



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10920.721995/2011-89
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-007.120 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de novembro de 2019
Recorrente SERGIO PINTO FERNANDES
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2007

PRELIMINAR DE NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO EM VEZ DE NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO. REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. OBEDIÊNCIA.

Inexiste nulidade em lançamento de imposto de renda da pessoa física mediante auto de infração quando obedecidos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto n. 70.235/72.

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. FATO GERADOR EM 31 DE DEZEMBRO.

O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo ao acréscimo patrimonial à descoberto, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.

IRPF. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

Tributam-se, mensalmente, como rendimentos omitidos, os acréscimos patrimoniais a descoberto, caracterizados por sinais exteriores de riqueza, que evidenciam a renda auferida e não declarada, não justificados pelos rendimentos declarados, tributáveis, não tributáveis ou tributados exclusivamente na fonte.

IRPF. MULTAS ISOLADA E DE OFÍCIO. CONCOMITÂNCIA. INAPLICABILIDADE. SÚMULA CARF Nº 147

Improcedente a exigência de multa isolada com base na falta de recolhimento do Imposto Sobre a Renda de Pessoa Física IRPF devido a título de carnê-leão, quando cumulada com a multa de ofício.

MULTA QUALIFICADA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. NÃO COMPROVADOS. IMPOSSIBILIDADE QUALIFICAÇÃO.

De conformidade com a legislação tributária, especialmente artigo 44, inciso I, § 1º, da Lei nº 9.430/96, c/c Sumula nº 14 do CARF, a qualificação da multa de ofício, ao percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), condiciona-se à comprovação, por parte da fiscalização, do evidente intuito de fraude da contribuinte. Assim não o tendo feito, não prospera a qualificação da penalidade.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia Selic, sobre o valor correspondente à multa de ofício Súmula CARF nº 108.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a qualificadora da multa de ofício, reduzindo-a para 75%, e para excluir a multa isolada por falta de recolhimento de carnê-leão.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleberson Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Marialva de Castro Calabrich Schlucking, Andrea Viana Arrais Egypto, Wilderson Botto (Suplente Convocado) e Miriam Denise Xavier.

Relatório

SERGIO PINTO FERNANDES, contribuinte, pessoa física, já qualificado nos autos do processo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 22ª Turma da DRJ em São Paulo/SP, Acórdão nº 16-47.936/2013, às e-fls. 482/494, que julgou procedente o Auto de Infração concernente ao Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF, decorrente da constatação de acréscimo patrimonial a descoberto, dedução indevida de previdência privada, despesa médica,

instrução e dependentes, além da aplicação da multa isolada pela falta de recolhimento do carnê-leão, em relação ao exercício 2007, conforme peça inaugural do feito, às fls. 391/406, e demais documentos que instruem o processo.

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 11/11/2011, nos moldes da legislação de regência, contra o contribuinte acima identificado, constituindo-se crédito tributário no valor consignado na folha de rosto da autuação, decorrente do seguinte fato gerador:

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO

Omissão de rendimentos tendo em vista a variação patrimonial a descoberto, onde verificou-se excesso de aplicações sobre origens, não respaldado por rendimentos declarados / comprovados, conforme demonstrado no Termo de Verificação Fiscal em anexo.

DEDUÇÃO INDEVIDA DE PREVIDÊNCIA OFICIAL

Redução indevida da Base de Cálculo com despesas de Previdência Oficial pleiteada indevidamente, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

DEDUÇÃO INDEVIDA DE DEPENDENTE

Efetuamos a glosa de deduções com dependentes, pleiteadas indevidamente, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

DEDUÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS MÉDICAS

Redução indevida da Base de Cálculo com despesas médicas, pleiteadas indevidamente, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

DEDUÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS DE LIVRO CAIXA

Redução indevida da Base de Cálculo com despesas escrituradas em Livro Caixa, pleiteadas indevidamente, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

DEDUÇÃO INDEVIDA DE DESPESA COM INSTRUÇÃO

Redução indevida da Base de Cálculo com despesas de instrução, pleiteadas indevidamente, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PLEITEADA INDEVIDAMENTE PREVIDÊNCIA OFICIAL (CARNÊ-LEÃO)

Redução indevida da Base de Cálculo com despesas de Previdência Oficial pleiteada indevidamente, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PLEITEADA INDEVIDAMENTE DEPENDENTE (CARNÊ-LEÃO)

Efetuamos a glosa de deduções com dependentes, pleiteadas indevidamente, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PLEITEADA INDEVIDAMENTE LIVRO CAIXA (CARNÊ-LEÃO)

Glosa de despesas escrituradas em Livro Caixa, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

MULTAS ISOLADAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPF DEVIDO A TÍTULO DE CARNÊ-LEÃO

Falta de recolhimento do Imposto de Renda da Pessoa Física devido a título de carnê-leão, apurada conforme

O contribuinte, regularmente intimado, apresentou impugnação, requerendo a decretação da improcedência do feito.

Por sua vez, a Delegacia Regional de Julgamento em São Paulo/SP entendeu por bem julgar procedente o lançamento, conforme relato acima.

Regularmente intimado e inconformado com a Decisão recorrida, o autuado, apresentou Recurso Voluntário, às e-fls. 499/525, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato das fases processuais, bem como dos fatos que permeiam o lançamento, repisa as alegações da impugnação, motivo pelo qual adoto o relato da decisão de piso, *in verbis*:

Preliminarmente

Todos os valores apurados relativos a fato gerador anterior a 12/11/2006, devem ser declarados extintos em razão da decadência.(art. 156, V do CTN).

Requer, também, a extinção da multa isolada cominada a fatos anteriores a Nov/2006.

Da Nulidade Quanto Ao Instrumento Utilizado

Para fins de constituição do crédito tributário foi utilizado o Auto de Infração, todavia, o Auto de Infração é meio próprio tão-somente para aplicação de penalidades, não para a constituição de crédito tributário, portanto deve ser anulado o ato que descumpra a forma exigida em lei.

Da Falta De Disposição Legal No Auto De Infração

Não há citação do dispositivo de lei que fundamenta:

A Variação Patrimonial a Descoberto (item 4.1);

Deduções (item 4.2);

Contribuição à Previdência Social (item 4.2.1);

Dependentes (4.2.2);

Despesas com Instrução (item 4.2.3);

Despesas Médicas (item 4.2.4);

Despesas Escrituradas em Livro-Caixa (item 4.2.5);

Despesas de Livro-Caixa no Ajuste Anual (item 4.2.5.2).

Assim, considerando que não há disposição de lei que estaria sendo infringida, mas apenas menção de Decreto, é nulo o auto de infração.

Direito de Defesa e Contraditório

Diante da ausência da disposição legal infringida, o Contribuinte entende que foi severamente prejudicado no exercício dos seus direitos ao contraditório e à ampla defesa, fato este que também culmina em nulidade, conforme art. 59, II, do Decreto 70.235/1972.

Do Direito

Ausência De Coerência Desconsideração Dos Contratos E Empréstimos

Tomou empréstimo de Odonto Fama Ltda, Nicácio A. Martins Luna e Marcelo Vinícius Prado, materializados em instrumentos particulares e que todos os valores foram entregues em espécie.

O empréstimo conferido pela Odonto Fama é justificável que tenha ocorrido em espécie, já que em sua contabilidade estava registrado numerário que atestava plenamente sua capacidade econômica.

Os contribuintes registraram a operação, é certo que ocorreram, até que se faça prova em contrário.

No processo administrativo em questão, não foi lograda demonstrar a inexistência da operação de empréstimos realizada.

Que do mesmo modo que Marcelo, o contribuinte havia declarado que efetuou empréstimos e que os recebimentos se deram em espécie, não há como provar que eles não ocorreram ou que ocorreram de outro modo. Trata de uma prova impossível de ser feita e que apenas prestigia o abuso de forma nos negócios jurídicos e o desprestígio à confiança e boa-fé.

Não há obrigação legal de que as operações financeiras sejam realizadas em cheques ou que sejam efetuados depósitos em conta.

Inexiste a obrigação de elaborar um instrumento público de mútuo, segundo os arts. 586 a 592 do Código Civil vigente.

Observa-se que não existem provas de que os empréstimos não tenham ocorrido, e como o Fisco é o autor das alegações e do processo administrativo, cabe a ele o ônus da prova ônus do qual não se desincumbiu.

Portanto, para fins fiscais, as informações prestadas e registradas pelos contribuintes devem ser totalmente consideradas.

Multa De Ofício De 150%

Que sempre agiu com boa-fé no decorrer da fiscalização e que nenhum momento agiu ou se omitiu de forma a impedir ou retardar o conhecimento da autoridade fazendária ou sobre ocorrência do fato gerador de obrigações principais ou acessórias.

O contribuinte foi transparente em relação à fiscalização e que os artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64 não se coadunam com o caso em questão, por conseguinte, não há que se falar na aplicação da multa de 150%.

Que apresentou os documentos hábeis a comprovar todas as operações declaradas e realizadas.

Não dificultou ou impediu o trabalho do fiscal, dessa forma, a multa a ser aplicada é a prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/96 (75%).

Sucessivamente, requer a anulação total da multa.

Multa Isolada

A multa isolada não pode ser exigida concomitantemente com a multa de ofício incidente sobre esses rendimentos.

Dos Juros De Mora Sobre A Multa De Ofício

Seja cancelada a notificação no que tange a aplicação de juros de mora sobre as multas aplicadas por falta de previsão legal

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar o Auto de Infração, tornando-o sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rayd Santana Ferreira, Relator.

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

DELIMITAÇÃO DA LIDE

Como relato encimado, no procedimento de análise e verificação da documentação apresentada e das informações constantes da DIRPF/2007, a fiscalização imputou ao contribuinte as infrações de: ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO, DEDUÇÃO INDEVIDA DE PREVIDÊNCIA OFICIAL, DEDUÇÃO INDEVIDA DE DEPENDENTE, DEDUÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS MÉDICAS, DEDUÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS DE LIVRO CAIXA, DEDUÇÃO INDEVIDA DE DESPESA COM INSTRUÇÃO, DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PLEITEADA INDEVIDAMENTE PREVIDÊNCIA OFICIAL (CARNÊ-LEÃO), DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PLEITEADA INDEVIDAMENTE DEPENDENTE (CARNÊ-LEÃO), DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PLEITEADA INDEVIDAMENTE LIVRO CAIXA (CARNÊ-LEÃO), MULTAS ISOLADAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRPF DEVIDO A TÍTULO DE CARNÊ-LEÃO e QUALIFICOU A MULTA DE OFÍCIO.

Conforme observa-se da impugnação, bem como do Recurso Voluntário, o contribuinte insurge-se de forma preliminar quanto o instrumento utilizado no lançamento, cerceamento do direito de defesa e decadência. Quanto ao mérito, questiona especificamente apenas o acréscimo patrimonial à descoberto, a cumulatividade da multa isolada com a multa de ofício e a qualificação da multa, motivo pelo qual serão os temas tratados nesta oportunidade, o que fazemos a seguir.

PRELIMINARES

NULIDADE – INSTRUMENTO DO LANÇAMENTO

O contribuinte aduz que para fins de constituição do crédito tributário foi utilizado o Auto de Infração, todavia, o Auto de Infração é meio próprio tão-somente para aplicação de penalidades, não para a constituição de crédito tributário, portanto deve ser anulado o ato que descumpra a forma exigida em lei.

Ressalto que o auto de infração pode reunir atos jurídicos diferentes que se sujeitam a regimes jurídicos diversos como o lançamento de tributo, propriamente dito, o ato de aplicação de sanções e o ato de intimação do autuado, portanto embora o auto de infração não seja propriamente o lançamento este pode conter o lançamento do tributo, nos moldes do artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Ao lavrar o Auto de Infração a autoridade fiscal está constituindo o crédito tributário que deixou de ser pago pelo contribuinte e também proferindo o ato de aplicação de penalidade pecuniária.

Portanto, não há o que se falar em anulação do ato administrativo.

NULIDADE – DISPOSIÇÕES LEGAIS – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E CONTRADITÓRIO

O contribuinte alega que não há citação do dispositivo de lei que fundamenta as infrações e cita que foi prejudicado no exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Em que pesem as substanciosas razões ofertadas pelo contribuinte, seu inconformismo, contudo, não tem o condão de prosperar. Do exame dos elementos que instruem

o processo, conclui-se que o lançamento, corroborado pela decisão recorrida, apresenta-se formalmente incensurável, devendo ser mantido em sua plenitude.

Resta evidenciada a legitimidade da ação fiscal que deu ensejo ao presente lançamento, cabendo ressaltar que trata-se de procedimento de natureza indeclinável para o Agente Fiscalizador, dado o caráter de que se reveste a atividade administrativa do lançamento, que é vinculada e obrigatória, nos termos do art. 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

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

De fato, o ato administrativo deve ser fundamentado, indicando a autoridade competente, de forma explícita e clara, os fatos e dispositivos legais que lhe deram suporte, de maneira a oportunizar ao contribuinte o pleno exercício do seu consagrado direito de defesa e contraditório, sob pena de nulidade.

E foi precisamente o que aconteceu com o presente lançamento. A simples leitura do Auto de Infração, especialmente a “Descrição dos fatos e enquadramento legal”, do “Termo de Verificação Fiscal” e demais informações fiscais, não deixa margem de dúvida recomendando a manutenção do lançamento.

Consoante se positiva dos anexos encimados, a fiscalização ao promover o lançamento demonstrou de forma clara e precisa os fatos que lhes suportaram, ou melhor, os fatos geradores do crédito tributário, não se cogitando na nulidade dos procedimentos.

Mais a mais, a exemplo da defesa inaugural, o contribuinte não trouxe qualquer elemento de prova capaz de comprovar que os lançamentos encontram-se maculados por vício em sua formalidade, escorando seu pleito em simples arrazoado desprovido de demonstração do sustentado.

Destarte, é direito do contribuinte discordar com a imputação fiscal que lhe está sendo atribuída, sobretudo em seu mérito, mas não podemos concluir, por conta desse fato, isoladamente, que o lançamento não fora devidamente fundamentado na legislação de regência. O argumento de erro do fato gerador, na eleição da base de cálculo e demais, se confundem com o mérito que iremos tratar posteriormente, como já dito, não ensejando em nulidade

Concebe-se que o auto de infração foi lavrado de acordo com as normas reguladoras do processo administrativo fiscal, dispostas nos artigos 9º e 10º do Decreto n.º 70.235/72 (com redação dada pelo artigo 1º da Lei n.º 8.748/93), não se vislumbrando nenhum vício de forma que pudesse ensejar nulidade do lançamento.

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal, as hipóteses de nulidade são as previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, nos seguintes termos:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Logo, em face do exposto, rejeito a preliminar suscitada.

PREJUDICIAL DE MÉRITO – DECADÊNCIA

Ainda de forma preliminar, o recorrente argüiu a decadência do lançamento fiscal com base no artigo 150, §4º do CTN.

No caso em análise, o recorrente alega que o fato gerador ocorre no mês do recebimento, no que, parece-me, está confundindo diferentes obrigações e diferentes regras.

No regime atual de tributação do IRPF, a regra aplicável à maioria dos rendimentos é a antecipação mensal de que trata o art. 2º da Lei nº 8.134, de 1990, sem prejuízo da apuração anual, disciplinada pelo art. 7º da Lei nº 9.250 de 1995:

Art. 7º A pessoa física deverá apurar o saldo em Reais do imposto a pagar ou o valor a ser restituído, relativamente aos rendimentos percebidos no ano-calendário, e apresentar anualmente, até o último dia útil do mês de abril do ano-calendário subsequente, declaração de rendimentos em modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal. (...)

Assim, mensalmente surge para o contribuinte o dever de realizar antecipações de pagamento, caso tenha recebido rendimentos sujeitos a esse regime. E se chama "antecipação" porque não é definitiva. E não é definitiva porque a verificação da existência ou não do dever de pagar tributo só surgirá no encerramento do período de apuração, ou seja, no fim do ano-calendário.

Por isso, o fato gerador do imposto devido no ano-calendário ocorre apenas em 31 de dezembro, mesmo nas hipóteses em que a base de cálculo deva ser apurada em bases mensais. Um exemplo disto, diz respeito a depósitos bancários, esta é, inclusive, uma matéria sumulada por este Conselho. Vejamos o teor da Súmula CARF nº 38:

Súmula CARF nº 38: O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.

Assim, a previsão legal de que o rendimento se considera recebido no mês do crédito não tem o condão de deslocar a data da ocorrência do fato gerador, que se aperfeiçoa em 31 de dezembro, alcançando todos os rendimentos apurados desde o início do seu período de apuração.

Não há, portanto, nenhuma dúvida de que o imposto lançado foi calculado levando-se em consideração, corretamente, que o fato gerador do imposto é anual (concretizando-se em 31 de dezembro de cada ano).

Neste diapasão, segundo os dispositivos legais mencionados pelo recorrente, o direito do Fisco constituir o crédito tributário somente extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia após o fato gerador, ou seja, a contagem se iniciaria em 01/01/2007, e teria como termo final 31/12/2011.

Portanto, tendo sido dada ciência do lançamento durante o ano de 2011 (17/11/2011), constata-se que não ocorreu a decadência do Fisco em constituir o crédito tributário em questão.

MÉRITO

DO ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO – MÚTUOS

O recorrente, em apertada síntese, afirma ter tomado empréstimo de Odonto Fama Ltda, Nicácio A. Martins Luna e Marcelo Vinícius Prado, materializados em instrumentos particulares e que todos os valores foram entregues em espécie.

Alega que o contrato de mútuo não exige qualquer formalidade, tais como: ter garantia, ser averbado em registro público, ter sido declarado por ambas as partes e ter justificada a finalidade do empréstimo.

Quanto a este aspecto, vejamos a decisão de primeira instância:

No caso em tela, os Contratos de Mútuo apresentados para a fiscalização não foram levados a transcrição no Registro Público, portanto, por estarem em desconformidade com os requisitos previstos no artigo 221 do Código Civil Brasileiro, não podem ser admitidos como documentos válidos para gerar efeitos perante terceiros, dentre eles, no caso, a Receita Federal do Brasil.

Ademais o contribuinte não trouxe nenhum documento na impugnação que comprovasse o efetivo recebimento/pagamento.

Ressalto que o único contrato de mútuo que foi apresentado a fiscalização com registro público foi de Marsilei Caviquioli, entretanto o seu registro ocorreu em 24 de janeiro de 2011, ou seja foi posterior a data da suposta transação e na impugnação não houve qualquer manifestação por parte do contribuinte em relação a esse empréstimo.

O contribuinte deveria apresentar provas convincentes da efetividade dos empréstimos, documentos hábeis e idôneos, coincidentes em datas e valores, que comprovassem que os valores foram realmente entregues/recebidos e não apenas documentos elaborados pelas partes sem os requisitos previstos na Lei, desacompanhados de provas materiais a respaldá-los.

(grifei)

Apesar de discordar do ponto formalista quanto a necessidade de formalização do contrato, as razões de decidir do órgão de primeira instância, as quais estão muito bem fundamentadas, motivo pelo qual, compartilho das conclusões acima esposadas.

A autoridade lançadora não restringiu a descon sideração dos contratos de mutuo apenas ao aspecto formal, mas sim a diversas faltas conforme bem explicita no TVF, senão vejamos:

33. Salienta-se que o fator que desencadeou a variação patrimonial a descoberto foi a descon sideração dos empréstimos tomados e efetuados, todos sem comprovação do efetivo recebimento/pagamento, conforme será demonstrado a seguir.

34. Verificou-se, a partir das Declarações de Ajuste Anual – DAA, uma complexa rede de empréstimos entre diversos sujeitos passivos, com o aparente intuito de acobertar acréscimos patrimoniais que, de outra forma, não teriam origem de recursos.

35. O Senhor Sérgio foi intimado (TIF 006/2011) a apresentar os contratos particulares firmados e a comprovar o efetivo recebimento e pagamento dos empréstimos por meio de comprovantes de depósitos bancários, TED etc...

36. Também foram intimados Odonto Fama Ltda., Marsilei Caviquioli, Nicácio A Martins Luna e Marcelo Vinícius Prado para que prestassem esclarecimentos acerca dos empréstimos informados em suas DAAs e comprovassem o efetivo pagamento/recebimento dos valores (TIF 007,008, 010 e 015, todos de 2011).

(...)

38. Com exceção do documento referente ao primeiro empréstimo acima - não referente ao período analisado, mas relacionado para melhor caracterizar as transações mencionadas - foram apresentadas cópias de todos os contratos de mútuo financeiro, sendo que todos são documentos particulares e todos os valores teriam sido entregues em espécie.

39. Os contratos firmados por Sérgio com Marsilei e com Nicácio são assinados também por duas testemunhas e o primeiro deles (com Marsilei) tem firmas

reconhecidas, porém com data 24/01/2011 – ou seja, em data posterior ao recebimento do TIF.

40. Observa-se que a Senhora Marsilei não dispõe de capacidade econômica para efetuar os empréstimos. Os recursos teriam sido obtidos, de acordo com as DAAs apresentadas, de recebimentos de outros empréstimos efetuados anteriormente.

41. O mesmo acontece com o Senhor Marcelo, que, não fosse o empréstimo supostamente recebido de Odonto Fama no período, com juros de 4% ao ano, não teria origem (no ajuste anual) para o empréstimo efetuado ao Senhor Sérgio, sócio detentor de 99% das cotas da empresa Odonto Fama, com juros de 2% ao mês mais atualização de acordo com o INPC. Essa é, por sinal, uma situação curiosa, pois a empresa efetuou, ao menos hipoteticamente, empréstimo a terceiro a juros bastante baixos e esse terceiro teria emprestado valor significativo a seu sócio majoritário, no mesmo mês, a juros bem mais elevados.

42. O “balanço” da DAA do Senhor Nicácio também não é muito animador, pois computando-se os recebimentos e dispêndios do período, aqui incluído o empréstimo ao Senhor Sérgio no valor de R\$ 35.000,00, lhe restaria pouco mais de R\$ 100,00 para viver durante todo o ano de 2006. Além disso, o credor do empréstimo é devedor, conforme o informado na declaração do período, junto a instituições financeiras que, provavelmente, cobram juros superiores a 1% ao mês como remuneração pelo seu capital.(...)

44. Além das particularidades acima descritas, outros elementos desabonam a efetividade das operações. Os instrumentos particulares apresentados, além de semelhantes entre si, são documentos que podem ter sido elaborados a qualquer tempo e não conferem, por si, credibilidade às transações.(...)

46. Não seria, contudo, suficiente para provar que os empréstimos realmente ocorreram. De acordo com o artigo 807 do RIR/99, *“o acréscimo do patrimônio da pessoa física está sujeito à tributação quando a autoridade lançadora comprovar, à vista das declarações de rendimentos e de bens, não corresponder esse aumento aos rendimentos declarados, salvo se o contribuinte provar que aquele acréscimo teve origem em rendimentos não tributáveis, sujeitos à tributação definitiva ou já tributados exclusivamente na fonte”*

47. Dessa forma, o sujeito passivo deveria apresentar provas convincentes da efetividade dos empréstimos, ou seja, documentos hábeis e idôneos, coincidentes em datas e valores, que comprovassem que os valores foram realmente entregues/recebidos e não apenas documentos elaborados pelas partes, desacompanhados de provas materiais a respaldá-los.

48. A informação dos empréstimos nas DAAs e na contabilidade da empresa Odonto Fama Ltda. tampouco é prova de que os empréstimos realmente ocorreram, pois são informações e registros prestados unilateralmente, os quais necessitam do respaldo de documentação comprobatória de sua veracidade.

49. Assim, se fossem apresentados os extratos bancários demonstrando as saídas e entradas dos recursos nas contas correntes dos envolvidos, estaria demonstrada a efetividade das transações, mas tal fato não ocorreu. Lembra-se que a escrita contábil deve estar lastreada em documentos que comprovem a veracidade dos lançamentos e, no caso, simples documentos particulares gerados pelas próprias partes envolvidas no suposto negócio não são suficientes para demonstrar a certeza da relação creditícia perante o Fisco.

50. Com base nos valores e critérios acima expostos, computando todas as origens contra todas as despesas ou aplicações conhecidas, chegou-se a variação patrimonial a descoberto, cujo valor será objeto de autuação para cobrança do imposto devido, de acordo com as disposições da legislação acima transcrita.

Depreende-se do excerto encimado que o auditor fiscal foi por demais exaustivo nos motivos que ensejaram nas desconsiderações dos contratos de mutuo, especialmente quanto a falta de comprovação da efetiva transação.

Caberia o contribuinte juntar aos autos provas convincentes da efetividade dos empréstimos, ou seja, documentos hábeis e idôneos, coincidentes em datas e valores, que comprovassem que os valores foram realmente entregues/recebidos e que não se trata apenas de documentos elaborados pelas partes, desacompanhados de provas materiais a respaldá-los.

O ônus da prova recai exclusivamente sobre o contribuinte. Portanto, verificada a ocorrência da hipótese descrita em lei, o contribuinte eximiu-se de comprovar, mediante documentação hábil e idônea.

Em outras palavras, a mera argumentação, por si só, não é suficiente para rechaçar a pretensão fiscal ou alterar o entendimento adotado pela decisão de piso, ou seja, argumentação sem comprovação por meio de documentação hábil e idônea, nada mais são do que palavras jogadas ao vento.

Quanto às demais alegações do contribuinte, especialmente em relação ao ônus probatório, tendo em vista recair sobre o próprio, não merece aqui tecer maiores considerações, uma vez não serem capazes de ensejar a reforma da decisão recorrida, especialmente quando desprovidos de qualquer amparo legal ou fático, bem como já devidamente rechaçadas pelo julgador de primeira instância.

Neste diapasão, nego provimento ao recurso neste ponto.

MULTA ISOLADA – CUMULATIVA COM A MULTA DE OFÍCIO

Em que pesem os argumentos da autuação e da autoridade julgadora de primeira instância, o pleito do contribuinte neste aspecto merece acolhimento, vejamos:

Com efeito, a Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais já se manifestou em diversas ocasiões a propósito da matéria, decidindo pela inaplicabilidade da concomitância das multas de ofício e isolada, conforme se extrai dos Acórdãos nº 9202-003.163, 9202-003.552, 9202-00.883 entre outros, e da mesma forma nas Turma Ordinárias, conforme se extrai do excerto do voto do ilustre Conselheiro Marcelo Vasconcelos de Almeida, acolhido de forma unânime, exarado nos autos do processo nº 10830.006853/2006-30, o qual peço vênia para transcrever e adotar como razões de decidir, *in verbis*:

[...]

Concomitância na aplicação da multa isolada com a multa de ofício

Quando várias normas punitivas concorrem entre si na disciplina jurídica de determinadas condutas, torna-se importante investigar se a penalidade prevista para punir uma delas pode absorver a outra.

No caso em exame, o não recolhimento mensal devido a título de carnê-leão pode ser visto como etapa preparatória do ato de reduzir o imposto ao final do ano-calendário.

A primeira conduta é, portanto, meio de execução da segunda.

Com efeito, o bem jurídico mais importante é, sem dúvida, a efetividade da arrecadação tributária, atendida pelo recolhimento do tributo apurado ao fim do ano-calendário, e o bem jurídico de relevância secundária é a antecipação do imposto devido a título de carnê-leão.

Em se tratando de aplicação de penalidades, aplica-se, aqui, a lógica do princípio penal da consunção. Pelo critério da consunção, ao se violar uma pluralidade de normas,

passando-se de uma violação menos grave para outra mais grave, como sucede no caso em análise, prevalece a norma relativa à penalidade mais grave.

Nessa linha de raciocínio, descabe a aplicação da multa isolada por falta de recolhimento mensal do imposto de renda devido a título de carnê-leão concomitantemente com a multa de ofício decorrente da apuração de omissão de rendimentos recebidos de fontes no exterior. Cobra-se apenas esta última, no percentual de 75% sobre o imposto devido.

Acrescento que a cobrança da multa isolada referente aos rendimentos sujeitos ao carnê-leão, concomitantemente com a multa de ofício de 75%, penaliza o contribuinte duplamente, em face da identidade das bases de cálculo de ambas.

A jurisprudência deste Conselho é pacífica em relação a não imputação de dupla penalidade pecuniária ao contribuinte em decorrência da omissão de rendimentos. Nesse sentido, oportuna é a transcrição de excerto do voto condutor vencedor do Acórdão n.º 9202002.073, proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, na sessão de 22 de março de 2012, por intermédio do qual se negou provimento a recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional:

“O entendimento que tem prevalecido é o de que havendo lançamento de diferença de imposto deve ser cobrada a multa de lançamento de ofício juntamente com o tributo (multa de ofício normal), não havendo que se falar na aplicação de multa isolada. Por outro lado, quando o imposto apurado na Declaração de Ajuste Anual houver sido pago, mas havendo omissão quanto ao recolhimento do carnê-leão, dever ser lançada a multa isolada, e somente ela.

Na mesma linha: Acórdão n.º 9202-001.976 da CSRF.

Em resumo: a denominada "multa isolada" do art. 44, II, "a" da Lei n.º 9.430/1996 apenas deve ser aplicada aos casos em que não possa ser a multa exigida em conjunto com o tributo devido (Lei n.º 9.430/1996, I), não havendo que se cogitar do cabimento concomitante das multas de ofício e isolada.

Afora posicionamento pessoal a propósito da matéria, deixo de tecer maiores considerações, considerando a publicação da Súmula CARF n.º 147, que assim dispõe:

Somente com a edição da Medida Provisória n.º 351/2007, convertida na Lei n.º 11.488/2007, que alterou a redação do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996, passou a existir a previsão específica de incidência da multa isolada na hipótese de falta de pagamento do carnê-leão (50%), sem prejuízo da penalidade simultânea pelo lançamento de ofício do respectivo rendimento no ajuste anual (75%)

Ademais, apesar de, no caso concreto, terem bases de cálculo distintas, o mesmo fato (ato do contribuinte) culminou com a aplicação das duas multas sancionárias (Princípio da Consução). Dito isto, o caso em questão amoldasse perfeitamente ao teor da súmula encimada, pois anteriormente a edição da MP n.º 351/2007 não existia previsão específica para aplicação das duas multas concomitantemente.

Em face dos substanciosos fundamentos acima transcritos, impõe-se afastar a multa isolada por aplicação concomitante com a multa de ofício.

MULTA QUALIFICADA

Preambularmente, cumpre transcrever a legislação que fundamentou a exigência da multa no presente lançamento de ofício:

Lei n.º 9.430, de 1996:

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.

(...)

§ 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.

Como se vê, a multa de 75%, prevista no inciso I, acima transcrito, é objetiva e independe da culpa ou dolo do agente. O artigo 136 do Código Tributário Nacional assim diz:

Art. 136 Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Contudo, a multa qualificada de 150%, em atendimento ao que disciplina o §1º, art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, poderá ser aplicada somente nos casos previstos nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, 1964, que têm a seguinte redação:

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 do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação 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 deferir o seu pagamento.

Art. 73 – Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos no art. 71 e 72.

A sonegação 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. Na sonegação sempre existe o dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à fazenda pública. Para ser enquadrado neste conceito, basta o contribuinte agir com dolo na desobediência da lei fiscal.

A sonegação impede a apuração da obrigação tributária principal diante da ocultação de bens ou de fatos jurídicos à incidência fiscal (fato gerador já realizado) enquanto na figura da fraude a ação ou omissão visa escamotear o pagamento do imposto devido - reduzi-lo, evitá-lo ou retardá-lo.

Depreende-se dos dispositivos acima transcritos que para aplicação da multa qualificada deve existir o elemento fundamental de caracterização que é o **evidente intuito de fraudar ou de sonegar**.

Ainda de acordo com os dispositivos legais acima transcritos, impõe-se à autoridade lançadora a observância dos parâmetros e condições básicas previstas na legislação de regência em casos de imputação da multa qualificada, que somente poderá ser levada a efeito quando àquela estiver convencida do cometimento do crime (dolo, fraude ou sonegação), devendo, ainda, relatar todos os fatos de forma pormenorizada, possibilitando ao contribuinte a devida análise da conduta que lhe está sendo atribuída e, bem assim, ao procurador de que o delito efetivamente praticado.

Em outras palavras, não basta a indicação da conduta dolosa, fraudulenta, a partir de meras presunções e/ou subjetividades, impondo a devida comprovação por parte da autoridade fiscal da intenção pré-determinada do contribuinte, demonstrada de modo concreto, sem deixar margem a qualquer dúvida, visando impedir/retardar o recolhimento do tributo devido.

Este entendimento, aliás, encontra-se sedimentado no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, conforme se extrai dos julgados com suas ementas abaixo transcritas:

MULTA AGRAVADA – Fraude – Não pode ser presumida ou alicerçada em indícios. A penalidade qualificada somente é admissível quando factualmente constatada as hipóteses de fraude, dolo ou simulação. (8ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes – Acórdão n.º 108-07.561, Sessão de 16/10/2003) (grifamos)

MULTA QUALIFICADA – NÃO CARACTERIZAÇÃO – Não tendo sido comprovada de forma objetiva o resultado do dolo, da fraude ou da simulação, descabe a qualificação da penalidade de ofício agravada. (2ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes – Acórdão n.º 102-45.625, Sessão de 21/08/2002)

Na esteira desse raciocínio, ratificando posicionamento pacífico do então 1º Conselho de Contribuintes, o CARF consagrou de uma vez por todas o entendimento acima alinhavado, editando a Súmula n.º 14, determinando que:

Súmula CARF n.º 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

Pois bem. Ao meu ver, para aplicar a multa qualificada é necessária a prova da evidente intenção de sonegar ou fraudar, condição imposta pela lei. A prova deve ser material, pois o evidente intuito de sonegação não pode ser presumido. Não basta a prova da omissão de rendimentos, tampouco meros indícios; é necessária que estejam perfeitamente identificadas e comprovadas a circunstância material do fato, com vistas a configurar o evidente intuito de sonegar, relativamente a cada fato gerador do imposto.

Com efeito, como muito bem delineado no recurso voluntário, a autoridade lançadora não logrou demonstrar com especificidade a conduta adotada pela contribuinte tendente sonegar tributos intencionalmente, com o fito de justificar a qualificação da multa em 150%.

O agente lançador justificou a imposição da penalidade exarcebada nos termos abaixo (fls. 427/428):

103. Conforme já descrito no item “Variação Patrimonial a Descoberto”, verificou-se a existência de contratos de mútuo **aparentemente** fictícios, firmados pelo sujeito passivo e por terceiros, com o **provável** intuito de justificar acréscimos patrimoniais e impedir o conhecimento, por parte do Fisco, da ocorrência dos fatos geradores do imposto.

104. Dessa maneira, resta demonstrado o enquadramento da conduta praticada no disposto nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/1964, ensejando a aplicação da multa de ofício qualificada, no percentual de 150% sobre o imposto que deixou de ser recolhido, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

(grifei)

A rigor, *in casu*, o que torna ainda mais digno de realce, é que a nobre autoridade lançadora qualificou a multa claramente em mera presunção, conforme grifo encimado, deixando, portanto, de justificar de maneira clara e fundamentada a aplicação da multa qualificada.

Ora, independentemente do entendimento de cada julgador ou autoridade fazendária a respeito do mérito de aludida demanda, não se pode admitir que o Fisco atribua crime de sonegação fiscal, a partir da qualificação da multa, **em mera suposição ou achismo**, de maneira a motivar sua conclusão, demonstrando a eventual conduta dolosa da contribuinte. E muito menos em meras suposições ou achismos. Esse procedimento, além de macular o regramento para adoção da multa imposta, representa uma verdadeira preterição do direito de defesa da contribuinte.

Ademais, a “desconsideração” dos contratos de mútuos não foram suficientes para elidir a infração de acréscimo patrimonial à descoberto, mas nem de perto é motivo suficiente para qualificação da multa.

Dessa forma, entendo que deve ser desqualificada a multa de ofício, reduzindo-a para o percentual de 75%.

JUROS SOBRE A MULTA

Afora posicionamento pessoal a propósito da matéria, deixo de tecer maiores considerações, considerando a publicação da Súmula CARF n.º 108, que assim dispõe:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Em observância a Súmula encimada, mantém a incidência dos juros sobre a multa de ofício.

Por todo o exposto, estando o Auto de Infração, *sub examine*, em consonância parcial com as normas legais que regulamentam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO para afastar às preliminares e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para: (i) excluir a multa isolada aplicada em concomitância com a multa de ofício; e (ii) afastar a qualificadora da multa de ofício, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira