



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

Processo n° 11065.000360/2010-53
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-005.123 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de maio de 2019
Matéria IRPF. GANHO DE CAPITAL. AÇÕES NÃO NEGOCIADAS EM BOLSA DE VALORES.
Recorrente DIOGENES CORTELETTI GOMES DA SILVA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Para ser considerado nulo, o lançamento deve ter sido realizado por pessoa incompetente ou violar a ampla defesa do contribuinte, e esta violação deve sempre ser comprovada ou ao menos demonstrados fortes indícios do prejuízo sofrido pelo contribuinte. Havendo a descrição pormenorizada dos fatos, a sua compreensão por parte do contribuinte e a correta capitulação da fundamentação legal do lançamento, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE FISCALIZAÇÃO. NEGATIVA DE ACESSO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

No processo administrativo fiscal, é a impugnação que instaura a fase litigiosa ou processual, não encontrando amparo jurídico a alegação de cerceamento do direito de defesa durante o procedimento administrativo de fiscalização, que tem caráter meramente inquisitório.

GANHOS EM RENDA VARIÁVEL. PREJUÍZOS EM MESES SUBSEQUENTES. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Os ganhos líquidos em mercado de renda variável são apurados mensalmente, podendo ser compensadas as perdas apuradas em meses anteriores em operações da mesma natureza. Assim, o ganho líquido apurado em determinado mês não pode ser compensado com prejuízo apurado em períodos subsequentes.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA SUMULADA.

De acordo com o disposto na Súmula nº 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, também por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Débora Fófano Dos Santos, Douglas Kakazu Kushiyama, Francisco Nogueira Guarita, Fernanda Melo Leal (suplente convocada), Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário de e-fls. 753/774 interposto contra decisão da DRJ em Porto Alegre/RS, de fls. 739/748 a qual julgou procedente o lançamento de Imposto de Renda de Pessoa Física – IRPF de fls. 675/684, lavrado em 08/03/2010, relativo ao ano-calendário de 2006, com ciência do recorrente em 12/3/2010, conforme AR de fls. 699/700.

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo foi apurado após identificados ganhos obtidos pelo RECORRENTE no mercado de renda variável não oferecidos à tributação, além de omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica, gerando crédito tributário no valor de R\$ 212.384,87, já inclusos juros de mora (até o mês da lavratura) e multa de ofício de 75%.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 685/696, a fiscalização identificou que o contribuinte teria cometido as seguintes infrações: (i) omissão de ganhos líquidos no mercado de renda variável referente a operações comuns; (ii) omissão de ganhos líquidos no mercado de renda variável em operações “Day-trade”; e (iii) omissão de rendimentos recebidos pela empresa CORTELETTI & SONS FORMULÁRIOS E ETIQUETAS LTDA.

Após diversas intimações, a autoridade fiscal afirmou que o contribuinte deixou de apresentar toda documentação solicitada, sobretudo a posição acionária dos ativos custodiados (estoque inicial e custo de aquisição), a qual deveria constar do Resumo de Apuração de Ganho de Renda Variável (que também não foi preenchido), além de extratos bancários em algumas instituições.

Assim, para a correta apuração dos ganhos líquidos obtidos pelo contribuinte, foram emitidas RMFs a Bancos, Corretoras e para a BM&F Bovespa a fim de buscar as informações necessárias.

Utilizando os elementos juntados no curso do procedimento, sobretudo as notas de corretagens, a fiscalização apurou o resultado obtido pelo fiscalizado em operações de renda variável. O detalhamento da apuração, de acordo com o tipo de operação, foi apresentado no demonstrativo de apuração de ganhos em renda variável (fls. 600/605), bem como nas planilhas consolidadas e individualizadas de fls. 606/638 (operações comuns) e fls. 639/663 (operações “day trade”).

Ainda durante a fiscalização o contribuinte questionou o resultado final das operações apurado ao argumentar que deveria ser deduzido o prejuízo total no ano de 2006. Contudo, a autoridade fiscal afirmou que a tributação dos rendimentos auferidos, tanto em operações “Day Trade” como em operações comuns (nos mercados à vista, a termo e de opções), seja feita de forma definitiva. Assim, se obteve lucro em operações realizadas em meses anteriores, deveria ter recolhido o imposto no prazo correspondente (até o último dia útil do mês subsequente), em que pese o resultado negativo obtido nos meses seguintes.

De acordo com a autoridade fiscalizadora, o resultado mensal decorrente das operações com renda variável e com day-trade podem ser compilados na tabela adiante reproduzida (fls. 692):

	Operações Comuns	Operações Day-Trade
Fev/06	-7.482,74	10.180,53
Mar/06	10.956,16	7.112,27
Abr/06	19.488,22	19.580,40
Mai/06	-33.207,10	21.633,62
Jun/06	-43.173,65	27.741,78
Jul/06	-121.544,23	10.061,75
Ago/06	23.282,73	7.488,35
Set/06	-122.382,56	34.495,76
Out/06	64.136,18	229,31
Nov/06	-792.290,97	11.132,86

Assim, a autoridade fiscalizadora levou à tributação os resultados positivos acima, deduzindo sempre os prejuízos acumulados nos meses anteriores.

Ainda de acordo com o TVF, no curso da fiscalização, o contribuinte deixou de comprovar alguns depósitos efetuados em suas contas bancárias.

Após expedição de RMFs, as instituições financeiras intimadas Caixa e Banco Real/Santander informaram que os depósitos questionados pela fiscalização haviam sido realizados pela empresa CORTELETTI & SONS FORMULÁRIOS E ETIQUETAS LTDA (R\$ 5.250,00 e R\$ 60.610,88, respectivamente), ao passo que o HSBC discriminou todos os depósitos, dos quais se constatou que R\$ 219.918,80 foram provenientes da mencionada empresa.

As planilhas com os recursos comprovadamente recebidos pelo RECORRENTE da empresa mencionada encontram-se nas fls. 693/694.

BANCO	AGÊNCIA	CONTA	DATA	HISTÓRICO	DOCUMENTO	VALOR
104	0490	013 0745	30/01/06	DOC ELET	767697	1.050,00
104	0490	013 0745	01/03/06	DOC ELET	530488	1.050,00
104	0490	013 0745	28/03/06	DOC ELET	711475	1.050,00
104	0490	013 0745	28/04/06	DOC ELET	886301	1.050,00
104	0490	013 0745	29/05/06	DOC ELET	66846	1.050,00
356	1544	1000207	01/06/06	TED REM 07340464000196	2157	14.000,00
356	1544	1000207	19/06/06	DOC REM 07340464000196	281480	2.000,00
356	1544	1000207	04/07/06	DOC REM 07340464000196	432867	1.000,00
356	1544	1000207	21/07/06	DOC REM 07340464000196	714425	1.878,44
356	1544	1000207	18/08/06	DOC REM 07340464000196	134508	1.878,44
356	1544	1000207	22/08/06	TED REM 07340464000196	2157	39.854,00
399	0325	190850401	03/03/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	66980200	11.595,00
399	0325	190850401	07/03/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	85911700	15.000,00
399	0325	190850401	08/03/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	89172100	15.000,00
399	0325	190850401	24/03/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	54831900	1.094,75
399	0325	190850401	28/03/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	66110600	5.055,00

BANCO	AGÊNCIA	CONTA	DATA	HISTÓRICO	DOCUMENTO	VALOR
399	0325	190850401	29/03/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	69690000	5.540,00
399	0325	190850401	26/04/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	81651800	10.594,46
399	0325	190850401	22/05/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	88617200	13.000,00
399	0325	190850401	31/05/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	70060900	10.594,46
399	0325	190850401	19/06/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	28145000	1.600,00
399	0325	190850401	03/07/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	41489700	1.000,00
399	0325	190850401	07/07/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	47334700	1.000,00
399	0325	190850401	08/08/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	585700	1.000,00
399	0325	190850401	22/08/06	TRANSF DISPONIV IMF/0032506	100	10.000,00
399	0325	190850401	22/08/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	68875600	3.945,13
399	0325	190850401	09/10/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	87596400	3.000,00
399	0325	190850401	03/11/06	TRANSF DISPONIV IMF/0032506	3900	40.000,00
399	0325	190850401	07/11/06	TRANSF DISPONIV IMF/0032506	3900	50.000,00
399	0325	190850401	07/11/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	56138800	9.000,00
399	0325	190850401	01/12/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	23415700	10.000,00
399	0325	190850401	15/12/06	TRANSF CNB/INTBANK CONNECT BANK	64573100	1.900,00
TOTAL						285.779,68

Assim, considerando que o RECORRENTE apenas declarou ter recebido R\$ 4.000,00 da empresa CORTELETTI & SONS FORMULÁRIOS E ETIQUETAS LTDA, bem como em razão de a mencionada empresa não ter distribuído lucros em favor do contribuinte (fl. 528), a CORTELETTI & SONS foi intimada a esclarecer a que título foram realizadas as transferências acima. A empresa limitou-se a responder que os valores “*tratam-se de devolução de créditos no valor de R\$ 168.350,00 (Cento e Sessenta e Oito Mil e Trezentos reais) destinados a um possível aumento de capital não ocorrido*” sem, contudo, apresentar documentação comprobatória.

A CORTELETTI & SONS foi novamente intimada a comprovar o recebimento dos R\$ 168.350,00 que alega ter recebido do contribuinte em período anterior às devoluções que alega ter feito, bem como a esclarecer a que título foram realizadas as demais transferências (correspondentes diferença entre a suposta "devolução" de recursos ao fiscalizado e o total de créditos constantes em suas contas bancárias, anteriormente relacionados). Contudo, a empresa limitou-se a informar que não possuía a referida comprovação tendo em vista o encerramento de suas atividades (fl. 670).

Portanto, a autoridade fiscal entendeu que tais recursos transferidos ao contribuinte caracterizam omissão de rendimentos tributáveis e efetuou o lançamento da diferença correspondente a R\$ 281.779,68 (R\$ 285.779,68 - R\$ 4.000,00 já declarados).

Da Impugnação

O RECORRENTE apresentou sua Impugnação de fls. 708/725 em 12/04/2010. Ante a clareza e precisão didática do resumo da Impugnação elaborada pela DRJ em Porto Alegre/RS, adota-se, *ipsis litteris*, tal trecho para compor parte do presente relatório:

"Tempestivamente, o interessado, por seu representante, apresenta a impugnação da exigência às fls. 708 a 725. Suas alegações estão, em síntese, a seguir descritas.

I. Preliminarmente

Ilegalidade na quebra de sigilo bancário do fiscalizado

O Auditor Fiscal da Receita Federal, sem qualquer justificativa plausível ou autorização judicial, agiu completamente ao arrepio da lei e determinou, de ofício, a quebra do sigilo bancário do fiscalizado, sem que antes tivesse requerido à ele a apresentação da documentação pertinente.

O sigilo bancário figura como uma garantia constitucional, prevista no art. 5º, inc. X, XI e XII da Constituição Federal. A inviolabilidade de dados está consagrada como um dos direitos fundamentais do cidadão, porquanto inserta em sua própria intimidade e vida privada.

Apresenta jurisprudência judicial sobre o assunto.

O sigilo dos dados bancários e operações financeiras constitui espécie do direito à intimidade, ao qual não se admite ruptura sem a provocação e a autorização do Poder Judiciário, acompanhada de decisão motivada, com justificativa razoável.

Com a edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, oportunizou-se certa flexibilização dessas garantias individuais em detrimento dos interesses arrecadatórios do Estado.

O Decreto nº 3.724, de 2001, veio com a função de regulamentar o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Receita Federal e seus agentes, de informações de operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas. Esse decreto estabelece um procedimento administrativo fiscal para possibilitar a quebra o sigilo bancário, onde duas são as condições indispensáveis: procedimento de fiscalização em curso e indispensabilidade da violação de dados.

A invocação pelo Fisco dos dispositivos legais acima referendados não autoriza a quebra de sigilo bancário do contribuinte, nos moldes em que procedida, atualmente, atitude que se afigura nitidamente inconstitucional e ilegal.

A quebra do sigilo bancário diretamente pelo Fisco ocorre por uma das partes diretamente interessadas na investigação, sem abrir espaço ao contribuinte para que se manifeste a respeito do pedido, tornando o princípio do contraditório letra morta e transgredindo a garantia de imparcialidade.

Observa-se que o Auditor Fiscal expediu e enviou RMF às instituições financeiras em 05/03/2009, sendo que o Termo de início de ação fiscal fora emitido em 16/03/2009 e recebido em 17/03/2009 pelo contribuinte, ou seja, o Fisco não esperou nem mesmo que o contribuinte fosse intimado do procedimento fiscal e espontaneamente apresentasse os documentos requeridos, solicitando antes mesmos às instituições financeiras.

Como se não bastasse, o RMF de fl. 159, enviado aos Bancos, foi enquadrado no inciso IV, do artigo 3º do decreto nº 3.724/2001, acusando o contribuinte de omitir rendimentos e ganhos líquidos, o que não pode prosperar.

Tramitam atualmente perante o Supremo Tribunal Federal várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins) versando sobre o tema da quebra de sigilo bancário efetuado diretamente pela Administração Pública sem autorização judicial.

A quebra do sigilo bancário efetivada diretamente pela Administração, além de violar a intimidade, a vida privada, e retirar uma condição imprescindível da atividade bancária insculpida no sigilo de seus dados, ainda quebra o sentimento de confiança a relação cliente e bancos.

Conclui-se que as irregularidades apontadas existentes no procedimento fiscal impugnado o tornam nulo.

Da negativa de acesso aos autos do procedimento fiscal

Durante todo o curso do procedimento administrativo, e como reiteradamente vem ocorrendo na maioria dos casos fiscalizados, a Receita Federal não permitiu ao contribuinte acesso aos autos e aos motivos pelos quais levaram ao afastamento do sigilo bancário efetuado pela autoridade fiscal, o que é flagrantemente ilegal.

Teve prejudicado seu direito à ampla defesa, sendo nulo o procedimento de ofício.

Da não apreciação das petições de defesa protocoladas e das provas tempestivamente apresentadas

O auditor fiscal deveria obrigatoriamente ter apreciado todas as provas carreadas nos autos do procedimento fiscal, tenham sido elas produzidas pelo Fisco ou pelo fiscalizado, o que não ocorreu.

Tal constatação extrai-se pela simples análise das notas de corretagem juntadas pelo fiscalizado, que foram totalmente ignoradas pelo Fiscal, que posteriormente oficiou diretamente ao Banco Bradesco para que apresentasse idêntica documentação.

É nulo o procedimento fiscal.

Da ilegalidade na prorrogação do MPF

Primeiramente quanto ao prazo de vigência e prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal deve ser observado que o Agente Fiscal da Receita Federal desvirtuou-se dos termos dos arts. 12 e 13 do Decreto 3.969/2001. Isso porque a prorrogação do MPF ocorreu quando já havia expirado o prazo inicialmente fixado para sua vigência, o que não pode ser admitido, por ser ilegal.

Da leitura dos termos do MPF impugnado, verifica-se que ele foi emitido na data de 09/03/2009, com validade de 120 dias e com vencimento em 07/07/2009. Foi prorrogado, todavia, quatro vezes: até 05/09/2009, 04/11/2009, 03/01/2010 e 04/03/2010, todas sem ciência do fiscalizado e fora do prazo de vigência, o que torna ilegal o procedimento fiscalizatório.

A nulidade no procedimento administrativo levado a efeito contra o Impugnante, que apurou o débito contestado, advém de duas constatações: não terem sido observados os prazos de vigência dos Mandados de Procedimentos Fiscais e pelo o fato de que não foi realizada a intimação postal do contribuinte fiscalizado dando ciência da prorrogação do prazo inicialmente fixado.

Tendo sido constatado o cerceamento de defesa provocado pelo Fisco, o procedimento fiscal é nulo.

Da fragilidade das provas que fundamentaram a autuação

Os extratos bancários apresentados pelos Bancos, apresentados de forma magnética, constituíram-se como o único fundamento da autuação fiscal, de forma que as provas constantes nos autos, baseada em arquivos eletrônicos disponibilizados pelas instituições financeiras aos Fisco, através de CDs ou e-mails, é demasiadamente frágil e requer cautelas no que atine à sua valorização.

2. Conclusão

Não é incontroverso o fato de que o fiscalizado realizou operações de compra e venda de ativos financeiros (ações e opções) em bolsa de valores nos meses de fevereiro a novembro de 2006. Com que não se pode concordar, todavia, é com os cálculos e conclusões apresentados pela Receita Federal, no sentido de que houve omissão de ganhos por parte do fiscalizado. De forma alguma isso ocorreu, pois tais operações resultaram em um prejuízo total avaliado em mais de R\$ 1.000.000,00, uma vez que alavancadas sem a autorização do fiscalizado. Fatos que estão pendentes de julgamento, por intermédio do processo judicial nº 019/1.06.00229947.

No que refere-se aos valores recebidos pelo impugnante da empresa Corteletti & Sons Formulários e Etiquetas Ltda., o qual refere-se a devolução de valor destinado a um aumento de capital social que não efetivou-se, o fisco, arbitrariamente, apontou como transação ilegal.

O auto de infração é nulo, porquanto derivado de procedimento fiscal irregular e ilegal, tanto do ponto de vista da quebra do sigilo bancário em si, que chegou, inclusive, ao ponto de atingir e prejudicar terceiros não fiscalizados, quanto do procedimento fiscal adotado.”

Da Decisão da DRJ

Quando da apreciação do caso, a DRJ em Porto Alegre/RS julgou procedente o lançamento, conforme ementa abaixo (fls. 739/748):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano-calendário: 2006

NULIDADE. Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.

CONSTITUCIONALIDADE. A autoridade administrativa não tem competência para decidir sobre a constitucionalidade ou legalidade de leis.

SIGILO BANCÁRIO. Iniciado o procedimento de fiscalização, a autoridade fiscal pode, por expressa autorização legal, solicitar informações e documentos relativos a operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, independentemente de autorização judicial.

GANHOS EM RENDA VARIÁVEL. Estão sujeitos à tributação os ganhos líquidos obtidos em operações em bolsa de valores.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Estão sujeitos à tributação os rendimentos recebidos de pessoas jurídicas e não oferecidos à tributação na declaração de ajuste.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

O RECORRENTE, devidamente intimado da decisão da DRJ em 05/10/2012, conforme AR de fls.751, apresentou o recurso voluntário de fls. 753/774 em 05/11/2012.

Em suas razões, alegou principalmente a nulidade do procedimento fiscal por quebra do sigilo bancário, e pela continuação do MPF além do prazo estipulado. No mérito, alegou a necessidade de compensar as perdas com os ganhos e a fragilidade das provas que fundamentaram a autuação.

Este recurso voluntário compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos legais, razões por que dele conheço.

PRELIMINAR

Da Quebra do Sigilo Bancário

O RECORRENTE questiona a legalidade e constitucionalidade da obtenção de informações bancárias diretamente através das instituições financeiras, afirmando que tal conduta é quebra ilegal de seu sigilo bancário. Contudo, não merecem prosperar tais alegações.

Em síntese, o RECORRENTE alega que apresentou todos os documentos solicitados pela fiscalização no termo de intimação fiscal de fls. 3/5 e que, por isso, não havia razões para o fisco entender como insuficiente a documentação apresentada.

Acontece que a legislação outorga à fiscalização a faculdade de solicitar informações diretamente às instituições financeiras sempre que a autoridade fiscalizadora considerá-las indispensáveis para o prosseguimento da fiscalização, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, fundamento legal das Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira de fls. 161/194, e do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 (com redação dada pela Lei nº 10.174/2001):

LC 105/2001

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.

Lei nº 9.311/96

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

(...)

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações

prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores. (Redação dada pela Lei nº 10.174, de 2001) (Grifou-se)

Deste modo, o fato de o RECORRENTE já ter apresentado alguns documentos por conta própria não afasta o direito da fiscalização de requerer as informações complementares que julgar necessárias.

Ademais, percebe-se do relatório fiscal (fls. 686/687) que as RMFs foram expedidas em razão do atendimento parcial da exigência contida no Termo de Início de Fiscalização. Isso porque o RECORRENTE não apresentou os extratos da CAIXA, do HSBC, do Banco do Brasil, da Diferencial Corretora, do Sudameris, bem como as notas de corretagem das operações realizadas em bolsa de valores por intermédio do BANIF - BANCO INTERNACIONAL DO FUNCHAL (BRASIL), S.A., já que estas foram apresentadas parcialmente.

O fiscal entendeu ser indispensáveis tais documentos, e considerando que o RECORRENTE não os apresentou espontaneamente, se fez necessária a requisição, que cumpriu todos os requisitos legais.

Quanto à suposta inconstitucionalidade, o STF já julgou a legalidade e constitucionalidade dos dispositivos acima transcritos, conforme decisão proferida nos autos do processo paradigma nº RE 601314, transitada em julgado no dia 11/10/2016, em que foi fixada a seguinte tese em repercussão geral (tema 225):

I - 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 traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal;

II - 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.

Nesse sentido, não prosperam as alegações de inconstitucionalidade levantadas pelo RECORRENTE sobre a obtenção de informações bancárias obtidas diretamente junto às instituições financeiras com base na Lei Complementar nº 105/2001. Deve-se esclarecer, ainda, que, de acordo com o disposto na Súmula nº 02 deste órgão julgador, esta é matéria estranha à sua competência:

“SÚMULA CARF Nº 02

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Portanto, não prosperam as alegações de nulidade apresentadas pela defesa.

Nulidade do lançamento por negativa do acesso aos autos do procedimento fiscal e por prorrogação do MPF

Em apertada síntese, se infere do Recurso Voluntário, que o RECORRENTE alega que o lançamento é nulo pois não lhe foi concedido acesso aos autos durante o procedimento de fiscalização, bem como pela prorrogação ilegal do prazo da fiscalização.

No processo administrativo federal são nulos os atos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972. Por sua vez, o art. 10, também Decreto nº 70.235/1972, elenca os requisitos obrigatórios mínimos do auto de infração, *in verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá 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.

Art. 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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

Desta forma, para ser considerado nulo, o lançamento deve ter sido realizado por pessoa incompetente ou violar a ampla defesa do contribuinte. Ademais, a violação à ampla defesa deve sempre ser comprovada, ou ao menos demonstrados fortes indícios do prejuízo sofrido pelo contribuinte.

O RECORRENTE alega que sua ampla defesa foi violada por ausência de acesso aos autos durante a fiscalização. Acontece que a fase litigiosa do procedimento administrativo apenas se inicia com a apresentação da impugnação, nos termos dos arts. 14 e 15 do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Numa leitura atenta dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que o recurso da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo e a sua apresentação tempestiva confirma ter sido respeitado o princípio do devido processo legal. Durante a fiscalização, o processo administrativo tem característica inquisitória, neste sentido entende o CARF:

NULIDADE. INEXISTÊNCIA. Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. No processo administrativo fiscal, é a impugnação que instaura a fase litigiosa ou processual, não encontrando amparo jurídico a alegação de cerceamento do direito de defesa durante o procedimento administrativo de fiscalização, que tem caráter meramente inquisitório (Acórdão 1401-003.108, Sessão 24/1/2019 (Grifou-se))

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa por ausência de acesso aos autos durante a fiscalização, posto que apenas na fase litigiosa do procedimento é que todos os documentos devem ser disponibilizados para o RECORRENTE, o que aconteceu no presente caso.

Por sua vez, quanto à alegação de que a prorrogação do MPF “indefinidamente” e sem intimação do RECORRENTE foi ilegal, considerando que não houve interposição de novas razões com o Recurso Voluntário, proponho adotar como razões de decidir o trecho do voto da DRJ, com fundamento no §3º do art. 57 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela portaria MF nº 343/2015:

Mandado de Procedimento Fiscal

O Mandado de Procedimento Fiscal – MPF consiste em procedimento administrativo da autoridade fiscal e como tal deve ser interpretado.

Trata-se de uma ordem específica emitida por autoridade competente da Secretaria da Receita Federal para que servidores a ela subordinados procedam, no caso de fiscalização, à verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo e, se for o caso, à constituição do crédito tributário devido ou à apreensão de mercadorias em situação irregular. Assim, ele tem por escopo o planejamento e o controle, por parte da Receita Federal, das atividades de fiscalização dos tributos e contribuições federais a serem desenvolvidas em cada exercício fiscal.

É certo que o MPF visa permitir ao sujeito passivo assegurar-se da autenticidade da ação fiscal contra ele instaurada, pois, dentre outros dados, o mandado informa a natureza, a abrangência, o prazo máximo, as pessoas designadas para a execução dos trabalhos fiscais, o chefe de fiscalização responsável, com respectivo endereço e telefone, além do código de acesso à Internet que possibilita identificar a sua procedência.

Transcreve-se , por oportuno, os artigos 4º, 11 e 12 da Portaria RFB nº 11.371, de 12/12/2007:

*Portaria RFB nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007
(DOU de 20.12.2007)*

(...)

Art. 4º O MPF será emitido exclusivamente em forma eletrônica e assinado pela autoridade outorgante, mediante a utilização de certificado digital válido, conforme modelos constantes dos Anexos de I a III desta Portaria.

Parágrafo único. A ciência pelo sujeito passivo do MPF, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, dar-se-á por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.

(...)

Art. 11. Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:

I cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;

II sessenta dias, no caso de MPFD.

Art. 12. A prorrogação do prazo de que trata o art. 11 poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização, e de trinta dias, para procedimentos de diligência.

O início do procedimento fiscal foi por meio do MPF nº 10.1.07.002009001565, emitido em 09/03/2009, válido até 07/07/2009. Entretanto, houve prorrogação do MPF até 05/09/2009, 04/11/2009, 03/01/2010, 04/03/2010 e 03/05/2010.

Como se observa da legislação transcrita, a prorrogação do MPF pode ser feita quantas vezes forem necessárias, devendo, no entanto, ser observado o prazo de sessenta dias para cada prorrogação.

Ademais, o Mandado de Procedimento Fiscal será emitido exclusivamente de forma eletrônica bem como sua ciência se dará por meio da internet.

Desta forma, o fiscal autuante estava acobertado por Mandados de Procedimentos Fiscais válidos.

Perceba que a ciência do fiscalizado se deu através da Internet, através do código de acesso consignado no Termo de Início da Fiscalização. Tal código consta em destaque no Termo de Início de Ação Fiscal de fl. 04:

OBSERVAÇÕES
<p>Os esclarecimentos e a documentação solicitados deverão ser enviados para a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Novo Hamburgo, Rua Tamandaré, nº. 221 - Bairro Boa Vista, Novo Hamburgo (RS), CEP: 93.410-150, A/C AFRFB Arthur Felipe dos Santos Accorsi - Sefis.</p> <p>O não atendimento a esta intimação no prazo estabelecido ensejará a aplicação da multa prevista no art. 959 do Decreto nº. 3.000/99, sem prejuízo de outras sanções legais.</p> <p>A autenticidade do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) poderá ser verificada acessando a página da Receita Federal do Brasil na Internet (www.receita.fazenda.gov.br – Serviços – Fiscalização – MPF Procedimento Fiscal – Consulta MPF) e usando o código de acesso 28845283.</p> <p>Para informações adicionais e dúvidas, contatar telefone (51) 3594 0730 ou enviar mensagem eletrônica (e-mail) para arthur.accorsi@receita.fazenda.gov.br.</p> <p>E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em 03 (três) vias iguais, cuja ciência e entrega da cópia ao contribuinte dar-se-á pessoalmente.</p>
AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Assim, a não intimação do RECORRENTE acerca das prorrogações dos MPFs se deu por culpa exclusiva do mesmo, que não acompanhou através do portal eletrônico, como determina a legislação de regência. Deste modo, não merecem prosperar as alegações de nulidade da fiscalização.

MÉRITO

Fragilidade das provas e não apreciação das provas

No mérito, defende o RECORRENTE que a fiscalização não apreciou todas as petições de defesa e provas tempestivamente apresentadas, bem como alega que a fiscalização se baseou em provas frágeis.

Quanto ao primeiro argumento, apesar da alegação ser um tópico do mérito, em verdade o RECORRENTE questiona a nulidade da fiscalização, com base em suposto cerceamento de defesa. Pois bem, ele defende que a fiscalização não apreciou todas as provas da defesa e afirma comprovar tal alegação com o fato da fiscalização ter emitido RMFs a despeito do RECORRENTE já ter apresentado todos os documentos solicitados.

Acontece que este argumento de não apreciação das provas é frontalmente contrário às informações contidas no o Termo de Verificação Fiscal, fls. 685/698. Naquele documento, a fiscalização aponta todas as divergências existentes nas provas apresentadas pelo RECORRENTE, a conferir:

Na mesma oportunidade em que o fiscalizado tomou ciência do termo de início, foi lavrado o Termo de Comparecimento e de Declaração F351/09 (fl. 04), mediante o qual o contribuinte informou seu novo domicílio fiscal, tendo em vista que esta fiscalização não o encontrou no endereço até então constante no cadastro da Pessoa Física (Rua Caramuru, nº 388, nesta cidade). Efetuou-se, por conseguinte, a atualização de ofício do seu cadastro junto à RFB em 18/03/2009.

Após uma prorrogação de 30 dias, concedida em 07/04/2009, em 07/05/2009, o representante do fiscalizado (cfe. instrumento à fl. 07/08) atendeu parcialmente ao Termo de Início, aduzindo uma resposta formal e alguns documentos, às fls. 05/158, porém deixou de apresentar os extratos da CAIXA, do HSBC, do Banco do Brasil, da Diferencial Corretora, do Sudameris, bem como as notas de corretagem das operações realizadas em bolsa de valores por intermédio do BANIF - BANCO INTERNACIONAL DO FUNCHAL (BRASIL), S.A. (solicitados através do mencionado Termo de Início). Foram apresentados apenas parte dos elementos solicitados referentes às contas mantidas junto às Corretoras Bradesco e BANIF (fls. 43/156).

O fiscalizado também não identificou a posição acionária dos ativos custodiados (estoque inicial), a qual deveria constar do Resumo de Apuração de Ganho de Renda Variável (que também não foi preenchido), motivo pelo qual foram emitidas REQUISICÕES DE INFORMAÇÃO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA — RMF (às fls. 159/183), através das quais foram requisitados diretamente As Instituições Financeiras mencionadas os dados necessários para a continuidade da ação fiscal.

Percebe-se, portanto, que as RMFs foram expedidas em razão do atendimento parcial da exigência contida no termo de início de fiscalização. Isso porque o RECORRENTE não apresentou os extratos da CAIXA, do HSBC, do Banco do Brasil, da Diferencial Corretora, do Sudameris, bem como as todas as notas de corretagem das operações realizadas em bolsa de valores por intermédio do BANIF - BANCO INTERNACIONAL DO FUNCHAL (BRASIL), S.A.

Como poderia a fiscalização ter percebido a ausência destes documentos se não tivesse apreciado as provas apresentadas pelo RECORRENTE?

Assim, não merece prosperar a alegação de não apreciação dos documentos.

Quanto aos argumentos de fragilidade das provas que fundamentam a autuação, o RECORRENTE alega que a fiscalização não poderia ter considerado como omissão de rendimentos os valores recebidos da empresa CORTELETTI & SONS, do qual era sócio, cabendo ao fisco comprovar que os rendimentos recebidos eram tributáveis, e não de qualquer outra verba.

Entendo por discordar. A fiscalização comprovou, por meio da análise da movimentação financeira, que o RECORRENTE recebeu da empresa CORTELETTI & SONS valores incompatíveis com aqueles declarados.

Neste sentido, assim dispõe o art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

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.

Percebe-se, portanto, que a legislação prevê expressamente que os valores creditados em conta de depósito que não tenham sua origem comprovada caracterizam-se como omissão de rendimento para efeitos de tributação do imposto de renda. A presunção de omissão de receita estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza o lançamento quando a autoridade fiscal verificar a ocorrência do fato previsto.

Como cediço, esta presunção tem efeito de inversão do ônus da prova, cabendo ao contribuinte comprovar que se tratam de rendimentos isentos, não tributáveis ou já oferecidos à tributação.

In casu, apesar do lançamento não ter sido efetuado com base neste artigo, entendo que ele serve como norte interpretativo.

Isto porque a fiscalização, de início, teve como objetivo a investigação de depósitos de origem não comprovada (conforme TVF – fls. 687/689). Na ocasião, constatou a existência de depósitos recebidos da empresa CORTELETTI & SONS em montantes não declarados pelo RECORRENTE. Neste sentido, não mais caberia o lançamento com base unicamente no art. 42 da Lei nº 9.430/96 (ante a constatação da origem dos depósitos).

Constatado o recebimento de valores pelo contribuinte, é de rigor a investigação com a finalidade de verificar se os mesmos foram oferecidos à tributação.

Portanto, ao conhecer a origem, a fiscalização passou a questionar a natureza de tais depósitos (se se tratavam de rendimentos isentos, não tributáveis ou já oferecidos à tributação), conforme procedimento comum adotado para investigação de rendimentos recebidos de pessoas jurídicas.

Assim, tal qual com os depósitos sem origem comprovada, caberia ao RECORRENTE apresentar documentação hábil e idônea capaz de comprovar que o montante recebido tinha natureza de verba não tributável, isenta, ou já oferecida à tributação.

Percebe-se que o RECORRENTE sequer alega qual foi a natureza dos recebimentos, limitando-se a afirmar, genericamente, que poderiam ser reembolsos, verbas não tributáveis, etc.

Durante a fiscalização, houve a alegação (por parte da CORTELETTI & SONS) de que tais transferências representariam devoluções de créditos destinados a um possível aumento de capital não ocorrido. Contudo, não foi apresentada documentação comprobatória da alegação, assim como a empresa não comprovou que o RECORRENTE efetuou, em datas anteriores, a alegada transferência para futuro aumento de capital.

Portanto, entendo que não houve comprovação suficiente para afastar a tributação dos rendimentos recebidos não declarados.

Da compensação das perdas

Por fim, aduz o RECORRENTE que a fiscalização deveria ter compensado as perdas com os ganhos, para tributar apenas os ganhos líquidos auferidos no mercado de renda variável, com base no art. 760 do RIR/1999.

Acontece que tal determinação foi cumprida pela fiscalização, apenas não nos moldes pretendidos pelo RECORRENTE.

Como dito no relatório deste voto, a autoridade fiscalizadora compensou os resultados positivos auferidos com os prejuízos acumulados nos meses anteriores (fl. 692). Para perceber que os prejuízos foram efetivamente compensados, basta analisar a tabela dos resultados mensais apurado (fl. 692) com o auto de infração.

	Operações Comuns	Operações Day-Trade
Fev/06	-7.482,74	10.180,53
Mar/06	10.956,16	7.112,27
Abr/06	19.488,22	19.580,40
Mai/06	-33.207,10	21.633,62
Jun/06	-43.173,65	27.741,78
Jul/06	-121.544,23	10.061,75
Ago/06	23.282,73	7.488,35
Set/06	-122.382,56	34.495,76
Out/06	64.136,18	229,31
Nov/06	-792.290,97	11.132,86

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto	Multa(%)
31/03/2006	R\$ 3.473,42	75,00
30/04/2006	R\$ 19.488,22	75,00

ENCERRAMENTO FISCAL

Tomando como exemplo os ganhos líquidos do mercado de renda variável das operações comuns, percebe-se que apenas houve tributação de R\$ 3.473,42 em março/2006, equivalente ao resultado de R\$ 10.956,16 auferido naquele mês subtraído do prejuízo de R\$ 7.482,74 do mês de fevereiro/2006.

Infere-se, portanto, que o RECORRENTE questiona a possibilidade de compensação dos prejuízos auferidos nos meses posteriores ao da tributação.

Acontece que a compensação de prejuízos apurados nos meses seguintes, contraria frontalmente texto exposto de lei. Com efeito, de acordo com o art. 72, da Lei nº 8.981, de 1995:

Art. 72. Os ganhos líquidos auferidos, a partir de 1º de janeiro de 1995, por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, serão tributados pelo Imposto de Renda na forma da Legislação vigente, com as alterações introduzidas por esta lei

. § 1º A alíquota do imposto será de dez por cento, aplicável sobre os ganhos líquidos apurados mensalmente.

§ 2º Os custos de aquisição dos ativos objeto das operações de que trata este artigo serão:

- a) considerados pela média ponderada dos custos unitários;*
- b) convertidos em Real pelo valor de R\$ 0,6767, no caso de ativos existentes em 31 de dezembro de 1994, expressos em quantidade de Ufir*

. § 3º O disposto neste artigo aplica-se também:

- a) aos ganhos líquidos auferidos por qualquer beneficiário, na alienação de ouro, ativo financeiro, fora de bolsa;*
- b) aos ganhos líquidos auferidos pelas pessoas jurídicas na alienação de participações societárias, fora de bolsa*

. § 4º As perdas apuradas nas operações de que trata este artigo poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos nos meses subsequentes, em operações da mesma natureza.

(...)

§ 7º O disposto nos §§ 4º e 5º aplica-se, inclusive, às perdas existentes em 31 de dezembro de 1994

. § 8º Ficam isentos do Imposto de Renda os ganhos líquidos auferidos por pessoa física em operações no mercado à vista de ações nas bolsas de valores e em operações com ouro, ativo financeiro, cujo valor das alienações realizadas em cada mês seja igual ou inferior a 5.000,00 Ufirs, para o conjunto de ações e para o ouro, ativo financeiro, respectivamente.(Grifou-se)

O texto legal permite inferir que a apuração do ganho/perda será feita mensalmente (§ 1º) e que as perdas apuradas poderão ser compensadas com ganhos líquidos auferidos nos meses subsequentes (§ 4º).

Assim, não existe respaldo legal para compensação das perdas apuradas nos meses posteriores ao ganho, razão pela qual não merece prosperar o argumento do RECORRENTE.

CONCLUSÃO

Isto posto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos do voto em epígrafe.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim – Relator