com base nos Incisos I, II, III e VI do artigo 530, artigos 532, 533, 845 e seus incisos II e III, 849 com seus parágrafos c/c 247 e seus parágrafos, todos do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000/99. Os totais dos créditos bancários não comprovados apurados como supracitado, estão demonstrados no Anexo 9 deste Termo.

30)Tendo em vista as omissões de receitas verificadas, a relutância do contribuinte em informar os rendimentos da atividade rural, a inclusão de rendimentos isentos sem as comprovações das origens, a constatação de variação patrimonial a descoberto em montantes relevantes comparados aos rendimentos declarados, movimentações bancárias com créditos de R\$18.224.666,82, para rendimentos tributáveis de R\$ 120.514, 00, nos anos de 2004 e 2005, e ainda, os demais fatos citados neste termo, s.m.j., caracterizam omissão dolosa objetivando retardar o conhecimento e retardar parcialmente a ocorrência do fato gerador, o que enseja a qualificação da multa de ofício, aplicada sobre todo crédito tributário ora levantado, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), nos termos do artigo 44, Parágrafo 1º da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei 11.488/2007, c/c o artigo 957 Inciso II do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000/99, tendo em vista, s.m.j., a existência de sonegação e fraude, nos termos dos artigos 71, 72 da Lei 4.502/1964, a seguir transcritos:

"Artigo 71: *Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar total ou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação principal".*

Artigo 72: *Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido.*

Cientificado, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 2.222/2.270).
Formula pedido de perícia e argumenta, em síntese, que:

(i) as condutas praticadas pelos fiscais violam os princípios da legalidade, verdade material e "presunção de inocência";

(ii) a ausência de disponibilização de cópias legíveis do processo cerceia o direito de defesa;

(iii) as atividades das instituições financeiras em nada se confundem com as operações realizadas pelo Impugnante. A alegada realização de empréstimos por meio da troca de títulos de crédito de terceiros ("troca de cheque pré datado") deveria ter sido enquadrada no conceito de *factoring*;

(iv) o fisco não poderia ter realizado o arbitramento, tendo em vista: (iv.i) a impossibilidade de exigência de escrituração contábil, nos termos do art. 160 do RIR, como fundamento jurídico para a realização do arbitramento; (v.ii) a vedação à utilização deste método de tributação em face da possibilidade de se apurar o lucro (no caso representado pelo ganho efetivo com juros);

(v) não se trata de hipótese de aplicação de multa qualificada de 150%, uma vez que ela não tem base legal; é confiscatória; fere o princípio da tipicidade cerrada e deve ser revelada em face da Lei nº 11.488/2007.

Em Sessão de 21 de julho de 2009, a 2ª Turma da Delegacia de Julgamento de Belo Horizonte, por unanimidade de votos, julgou improcedente a defesa. A ementa da decisão (fls. 2.336/2.369) foi assim redigida:

PRELIMINAR DE NULIDADE. Há de se rejeitar as preliminares de nulidade quando comprovado que a autoridade fiscal cumpriu todos os requisitos pertinentes à formalização do lançamento, e o autuado, devidamente cientificado, manifestou contestação de forma ampla e irrestrita, em consonância com o rito do processo administrativo fiscal.

PESSOA FÍSICA - EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA As pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços, equiparam-se à pessoa jurídica, e devem inscrever-se no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ.

EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL Legitimada a equiparação operada no lançamento, o contribuinte passa a estar obrigado a todos os procedimentos e à observância da legislação próprios das pessoas jurídicas, inclusive no que atine às regras de tributação pelo lucro real, presumido ou arbitrado e às exigências de escrituração contábil e fiscal.

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA X FACTORING Fica afastada a possibilidade de tributação sob as regras aplicáveis às empresas de factoring, quando constatado em procedimento fiscal que, dentre as atividades do contribuinte, está a realização de empréstimo de mútuo, de forma habitual e sistemática, própria de instituição financeira.

OMISSÃO DE RECEITAS - PRESUNÇÃO LEGAL BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA Configuram omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações **ARBITRAMENTO DO LUCRO** O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando o contribuinte, na condição de instituição financeira, sujeito à tributação com base no lucro real, devidamente intimado, não apresentar os livros e documentos de sua escrituração.

PERCENTUAL DE ARBITRAMENTO - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS O contribuinte que realiza operações de empréstimos de mútuo próprias das instituições financeiras e não apresenta nenhum documento comprobatório da origem dos depósitos efetuados nas contas bancárias especificadas no lançamento, fica sujeito ao coeficiente de arbitramento no percentual de 45%, específico dessas instituições.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA A multa de ofício qualificada no percentual de 150% será aplicada quando, em procedimento fiscal, ficar caracterizada ação dolosa do contribuinte, consubstanciada em conduta tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA Verificada a omissão de receita, o valor correspondente deverá ser considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social, do PIS e da Cofins.

O sujeito passivo foi notificado da decisão em 24/08/2009 (fls. 2.371) e interpôs recurso voluntário (fls. 2.376/2.439) em 23/09/2009. Reitera, basicamente, os argumentos de defesa; requer a nulidade da decisão de piso em face de cerceamento do direito de defesa; e busca demonstrar que a conta conjunta mantida junto a CREDICOOP, na verdade, foi aberta para movimentar recursos, devidamente tributados, de empresas (Ardósia Universal Ltda. e Alto da Boa Vista Mineração Ltda.) das quais os co-titulares eram sócios.

O contribuinte, além disso, demonstra que o seu sócio à época, Sr. Murilo Reis, que também era titular em conjunto de uma das contas objeto deste lançamento, apresentou impugnação e documentos comprobatórios da origem em face de Auto de Infração de IRPF (fls. 2.724/2.757), nos autos do processo 10665.000737/2009-17, que discute matéria semelhante, mas que grou tributação na própria pessoa física do sócio.

Por meio da petição de fls. 2.770 e seguintes, o contribuinte informa que as instituições financeiras, por força de medidas cautelares que ajuizou, disponibilizaram novos documentos (cheques e controles internos de empréstimos), que foram anexados aos autos para apreciação.

O processo acabou sendo sobrestado (cf. fls. 2.928/2.932), uma vez que a discussão sobre a quebra do sigilo bancário encontrava-se em fase de julgamento pelo STF.

Posteriormente, o julgamento do recurso voluntário interposto foi convertido em diligência, por meio da Resolução nº 1202-000.255 (fls. 2.959/2.972), "*para que a unidade de origem, tomando por base os documentos apresentados pelo contribuinte às fls. 1778 e seguintes, verifique se, de fato, a documentação juntada comprova as alegações de defesa do Contribuinte*".

Em atendimento à Resolução, a autoridade fiscal elaborou o Termo de Diligência de fls. 2.974/2.977, que assim se manifestou:

"De todo o exposto, e após análise da documentação juntada aos autos do presente processo no recurso voluntário, entendemos que não foram apresentados novos elementos materiais que possam sustentar a argumentação da defesa ou modificar as conclusões da primeira instância, a qual manteve integralmente as exigências relativas a IRPJ, CSLL, COFINS e PIS consubstanciadas nos autos de infração de fls. 04 a 51 do processo digitalizado, acrescidas de multa de ofício de 150% e dos juros de mora pertinentes".

O contribuinte apresentou manifestação (fls. 2.983/2.995), sustentando que a auditoria não atendeu as determinações do CARF.

Em Sessão de 26/07/2017, esta C. Câmara resolveu baixar o processo em nova diligência. Mais precisamente, considerando a alegação de que os recursos movimentados na conta conjunta objeto do lançamento restariam comprovados nos autos do processo do sócio e co-titular de uma das contas, o julgamento foi convertido em diligência:

[...] para que a autoridade de origem, tomando por base o resultado da diligência solicitada nos autos do processo nº 10665.000737/2009-17, verifique a procedência ou não das alegações dos contribuintes.

Para tanto, requer-se que a fiscalização: (i) junte aos presentes autos o termo conclusivo da diligência realizada no processo nº 10665.000737/2009-17, bem como (ii) emita relatório conclusivo para o presente processo, devendo o contribuinte ser cientificado para, se assim desejar, manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias. Após, retornem os autos ao CARF para julgamento.

Foi, então, emitido Termo de Diligência Fiscal (fls. 3.039/3.043), opinando pela manutenção integral da acusação.

Chamada a se pronunciar, o contribuinte apresentou manifestação às fls. 3.049/3.051. Argumenta que a diligência não levou em conta a prova de cerca de 80% da origem, bem como ignorou a manifestação do contribuinte nos autos do processo que diz ser conexo. Reitera, assim, o pedido para provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais pressupostos de admissibilidade.

O contribuinte foi equiparado à instituição financeira pela prática reiterada de concessão de diversos mútuos movimentados em duas contas bancárias: uma individual, mantida no CREDIPEU (n. 30.335-6); e a outra em conjunto com Murilo Ribeiro Reis (até 26/10/2004), mantida no CREDICOOP (n. 1.104-5).

A partir dos dados bancários, a fiscalização arbitrou o IRPJ e Reflexos que deixaram de ser recolhidos sobre as receitas omitidas na atividade que gerou a equiparação.

Nulidade e cerceamento do direito

Da leitura do recurso voluntário, nota-se que o Recorrente invoca argumentos de nulidade da autuação, por entender que o procedimento adotado não teria amparo legal e ser fruto de mera ficção que jamais poderia sobrepor à presunção de inocência.

Razão, porém, não lhe assiste.

Primeiramente, é importante destacar que a possibilidade do fisco utilizar dados bancários dos contribuintes sem autorização judicial foi introduzida inicialmente no ordenamento jurídico pelo artigo 8º da Lei n. 8.021/90, e posteriormente pelos artigos 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001, dispositivos estes que possuem a seguinte redação:

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração

tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

[...]

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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.

O direito constitucional ao "sigilo bancário" e sua quebra no contexto da política de fiscalização tributária constitui tema que não raramente desperta interesse doutrinário e que já contou (e certamente ainda contará) com longas discussões no Poder Judiciário.

No âmbito do STJ, prevaleceu o entendimento favorável à quebra de sigilo para fins tributários, proferido em 2009 no REsp n. 1134665/SP, e julgado pela Primeira Seção na sistemática de recursos repetitivos. A decisão recebeu a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN. [...]

O STF também já foi instado a definir a questão do acesso da administração tributária aos dados bancários dos contribuintes, sem ordem judicial prévia, o que ocorreu com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE n. 601.314), que teve repercussão geral reconhecida e cujo resultado foi no mesmo sentido do referido precedente do STJ. Veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu

requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“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 translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.**

7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“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”.**

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Por maioria de votos (9 X 2, vencidos os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio), ganhou a tese de que a Lei Complementar n. 105 é compatível com a Constituição Federal, não havendo quebra de sigilo bancário propriamente dito o acesso, pelo fisco, de informações bancárias obtidas diretamente de instituições financeiras.

Em relação à nulidade, do ponto de vista do processo administrativo fiscal federal, dispõem os artigos 10º e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72, que:

“Artigo 10 - O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula”.

“Artigo 59 - São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa”.

Não verifico, nesse caso concreto, qualquer nulidade formal ocasionada pela inobservância do disposto no art. 10º acima, bem como não se faz presente nenhuma das nulidades previstas no art. 59.

O Auto de Infração, ademais, foi emitido com observância de seus requisitos formais e essenciais, como prescreve o artigo 142 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

“Artigo 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”.

Mais precisamente, a fiscalização, após instauração de regular procedimento fiscalizatório, identificou depósitos bancários cuja origem não foi comprovada pela contribuinte e daí apurou omissão de receitas conhecidas com fundamento na presunção legal prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

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

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às

normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os 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)."

As presunções, como se sabe, são meios de prova previstos no ordenamento jurídico e, desde que previstas em lei, podem ser utilizadas no direito tributário. Tal expediente, na verdade, acaba por exercer papel auxiliador na busca de riqueza (capacidade contributiva) do contribuinte, coibindo práticas e desestimulando condutas que possam implicar abusos ou sonegação.

O efeito prático da presunção consiste em inverter o ônus da prova. A regra geral - a de que cabe ao fisco o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, e ao contribuinte o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito - é invertida. Assim, cabe ao fisco demonstrar a existência do fato definido pela lei como necessário e suficiente à subsunção da presunção ao caso concreto, transferindo ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não ocorreu.

Em se tratando de omissão de receitas fundada na presunção relativa veiculada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996, a fiscalização deve: **(i)** identificar os valores creditados; **(ii)** individualizá-los; **(iii)** excluir os créditos oriundos de transferência ou resgate de contas ou aplicações do mesmo titular; e **(iv)** intimar o contribuinte a justificar e comprovar a respectiva origem, assegurando-lhe o contraditório.

A fiscalização, nessa situação particular, bem se ateu ao fato de identificar e relacionar os depósitos bancários credores que poderiam revelar receitas mantidas à margem da escrituração de forma prévia ao lançamento, intimando e re-intimando o contribuinte a apresentarem comprovação da origem.

E, mais ainda, após identificar que duas das contas bancárias fiscalizadas registravam operações típicas de instituições financeiras, equiparou o contribuinte à pessoa jurídica, arbitrando os tributos não recolhidos em razão da falta de escrituração das operações de mútuos.

Não se vislumbra, nesse contexto, nenhum prejuízo ao contribuinte, que notoriamente compreendeu a imputação que lhe foi imposta, foi chamado a se manifestar e exercer seu direito de defesa e teve acesso a todos os elementos necessários e suficientes a devida compreensão dos fatos e infrações constatadas.

Feitas essas considerações, não vislumbro nenhuma nulidade ou cerceamento de defesa.

Equiparação do contribuinte à instituição financeira

O conjunto probatório acostado aos autos é robusto e evidencia a prática adotada pelo Recorrente consistente na concessão de mútuos com o objetivo de lucro.

O Recorrente não conseguiu reunir documentos hábeis e idôneos que comprovassem a origem dos créditos (recursos) utilizados nas operações, bem como não conseguiu refutar as conclusões da autoridade responsável pelo lançamento.

A autoridade administrativa competente e a DRJ procederam a uma análise criteriosa e minuciosa dos documentos representativos das alegadas atividades de *factoring*, mas corretamente concluíram tratar-se de operações de concessão de créditos financeiros que ensejam equiparação à pessoa jurídica financeira.

Não há, nos autos, elementos probatórios hábeis trazidos pelo contribuinte que sejam capazes de demonstrar a origem dos depósitos e respectivos repasses coincidentes em datas e valores, como exige a lei.

A contribuinte deveria vincular seus clientes aos mútuos, correlacionar o valor e juros pactuados, identificar os beneficiários, o que nunca ocorreu.

Concordo, aqui, com o racional desenvolvido pela decisão recorrida:

Segundo consta do TVF, as freqüentes operações de empréstimos com remuneração, evidenciadas pelos elementos coletados no procedimento fiscal, caracterizaram-se como serviços financeiros prestados, atividades de natureza comercial, similares às operações de instituições financeiras, nos termos do art. 17 e seu parágrafo único da Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Para o impugnante, durante todo o procedimento fiscal ficou demonstrado que as operações de mútuo se equivaliam à atividade de factoring, que não são instituições financeiras, tendo tratamento próprio, previsto no art. 58 da Lei n° 9.430, de 1996, não podendo a fiscalização, no TVF, alterar o entendimento apenas para aplicar o maior percentual possível de arbitramento.

No tocante às instituições financeiras, assim dispõe o art. 17 da Lei n° 4.595, de 1964:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Por sua vez, segundo o art. 15, III, "d", da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e art. 14, VI da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, factoring é:

"...prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring)."

O Conselho Monetário Nacional (CMN), por meio da Resolução nº 2.144, de 22 de fevereiro de 1995, esclareceu que factoring é uma atividade comercial, mista e atípica, que soma prestação de serviços à compra de ativos financeiros, praticada por empresas de fomento mercantil e que se distingue das atividades das instituições financeiras, não podendo aquelas empresas praticar qualquer operação privativa de instituição financeira:

Resolução 2.144 - de 22.02.95

Esclarece sobre operações de "factoring" e operações privativas de instituições financeiras.

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31.12.64, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 22.02.95, tendo em vista o disposto no art. 4º, inciso VI, da referida Lei, e face ao contido no art. 28, parágrafo 1º, alínea "c.4", da Lei nº 8.981, de 20.01.95, que conceitua como "factoring" a atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços,

RE SOL VEU:

Art. 1º Esclarecer que qualquer operação praticada por empresa de fomento mercantil ("factoring") que não se ajuste ao disposto no art. 28, parágrafo 1º, alínea "c.4", da Lei nº 8.981, de 20.01.95, e que caracterize operação privativa de instituição financeira, nos termos do art 17, da Lei nº 4.595, de 31.12.64, constitui ilícito administrativo (Lei nº 4.595, de 31.12.64) e criminal (Lei nº 7.492, de 16.06.86).

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

No tocante ao Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), as aquisições de direitos creditórios regem-se pelos arts. 286 a 298, tendo natureza jurídica distinta das operações de empréstimo de mútuo, que se regem pelos arts. 586 a 592:

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fê, se não constar do instrumento da obrigação.

Seção II Do Mútuo

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

[...]

A diferenciação evidenciada pelo Código Civil também pode ser encontrada no Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF, ao dispor sobre operações de crédito:

Art.2- O IOF incide sobre: I - operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras (Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1º);

b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring) (Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 15, §1º, inciso III, alínea "d", e Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 58);

[...]

Art.3 - O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (Lei. nº 5.172, de 1966, art. 63, inciso I).

[...]

§3-A expressão "operações de crédito" compreende as operações de:

I - empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos (Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, art. 1º, inciso

77 - alienação, à empresa que exercer as atividades de factoring, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo (Lei nº 9.532, de 1997, art 58);

III - mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 1999, art 13).

[...] (grifos acrescentados)

Conforme se depreende das normas supratranscritas, as operações de crédito, entre outras, abarcam empréstimos sob qualquer modalidade, aquisição de direito creditório e mútuo de recursos financeiros, entretanto, a legislação limitou a atuação das factoring a atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Diferentemente das alegações do impugnante, não há nenhuma evidência da atuação do contribuinte como factoring, uma vez que não ficou demonstrado que sua atividade compreende exclusivamente as atividades específicas acima assinaladas.

É importante notar também que na impugnação não foi anexado nenhum documento que comprove sua atuação como empresa de factoring, tendo restringido o impugnante a relatar que fazia transações com cheques pré-datados e notas promissórias, sem que ficasse demonstrado que as supostas operações eram resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Nesse ponto, a única iniciativa do impugnante foi citar exemplos que, no seu entendimento, evidenciariam sua atividade como sendo factoring. Assim, pinçou das diversas diligências realizadas pela fiscalização, os seguintes casos: empresa Bonet Madeiras e Papéis Ltda. e Nelson Adriano dos Santos (Anexo 04 - fls. 85/86).

Os documentos relativos às situações descritas pelo impugnante, anexados pela autoridade fiscal às fls. 1035/1049 e 1075/1078, dão conta do relato a respeito da ocorrência de "desconto de duplicatas" e "troca de cheques". Entretanto, além de limitadas aos dois casos citados, tais operações não são de exclusividade das empresas de factoring, podendo ser realizadas também por instituições financeiras. Isto porque a instituição financeira pode antecipar ao cliente o valor da duplicata ou do cheque pré-datado custodiado, mediante um desconto sobre o valor nominal do título de crédito.

Em verdade, conforme foi relatado no TVF, no processo investigatório que antecedeu o presente lançamento, foi constatado que o contribuinte realizava operações de empréstimos (mútuo) para pessoas físicas ou jurídicas, utilizando-se das contas bancárias especificadas. Nesse mesmo sentido, o próprio contribuinte, em resposta ao Termo de Intimação Fiscal 002 (doe. fls. 211/213), assim se pronunciou:

Como já explicado, o informante realiza operações de mútuo com diversas pessoas, assim a movimentação financeira do informante demonstra justamente essa grande movimentação, contudo tais recursos não representam rendimentos tributáveis, mas tão somente circulação de recursos. Assim, apresenta-se relatório de movimentações financeiras comprovando a origem

dos recursos, **o que demonstra que se trata justamente de operações de mútuo**, (grifos acrescentados)

Operações de mútuo (intermediação de recursos financeiros próprios ou de terceiros - o art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964), que se diferenciam das aquisições de direito creditório, a teor das já mencionadas disposições do Código Civil, não figuram entre as atribuições das factoring, lembrando ainda que é vedado às pessoas físicas atuarem em atividades privativas de instituições financeiras, sob pena de serem a elas equiparadas.

Isto porque, de acordo com o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas nesse artigo, de forma permanente ou eventual.

Fato é que, tendo o contribuinte atuado em operações de mútuo com terceiros (não incluídas entre as atividades das empresas de factoring), ainda que tivesse também realizado desconto ou antecipação de valores pertinentes a títulos de crédito, está correto o procedimento fiscal ao caracterizá-lo como instituição financeira, que contempla ambas as atividades descritas.

Desta forma, pode-se concluir que fica afastada a possibilidade de tributação do contribuinte sob as regras aplicáveis às empresas de factoring, quando constatado, em procedimento fiscal que, dentre suas atividades, está a realização de empréstimo de mútuo, de forma habitual e sistemática, própria de instituição financeira.

Essa C. 2ª Câmara, aliás, já enfrentou questão semelhante, do mesmo contribuinte, tendo sido decidido correto o enquadramento em questão. Transcrevo abaixo algumas passagens do voto condutor (Ac. 1201-001.592. Relator Roberto Caparroz de Almeida):

A defesa argúi que a atividade dos solidários não poderia ser enquadrada como típica de instituições financeiras e que seria, de modo diverso, relacionada ao conceito de factoring. Entende que o enquadramento foi efetuado pelas autoridades fiscais apenas com o objetivo de impor aos solidários tributação mais gravosa.

De plano, convém destacar que as autuações decorrem de omissão de receitas, decorrente da não comprovação pelos interessados da origem dos recursos depositados, tanto assim que a autoridade fiscal só conseguiu apurar a base de cálculo tributável a partir das informações obtidas diretamente por meio das RMF.

Nenhum dos interessados trouxe aos autos quaisquer documentos, ao tempo da fiscalização, capazes de comprovar a real natureza das operações praticadas.

Diante dessa circunstância, em nada socorre o argumento de que seriam operações creditícias, enquadradas como atividades

de factoring, em detrimento da qualificação de instituição financeira imputada pelas autoridades fiscais.

A base legal do auto de infração é o artigo 42 da Lei n. 9.430/96, que confere presunção de omissão de receita aos depósitos cuja origem não seja comprovada pelo titular, [...]

No que tange à discussão sobre a real natureza das operações, se exclusivamente relativas à atividade de factoring ou mais amplas, para preencher o conceito de equivalência a instituições financeiras, a ausência de qualquer comprovação pelos interessados certamente não lhes favorece, pois a postura de negativa geral durante os procedimentos de auditoria exigiu que a fiscalização apurasse as operações de acordo com as informações de que conseguiu dispor.

O que é determinante para o deslinde da questão é que os interessados não apresentaram qualquer prova do alegado, de forma que não pode o julgador se basear, ainda que em homenagem ao princípio da verdade material, em meras elucubrações ou argumentos hipotéticos, até porque a verdade material exige, ao menos, fortes indícios de sua real ocorrência no mundo fenomênico.

Existe um postado clássico que não se pode criar do nada, muito menos em matéria jurídica.

Ademais, o ordenamento corrobora o entendimento da fiscalização: o Conselho Monetário Nacional (CMN), por exemplo, exarou a Resolução nº 2.144/95 para esclarecer que factoring é uma atividade comercial, mista e atípica, que soma prestação de serviços à compra de ativos financeiros, praticada por empresas de fomento mercantil e que se distingue das atividades das instituições financeiras, não podendo aquelas empresas praticar qualquer operação privativa de instituição financeira, como bem destacou a decisão de piso.

No mesmo sentido, o Código Civil também faz distinção entre as operações de cessão de crédito e as de mútuo, como atestam os seus artigos 286 e 586.

Nesse contexto, não merece reparos o raciocínio desenvolvido pela decisão de piso [...]

Nesse sentido, considero correta a equiparação do contribuinte à instituição financeira.

Arbitramento

Conforme visto no item precedente, restou demonstrado que o contribuinte, em relação às contas bancárias objeto do presente lançamento, tinha como atividade principal a

realização de empréstimos de mútuo a terceiros, de forma habitual e sistemática, com o fim especulativo de lucro, o que corretamente ensejou sua equiparação à pessoa jurídica, na condição de instituição financeira.

Ainda que o Recorrente, além de conceder mútuos, porventura tenha praticado atividade de desconto de títulos, esta atividade também está no campo de atuação de instituição financeira por equiparação legal.

De acordo com o TVF, o contribuinte, após sucessivas intimações, não comprovou a origem de depósitos relativamente às contas bancárias utilizadas nessas transações, bem como não demonstrou nenhuma escrituração ou controle analítico confiável das operações.

Ocorre, porém, que o art. 14 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1997, determina a obrigatoriedade das instituições financeiras quanto à sistemática do Lucro Real. Conseqüentemente, e por força do artigo 251 do RIR/99, a pessoa sujeita ao Lucro Real deve manter escrituração com observância das leis fiscais e comerciais.

Desta forma, tendo o contribuinte, regularmente intimado, deixado de apresentar os livros e documentos de sua escrituração, realmente ficou sujeito ao arbitramento do lucro, na linha do que prescrevem os incisos I, II, III e VI do art. 530 do RIR/1999, citados como fundamento da autuação:

Art.530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº9.430, de 1996, art. 1º):

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

[...]

VI - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

O Recorrente ainda sustenta a possibilidade de uma apuração direta do lucro real, considerando-se as saídas de recursos das contas bancárias por meio de "borderôs", comparação dos saldos mantidos em espécie e identificação de determinadas "entradas"

(cheques depositados, transferências recebidas, depósitos efetuados), em conformidade com determinadas planilhas anexadas na defesa.

Nesse ponto, cumpre registrar que referida planilha, quando muito, poderia ter o efeito desejado somente se acompanhada dos documentos comprobatórios das operações, não perdendo de vista a **necessidade de comprovação da origem dos numerários depositados, com coincidência de datas e valores, o que nunca foi feito.**

Ora, não há amparo na legislação tributária para aceitação, como prova de origem de depósitos em conta bancária, a mera declaração ou planilha feita pelo contribuinte acerca da natureza dos recursos, uma vez desacompanhada da imprescindível documentação hábil e comprobatória de suporte.

Não admite-se, pois, que a movimentação financeira seja comprovada com meras alegações. Como dizem os juristas, “*alegar e não provar é o mesmo que não alegar*”.

Admitir o contrário, aliás, implicaria afronta à 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*), da qual o presente Julgador encontra-se vinculado.

Especificamente quanto ao cálculo da base de cálculo para fins do arbitramento, a autoridade fiscal invocou como fundamento os artigos 533 e 537, parágrafo único do RIR/1999, *verbis*:

*Art.533. Nas atividades desenvolvidas por bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta, **o percentual para determinação do lucro arbitrado será de quarenta e cinco por cento** (Lei n- 9.249, de 1995, art. 16, parágrafo único, e Lei n-9.430, de 1996, art. 27, inciso I).*

[...]

Art. 537. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 532 (Lei n-9.249, de 1995, art. 24).

*Parágrafo único. No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, **esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado** (Lei n-9.249, de 1995, art. 24, § 1-). (grifos acrescentados)*

Nota-se, assim, que o percentual de 45% para instituições financeiras, ainda que por equiparação, tem base legal.

Não há, pois, nenhum reparo ao método de arbitramento adotado.

Da conta conjunta

Considerando as provas, documentos e esclarecimentos constantes dos autos, entendo desnecessária uma perícia, bem como nova diligência.

O recurso voluntário reúne condições de julgamento, não havendo conexão ou qualquer outro fato impeditivo para prosseguimento do feito.

Em julgamento anterior, também de minha relatoria, esta Câmara resolveu baixar o processo em nova diligência, a fim de analisar a procedência do argumento de comprovação de origem dos valores da conta conjunta do CREDICOOP em processo contra o sócio e co-titular.

Da análise do que foi apurado na diligência foram identificados: i) 1.141 créditos nas contas do Recorrente que não foram relacionadas aos clientes das empresas; ii) 1.055 créditos nas contas do Recorrente que não foram relacionadas aos cheques depositados; iii) 976 cheques depositados nas contas do Recorrente que não foram relacionados aos créditos listados na planilha “Detalhamento da Movimentação Bancária”.

Além disso, o referido termo apurou que não ocorreram operações de venda à ordem, alegadas como justificativa para a existência de inúmeras NFs de venda para destinatários sem as correspondentes “fichas de clientes” ou “romaneios”. Veja:

“8. Analisando as notas fiscais de saídas apresentadas à fiscalização não foram identificadas operações de venda à ordem, alegadas pelo recorrente para justificar a existência de muitas notas fiscais de vendas para destinatários sem as correspondentes “fichas de clientes” e “romaneios”.

Essas fichas e romaneios foram anexados às fls. 1354 a 5720 e já foram apreciadas pela DRJ/BHE (fl. 5737, a partir do último parágrafo). A respeito desses documentos constatamos as mesmas observações relatadas naquele trecho do acórdão. Além delas, verificamos a existência de romaneios que não constaram nas fichas de clientes e, analogamente, fichas de clientes sem os respectivos romaneios vinculados. Muitas dessas “fichas de clientes” não têm qualquer vinculação com clientes para os quais foram emitidas notas fiscais. Mesmo para os casos em que há correspondência entre os nomes de clientes, as datas e valores constantes nas notas fiscais e nas fichas são divergentes, exceto para raríssimos casos.”

Ademais, a autoridade fiscal atestou que inúmeros créditos decorreram de operações diversas da venda de ardósia, contrariando as alegações do Recorrente, conforme aponta o seguinte trecho do TVF:

“11. A Listagem POR VENCIMENTO Período: 01/01/04 a 31/12/05, sem identificação do emitente (suposto credor dos valores listados), juntada às fls. 1075 a 1244 do processo, além de vários registros de recebimento em dinheiro, contém recebimentos vinculados a operações que nada têm a ver com venda de ardósia, como acerto de gado, venda de gado, aluguel de loja, etc.”

O resultado da diligência indica também que todos os recursos creditados nas contas das empresas nas quais o co-titular era sócio da Recorrente foram provenientes, na verdade, de receitas de vendas contabilizadas, realizadas somente à vista.

Há, ainda, o registro de que inexistem vínculos entre os valores de receitas de vendas escrituradas nos livros contábeis das empresas e os valores dos cheques depositados na conta conjunta 1.1045 do CREDICOOP.

Nesse contexto, entendo que o contribuinte não logrou comprovar que os créditos na conta conjunta de fato pertenceriam às empresas nas quais ele era sócio.

Finalmente, cumpre também ressaltar que não é porque o co-titular da conta foi também autuado, mas na pessoa física, que o Recorrente não poderia ser autuado por equiparação, afinal, conforme visto, tal equiparação encontra-se bem fundamentada.

Multa qualificada

A qualificação da multa (de 75% para 150%), que foi mantida pela decisão recorrida, foi assim motivada:

30) Tendo em vista as omissões de receitas verificadas, a relutância do contribuinte em informar os rendimentos da atividade rural, a inclusão de rendimentos isentos sem as comprovações das origens, a constatação de variação patrimonial a descoberto em montantes relevantes comparados aos rendimentos declarados, movimentações bancárias com créditos de R\$ 18.224.666,82, para rendimentos tributáveis de R\$ 120.514,00, nos anos de 2004 e 2005, e ainda, os demais fatos citados neste termo, s.m.j., caracterizam omissão dolosa objetivando retardar o conhecimento e retardar parcialmente a ocorrência do fato gerador, o que enseja a qualificação da multa de ofício, aplicada sobre todo crédito tributário ora levantado, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), nos termos do artigo 44, Parágrafo 10 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei 11.488/2007, c/c o artigo 957 Inciso II do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000/99, tendo em vista, s.m.j., a

existência de sonegação e fraude, nos termos dos artigos 71, 72 da Lei 4.502/1964, a seguir transcritos:

"Artigo 71: *Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar total ou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação principal".*

Artigo 72: *Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido.*

Como se nota, houve qualificação da multa pelo fato da Recorrente não ter recolhido tributos sobre receitas omitidas, o que caracterizaria, no entender da fiscalização, intenção de fraudar o fisco, nos termos dos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964.

Em primeiro lugar, salta aos olhos a ausência de capitulação legal específica para a qualificação. Isso porque, conforme se observa, o fisco enquadrou a conduta em mais de um dispositivo legal, o que a meu ver constitui vício de nulidade.

Para que se possa cogitar a qualificação da multa (de 75% para 150%), imprescindível que a autoridade fiscal identifique e comprove a exata ação ou omissão dolosa, tanto no seu aspecto objetivo (prática de ato ilícito) quanto no aspecto subjetivo (vontade ou intenção de lesar o fisco).

Essas situações normalmente são identificadas através de uso de meios inidôneos para acobertar fatos que dão origem ao crédito tributário ou pela prática de medidas que induzam a erro o trabalho da fiscalização.

Tratam-se dos ditos atos dolosos ou fraudulentos, que levam ao caminho da sonegação ou evasão fiscal, tais como uso de “notas fiscais frias”, “notas fiscais de favor”, contabilidade paralela, conta bancária não declarada (“Caixa 2”), interposição fraudulenta de pessoas (“laranjas” ou “testas de ferro”), falsidade ideológica, declarações adulteradas, documentos falsos etc.

São essas as condutas previstas nos artigos art. 71 a 73 da Lei 4.502/64, dispositivos estes que conferem natureza penal à aludida penalidade qualificada, prescindindo do elemento dolo à sua caracterização.

A CSRF, a propósito, já afastou a multa qualificada justamente em razão da ausência de comprovação dos elementos do dolo. Veja-se a ementa do julgado referido:

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE. Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos ou não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. A qualificação da multa para aplicação do percentual de 150%, depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência de fraude ou do evidente intuito desta

caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim. Na situação versada nos autos não restou cabalmente comprovado o dolo por parte do contribuinte para fins tributário, logo incabível a aplicação da multa qualificada. (Acórdão 9101-01.402. Sessão de 17 de julho de 2012).

O ilícito tributário pode compreender apenas um ou dois elementos: **(i) elemento objetivo**, que corresponde propriamente ao ilícito tributário (não pagamento, pagamento a menor ou postergação de pagamento de tributo); e **(ii) elemento subjetivo**, identificado pelo conhecimento prévio de utilização de atos ou negócios ilícitos para reduzir ou não pagar tributos, isto é, *dolo específico* de impedir o conhecimento dos fatos.

Todo lançamento parte de um ilícito tributário (elemento objetivo). Contudo, somente o ilícito praticado em evidente intenção de fraudar o fisco apresentará o dolo (elemento subjetivo), elemento que dá azo à qualificação da multa.

Não se pode, portanto, colocar na mesma vala a ocorrência de um ilícito tributário com a intenção em praticá-lo (*dolo*), conforme, aliás, prescrevem as Súmulas do CARF nºs 14 e 25:

Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Consolidou-se, assim, o entendimento de que a omissão de receita, por si só, não é causa de multa qualificada. Nesse sentido, afastou a qualificação da multa, reduzindo-a de 150% para 75%, como determina o artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96:

“Artigo 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.”

Inconstitucionalidade

Quanto aos argumentos relacionados à violação de princípios constitucionais, tal como do não confisco, cumpre ressaltar que, de acordo com a Súmula CARF nº 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária, matéria cuja apreciação cabe tão somente ao Poder Judiciário.

Conclusão

Diante de todo o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao RECURSO VOLUNTÁRIO, para afastar a multa qualificada, reduzindo-a de 150% para 75%.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli