



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

Processo nº	10830.720984/2013-52
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	2202-003.837 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	09 de maio de 2017
Matéria	IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF
Recorrente	ALEXANDRE CURI CARVALHO
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2010

NULIDADE. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pleito de nulidade quando se constata que o lançamento fiscal observou todos os requisitos exigidos pela legislação.

PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Pelos elementos constantes dos autos, fica sem fundamento a alegação de cerceamento do direito de defesa, na medida em que o processo em análise, até o presente momento, caracterizou-se pelo cumprimento de todas as fases e prazos processuais dispostos no Processo Administrativo Fiscal e o interessado, ciente infrações que lastrearam a presente ação fiscal, teve, tanto na fase de autuação, regida pelo princípio inquisitório, quanto na interposição da impugnação, que inaugurou a fase do contraditório, amplo direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, tendo oportunidade de carrear aos autos elementos/comprovantes no sentido de tentar ilidir, parcial ou totalmente, a tributação em análise. Comprovado, ainda, que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo. Preliminar rejeitada.

SIGILO BANCÁRIO. EXAME DE EXTRATOS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

Havendo procedimento de ofício instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais

tributários do Ministério da Fazenda, não constitui quebra do sigilo bancário, mas tão-somente sua transferência para o Fisco.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir do ano-calendário 1997, a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS RECEBIDOS DE PESSOA JURÍDICA.

O lançamento é efetuado de ofício, quando o contribuinte deixa de informar rendimentos em sua Declaração de Ajuste Anual, implicando redução do imposto a pagar ou devido.

MÚTUO. REQUISITOS PARA COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

O negócio jurídico de mútuo deve ser comprovado por contrato registrado em cartório à época do negócio, ou por meio de registros que demonstrem que a quantia foi efetivamente emprestada e que posteriormente foi retornado o mesmo montante, ou acrescida de juros e/ou correção monetária. O contrato particular de mútuo, por si só, não tem condições absolutas de comprovar a efetividade da operação, devendo estar lastreado por elementos que comprovem a sua existência material.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO. IMPROCEDÊNCIA.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, não tendo ele se desincumbindo deste ônus. Simples alegações desacompanhadas dos meios de prova que as justifiquem revelam-se insuficientes para comprovar os fatos alegados.

MULTA QUALIFICADA. CARACTERIZAÇÃO DO DOLO PARA FINS TRIBUTÁRIOS. OCORRÊNCIA.

Aplica-se a penalidade qualificada no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, quando presentes elementos comprobatórios de que a conduta do sujeito passivo está inserida nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio, tal qual descrito nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA.

O agravamento da multa de ofício em razão do não atendimento à intimação para prestar esclarecimentos não se aplica nos casos em que a omissão do contribuinte já tenha consequências específicas previstas na legislação.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para desagravar a multa de ofício relativa à infração 002 - Omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada - reduzindo-a ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marco Aurelio de Oliveira Barbosa (Presidente), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatahy Fonseca Neto, Martin da Silva Gesto, Cecilia Dutra Pillar e Marcio Henrique Sales Parada. Ausente justificadamente Rosemary Figueiroa Augusto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos autos do processo nº 10830.720984/2013-52, em face do acórdão nº 02-46.256, julgado pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte (DRJ/BHE) no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar improcedente a impugnação apresentada pelo contribuinte.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem que assim os relatou:

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra ALEXANDRE CURI CARVALHO, CPF 348.305.798-62, fls. 2/12, com exigência de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física do exercício 2009, ano-calendário 2008, no valor abaixo discriminado:

Imposto	R\$ 1.189.274,90
Juros de mora (calculados até 3/2013)	R\$ 433.490,70
Multa proporcional	R\$ 1.748.948,27
Valor do crédito tributário apurado	R\$ 3.371.713,87

O Termo de Verificação Fiscal - TVF e anexos, parte integrante do auto de infração, encontram-se acostados às fls. 13/44. A fiscalização relata como foi feito o procedimento fiscal, descreve as infrações apuradas e a aplicação das multas exigidas, conforme a seguir relatado.

Em análise da Declaração de Ajuste Anual, entregue pelo contribuinte em 30/4/09, verifica-se que foram informados rendimentos de R\$ 108.771,15 (sendo R\$ 84.043,10 tributáveis), deduções de R\$ 44.761,28 e variação patrimonial de R\$ 154.262,36. As dívidas e ônus reais declarados (R\$ 135.704,25) referem-se aos bancos Itaú S/A e ABN Real S/A e financiamento de um automóvel. Não foi informada a existência de contrato de mútuo com a empresa AR Comércio de Tecidos Ltda ME, de propriedade do contribuinte (99% do capital), CNPJ 08.236.813/0001-97, nem com outras pessoas físicas.

No banco de dados da Receita Federal do Brasil – RFB, constam os movimentos mensais do contribuinte em vários cartões de crédito, conforme informações prestadas na Declaração de Operações com Cartões de Crédito – Decred, durante o ano de 2008, no total de R\$ 3.470.731,65, conforme valores discriminados, mensalmente, na tabela demonstrativa constante do TVF.

O somatório dos lançamentos a crédito em suas contas bancárias, conforme informações prestadas na Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira - Dimof, totalizaram R\$ 6.624.129,75 conforme discriminado, mensalmente, na tabela demonstrativa constante do TVF.

A ação fiscal iniciou-se com o Termo de Início de Procedimento Fiscal de 7/6/11, recebido em 9/6/11, com solicitação de diversos documentos, entre eles os comprovantes de rendimentos recebidos, os extratos das contas bancárias, os extratos dos cartões de crédito e os extratos de movimentação financeira nas corretoras de valores.

Em resposta à intimação, o contribuinte apresentou parte da documentação, deixando de juntar os extratos das contas bancárias e os extratos dos cartões de crédito, solicitando prazo adicional para apresentação dos documentos.

Novamente intimado, o contribuinte declara que não dispunha dos extratos solicitados e que todos os créditos efetuados em suas contas bancárias são oriundos de empréstimos tomados junto às operadoras de cartão de crédito, que eram transferidos para a corretora Planner (conforme extratos já fornecidos à fiscalização e extratos da Bovespa), com o objetivo de liquidar as operações realizadas na Bolsa de Valores de São Paulo e que retornavam às contas bancárias para liquidação das faturas dos cartões de crédito.

O contribuinte foi reintimado para apresentar os extratos (de cartão de crédito e conta bancária), no entanto, a fiscalização não obteve sucesso em sua solicitação. Diante do fato de ser indispensável o exame dos extratos solicitados, por ter havido movimentação financeira (R\$ 6.624.129,5), superior a 60 vezes os rendimentos declarados (R\$ 108.771,15), sugerindo indícios de interposição de pessoa, conforme §2º do art. 3º do Decreto nº 3.724/01, em 17/10/11, foi solicitada a emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira – RMF para cada

instituição bancária e de crédito que o contribuinte possuía conta corrente no ano de 2008.

Em resposta à intimação específica, o contribuinte informou que não possuía dependentes nos cartões de crédito.

Novamente intimado, o contribuinte apresentou documentação que demonstrava pagamentos no cartão de crédito de boletos emitidos em seu próprio nome e em nome da empresa AR Comércio de Tecidos Ltda.

Quanto aos créditos em conta corrente, justificou que os valores titulados como Operações de Cobrança Valor Disponível, tratam-se de operações originadas do próprio cartão de crédito. Nos demais casos em que figuram como depositantes pessoas físicas e jurídicas, tratam-se de operações de mútuo, seja por retorno de valores emprestados a elas, seja por empréstimos concedidos por elas.

Feita a conciliação das contas bancárias, foram eliminados os lançamentos de transferências de mesma titularidade, estornos e valores sem relevância para a fiscalização, com nova intimação do contribuinte para comprovação dos créditos no ano de 2008, conforme planilha anexa ao termo de intimação.

O contribuinte justifica os créditos conforme solicitado na planilha, sem apresentar documentação. Reintimado a apresentar documentos, manifesta-se que os esclarecimentos já foram prestados.

Em 13/6/12, foi lavrado Termo de Constatação e Intimação Fiscal, com relato dos fatos ocorridos durante a ação fiscal, incluindo a motivação para solicitação da RMF, relacionados os créditos reconhecidos como rendimentos pelo contribuinte, com pedido para apresentar os documentos que originaram os créditos.

Justifica parte dos créditos questionados, em 10/7/12, relacionando os documentos bancários que ele próprio figura como cliente e favorecido (anexo I) e, no anexo II, planilha de movimentação de conta corrente do contrato de mútuo entre ele e a empresa AR Comércio de Tecidos Ltda ME, e documentos que demonstram transferências do contribuinte para a empresa, utilizando-se de faturas emitidas em nome da empresa e pagas através de cartões de crédito.

Intimado a apresentar o contrato de mútuo com a empresa, foi protocolizado contrato datado de 1/6/2006, sem registro em cartório. Consta no contrato de mútuo a abertura de crédito no limite de até R\$ 2.000.000,00, da empresa para o contribuinte, prazo de 360 dias, sem cláusula de pagamento de juros, amortização da dívida a qualquer tempo através de depósitos, renovação automática do contrato a cada 360 dias.

Foram apresentados extratos de cartões de créditos de titularidade do contribuinte, com quitações de cobranças que,

segundo o contribuinte, comprovam a origem de créditos em suas contas bancárias.

Em resposta à intimação para comprovação dos créditos relacionados no Termo de Intimação nº 6 de 3/10/12, fls. 1.254/1.256 (item 29 do TVF, fls. 22), o contribuinte justifica que os créditos em conta bancária da pessoa física são empréstimos particulares, sem apresentação de documentos comprobatórios (com exceção de dois créditos justificados com extratos do cartão de crédito).

Em diligência à pessoa jurídica AR Comércio de Tecidos Ltda ME, cujo sócio majoritário é o próprio contribuinte (99% do capital) e administrador, foi apresentado o Livro Caixa, com registro dos créditos realizados nas contas do contribuinte, bem como os extratos bancários que registram as transferências entre as contas da empresa e da pessoa física. Não foi constatado recolhimento de IOF referente ao suposto contrato de mútuo entre a empresa e o empresário (impugnante).

O contribuinte demonstrou que muitos créditos nas contas bancárias do contribuinte têm origem no próprio cartão de crédito do contribuinte, através de simulação de venda, com emissão de boleto bancário e posterior pagamento do boleto na fatura do cartão de crédito, forma não usual de empréstimo tomado junto à administradora de cartão de crédito.

Outros créditos foram justificados como mútuo com a empresa de sua propriedade e outros empréstimos particulares, sem apresentar documentos comprobatórios.

As infrações apuradas foram:

- Omissão de rendimentos – créditos bancários de origem não comprovada, conforme art. 849 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, c/c o art. 42 da Lei nº 9.430/96 – créditos em conta bancária sem documentação hábil e idônea que comprovassem sua origem e justificados apenas como empréstimos particulares, relacionados no Anexo I “Demonstrativo de Créditos Bancários de Origem não Comprovada”, fls. 36/37 do TVF.

- Omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica, com base nos artigos 37 e 38 do RIR/99 – Decreto nº 3.000/99 – créditos em conta bancária originados da empresa AR Comércio de Tecidos Ltda, justificados através de uma simulação de mútuo, relacionados no Anexo II “Demonstrativo de Rendimentos Recebidos de Pessoa Jurídica”, fls. 38/44 do TVF.

A auditoria fiscal aponta algumas particularidades do contrato de mútuo apresentado pelo contribuinte:

- Contrato sem registro no cartório;*
- Contrato assinado em 1/6/06, com número de CNPJ da empresa que somente foi inscrita na RFB em 10/8/06*

(processamento de 22/8/06) e Contrato Social registrado na Junta Comercial de São Paulo em 14/6/06;

- Sem informação da dívida na Declaração de Ajuste Anual do contribuinte;
- Sem cobrança de juros, sem previsão de multa, sem garantia, sem recolhimento de IOF pela pessoa jurídica.

Diante das irregularidades descritas anteriormente, entendeu a fiscalização que o contrato de mútuo foi falsificado, em consequência, os créditos em conta bancária do contribuinte foram considerados como rendimentos recebidos da pessoa jurídica.

Esclarece a fiscalização que os créditos bancários de origem não comprovada com valores iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 foram considerados na apurado do crédito, pois o total no ano atingiu R\$ 162.001,83, superior ao limite de R\$ 80.000,00 (inciso II, §3º, art. 42 da Lei nº 9.430/96 e art. 4º da Lei nº 9.481/97).

Os rendimentos omitidos foram tributados com base na tabela progressiva vigente à época dos fatos geradores.

A multa de ofício foi agravada (112,5%), na infração “Omissão de rendimentos – créditos bancários de origem não comprovada” apesar de ter sido regularmente intimado reiteradas vezes, por não apresentação dos extratos bancários e dos documentos que originaram os créditos em suas contas de depósito, art. 44, §2º da Lei nº 9.430/96.

Em tese, o contribuinte cometeu crime contra a ordem tributária, artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, ao simular um mútuo com sua empresa, omitindo remuneração em sua declaração de renda e fraudando um contrato de mútuo para burlar a fiscalização tributária, sendo emitida Representação Fiscal para Fins Punitivos.

A fraude pela criação de um contrato de mútuo para disfarçar rendimentos recebidos de pessoa jurídica da qual é sócio e administrador, está nas hipóteses previstas nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/64.

A multa de ofício de 75% foi qualificada passando a 150%, conforme art. 44 da Lei nº 9.430/96 para a infração “Omissão de Rendimentos Recebidos de Pessoa Jurídica”.

O contribuinte, por intermédio de procurador, tomou conhecimento do Auto de Infração em 13/3/13, pessoalmente, e apresentou impugnação em 10/4/13, nos termos do instrumento de fls. 1.276/1.310, instruída com os documentos de fls. 1.311/1.372.

Impugnação.

Faz um relato de todo o procedimento fiscal, cronologicamente, citando parte das respostas dadas à fiscalização em seus termos de respostas. Esta parte não será relatada novamente, por já ter sido sumariamente descrita anteriormente, no relatório da fiscalização.

Ressalta que, em 13/8/12, foi elaborado o Contrato de Mútuo entre o contribuinte e a pessoa jurídica da qual é proprietário, unicamente para atender à intimação da fiscalização, uma vez que o contrato era verbal.

Acrescenta que, em 8/10/12, o impugnante forneceu à fiscalização cópia do Livro Caixa do ano-calendário de 2008.

Omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica – nulidade por ofensa ao princípio da legalidade.

A fiscalização considerou como rendimentos omitidos todos os valores movimentados a título de mútuo com a empresa AR Comércio de Tecidos Ltda ME, quando retornados a crédito na conta corrente do impugnante.

Alega que a fiscalização reconheceu a existência do Contrato de Mútuo com a empresa do impugnante ao afirmar: “os créditos em conta corrente com origem na empresa AR Comércio de Tecidos Ltda foram considerados como omissão de rendimentos”.

A presunção relativa de omissão de rendimentos é ilegal. O Contrato de Mútuo foi elaborado por insistência da fiscalização, quando o contribuinte foi intimado a apresentá-lo. Não havia necessidade de contrato, pois as transações financeiras, entre a empresa e o sócio, estavam regularmente registradas no Livro Caixa e os valores coincidiam com os consignados nos extratos bancários.

O impugnante não se preocupou com a data da assinatura do contrato, pois a data era compatível com o início das transações de mútuo.

Quanto às questões de falta de garantia e não estipulação de juros e multa, no contrato, decorrem do fato de o impugnante ser proprietário de 99% das quotas da empresa. É sabido que pequenos empresários praticam a chamada confusão patrimonial e isso efetivamente ocorreu. Em relação ao não recolhimento de IOF, a RFB deveria ter exigido o imposto na pessoa jurídica.

Cita o art. 107 do Código Civil, dispondo que a declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir, sendo válidos e reconhecidos os contratos verbais.

Os supostos erros de datas ou ausência de estipulação de obrigações entre as partes não podem converter créditos oriundos de contrato de mútuo, entre a pessoa jurídica e seu

sócio, em rendimentos por falta de fundamentação legal para o ato administrativo praticado.

A microempresa do impugnante, no ano de 2008, faturou em torno de R\$86.000,00, conforme declaração do Simples entregue, com capital de R\$ 120.000,00. Não é possível proporcionar ao sócio administrador rendimentos de R\$ 3.985.000,00.

O lançamento a título de rendimentos recebidos de pessoa jurídica padece de nulidade, devendo ser cancelado o auto de infração neste tópico.

Não houve qualquer infração à fundamentação utilizada pela fiscalização, art. 37, 38 e 83 do RIR/99, c/c art. 1º da Lei nº 11.482/2007, para constituir o lançamento. A suposta infração trata de omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica e não de movimentações de mútuos entre a conta corrente do impugnante e sua empresa. Por não haver subsunção dos fatos às normas citadas no auto de infração, o lançamento deve ser nulo.

A autoridade fiscal não apresentou prova de que o impugnante tenha auferido rendimentos, nem mencionou sinais exteriores de riqueza ou acréscimo patrimonial consistente em riqueza nova no valor vultoso da renda de R\$ 3.985.590,33.

O Termo de Intimação lavrado em 8/8/12, que solicitou o Contrato de Mútuo, ressaltou que o não atendimento ensejaria lançamento de ofício com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96, que trata de depósito bancário e outros créditos de origem não comprovada. A fundamentação que motivou a infração foi o art. 37 do RIR/99, que define rendimentos bruto, que não guarda qualquer relação com contrato de mútuo.

Por ausência de previsão legal da hipótese de incidência, o lançamento deve ser nulo e cancelado o crédito apurado na rubrica “Omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica”. A Representação Fiscal para Fins Penais deve ser arquivada, por ausência dos elementos subjetivos do dolo ou de fraude no caso em questão.

Indevida qualificação da multa de ofício.

A qualificação da multa de 75% para 150% foi com base na acusação de indícios de crime contra a ordem tributária, calcados em um Contrato de Mútuo que a fiscalização obrigou o contribuinte a elaborar e entregar, sob pena de lançamento de ofício. Diante da ameaça, o contribuinte preparou o contrato. Não há dolo, fraude ou conluio, uma vez que todas as operações de mútuo estavam regulares e devidamente escrituradas no Livro Caixa da empresa, entregue à fiscalização, o qual foi conferido, analiticamente, operação por operação.

O Livro Caixa, revestidos das formalidades inerentes, constitui a escrituração da empresa e faz prova em seu favor. A fiscalização

não descaracterizou a escrituração da empresa ou apontou falhas que a invalidasse, nem há prova de falsificação material ou ideológica perpetrada pelo impugnante.

A multa qualificada é ilegal e desprovida de lógica ou fundamento, vez que não existe documentos que provem elementos subjetivos do dolo ou da fraude alegada pela fiscalização.

Depósitos bancários de origem não comprovada. Violation à Lei Complementar 105/2001.

Entende o contribuinte que a Lei Complementar 105/2001 foi desrespeitada. A RFB, para obter os extratos bancários do contribuinte, expediu as denominadas Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras-RMF às respectivas instituições financeiras em que o contribuinte possuía conta. No entanto, a fiscalização não cumpriu o contido nos parágrafos 5º e 6º do art. 3º do Decreto nº 3.724/2001. Exige-se que o Relatório Circunstanciado deve ser lavrado e integrar o processo administrativo fiscal. Deve constar a motivação da expedição da RMF e ficar demonstrado, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade, observado o princípio da razoabilidade.

Alega que não foram elaborados quaisquer relatórios ou, se o foram, estes não integraram o processo administrativo fiscal o que configura violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Afirma que as RMF não foram acostadas as autos e não há justificativa prévia para as suas expedições.

Cita julgados administrativo/doutrina sobre nulidade de lançamento por motivo de prova ilícita (RMF expedidas de forma irregular).

Requer seja declarada a nulidade do auto de infração e o cancelamento do débito, por ter sido utilizada prova ilícita para constituição do lançamento

Caso assim não entenda, pede sejam apreciadas razões acerca do depósito bancário.

Sigilo bancário.

As informações extraídas do banco de dados da RFB, Decred, Dimof e a expedição de RMF, para o lançamento são evidente violação ao sigilo bancário do contribuinte.

O Supremo Tribunal Federal – STF admite a quebra da garantia ao sigilo bancário apenas após autorização judicial. Cita julgado neste sentido. Com base nos direitos constitucionais garantidos no art. 5º da Constituição Federal e seguindo a orientação do STF, é evidente a nulidade da exigência, fruto de utilização de provas ilegais e inconstitucionais, impondo sua extinção.

Impossibilidade de caracterização do depósito bancário como fato gerador do imposto de renda.

O valor apurado a título de depósito bancário de origem não comprovada totalizou R\$ 339.045,62, procedidas às exclusões de estilo.

O fato gerador do imposto de renda está previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional – CTN. A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 é contrária aos princípios formadores das presunções legais, não havendo nexo causal entre depósito bancário e omissão de rendimentos. O mero depósito bancário não é fato gerador de imposto de renda, pois não representa disponibilidade econômica ou jurídica de renda, muito menos proventos de qualquer natureza. Cita julgados administrativos sobre a matéria.

Agravamento da penalidade.

O contribuinte atendeu todas as intimações expedidas pela fiscalização, nem uma ficou sem resposta e todas com juntada de documentos e esclarecimentos. A motivação para o agravamento da penalidade se deu pela não apresentação dos extratos bancários e documentos comprobatórios dos créditos, apesar de ter sido intimado a apresentálos.

A RFB mediante solicitação de autorização ao juízo competente deveria ter requisitado os extratos e não ao contribuinte, que não tem obrigação de arquivar extratos por cinco anos, como é o caso das pessoas jurídicas.

Entende que não está obrigado a quebrar o seu próprio sigilo bancário, ou fazer prova contra si mesmo. A documentação que tinha obrigação de fornecer foi apresentada.

A falta de documentos comprobatórios dos créditos em suas contas de depósito que motivou o agravamento, não pode alterar a multa de ofício de 75% para 112,5%. O agravamento é desprovido de motivação devendo retornar ao seu patamar, embora a base de cálculo seja insubstancial.

Requer seja o auto de infração declarado nulo, pelas razões argüidas em sede preliminar e, no mérito, seja julgado improcedente com o cancelamento do crédito decorrente.

Pede a juntada do Livro Caixa que comprova as operações de mútuo realizadas pelo impugnante e a empresa de que é proprietário.

A DRJ de origem entendeu pela improcedência da impugnação apresentada pelo contribuinte. Entenderam os julgadores por rejeitarem as alegações de nulidade do lançamento, tendo ainda prevalecido o entendimento de que é ônus do contribuinte provar que o depósito bancário não é rendimento, mediante documentação que demonstre a origem dos recursos.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário às fls. 1404/1456, reiterando as alegações expostas em impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Martin da Silva Gesto - Relator

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Preliminares

1. Sigilo bancário

Alega a Recorrente que a Fiscalização violou a sua garantia constitucional de inviolabilidade da vida privada, no curso da ação fiscal, ao providenciar a quebra do sigilo bancário do Impugnante, haja vista que somente o Poder Judiciário teria competência para determinar a quebra do sigilo bancário.

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu na sessão de 24.02.2016 o julgamento conjunto de cinco processos (ADIs 2397 2386, 2389, 2390, 2397 e 2406) que questionavam dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial.

No referido julgado, por maioria de votos prevaleceu o entendimento de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.

Além disso, o CARF não possui competência para analisar e decidir sobre matéria constitucional, conforme súmula vigente, de utilização obrigatória, conforme Regimento Interno deste Conselho:

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

Por tais razões, rejeita-se a preliminar suscitada pelo contribuinte.

2. Nulidade por cerceamento de defesa

Pelos elementos constantes dos autos, fica sem fundamento a alegação de cerceamento do direito de defesa, na medida em que o processo em análise, até o presente momento, caracterizou-se pelo cumprimento de todas as fases e prazos processuais dispostos no Processo Administrativo Fiscal e o interessado, ciente infrações que lastrearam a presente ação fiscal, teve, tanto na fase de autuação, regida pelo princípio inquisitório, quanto na interposição da impugnação, que inaugurou a fase do contraditório, amplo direito ao exercício

do contraditório e da ampla defesa, tendo oportunidade de carrear aos autos elementos/comprovantes no sentido de tentar ilidir, parcial ou totalmente, a tributação em análise.

Comprovado, ainda, que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

3. Alegações de constitucionalidade

Conforme acima mencionado, nos termos da Súmula CARF nº 02, o CARF não possui competência para analisar e decidir sobre matéria constitucional, conforme súmula vigente, de utilização obrigatória, conforme Regimento Interno deste Conselho. Por tais razões, rejeita-se a preliminar suscitada pelo contribuinte.

Portanto, rejeitam-se as preliminares de nulidade suscitadas quanto a violação de princípios constitucionais.

Mérito

3. Omissão de rendimentos por depósitos bancários de origem não comprovada.

A exigência fiscal em exame decorre de expressa previsão legal, pela qual existe uma presunção em favor do Fisco, que fica dispensado de provar o fato que originou a omissão de rendimentos, cabendo ao contribuinte elidir a imputação, comprovando a origem dos recursos. Estabelece o art. 42 da Lei nº 9.430/1996 que:

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).

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

Conforme previsão do art. 42 da Lei nº 9.430/96, é necessário comprovar individualizadamente a origem dos recursos, identificando-os como decorrentes de renda já oferecida à tributação ou como rendimentos isentos/não tributáveis.

Trata-se, portanto, de ônus exclusivo do contribuinte, a quem cabe comprovar, de maneira inequívoca, a origem dos valores que transitaram por sua conta bancária, não sendo bastante alegações e indícios de prova.

Para a DRJ de origem os documentos anexados em impugnação não foram totalmente suficientes para provar de maneira inequívoca os valores que circularam em conta bancária do contribuinte já foram tributados, a exceção dos já excluídos do lançamento pela DRJ. Assim, persistiu sem comprovação de origem dos depósitos.

Portanto, não sendo provado o fato constitutivo do direito alegado pelo contribuinte, com fundamento no artigo 373 do CPC/2015 e artigo 36 da Lei nº 9.784/99, deve-se manter sem reparos o acórdão recorrido. Ocorre que temos que no processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, *in casu*, do contribuinte ora recorrente. Neste sentido, prevê a Lei nº 9.784/99 em seu art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

Devido à insuficiência probatória, correta a posição da Fiscalização de não considerar os contratos de mútuo como origem. Por tais razões, comprehendo que não merece provimento o recurso do contribuinte quanto a esta matéria.

4. Omissão de rendimentos de pessoa jurídica

O contribuinte sustenta que a origem dos valores decorre de contratos de mútuo, porém deixou de apresentar aos autos elementos para comprovar tal alegação. Em especial, deveria ele apresentar prova de que os valores foram efetivamente emprestados. No caso, o valor dos mútuos são expressivos, sendo frágil a prova de que estes ocorreram, por mera alegação amparada com informações lançadas na contabilidade de empresa de qual o contribuinte é sócio.

Neste caso, cabível o lançamento efetuado de ofício, pois o contribuinte deixou de informar rendimentos em sua Declaração de Ajuste Anual, implicando redução do imposto a pagar ou devido.

Aliás, importa mencionar o Acórdão CARF nº 2202-002.132, onde prevaleceu o entendimento de que "o negócio jurídico de mútuo deve ser comprovado por

contrato registrado em cartório à época do negócio, ou através de registros que demonstrem que o dinheiro foi entregue e retornado no mesmo montante, ou com juro". A ementa do acórdão é abaixo transcrita:

Ementa Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008.

[...]

MÚTUO. COMPROVAÇÃO. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. O negócio jurídico de mútuo deve ser comprovado por contrato registrado em cartório à época do negócio, ou através de registros que demonstrem que o dinheiro foi entregue e retornado no mesmo montante, ou com juro;

[...]

(Acórdão CARF nº 2202-002.132, Relator Conselheiro Rafael Pandolfo, julgado na sessão de 22 de janeiro de 2013.)

Assim, não havendo contrato registrado em cartório à época do negócio, ou provas que demonstrem que o dinheiro foi entregue e retornado no mesmo montante, ou com juros, deve ser mantido o lançamento. Necessário ainda, referir que o contrato particular de mútuo, por si só, não tem condições absolutas de comprovar a efetividade da operação, devendo estar lastreado por elementos que comprovem a sua existência material.

Portanto, não sendo provado o fato constitutivo do direito alegado pelo contribuinte, com fundamento no artigo 373 do CPC/2015 e artigo 36 da Lei nº 9.784/99, deve-se manter sem reparos o acórdão recorrido. Ocorre que temos que no processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, *in casu*, do contribuinte ora recorrente. Neste sentido, prevê a Lei nº 9.784/99 em seu art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

Devido à insuficiência probatória, correta a posição da Fiscalização de não considerar os contratos de mútuo como origem. Por tais razões, comprehendo que não merece provimento o recurso do contribuinte quanto a esta matéria.

5. Multa qualificada

A autoridade fiscal efetuou o lançamento de ofício com multa qualificada (150%) em relação a omissão de rendimentos recebidos por pessoa jurídica, por ter entendido que o contribuinte fiscalizado agido com a intenção de suprimir ou reduzir, deliberadamente, o tributo, caracterizando a conduta ilegal com evidente intuito de sonegação, fraude ou simulação, nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

A norma legal que determina a aplicação da multa de ofício qualificada é o artigo 44, I, §1º, da Lei 9.430/96, abaixo transcrito:

Art. 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; (Redação dada pela Lei no 11.488, 2007)

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei no 11.488, de 2007)

Por sua vez, assim dispõe os artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64 supra referidos:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 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, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Consoante demonstrado, nos casos de lançamento de ofício, a regra é a aplicação da multa de 75%, estabelecida no inciso I do artigo acima transcrito. Excepciona a regra a comprovação do intuito fraudulento, a qual acarreta a aplicação da multa qualificada de 150%, prevista no § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430 de 1996, com a redação dada Lei nº 11.488, de 15/06/2007.

A fraude fiscal pode se dar em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano à Fazenda Pública, um propósito deliberado de se subtrair, no todo ou em parte, a uma obrigação tributária. Nesses casos, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de lesar o Fisco, quando, se utilizando de subterfúgios, escamoteiam a ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fiscal.

Analisando os autos, em especial diante da falsificação de contrato de mútuo, conforme consta no Termo de Verificação Fiscal, à fl. 27 dos autos, entendo por correto o posicionamento adotado pela autoridade autuante, o qual está em consonância com o disposto no art. 167, § 1º, inciso III do Código Civil que dispõe que será caracterizada simulação de negócio jurídico se os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados.

Deste modo, não prosperam as razões do contribuinte.

6. Multa agravada

A multa de ofício foi agravada, no percentual de 112,5%, que foi aplicada em relação a omissão de rendimentos por depósitos bancários de origem não comprovada, tendo como base o artigo 44, inciso I e § 2º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que assim dispunha:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 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, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

[...]

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

O contribuinte não apresentou os extratos bancários solicitados pela autoridade fiscal nas oportunidades que lhe foram oportunizadas. No entanto, esse procedimento do contribuinte em nada obstruiu a atividade fiscal, pois os extratos bancários foram solicitados mediante a emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e, com fundamento no art. 42 da Lei nº 9.430/96, foi-lhe imputada a infração de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada. Ou seja, o não atendimento das intimações da autoridade fiscal não prejudicou a atividade fiscalizatória, pois a autuação se deu por presunção legal.

Nesse sentido, as seguintes decisões do CARF:

IRPF. OMISSÃO RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. MULTA AGRAVADA. AUSÊNCIA ATENDIMENTO INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA PREJUÍZO. NÃO APLICABILIDADE. Improcedente a aplicação da multa agravada contemplada no artigo 44, § 2º, da Lei nº 9.430/1996, quando não comprovada que a ausência de atendimento/resposta às intimações fiscais por parte do contribuinte representou prejuízo à fiscalização e/ou lavratura do Auto de Infração, sobretudo quando o Fisco já detinha todos elementos de prova capazes de lastrear o lançamento promovido com base na presunção legal inscrita no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, onde fora justamente a ausência de prestação de esclarecimentos do contribuinte, no sentido de comprovar a origem dos recursos que transitaram em suas contas bancárias, que caracterizou a omissão de rendimentos objeto da autuação. Recurso especial negado. (Acórdão nº 9202.003.653, data de publicação: 24/03/2015, relator Ruy Henrique Magalhães de Oliveira).

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. INAPLICABILIDADE NO CASO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITO BANCÁRIO. Aumento da multa de ofício prevista no §2º, do art. 44 da L. 9.430/96 não é aplicável ao caso de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos, uma vez que a falta de esclarecimentos ou apresentação de documentos não prejudica o crédito tributário do fisco, em razão da presunção de omissão criada pelo art. 42 da Lei 9.430/96. (Acórdão nº 2201-002.241, data de publicação: 07/01/2014, relatora Nathalia Mesquita Ceia).

MULTA AGRAVADA O agravamento da multa de ofício em razão do não atendimento à intimação para prestar esclarecimentos não se aplica nos casos em que a omissão do contribuinte já tenha consequências específicas previstas na legislação. (Acórdão nº 2202-003.021, data de publicação: 10/04/2015, relator Antonio Lopo Martinez).

Saliento, inclusive, que esta Colenda Turma, em processo de relatoria do Marco Aurelio de Oliveira Barbosa, proferiu acórdão (nº 2202-003.132), no sentido de reduzir a multa de 112,5% para 75%, no igual sentido que aqui está sendo encaminhado o voto.

Assim, deve ser desagravada a multa de ofício relativa à infração 002 - Omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada - reduzindo-a ao percentual de 75%.

Conclusão.

Ante o exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para desagravar a multa de ofício relativa à infração 002 - Omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada - reduzindo-a ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator