



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13116.720338/2013-59
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-010.204 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de agosto de 2023
Recorrente ADRIANO APRÍGIO DE SOUZA E OUTRO
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2009, 2010

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE - SÚMULA CARF 02

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade/ilegalidade de lei vigente.

O CARF falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de ilegalidade de ato normativo vigente, uma vez que sua competência resta adstrita a verificar se o fisco utilizou os instrumentos legais de que dispunha para efetuar o lançamento. Nesse sentido, art. 62, do Regimento Interno do CARF, e o art. 26-A, do Decreto 70.235/72. Isso porque o controle efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente. Nesse sentido, compete ao Julgador Administrativo apenas verificar se o ato administrativo de lançamento atendeu aos requisitos de validade e observou corretamente os elementos da competência, finalidade, forma e fundamentos de fato e de direito que lhe dão suporte, não havendo permissão para declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos.

REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Com o julgamento definitivo do RE 601.314 pelo STF, em 24/02/2016, com repercussão geral reconhecida, foi fixado o entendimento acerca da constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, bem como sua aplicação retroativa, não havendo que se falar em obtenção de prova ilícita na Requisição de Movimentação Financeira às instituições de crédito.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Veze que todos os atos que ampararam a ação fiscal ocorreram em conformidade com as disposições normativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e tendo a ação fiscal sido conduzida por servidor competente, em obediência aos requisitos do Decreto nº 70.235/1972, e inexistindo prejuízo à defesa, não se há de falar em nulidade do auto de infração.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. REDUÇÃO AO PISO LEGAL.

Não demonstrados nos autos que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses tipificadas nos art. 71, 72, 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, não se justifica-se a imposição da multa qualificada de 150%.

A omissão de rendimentos e a contabilização incorreta, por si só, não se mostra suficiente para comprovar a fraude e a simulação dolosas praticadas, ou mesmo o intento à sonegação, suficientes à qualificadora da multa. Aplicação da Súmula CARF n.º 14.

EMPRÉSTIMOS/MÚTUOS COM TERCEIROS.

Para comprovar o recebimento de empréstimos realizados com terceiros, pessoa física ou jurídica, além de estarem consignados nas declarações de imposto de renda do mutuante e do mutuário, devem estar comprovados, por meio de documentação hábil e idônea, a sua contratação, a efetiva transferência de numerário do credor para o tomador, coincidente em datas e valores, e a quitação pelo devedor da dívida contraída.

Para serem oponíveis a terceiros, mormente quando este terceiro é a Fazenda Pública e a finalidade é a comprovação de operação sobre a qual não incide tributos, os contratos de empréstimos devem ser registrados. É o que dispõe o art. 221 do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002):

A informalidade dos negócios entre as partes não pode eximir o contribuinte de apresentar prova da efetividade das transações. A informalidade diz respeito apenas a garantias mútuas que deixam de ser exigidas em razão da confiança entre as partes - entre familiares, por exemplo, mas não se pode querer aplicar a mesma informalidade ou vínculo de confiança na relação do contribuinte com a Fazenda Pública. A relação entre Fisco e contribuinte é de outra natureza: é formal e vinculada à lei, sendo a lei firme ao exigir, no caso dos depósitos bancários, que a comprovação seja feita por meio de “documentação hábil e idônea”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, exceto quanto à matéria relativa à inconstitucionalidade, e, na parte conhecida, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso para afastar a qualificadora da multa, reduzindo-a a 75%, vencidos os Conselheiros Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Christiano Rocha Pinheiro e Gleison Pimenta Sousa que negavam provimento ao recurso. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Leonam Rocha de Medeiros e Eduardo Augusto Marcondes de Freitas

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly – Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros:, Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Leonam Rocha de Medeiros, Christiano Rocha Pinheiro, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas, Gleison Pimenta Sousa e Sonia de Queiroz Accioly (Presidente).

Fl. 3 do Acórdão n.º 2202-010.204 - 2ª Sejul/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 13116.720338/2013-59

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 645 e ss) interposto em face da R. Acórdão proferido pela 7ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I (fls. 608 e ss) que julgou improcedente a impugnação à constituição de crédito tributário, em razão da omissão de rendimentos tendo em vista a variação patrimonial a descoberto, nos anos-calendário de 2009 e 2010.

Segundo o Acórdão recorrido:

O presente processo trata de exigência constante de Auto de Infração relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física dos Exercício de 2010 e 2011, anos-calendário de 2009 e 2010, no qual se apurou crédito tributário no valor total de R\$ 2.451.573,56 (dois milhões, quatrocentos e cinquenta e um mil, quinhentos e setenta e três reais e cinquenta e seis centavos), assim composto:

(...)

A descrição e o enquadramento legal da infração, da multa de ofício qualificada e dos juros de mora, bem como os demonstrativos de apuração do Imposto de Renda Pessoa Física constam do Auto de Infração, às fls. 472/484 e 503/504, observado, ainda, o Termo de Verificação Fiscal de fls. 485/498, com Fluxo Financeiro / Demonstrativo de Variação Patrimonial às fls. 499/502.

No presente caso, após traçar um resumo do procedimento fiscal e transcrever a legislação e as jurisprudência/decisões administrativas de amparo ao Auto de Infração, a autoridade autuante, no Termo de Verificação Fiscal de fls. 485/498, mais especificamente no item V - “Análise dos Fatos”, às fls. 492/497 -, narra que, depois de examinar a documentação apresentada pelo contribuinte em resposta ao Termo de Constatação e de Intimação Fiscal nº 593 (fls. 418/419), o interessado só obteve êxito em comprovar o recebimento de R\$ 330.000,00 a título de distribuição de lucro, ressaltando, entretanto, que tal valor não foi suficiente para que o contribuinte tivesse suporte financeiro para formar R\$ 327.000,00 de saldo em espécie no ano-calendário de 2008.

Nesse sentido, a fiscalização demonstra, com transcrição do informado na Declaração de Ajuste Anual – DAA/2009, que o contribuinte desembolsou R\$ 1.186.569,87 para aumento de seu patrimônio, enquanto a receita declarada, com transcrição de tabela especificando a renda auferida no ano-base de 2008, totalizou R\$ 1.204.084,29, sendo frisado que, apesar de o contribuinte declarar o recebimento de R\$ 582.900,24 a título de distribuição de lucros da empresa Vitapan, só comprovou R\$ 330.000,00.

Assim sendo, a fiscalização concluiu pela impossibilidade de o contribuinte conseguir formar uma reserva em espécie no ano-calendário de 2008, sem contar com outros gastos que são inerentes ao dia a dia, tais como cartão de crédito, energia elétrica, água, combustível e etc, de forma que a fiscalização não incluiu o valor em espécie de R\$ 327.000,00 no fluxo financeiro para apuração da Variação Patrimonial a Descoberto para o ano-calendário subsequente, de 2009, por falta de comprovação.

Ainda, é destacado no Termo de Verificação Fiscal que a operação de redução de participação na empresa Vitapan tratou-se de mera operação contábil, ou seja, sem disponibilização financeira, tendo em vista que houve a troca de uma possível dívida por participação na empresa.

A fiscalização também salienta que em relação à comprovação do efetivo recebimento dos empréstimos declarados nos anos-calendário de 2009 e 2010 em suas Declarações

de Ajuste Anual - DAA, não obstante ter o contribuinte solicitado prazo de mais de trinta dias para a comprovação de alguns empréstimos, até o momento da lavratura do Termo de Verificação Fiscal não apresentou fatos novos que corroborassem suas alegações, frisando a autoridade fiscal que os extratos bancários foram colocados à disposição do interessado, sendo que o mesmo não os solicitou.

Inclusive, ressalta a autoridade fiscal que numa mera análise das DAA do dr. Roldão Aprígio de Souza (CPF 020.181.521-49), que teria realizado empréstimos ao contribuinte, constata-se que o mesmo não possuía renda declarada para suportar tais operações, seguindo no mesmo sentido o exame dos valores dos créditos bancários do sr. Roldão, conforme Declaração de Informação de Movimentação Financeira apresentada pelas instituições à Receita Federal do Brasil no ano-base de 2010, onde os valores movimentados pelo sr. Roldão são bem aquém dos empréstimos que o mesmo teria cedido ao contribuinte, que vem a ser seu filho.

Por fim, a fiscalização destaca que também as DAA do contribuinte Carlos Augusto de Almeida Ramos (CPF 284.844.521.15), bem como sua movimentação financeira, nem de perto daria suporte à realização de empréstimos de tal monta.

Ainda, a autoridade fiscal aponta a sra. Suzany Lopes Aprígio, esposa do contribuinte, como responsável solidária juntamente com seu marido, com fulcro no art. 124 do Código Tributário Nacional – CTN, tendo sido lavrado o correspondente Termo de Sujeição Passiva Solidária (fls. 505/506). No referido Termo, é informado que o contribuinte é casado com a responsável solidária no regime de comunhão parcial de bens e ambos apresentaram DAA em separado, sendo que o acréscimo patrimonial de um cônjuge beneficia o outro, sendo natural que ambos usufruam tais benefícios.

Assim sendo, procedeu-se à lavratura do Auto de Infração, fundado em Acréscimo Patrimonial a Descoberto – Omissão de Rendimentos Tendo em Vista a Variação Patrimonial a Descoberto, com consequente imposto suplementar de R\$ 894.138,31, observados os Demonstrativos de Apuração de fls. 477/480, os Demonstrativos de Apuração Detalhados e de Multa e Juros de Mora (fls. 481/483 e 484, respectivamente) e o Termo de Verificação Fiscal de fls. 485/498, com Fluxo Financeiro / Demonstrativo de Variação Patrimonial às fls. 499/502.

Da Multa Qualificada e da Representação Fiscal Para Fins Penais

No que tange à multa qualificada de 150%, a fiscalização expõe que o contribuinte vem reiteradamente inserindo em sua Declaração de Ajuste Anual – DAA a existência de empréstimos que não existiram efetivamente, com o objetivo de impedir o conhecimento da ocorrência do fato gerador, com o único intuito de sonegar os tributos devidos, configurando-se indício de crime contra a ordem tributária.

Nesse sentido, e pelas razões descritas, foi aplicada a multa de ofício qualificada de 150% sobre o valor do imposto apurado (ver fl. 484), tendo a autoridade fiscal formalizado Representação Fiscal para Fins Penais (ver processo apensado, de nº 13116.720583/2013- 66, com Termo de Apensação à fl. 543).

Cientificados o contribuinte e sua esposa, na qualidade de responsável solidária, em 26/03/2013 (AR às fls. 539/542), ingressaram ambos, por seu procurador (fls. 401/403), em 24/04/2013, com sua impugnação (fls. 551/581), e respectiva documentação. Em síntese:

- faz um resumo do narrado no relatório fiscal;
- em preliminar, alega nulidade do lançamento, por violar a reserva constitucional de jurisdição para o afastamento do sigilo bancário do contribuinte, com transcrição de trecho constante do relatório fiscal;

- destaca que a autoridade fiscal entende que a omissão ocorreu por falta de congruência entre os valores aferidos nos referidos depósitos e o recolhimento de débitos tributários no período correspondente, não tendo a obtenção dos dados referentes aos depósitos ocorrido por ato de entrega das informações pelo contribuinte, tendo se dado por ato forte da autoridade fazendária;
- alega que apenas o magistrado pode afastar o sigilo bancário, com transcrição das palavras dos ministros Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do RE 601.341, em 15 de outubro de 2009, ressaltando que o caso concreto não se trata de inquérito policial ou mesmo ação penal, mas apenas procedimento administrativo de lançamento tributário;
- faz referência, para amparar seus argumentos, ao artigo 5º, X, da Constituição Federal do Brasil, e a ensinamento de Roque Antônio Carrazza;
- salienta que, recentemente, em acórdão publicado em 11 de maio de 2011, ou seja, ainda no curso da autuação fiscal, o STF, corte guardião da Constituição, disse ser inconstitucional a quebra de sigilo bancário, por parte da autoridade fazendária, sem a determinação judicial, com transcrição da ementa do referido julgado;
- quanto às razões de direito, transcreve o art. 148 do Código Tributário Nacional - CTN e conclui que, diante de atos jurídicos do contribuinte, cujos documentos probatórios não mereçam – a sentir da autoridade fiscal – fé, deverá esta instaurar processo regular, arbitrando o valor ou o preço devido, ressaltando que o processo regular não seria o lançamento fiscal;
- defende que para bem obedecer ao art. 148 do CTN, deveria a autoridade fazendária instaurar processo diverso, para atestar a invalidez dos documentos que lhes foram apresentados e só assim, ao cabo do referido processo, realizar o lançamento fiscal;
- argumenta que nada exime o nascimento do devido processo regular para se afastar a idoneidade dos documentos prestados ou para suprir a omissão da apresentação, com transcrição de ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça - STJ;
- entende que no caso dos autos houve a desconsideração de inúmeros documentos, representativos de atos jurídicos, sem que, para tanto ou previamente, fossem instaurados os processos administrativo-fiscais, com o referido escopo;
- com referência ao contrato de mútuo devidamente assinado e com firma reconhecida à época, alega que a fiscalização não considerou, nas planilhas de fluxos financeiros mensais, vários recursos e origens do impugnante, os quais, se inseridos nas planilhas, como deveriam ser, cancelam os alegados acréscimos a descoberto;
- defende que devem ser incluídos na planilha de fluxo financeiro os valores recebidos através de empréstimos concedidos, com transcrição do artigo 585 do Código de Processo Civil – CPC, cujas exigências teriam sido atendidas pelos contratos de empréstimos (mútuos) apresentados à fiscalização (fls. 272/277 e 335/342), tornando-os título executivo, o mesmo em relação à nota promissória de fl. 352;
- afirma que os empréstimos foram devidamente declarados pelas partes, tanto pelo mutuário, ora peticionário, como pelo mutuante, o que reforçaria a existência dos mesmos;
- conclui que a desconsideração dos referidos documentos se deu à margem do art. 148 do CTN, o que ensejaria a nulidade do lançamento;
- quanto à desconsideração do saldo em espécie no ano-calendário de 2008, transcreve trecho da autuação e faz menção a Informes de Rendimentos em anexo à peça de defesa, inclusive o da empresa Vitapan Indústria Farmacêutica Ltda., em que é informado e

devidamente declarado o valor de R\$ 582.900,22, sendo que tal distribuição constaria dos autos, às fls. 424 a 433, informado no Razão da referida empresa, além de tudo ter sido declarado e comprovado nas próprias Declarações de Imposto de Renda do autuado, com menção a recibos devidamente assinados;

- afirma que no mesmo ano de 2008 houve a cessão de cotas da empresa Vitaplan Indústria Farmacêutica Ltda., e alega que não houve transação bancária, mas sim a devolução de notas promissórias garantidoras do direito e que foram prontamente resgatadas/inutilizadas pelo devedor, bem como um pagamento adicional de R\$ 460.000,00, que foi feito em espécie, finalizando a transação, destacando que todas estas operações teriam sido devidamente documentadas e declaradas pelo contribuinte e também pelo contribuinte outro antes mencionado, ressaltando que haveria microfilmagens se houvesse a utilização de instituição bancária, o que de fato não houve, com menção a recibo em anexo;

- informa que foi efetuado empréstimo junto ao Banco do Brasil no valor de R\$ 60.653,04, em 31.12.2008, sem contar os recebimentos obtidos no ano de 2008, tais como recebimento pela venda de imóvel, redução do saldo em conta bancária, cessão de cotas, devolução de adiantamento para aumento de capital, que estaria demonstrado na DIRPF do autuado;

- conclui que a desconsideração dos referidos documentos se deu à margem do art. 148 do CTN, o que ensejaria a nulidade do lançamento;

- na parte atinente à majoração da multa para 150%, transcreve os artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, e afirma que o que caracteriza a fraude do ponto de vista fiscal é o dolo, discorrendo sobre os dolos civil e penal, institutos que não se confundem e nem se complementam, sendo a fraude e o dolo civil duas espécies distintas do gênero defeitos dos negócios jurídicos, com alusão ao artigo 138 do Código Civil;

- conclui que o dolo presente na definição de fraude é aquele definido pelo direito penal, e necessariamente a fraude fiscal é aquela caracterizada pela prática de uma ação ou omissão intencionalmente criminosa, tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do tributo, com identificação de exemplos na peça de defesa;

- defende que a conduta do contribuinte, no caso da autuação, não almejou o impedimento da ocorrência do fato gerador (por exemplo, falsificar o valor dos cheques ou dos aditivos dos contratos de factoring), sendo a acusação que lhe é feita é a de omitir dados da movimentação financeira, que pode ser aferida mediante programa da Receita Federal;

- transcreve ementa e trecho de julgado do antigo Conselho de Contribuintes, bem como ensinamento de Alberto Xavier, para amparar a sua tese;

- argumenta que não se pode falar em fraude à lei sem que exista dolo e não se pode falar em dolo onde não ocorra uma especial direção subjetiva da consciência e vontade do agente, que possa caracterizar-se como “intenção fraudulenta”; não se pode, por sua vez, se falar em “intenção fraudulenta” toda vez em que a autoridade fazendária tiver a possibilidade de rever as declarações prestadas pelo contribuinte, pois, assim, seria impossível a consumação da suposta conduta, ante a eterna vigilância desta autoridade;

- depois da transcrição do trecho do Acórdão 201-73945, conclui que o contribuinte não agiu com o intuito de impedir, retardar, excluir ou modificar as características essenciais do tributo, tendo ocorrido a desconsideração dos empréstimos tomados pela autuada, por entender a fiscalização que não restou comprovada a transferência bancária, sendo que, acaso fossem considerados, inexistiria a suposta omissão da receita;

- ressalta que todas as apurações foram devidamente declaradas na DIRPF do autuado, salientando que o caso de a declaração de rendimentos não conter nenhum valor não

impede a autoridade fazendária de a obter por outros meios, o que, por si só, descaracterizaria o conceito de fraude, evitando a majoração da multa, da forma como foi realizada pela autoridade fazendária;

- na hipótese de se manter a autuação, defende que a multa aplicada (150%) é inconstitucional, pois se afigura confiscatória, com transcrição de ementa de julgado do STF e trechos do voto do relator, extraída do acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551;

- por fim, pede-se o cancelamento do Auto de Infração.

O Colegiado de 1ª instância proferiu decisão, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2010, 2011

Ementa:

PROCEDIMENTO FISCAL.

A autoridade autuante procedeu de acordo com a legislação de regência da matéria, possibilitando ao interessado, por meio de intimações, manifestar-se no curso da ação fiscal para fins de acolhimento de suas alegações, não havendo que se falar em irregularidade no procedimento administrativo que implique nulidade.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. ILEGALIDADE INEXISTENTE.

Não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal, tendo em vista que é lícito à autoridade fiscal, especialmente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO.

Constitui rendimento tributável, na Declaração de Ajuste Anual, o valor correspondente ao acréscimo patrimonial não justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis, isentos, tributados exclusivamente na fonte ou de tributação definitiva. Somente a apresentação de provas inequívocas é capaz de elidir uma presunção legal de omissão de rendimentos invocada pela autoridade lançadora.

ÔNUS DA PROVA.

Por força de presunção legal, cabe ao contribuinte o ônus de provar as origens dos recursos que justifiquem o acréscimo patrimonial.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. SALDO EM ESPÉCIE DO ANO ANTERIOR. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

Na apuração de variação patrimonial a descoberto, a alegação de saldo em dinheiro decorrente do ano anterior só pode ser aceita se houver informação na Declaração de Ajuste Anual do contribuinte e se houver comprovação da existência do valor declarado.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. EMPRÉSTIMOS. COMPROVAÇÃO.

A alegação de recebimento de recursos provenientes de empréstimos realizados com terceiros deve vir acompanhada de provas inequívocas da efetiva transferência dos numerários emprestados, não bastando a simples apresentação de contratos de mútuo / recibos.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. LUCROS DISTRIBUÍDOS. COMPROVAÇÃO.

Para fins de justificar acréscimo patrimonial, a informação de lucros distribuídos na Declaração de Ajuste Anual de que decorra saldo de caixa em exercício subsequente deve ser comprovada por meio de escrituração contábil demonstrando a apuração do resultado e a efetiva transferência do valor distribuído.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Por expressa determinação legal, a multa de ofício de 75% é aplicável em casos de omissão de rendimentos, devendo a multa ser qualificada quando constatado que o contribuinte agiu com intuito doloso de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência de fato gerador do IRPF.

LEGALIDADE/CONSTITUCIONALIDADE.

Não cabe a órgão administrativo apreciar arguição de legalidade ou constitucionalidade de leis ou atos normativos, prerrogativa esta reservada ao Poder Judiciário, sendo a autoridade fiscal mera executora de leis e a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas, mesmo as proferidas por Conselhos de Contribuintes / Câmara Superior de Recursos Fiscais, e as decisões judiciais, excetuando-se as proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificados da decisão de 1ª Instância, aos 23/12/2013 (fls. 643 e 644), o contribuinte e o responsável solidário apresentaram recurso voluntário em 21/01/2014 (fls. 645 e ss), alegando, em breve síntese:

- 1 – nulidade do lançamento, face à quebra do sigilo bancário;
- 2 – nulidade do lançamento por ofensa ao art. 148, do CTN;
- 3 – nulidade do lançamento, decorrente da desconsideração do contrato de mútuo apresentado e do saldo em espécie no ano-calendário de 2008, de forma arbitrária;
- 4 – ilegalidade da majoração da multa pela inexistência de dolo ou fraude;
- 5 – inconstitucionalidade da multa, por confiscatória.

Esse, em síntese, o relatório.

Fl. 9 do Acórdão n.º 2202-010.204 - 2ª Sejul/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 13116.720338/2013-59

Voto

Conselheira Sonia de Queiroz Accioly, Relatora.

Sendo tempestivo, conheço parcialmente do recurso e passo ao seu exame.

Cumprе ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, sendo vedado ainda ao órgão julgador administrativo negar a vigência a normas jurídicas por motivo de alegada ilegalidade de lei, salvo nos casos previstos no art. 103-A da CF/88 e no art. 62 do Regimento Interno do CARF, consoante Súmula CARF n.º 2:

Súmula CARF n.º 2:

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

Isso porque o controle de legalidade efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente.

Também ressalta-se que este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de ilegalidade de ato normativo vigente, uma vez que sua competência resta adstrita a verificar se o fisco utilizou os instrumentos legais de que dispunha para efetuar o lançamento.

Nesse sentido, art. 62, do Regimento Interno do CARF, e o art. 26-A, do Decreto 70.235/72. Isso porque o controle efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente. Nesse sentido, compete ao Julgador Administrativo apenas verificar se o ato administrativo de lançamento atendeu aos requisitos de validade e observou corretamente os elementos da competência, finalidade, forma e fundamentos de fato e de direito que lhe dão suporte, não havendo permissão para declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos.

Assim, não cabe conhecer da insurgência apresentada no Recurso relativa à inconstitucionalidade da multa, por confiscatória.

Das Nulidades

O Impugnante alega existência de vícios que levam a nulidade do lançamento.

Antes de examinar as teses trazidas pela defesa, impõe-se destacar o artigo 142 do Código Tributário Nacional e os artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/72, que estabelecem os requisitos de validade do lançamento, além daqueles previstos para os atos administrativos em geral:

Código Tributário Nacional

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 do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Decreto 70.235/72

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. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.

Também importa ressaltar os casos que acarretam a nulidade do lançamento, previstos no art. 59, do Decreto nº 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal:

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 conseqüência.

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

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Da leitura dos dispositivos legais transcritos, depreende-se que ensejam a nulidade do lançamento os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Analisando o tema nulidades, a Professora Ada Pellegrini Grinover (As Nulidades do Processo Penal, 6º ed., RT, São Paulo, 1997, pp.26/27) afirma que o “*princípio do prejuízo constitui, seguramente, a viga mestra do sistema de nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para correta aplicação do direito*”.

No mesmo sentido, Marcos Vinícius Neder e Maria Teresa M. Lopez (Processo Administrativo Federal Comentado, Dialética, São Paulo, 2002, pp. 413, 426) afirmam que “*é inútil, do ponto de vista prático, anular-se ou decretar a nulidade de um ato, não tendo havido prejuízo da parte*”. E, ao examinar este dispositivo do Decreto 70.235/72, continuam:

“É preciso (...) examinar, no caso concreto, se o vício defensivo prejudica a ampla defesa como um todo, ou não. Para Ada Pellegrini Grinover (na obra citada), “há nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova de prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver esta consequência”. Neste caso, o vício pode ser sanado. Segundo a autora, “o vício ou inexistência do ato defensivo pode não levar, como consequência necessária, à vulneração do direito de defesa, em sua inteireza, dependendo a declaração de nulidade da demonstração do prejuízo à atividade defensiva como um todo.”(p 425).

Da fase oficiosa do Procedimento Fiscal.

É de se observar que o procedimento fiscal é uma fase oficiosa em que a fiscalização atua com poderes amplos de investigação, tendo liberdade para interpretar os elementos de que dispõe para efetuar o lançamento. Nessa fase, o Fisco submete-se à regra geral do ônus da prova prevista no Processo Civil – que serve como fonte subsidiária ao processo administrativo fiscal. Como, ainda, não há processo instaurado, mas tão-somente procedimento, não cabe falar em direito de defesa.

Antes da impugnação não há litígio, não há contraditório ou direito à ampla defesa e o procedimento é levado a efeito, de ofício, pelo Fisco.

O ato do lançamento é privativo da autoridade, e não uma atividade compartilhada com o sujeito passivo (CTN, art.142).

Nesse sentido, a Autoridade Fiscal pode valer-se de algumas peças processuais e sobrepô-las, sem que com isso advenha qualquer irregularidade, arbitrariedade ou nulidade ao feito.

Soma-se a isso, o entendimento sumulado do CARF:

Súmula CARF nº 46:

O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

A Decisão de Piso bem considerou que:

No presente caso, o contribuinte, no curso da ação fiscal, foi devidamente intimado a apresentar documentos e esclarecimentos para fins de justificar os valores informados nas Declarações de Ajuste Anual – DAA objetos de fiscalização, como se observa do Termo de Início de Procedimento Fiscal (fls. 22/23), documento este que retornou com o anotação de “recusado”, como se observa às fls. 24/29 dos autos, o que, inclusive, motivou a Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (fls. 30/32), necessária para fins de continuidade ao procedimento fiscal, como já exposto.

Em prosseguimento, e já com a devida ciência do contribuinte, foram expedidos o Termo de Intimação Fiscal n.º 0488 (fls. 102/103), o Termo de Constatação Fiscal n.º 0555 (fl. 370) e o Termo de Constatação e Intimação Fiscal n.º 0578 (fls. 373/374), este último com constatação / justificativa atinente à documentação trazida aos autos pelo fiscalizado e acompanhado de Demonstrativo de Variação Patrimonial / Fluxo de Caixa Financeiro (fls. 375/396), contendo os acréscimos patrimoniais a descoberto mensais, atinentes aos anos calendário de 2009 e 2010.

Em decorrência dos documentos / esclarecimentos apresentados pelo contribuinte (fls. 399/417) foi lavrado novo Termo de Constatação e Intimação Fiscal, de n.º 0593 (fls. 418/419), no qual a fiscalização deu prosseguimento ao seu trabalho, solicitando ao interessado a comprovação de suas alegações, em especial quanto ao efetivo recebimento dos valores declarados a título de distribuição de lucros no exercício de 2009, ano-calendário de 2008 da empresa Vitapan, por meio de cópias de cheque nominal, transferência bancária, etc., bem como quanto à origem do valor de R\$ 327.000,00 em espécie.

Depois de nova resposta e da documentação juntada (fls. 422/433), foi lavrado o Termo de Diligência Fiscal n.º 021 para a esposa do interessado, Suzany Lopes Aprígio (fls. 437/438), com Demonstrativo de Variação Patrimonial às fls. 439/460, tendo sido o esclarecimentos prestados por esta última por meio do documento de fl. 463.

Portanto, o procedimento administrativo fiscal seguiu os trâmites previstos na legislação de regência da matéria, inclusive com as devidas justificativas para a rejeição de documentos apresentados.

Assim, não há que se falar, no caso, em instauração de processo regular para fins de arbitramento (art. 148 do CTN), por não se aplicar tal procedimento ao caso concreto, já que não se trata de estipular preço para bem, serviço ou ato jurídico.

Correta a Decisão de Piso, acolhidos seus fundamentos como razão de decidir.

De fato, não se trata de aplicação do regramento inserto no art. 148, do CTN, na medida em que não se está diante de procedimento relativo a arbitramento de valores ou preços, e sim em processo administrativo fiscal decorrente da constatação de omissão de rendimentos por acréscimo patrimonial a descoberto.

Afastada a alegação de arbitrariedade, e observando que as demais afirmações de desconsideração documental guardam relação com o mérito do recurso, resta afastada a alegação de nulidade.

Multa qualificada

O Recorrente alega a ilegalidade da multa e nulidade da autuação por falta de comprovação de dolo ou fraude.

Extrai-se do TVF, aplicação da qualificada, com aplicação do art. 44, §1ª, da Lei 9430/96, sob o argumento de comportamento reiterado, com intuito de sonegar tributos (fls. 497).

De fato, a questão não diz respeito à matéria de nulidade, mas ao mérito da qualificação da multa.

A respeito da alegação, o Colegiado de piso considerou que:

O impugnante pretende o afastamento da multa de ofício qualificada, alegando que sua conduta não almejou o impedimento da ocorrência do fato gerador, sendo a acusação que lhe foi feita, que teria sido a de omitir dados da movimentação financeira, poderia ser aferida mediante programa da Receita Federal. Argumenta que não se pode falar em “intenção fraudulenta” toda vez em que a autoridade fazendária tiver a possibilidade de rever as declarações prestadas pelo contribuinte, pois, assim, seria impossível a consumação da suposta conduta, ante a eterna vigilância desta autoridade, ressaltando que as apurações foram devidamente declaradas nas suas DIRPF. Defende que não agiu com o intuito de impedir, retardar, excluir ou modificar as características essenciais do tributo, tendo ocorrido a desconsideração dos empréstimos tomados, por entender a fiscalização que não restou comprovada a transferência bancária, sendo que, acaso fossem considerados, inexistiria a suposta omissão da receita. Transcreve ementa e trecho de julgado do antigo Conselho de Contribuintes, bem como ensinamento de Alberto Xavier, para amparar a sua tese.

Não há como acolher a sua pretensão.

Pois bem. A multa de ofício, afeiçoada ao Direito Penal, destina-se a punir o infrator da legislação tributária que teve sua(s) irregularidade(s) apuradas em procedimento fiscalizatório conduzido pela autoridade tributária; ou seja, a penalidade recai, apenas, sobre aqueles contribuintes que não cumpriram, espontaneamente, suas obrigações fiscais.

Assim, uma vez instaurado o procedimento de ofício e constatada infração à legislação tributária, o crédito tributário apurado pela autoridade fiscal somente pode ser satisfeito com os encargos do lançamento de ofício (multa de 75%). No caso da infração inserir-se nas hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, o percentual da multa será duplicado. Nesse sentido, cabe transcrever o inciso I, do artigo 44, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, bem como o parágrafo 1º do mesmo artigo:

(...)

O enquadramento acima consta do Demonstrativo de Multa e Juros de Mora (fl. 484), parte integrante do Auto de Infração.

No que tange ao conceito de sonegação, fraude ou conluio, cuja caracterização pressupõe a constatação do dolo, assim dispõem os referidos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64:

(...)

Há que se destacar que os conceitos previstos nos artigos acima transcritos não tratam apenas de atos comissivos; incluem também procedimentos tendentes a impedir ou a retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal ou a reduzir o montante do imposto devido de modo a evitar ou diferir o seu pagamento.

Com efeito, o conceito de dolo, estampado no inciso I do art. 18 do Decreto-lei 2.848/40 - Código Penal, dispõe ser o crime doloso aquele em que o agente quis o resultado ou

assumiu o risco de produzi-lo. A doutrina afirma, ainda, que o dolo é composto de dois elementos: o cognitivo, que é o conhecimento do agente do ato ilícito; e o volitivo, que é a vontade de atingir determinado resultado ou em assumir o risco de produzi-lo.

A aplicação da multa de ofício duplicada foi devidamente motivada no Termo de Verificação Fiscal, à fl. 497, em que a fiscalização expôs que o contribuinte vem reiteradamente inserindo em sua Declaração de Ajuste Anual – DAA a existência de empréstimos que não existiram efetivamente, com o objetivo de impedir o conhecimento da ocorrência do fato gerador, com o único intuito de sonegar os tributos devidos, configurando-se indício de crime contra a ordem tributária, disto decorrendo a formalização de Representação Fiscal para Fins Penais (processo apensado, de nº 13116.720583/2013-66, com Termo de Apensação à fl. 543).

No caso, não se pode imputar à conduta do contribuinte a mera consequência de “declaração inexata”. A simples ausência de comprovação de um empréstimo, dentro de certos casos, e observado o valor envolvido, pode não ser, de fato, elemento suficiente a duplicar a penalidade ora tratada. Entretanto, esta não é a situação que se observa dos autos, em que devem ser feitos os devidos destaques:

1) A informação de empréstimos na Declaração de Ajuste Anual – DAA trata-se de prática reiterada adotada pelo contribuinte, envolvendo familiares / afins;

2) os alegados negócios envolvem sempre quantias significativas, cujo repasse se dá em espécie, ou seja, sempre à margem do sistema bancário nacional, sem uma comprovação efetiva da movimentação de tais valores, conduta que, embora possível, causa estranheza, diante dos montantes envolvidos, sabendo-se que, inclusive, por questões de segurança e comodidade, deduzidos a partir da ordinária experiência, seria razoável que tais operações fossem efetivadas por meio de cheques ou transferência bancária, o que não restou em momento algum comprovado, indicando que estamos diante de operações simuladas;

3) consoante destacado pela autoridade fiscal, os valores informados nas Declarações de Ajuste Anual - DAA dos alegados mutuantes, senhores Roldão Aprígio de Souza, pai do contribuinte, e Carlos Augusto de Almeida Ramos, que fora casado com a irmã do contribuinte, não seriam suficientes para suportarem a realização de empréstimos de tais montas, o que restou confirmado por pesquisas efetuadas por este julgador, junto aos sistemas da RFB.

(...)

Em verdade, e em sentido contrário ao defendido pelo impugnante, é justamente por meio das informações de empréstimos fictícios nas Declarações de Rendimentos que se torna possível impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, conduta esta passível de multa qualificada.

(...)

Portanto, no caso concreto, assiste razão à fiscalização.

Pois bem, consta do lançamento a aplicação da multa qualificada de 150%, prevista no §1º, do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Como se percebe, nos casos de lançamento de ofício, a regra é aplicar a 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 ou a simulação 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 causar dano à Fazenda Pública, onde se utilizando subterfúgios escamoteiam a ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.** Assim não fosse, todas as omissões de rendimentos ensejariam multa qualificada.

Na aplicação da multa qualificada de 150%, a autoridade fiscal deve subsidiar o lançamento com elementos probatórios que mostrem de forma irrefutável a existência destes dois elementos formadores do dolo, elemento subjetivo dos tipos relacionados nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, aos quais o § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430 de 1996 faz remissão. É, pois, esta comprovação nos autos requisito de legalidade para aplicação desta multa qualificada.

No presente caso, observa-se a inexistência de descrição mínima de ação simulatória/fraudulenta ou de dolo

De fato, nem o relato fiscal, nem a instrução processual demonstram estes comportamentos ensejadores da qualificadora.

Ora, a omissão de rendimentos, por si só, mesmo que reiterada, não se mostra suficiente para comprovar a simulação, o conluio e o dolo, ou mesmo o intento à sonegação, suficientes à qualificadora da multa. Doutro lado, os artifícios de defesa também não ensejam o aumento da penalidade.

Em recente julgamento no CARF, o Conselheiro Relator (Acórdão n.º 1201-003.590 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária, julgado em 12/02/2020, Processo nº 10280.723086/2009-43 54) considerou que:

Como se vê, tanto na sonegação quanto na fraude há uma ação ou omissão dolosa por parte do contribuinte vinculada ao fato gerador da obrigação principal. Tal conduta visa impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária, no caso da sonegação, ou da ocorrência do próprio fato gerador, no caso da fraude. No conluio tem-se a prática tanto da fraude ou de sonegação mediante ajuste entre duas ou mais pessoas.

Importante observar, porém, que para a caracterização da sonegação, não basta uma simples conduta para impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Faz-se necessária uma conduta qualificada por evidente intuito de fraude. Ademais, os fatos devem estar minuciosamente descritos no lançamento tributário (Termo de Verificação Fiscal) e acompanhado de robusto lastro probatório. Em resumo, para a qualificação multa são necessários os seguintes requisitos:

- i) conduta qualificada por evidente intuito de fraude do sujeito passivo, tais como, documentos inidôneos, informações falsas, interposição de pessoas, declarações falsas, atos artificiosos, dentre outros;*
- ii) conduta típica minuciosamente descrita no lançamento tributário (Termo de Verificação Fiscal);*

iii) *conjunto probatório robusto da conduta praticada pelo sujeito passivo e demais envolvidos, se for o caso. 55.*

O CARF tem se posicionado na linha do racional exposto acima, inclusive com a edição de súmulas, no sentido de que para fins de qualificação da multa não basta a simples omissão de receita ou rendimentos, faz-se necessário a comprovação do evidente intuito de fraude na conduta do sujeito passivo.

A propósito, veja-se a inteligência das Súmulas CARF n.º 14, 25 e 34:

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.

Súmula CARF n.º 25 A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010)

Súmula CARF n.º 34 Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010)

Não pode o julgador presumir o elemento doloso na conduta do agente, tampouco aplicar a qualificadora em sentido amplo, daí a importância de se observar o teor das citadas Súmulas CARF n.ºs 14, 25 e 34.

As provas precisam materializar condutas adicionais perpetradas pelo contribuinte com o intuito de ocultar a omissão de rendimentos, como é o caso da emissão de notas subfaturadas, apresentação de documentos falsos, interposição de pessoas, dentre outras.

A C. CSRF, em recente julgado (Acórdão n.º 9202-009.488, de 28/04/2021), observou que:

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEDUÇÕES INDEVIDAS. MULTA QUALIFICADA

No caso de omissão de rendimentos e deduções indevidas, a reiteração da infração, por si só, não enseja a qualificação da penalidade, ausente a prova de ocorrência de uma das hipóteses dos artigos 71, 72 ou 73 da Lei 4.502/64.

No mesmo sentido, o Acórdão 9202-007.639, de 27/02/2019. Da fundamentação deste julgado, extrai-se que:

Já a aplicação da multa de lançamento de ofício qualificada, decorrente do art. 44, § 1º, da Lei n.º 9.430, de 1996, deve obedecer toda cautela possível e ser aplicada, tão somente, nos casos em que ficar nitidamente caracterizado o evidente intuito de fraude, respeitando assim o princípio da legalidade e a vontade do legislador. Uma vez que a literalidade do dispositivo legal ressaltou expressamente que para que a multa de lançamento de ofício se transforme de 75% em 150% é imprescindível

que se configure o evidente intuito de fraude. Este mandamento se encontra no inciso II do artigo 957 do Regulamento do Imposto de Renda, de 1999.

Ou seja, para que ocorra a incidência da hipótese prevista no dispositivo legal referendado, é necessário que esteja perfeitamente caracterizado o evidente intuito de fraude. Para tanto, se faz necessário sempre ter em mente o princípio de direito de que a “fraude não se presume”, devem existir, sempre, dentro do processo, provas evidentes do intuito de fraude.

Como se vê o art. 957, II, do Regulamento do Imposto de Renda, de 1999, que representa a matriz da multa qualificada, reporta-se aos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64, que prevêem o intuito de se reduzir, impedir ou retardar, total ou parcialmente, o pagamento de uma obrigação tributária, ou simplesmente, ocultá-la.

Pensar diferente levaria a ideia de que toda omissão de rendimentos, ou que a simples reiteração em anos subsequentes seriam caso de aplicação de multa qualificada, e se assim fosse, o próprio dispositivo legal deveria trazer essa previsão, contudo não o fez, justamente por que a simples realização da conduta “omissão de rendimentos” não caracteriza o intuito de fraudar.

E ainda, como bem salientou o acórdão recorrido, a qualificação da multa, nestes casos, importaria em equiparar uma infração fiscal de omissão de rendimentos, detectável pela fiscalização através da confrontação e análise das Declarações de Ajuste Anual, às infrações mais graves, em que seu responsável surrupia dados necessários ao conhecimento da fraude.

A qualificação da multa, nestes casos, importaria em equiparar uma prática identificada de omissão de rendimentos por presunção legal, aos fatos delituosos mais ofensivos à ordem legal, nos quais o agente sabe estar praticando o delito e o deseja, a exemplo: da adulteração de comprovantes, da nota fiscal inidônea, movimentação de conta bancária em nome fictício, movimentação bancária em nome de terceiro (“laranja”), movimentação bancária em nome de pessoas já falecidas, da falsificação documental, do documento a título gracioso, da falsidade ideológica, da nota fiscal calçada, das notas fiscais de empresas inexistentes (notas frias), das notas fiscais paralelas, do subfaturamento na exportação (evasão de divisas), do superfaturamento na importação (evasão de divisas), etc.

E aqui peço vênia para me utilizar dos exemplos utilizados pelo relator do Acórdão 2102-01.296, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, o qual exemplifica que “não se pode reconhecer na simples omissão de rendimentos / receitas, a exemplo de omissão no registro de compras, omissão no registro de vendas, passivo fictício, passivo não comprovado, saldo credor de caixa, suprimento de numerário não comprovado, acréscimo patrimonial a descoberto ou créditos bancários cuja origem não foi comprovada, tratar-se de rendimentos / receitas já tributadas ou não tributáveis, embora clara a sua tributação, que justifique a imposição de multa qualificada”.

Isso ocorre por uma resposta muito simples. É porque existe a presunção de omissão de rendimentos, por isso, é evidente a tributação, mas não existe a prova da evidente intenção de sonegar ou fraudar. O motivo da falta de tributação é diverso. Pode ter sido, omissão proposital, equívoco, lapso, negligência, e até mesmo desorganização, etc.

Se a premissa da autoridade fiscal lançadora fosse verdadeira, ou seja, que a simples omissão de receitas ou de rendimentos; a exemplo da simples declaração inexata de receitas ou rendimentos; da classificação indevida de receitas / rendimentos na Declaração de Ajuste Anual; da falta de inclusão de algum valor / bem / direito na Declaração de Bens ou Direitos, da inclusão indevida de algum valor / bem /

direito na Declaração de Bens ou Direitos, da simples glosa de despesas por falta de comprovação ou da falta de declaração de algum rendimento recebido, através de crédito em conta bancária, pelo contribuinte, daria por si só, margem para a aplicação da multa qualificada, não haveria a hipótese de aplicação da multa de ofício normal, ou seja, deveria ser aplicada a multa qualificada em todas as infrações tributárias, a exemplo de: passivo fictício, saldo credor de caixa, declaração inexata, falta de contabilização de receitas, omissão de rendimentos relativo ganho de capital, depósitos bancários não justificados, acréscimo patrimonial a descoberto, rendimento recebido e não declarado e glosa de despesas, etc.

Assim, tomando como base os dispositivos legais atinentes a fraude fiscal, tenho que salientar que foi escorreito o acórdão recorrido ao citar que seu conceito esta delineado na leitura conjunta da Lei 4.502/64 nos arts 71,72 e 73, Lei 9430/96 em seu artigo 44, e Decreto 3000/99, art. 957. Disso se depreende que juridicamente, entende-se por má-fé todo o ato praticado com o conhecimento da maldade ou do mal que nele se contém. É a certeza do engano, do vício, da fraude.

O intuito de fraudar referido não é todo e qualquer intuito, tão somente por ser intuito, e mesmo intuito de fraudar, mas há que ser intuito de fraudar que seja evidente, pois, quando a lei se reporta à evidente intuito de fraude é óbvio que a palavra intuito não está em lugar de pensamento, pois ninguém conseguirá penetrar no pensamento de seu semelhante.

A palavra intuito, pelo contrário, supõe a intenção manifestada exteriormente, já que pelas ações se pode chegar ao pensamento de alguém. Há certas ações que, por si só, já denotam ter o seu autor pretendido proceder, desta ou daquela forma, para alcançar, tal ou qual, finalidade. Intuito é, pois, sinônimo de intenção, isto é, aquilo que se deseja, aquilo que se tem em vista ao agir.

Considero que o intuito de fraude aparece de forma clarividente em casos de adulteração de comprovantes, adulteração de notas fiscais, conta bancária em nome fictício, falsidade ideológica, notas calçadas, notas frias, notas paralelas, etc.

É de se ressaltar, que não basta que atividade seja ilícita para se aplicar à multa qualificada, deve haver o evidente intuito de fraude, já que a tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

E ainda que restassem dúvidas quanto ao sentido a ser atribuído à disposição legal, em reforço argumentativo, deve destacar o art. 112 do CTN, que impõe interpretações mais benéfica aos infratores da lei tributária:

(...)

Tomando o art. 112 do CTN como diretriz da aplicação de penalidades tributárias, insta salientar que a aplicação da multa agravada não deve ser tida como regra, mas sim como exceção nos casos de exclusiva comprovação fraude

Conforme se observa, o relato fiscal não descreve suficientemente uma conduta qualificada por evidente intuito doloso e ação simulatório praticada pelo Recorrente. Os fatos não demonstram a utilização dolosa de documentos fraudulentos, interposição de pessoas ou atos artificiosos. Apenas indicam a omissão de rendimentos e a variação patrimonial a descoberto.

Não descrito o conluio, a fraude, o dolo ou a simulação relativamente à infração tributária, e aplicada a Súmula CARF nº 14, entendo procedente a pretensão deduzida na defesa

no que toca a redução da multa ao patamar mínimo, relativamente à omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica.

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.

Do Sigilo Fiscal - Lei Complementar n.º 105/2001

O Recorrente sustenta a impossibilidade de quebra do seu sigilo bancário através de requisição do Fisco às instituições financeiras.

Com o julgamento definitivo do RE 601.314 pelo STF, em 24/02/2016, com repercussão geral reconhecida, foi fixado o entendimento acerca da constitucionalidade da LC 105/2001, bem como sua aplicação retroativa:

RE 601.314

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

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

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

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

Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

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

Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º. do CTN”. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

A decisão do STF e a Súmula CARF nº 35 são de observância obrigatória pelos integrantes deste Conselho, nos termos do arts. 45, VI e 62, § 2º do RICARF (Portaria MF 343/2015).

Neste sentido, o Colegiado de Piso bem considerou que:

Da legislação acima transcrita nota-se ser condicionante para a emissão de Requisição de Movimentação Financeira (RMF) a existência de procedimento fiscal em curso devidamente deflagrado por mandado, a essencialidade do exame dos documentos assim obtidos, bem como a tentativa frustrada de obtenção destes elementos das mãos do contribuinte fiscalizado.

No caso em exame, verifica-se que, instaurado o procedimento fiscal pelo Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 0120100.2012.00242, identificado à fl. 22, o interessado foi intimado (fls. 22/23), entre outros, a apresentar documentação comprobatória de todos os valores lançados a título de Dívidas e Ônus Reais, respaldado em documentação bancária (cópia de extrato, de cheque e/ou depósito), bem como sua quitação (no caso de empréstimo recebido de pessoas jurídicas, apresentar também a documentação contábil).

Ocorre que, consoante narrado no item II do Termo de Verificação Fiscal (Do Procedimento Fiscal – fl. 485/486), não obstante o encaminhamento do referido termo para o domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, o mesmo retornou com o aviso de “recusado” (ver fls. 24/29).

Tendo em vista a recusa do interessado, foi solicitada (fls. 30/32) a emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF), com a seguinte justificativa, constante do Relatório: “O contribuinte por duas vezes se negou em receber o Termo de Início do Procedimento Fiscal. Da análise de sua Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física 2009 e 2010, verifica-se que o contribuinte terá uma Variação Patrimonial a Descoberto, ou seja, realizou gastos superiores à renda disponível, caso não consiga comprovar o recebimento dos empréstimos declarados. Como o contribuinte está se negando a receber o Termo de Início do Procedimento Fiscal, é de suma importância a transferência do sigilo fiscal para esta Fiscalização, para continuação do procedimento fiscal.”

Por consequência, tendo a autoridade fiscal concluído que o contribuinte se enquadrava na hipótese autorizativa para requisição, acesso e uso por parte da RFB, das informações referentes às operações e serviços prestados por instituições financeiras, foram expedidas as correspondentes Requisições de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF), às fls. 33/34, 78/79 e 88/89.

Portanto, a insurgência do contribuinte é descabida, uma vez que a obtenção de seus extratos bancários, efetivada por via de requisição direta às instituições financeiras, como previsto no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e no Decreto nº 3.724/2001, deu-se após a omissão em apresentá-los espontaneamente. Ou seja, a medida fiscal está expressamente prevista em atos legais regularmente editados.

Cumpra esclarecer que o sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios das instituições financeiras e de seus clientes. Assim, no repasse de informações das instituições financeiras à autoridade tributária não houve quebra do sigilo bancário, mas apenas a transferência à responsabilidade da autoridade administrativa e dos agentes fiscais que a elas tenham acesso, no restrito exercício de suas funções, os quais têm o dever de sigilo destas informações (art. 198 do Código Tributário Nacional – CTN).

Desta forma, tendo sido atendidas todas as exigências legais para a correta emissão do RMF, concluo que o acesso da autoridade fiscal às informações bancárias do contribuinte foi perfeitamente legítimo, restando improficuas as arguições do interessado, não cabendo a preliminar de nulidade suscitada.

Assim é que, diferentemente do alegado, não há qualquer irregularidade na requisição da movimentação financeira, não procedendo o inconformismo recursal.

Das nulidades alegadas

Assim, uma vez que todos os atos que ampararam a ação fiscal ocorreram em conformidade com as disposições normativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e tendo a ação fiscal sido conduzida por servidor competente, em obediência aos requisitos do Decreto nº 70.235/1972, e inexistindo prejuízo à defesa, não se há de falar em nulidade do auto de infração.

Do Mérito

Pois bem, a desproporção entre os recursos financeiros declarados e o patrimônio adquirido é chamada, no direito tributário, de Acréscimo Patrimonial a Descoberto (APD), fato caracterizador de omissão de rendimentos.

A presunção legal do Acréscimo Patrimonial a Descoberto (APD) é uma das formas indiretas de apuração de omissão de rendimentos, a qual se considera ocorrida quando a aquisição de bens e direitos e a realização de gastos são incompatíveis com a renda disponível do contribuinte (considera-se renda disponível do contribuinte os rendimentos auferidos diminuídos das deduções admitidas na legislação e do imposto de renda pago).

Pela análise do fluxo financeiro mensal verifica-se se o contribuinte tinha disponibilidade financeira, mês a mês, para realizar os dispêndios que realizou, com base em rendimentos tributáveis, isentos ou não sujeitos à tributação.

Deve-se considerar como recursos ou origens: os seus rendimentos líquidos auferidos, somados aos do cônjuge e de seus dependentes; os valores obtidos da alienação de bens ou direitos; os empréstimos obtidos; as doações recebidas; os saques de caderneta de poupança e os resgates de aplicações financeiras; os saldos bancários e o dinheiro em caixa no início do período a ser considerado.

Como dispêndios ou aplicações, devemos considerar: as despesas médicas e de educação, inclusive dos cônjuges e dependentes; pagamentos efetuados a terceiros; impostos e taxas pagos; as aquisições de bens e direitos; os empréstimos e doações concedidos; a quitação de dívidas; gastos com viagens; gastos com cartões de crédito; depósitos em caderneta de poupança; as aplicações financeiras e os saldos bancários no final do período considerado.

A renda disponível corresponde à diferença entre os recursos ou origens e os dispêndios ou aplicações. No caso de os recursos ou origens não forem suficientes para cobrir os dispêndios ou aplicações, significa que ocorreu um acréscimo patrimonial a descoberto, ou seja, a variação positiva do patrimônio do contribuinte ocorreu com a utilização de recursos financeiros além daqueles declarados.

No caso em que os cônjuges são casados sob o regime da comunhão universal de bens, ou até mesmo na comunhão parcial de bens, mesmo que as declarações de ajuste anual sejam feitas em separado, é necessário que os recursos e dispêndios de ambos os cônjuges sejam levados em consideração na apuração mensal da variação patrimonial o que foi feito nos presentes autos.

O Recorrente alega que não foram considerados mútuos recebidos, bem como saldo em espécie no ano-calendário de 2008.

A respeito da temática, o R. Acórdão Recorrido bem considerou que:

O impugnante defende que devem ser incluídos na planilha de fluxo financeiro os valores recebidos através de empréstimos concedidos, com transcrição do artigo 585 do Código de Processo Civil – CPC, cujas exigências teriam sido atendidas pelos contratos de empréstimos (mútuos) apresentados à fiscalização (fls. 272/277 e 335/342), tornando-os título executivo, o mesmo em relação à nota promissória de fl. 352. Afirma, ainda, que os empréstimos foram devidamente declarados pelas partes, tanto pelo mutuário (que seria o impugnante), como pelo mutuante, o que reforçaria a existência dos mesmos.

Dos autos constam os seguintes documentos:

Ano-base de 2009: dois contratos de mútuo, um no valor de R\$ 1.250.000,00 e outro no valor de R\$ 337.488,20, ambos firmados com Carlos Augusto de Almeida Ramos, durante o ano-base de 2009 (maio e agosto, respectivamente - fls. 274/277). Há, também, à fl. 273, um Demonstrativo de Dívidas e Ônus Reais, expedido pela CEF, com saldo, em 31/12/2009, no valor de R\$ 59.383,74.

Ano-base de 2010: contrato de mútuo, com disponibilização de R\$ 160.000,00, firmado com Roldão Aprígio de Souza em 14 de janeiro de 2010 (fls. 336/338); Demonstrativo de Dívidas e Ônus Reais, expedido pela Caixa Econômica Federal - CEF, com saldo, em 31/12/2010, de R\$ 0,00, tendo em vista a quitação do empréstimo anteriormente tomado, de R\$ 59.383,74 (fl. 339); contrato de mútuo no valor de R\$ 850.000,00, firmado em 10 de fevereiro de 2010, com Carlos Augusto de Almeida Ramos (fls. 340/342); e nota promissória de dívida contraída junto a Carlos Augusto de Almeida Ramos, no valor de R\$ 80.000,00, emitida em 09 de julho de 2010 (fl. 352).

Não há como dar razão ao contribuinte.

Isto porque a pretensão do interessado deveria estar baseada em outros documentos que não deixassem margem à dúvida quanto à consistência das operações, ou seja, recebimento das quantias que afirma terem sido emprestadas, como é o caso de transferências bancárias do numerário ou cópias de cheques emitidos e comprovadamente sacados ou creditados. Não consta dos autos a comprovação, seja da saída do numerário do patrimônio dos mutuantes seja da quitação efetuada pelo mutuário, não socorrendo ao contribuinte a alegação de que os empréstimos foram declarados por ambas as partes.

Inclusive, a própria fiscalização, por meio do Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 0578 (fls. 373/374), esclareceu ao contribuinte, mais especificamente no item 1.1, que os empréstimos informados na Declaração do Imposto de Renda somente seriam

considerados com a comprovação do efetivo recebimento dos mesmos, não sendo suficientes a mera apresentação de notas promissórias e/ou contratos particulares

Não obstante ter o interessado requerido, por meio dos esclarecimentos às fls. 399/400, 30 (trinta) dias de prazo para a comprovação, nos termos exigidos pela fiscalização, não apresentou a documentação pertinente, fato este destacado no Termo de Verificação Fiscal, mais exatamente à fl. 497.

Note-se que o contrato de mútuo, classificado pela doutrina como contrato real, tem como aspecto essencial a entrega da coisa pelo mutuante. Nesse sentido, ao tecer considerações sobre o art. 586 do Código Civil (que conceitua o mútuo) na obra “Código Civil Comentado”, Editora Saraiva, 2002, 8ª edição, pág. 619, o Desembargador Jones Figueiredo Alves assim expõe:

“O mútuo é empréstimo de consumo, mediante o qual é transferida a outrem coisa móvel fungível, obrigando-se este a restituir a coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade. (...) O contrato de mútuo é real, condizendo, para sua perfeição, a tradição da coisa; unilateral, por constituir obrigações apenas para o mutuário (...). O mútuo tem por objeto quantia certa e líquida.”

Além do mais, é de causar estranheza que a movimentação de quantias tão significativas venham sendo reiteradamente realizadas em espécie, ou seja, à margem do sistema bancário nacional, sem uma comprovação efetiva da ocorrência de tais empréstimos.

A comprovação de empréstimos trata-se matéria já extensamente examinada pelos tribunais administrativos e a jurisprudência firmou-se mansa e pacificamente no sentido de não acolher as alegações de empréstimos não acompanhadas das provas que irrefutavelmente demonstrem a transferência do efetivo numerário, com indicação de valor e data coincidentes. Abaixo seguem alguns acórdãos do 1º Conselho de Contribuintes:

(...)

Quanto à alegação de que os empréstimos foram devidamente declarados pelas partes, tanto pelo mutuário (que seria o impugnante), como pelos mutuantes, o que reforçaria a existência dos mesmos, é de se esclarecer que os fatos devem ser devidamente comprovados com elementos que não deixem margem à dúvida quanto à consistência da operação, em especial frente a matérias que cominem ao contribuinte o ônus probatório, como nos casos de presunções legais, sendo certo que tudo que é informado na declaração está sujeito à comprovação, por documento hábil, tendo a fiscalização a atribuição legal para verificar a autenticidade de todos os fatos declarados.

Assim, por não estar respaldada em documentos que comprovem a transferência de numerário, não há como acatar a alegação do interessado acerca do ingresso de recursos provenientes dos mencionados empréstimos.

A destacar, quanto ao empréstimo realizado junto à CEF, que a fiscalização o considerou como origem, em agosto de 2009, aproximando o valor para R\$ 60.000,00, como se observa do Demonstrativo de Variação Patrimonial (fl. 500, observadas, também, as fls. 83, 376 e 384).

Correta a fundamentação do R. Acórdão, e afastada a alegação.

Relativamente aos mútuos ou empréstimos com terceiros, insta considerar que as alegações não foram devidamente comprovadas.

Empréstimos são negócios jurídicos que pressupõem a devolução do bem fungível tomado emprestado. O caráter essencial do empréstimo é sua temporalidade que deve estar devidamente consignada no contrato para a devida caracterização do negócio subjacente.

Para comprovar os empréstimos realizados com terceiros, pessoa física ou jurídica, além de estarem consignados nas declarações de imposto de renda do mutuante e do mutuário, devem estar comprovados, por meio de documentação hábil e idônea, a sua contratação, a efetiva transferência de numerário do credor para o tomador, coincidente em datas e valores, e a quitação pelo devedor da dívida contraída.

Para serem oponíveis a terceiros, mormente quando este terceiro é a Fazenda Pública e a finalidade é a comprovação de operação sobre a qual não incide tributos, os contratos de empréstimos devem ser registrados. É o que dispõe o art. 221 do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002):

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

O Código Civil também disciplina o limite da presunção de veracidade dos documentos particulares e seus efeitos sobre terceiros:

Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

Parágrafo único. Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

A informalidade dos negócios entre as partes não pode eximir o contribuinte de apresentar prova da efetividade das transações. A informalidade diz respeito apenas a garantias mútuas que deixam de ser exigidas em razão da confiança entre as partes - entre familiares, por exemplo, mas não se pode querer aplicar a mesma informalidade ou vínculo de confiança na relação do contribuinte com a Fazenda Pública. A relação entre Fisco e contribuinte é de outra natureza: é formal e vinculada à lei, sendo a lei firme ao exigir, no caso dos depósitos bancários, que a comprovação seja feita por meio de “documentação hábil e idônea”.

Ademais, em razão de, na pessoa física, o recebimento de empréstimo não ser considerado como rendimento do beneficiário, o Fisco deve tomar certas precauções e exigir provas confirmatórias do empréstimo alegado, tornando-se crucial a demonstração do fluxo financeiro dos recursos, pois seria muito fácil para o contribuinte receber diversos rendimentos sujeitos à tributação e declará-los como oriundos de mútuo com intuito de elidir a cobrança do imposto.

Esse tem sido o entendimento das decisões administrativas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme ementas abaixo transcritas:

OMISSÃO DE RENDIMENTOS RECEBIDOS DE PESSOA JURÍDICA. CONTRATOS DE MÚTUO. FORMALIDADES CONTRATUAIS. REGISTRO DO CONTRATO. As operações de mútuo, para serem opostas ao Fisco, requerem o registro do instrumento de manifestação de vontades. Operações de mútuo entre partes

relacionadas, especialmente entre pessoa jurídica e respectivos sócios, requerem formalidades mínimas. A ausência de cláusula de devolução do valor mutuado e a falta de comprovação do pagamento do empréstimo descaracterizam a operação de mútuo. (Acórdão 2301-006.006 de 11/04/2019)

OPERAÇÃO DE MÚTUO. REQUISITOS DE PROVA. Para comprovação da operação de mútuo, além do registro público do contrato, é indispensável documentação hábil e idônea que demonstre a efetiva ocorrência do pactuado, o cumprimento das cláusulas acertadas, como pagamentos em datas e valores convencionados; a simples apresentação de documentos particulares e/ou seu lançamento na contabilidade, por si só, são insuficientes para opor a operação a terceiros e, principalmente, para afetar a tributação. (Acórdão 2201-004.781, de 08/11/2018)

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS –EMPRÉSTIMO NÃO COMPROVADO. Na comprovação de empréstimos é imprescindível: (1) que haja a apresentação do contrato de mútuo assinado pelas partes; (2) que o empréstimo tenha sido informado tempestivamente na declaração de ajuste; (3) que o mutuante tenha disponibilidade financeira (4) que seja comprovada a efetiva transferência do numerário entre credor e devedor (na tomada do empréstimo), com indicação de valor e data coincidentes como previsto no contrato firmado; e (5) expirado o prazo contratual, a comprovação da quitação do empréstimo ou de aditivo contratual alterando a data do vencimento. No caso de empréstimos entre pessoa jurídica e pessoa física (sócio), necessária a apresentação dos livros contábeis com a correspondente escrituração do fato. (Acórdão 2301-005.926, de 13/03/2019)

Desta feita, por não ter sido demonstrado com documentos hábeis o recebimento de empréstimo e pelo fato de os instrumentos não se encontrarem revestidos das formalidades legais, mantém-se o lançamento como omissão de rendimentos com acréscimo patrimonial a descoberto.

Relativamente à insurgência pela alegada desconsideração de saldo em espécie, extrai-se da Decisão de Piso que:

Inicialmente, há que se esclarecer que a alegação de saldo em espécie em 01.01.2009, decorrente do ano anterior, só pode ser aceita se houver informação na Declaração de Ajuste Anual do contribuinte e se houver comprovação da existência do valor declarado.

Nesse sentido, há diversos julgados dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF):

(...)

No caso, as provas constantes dos autos não socorrem ao contribuinte, como se demonstrará a seguir.

1. Da Alegada Distribuição de Lucros

O interessado pretende que seja considerado o saldo em espécie, que teria sido obtido no ano-base de 2008 e transportado para o início do ano de 2009, no valor de R\$ 327.000,00, para cuja formação teria contribuído o recebimento de R\$ 582.900,22 da empresa Vitapan a título de distribuição de lucros e não apenas os R\$ 330.000,00 acatados pela fiscalização. Como documentos de prova, apresenta os Comprovantes de Rendimentos (fls. 591/593) e faz menção ao informado no Razão da referida empresa (fls. 424/433). Afirma, ainda, que tal operação foi declarada e comprovada nas próprias Declarações de Imposto de Renda, com menção a recibos devidamente assinados.

Não há como acolher as suas alegações.

A isenção sobre a distribuição dos lucros apurados a partir de janeiro de 1996 foi introduzida por meio da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que assim dispôs, em seu art. 10:

(...)

No caso, no que tange à distribuição de lucros advindos da empresa Vitapan Indústria Farmacêutica Ltda., o contribuinte apenas comprovou o recebimento de R\$ 330.000,00, consoante esclarecimentos prestados pelo próprio às fls. 422/423 e documentos de fls. 424/433 (extrato bancário da Vitapan, recibos e cópia de folha do Livro Razão), apresentados em resposta ao Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 0593 (fls. 418/419), total este que, como se pode observar do Termo de Verificação Fiscal, mais exatamente às fls. 495/496 dos autos, foi considerado pela fiscalização quando da elaboração da receita auferida no ano-calendário de 2008, para fins de verificar a procedência do saldo de caixa de R\$ 327.000,00, informado na DAA do ano-calendário subsequente, qual seja, ano-base de 2009, exercício de 2010 (“dinheiro em espécie” - fl. 06), não tendo sido suficiente para justificar tal disponibilidade, conforme narrado pela fiscalização no referido Termo de Verificação.

Quanto à diferença de R\$ 252.900,22 (R\$ 582.900,22 pretendidos menos R\$ 330.000,00 previamente acatados), a mesma não se encontra comprovada pelos documentos de fls. 424/433, que não identificam tal quantia, sendo que o próprio interessado, na ocasião (fl. 422), fez menção à comprovação de apenas R\$ 330.000,00.

No que diz respeito ao Comprovante de Rendimentos anexado à fl. 591, emitido pela empresa Vitapan Indústria Farmacêutica Ltda., é de se destacar, inicialmente, que o mesmo se encontra ilegível. Entretanto, mesmo que se pudesse extrair de tal documento o valor atinente à distribuição dos lucros, a sua simples apresentação não se constitui, por si só, prova hábil a respaldar tal operação, fazendo-se necessária a escrituração contábil demonstrando a apuração do resultado e a efetiva transferência do valor distribuído, como ocorrido em relação aos R\$ 330.000,00, principalmente no caso concreto, em que se verifica o vínculo societário entre a pessoa beneficiária dos rendimentos e a empresa que o forneceu.

Não consta dos autos a escrituração da empresa e nem a transferência do numerário que justifiquem o acatamento dos R\$ 252.900,22 para fins de formação do saldo de caixa no ano-base subsequente, não bastando também, para tanto, a simples informação na Declaração da Ajuste Anual, já que todos os dados declarados devem ser devidamente corroborados por meio de outros documentos, como exposto anteriormente neste Voto, o que definitivamente não ocorreu.

2. Da Cessão de Cota / Pagamento Adicional de R\$ 460.000,00

O impugnante afirma, ainda, que no ano de 2008 houve a cessão de cotas da empresa Vitapan Indústria Farmacêutica Ltda., não tendo havido transação bancária, mas sim a devolução de notas promissórias garantidoras do direito, que teriam sido resgatadas/inutilizadas pelo devedor, com menção, também, a um pagamento adicional de R\$ 460.000,00, feito em espécie, finalizando a transação. Destaca que todas estas operações teriam sido devidamente documentadas e declaradas por ele, contribuinte, e também pelo contribuinte outro, ressaltando que haveria microfílmagens se houvesse a utilização de instituição bancária, o que de fato não teria havido, com menção a recibo juntado aos autos.

Também não assiste razão ao interessado.

Na DAA/2009, juntada às fls. 582/590, mais especificamente no quadro “Declaração de Bens e Direitos”, à fl. 585, consta que em 31.12.2007 a participação do contribuinte no capital social da empresa Vitapan Indústria Farmacêutica Ltda. era de R\$ 3.120.000,00, participação esta que constou como reduzida para R\$ 260.000,00 em 31.12.2008 (R\$

2.860.000,00 de diferença). Por sua vez, no quadro “Dívidas e Ônus Reais”, à fl. 589, foi informada a quitação, em 30/07/2008, de uma dívida com Andrea Aprígio de Souza, no valor de R\$ 2.400.000,00. No que tange a tal questão, a fiscalização frisa, no Termo de Verificação Fiscal (especialmente fl. 496), que a operação de redução de participação na empresa Vitapan tratou-se de mera operação contábil, ou seja, sem disponibilização financeira, tendo em vista que houve a troca de uma possível dívida por participação na empresa.

Nesse sentido, consta dos autos o Termo Aditivo de fls. 595/597, em que está consignado que o contribuinte, na qualidade de outorgante promitente vendedor, se compromete a vender (devolução pela compra não paga no prazo estabelecido) para sua irmã, Andréa Aprígio de Souza, 55% (cinquenta e cinco por cento) das quotas de capital da empresa Vitapan Indústria Farmacêutica Ltda., no valor de R\$ 2.860.000,00 (sendo R\$ 2.400.000,00 mediante a devolução de notas promissórias e R\$ 460.000,00 que teriam sido pagos em espécie, observado também o recibo datado de 01º de agosto de 2008 (fl. 598), e a 21ª Alteração Contratual de fls. 599/602.

No que diz respeito à diferença de R\$ 460.000,00 (R\$ 2.860.000,00 menos R\$ 2.400.000,00), que teria sido recebida pelo contribuinte a título de complemento do pagamento pela devolução das cotas da empresa Vitapan, segundo recibo de fl. 598, a referida documentação, a exemplo dos contratos de mútuo, não comprova tal operação, não se prestando para tanto o aludido recibo.

Isto porque o recibo, em princípio, trata-se de uma declaração particular, com efeito apenas entre as partes. Não é válido, porém, em si mesmo, contra terceiros, como prova dos fatos que atesta, competindo ao interessado, se necessário for, comprovar a veracidade do fato através de provas materiais. É o que estabelece o artigo 368 do Código de Processo Civil:

(...)

No caso, trata-se de operação de valor expressivo, que envolve negócio jurídico de igual natureza, já que se trata de significativa operação de venda (devolução pela compra não paga no prazo estabelecido) de quotas de capital da empresa Vitapan Indústria Farmacêutica Ltda., causando estranheza a opção pelo pagamento em espécie, quando, em regra, operações desta monta são efetuadas por meio de cheque ou comprovantes / extratos bancários atestando a efetiva transferência do numerário.

Ainda, segundo a fiscalização destaca, no Termo de Verificação Fiscal, a operação de redução de participação na empresa Vitapan tratou-se de mera operação contábil, ou seja, sem disponibilização financeira, tendo em vista que teria havido a troca de uma possível dívida por participação na empresa, de forma que, se de fato houve o recebimento da quantia de R\$ 460.000,00, caberia a demonstração por documentação irrefutável comprobatória de tal operação, como abordado no parágrafo anterior, o que definitivamente não ocorreu.

3. O contribuinte ainda informa que foi efetuado empréstimo junto ao Banco do Brasil no valor de R\$ 60.653,04, em 31.12.2008, sem contar os recebimentos obtidos no ano de 2008, tais como recebimento pela venda de imóvel, redução do saldo em conta bancária, cessão de cotas, devolução de adiantamento para aumento de capital, que estariam demonstrados na sua DIRPF.

No que tange ao empréstimo obtido junto ao Banco do Brasil, no valor de R\$ 60.653,04, é de se destacar que a autoridade autuante (a exemplo do montante de R\$ 330.000,00 recebido a título de distribuição de lucros), considerou a referida quantia quando da elaboração dos quadros demonstrativos das receitas auferidas e dos desembolsos realizados no ano-base de 2008, para fins de verificar a procedência do saldo de caixa de R\$ 327.000,00, informado na DAA/2009 (fl. 06), não tendo sido suficiente para

justificar tal disponibilidade, como se pode observar do Termo de Verificação Fiscal, mais exatamente às fls. 495/496 dos autos.

O mesmo pode ser afirmado no que diz respeito ao recebimento por vendas de imóvel (R\$ 165.000,00), redução de saldo em conta bancária (R\$ 29.520,87), cessão de cotas (R\$ 127.260,00) e devolução de adiantamento para aumento de capital (R\$ 170.138,24).

Desta forma, não havendo nos autos documentação que lastreie a pretensão do contribuinte de que seja considerado o saldo em espécie, informado como obtido no ano-base de 2008 e transportado para o início do ano de 2009, no valor de R\$ 327.000,00, não há como acolhê-la.

Por conseqüência, não há reparos a se fazer ao procedimento fiscal, devendo ser mantida a infração apurada, qual seja, omissão de rendimentos tendo em vista a variação patrimonial a descoberto, cujo imposto suplementar apurado foi de R\$ 894.138,31

Correta a conclusão do Colegiado de 1ª Instância, em absoluta coerência com a instrução processual.

Ademais, o Recorrente alega mas não comprova suas afirmações e nem afasta as conclusões da autoridade lançadora e do colegiado de piso.

Alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Acolhidos os fundamentos da decisão de 1ª instância como razão de decidir, resta mantida a autuação nesse aspecto.

CONCLUSÃO.

Pelo exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso, exceto quanto à matéria relativa à inconstitucionalidade, e, na parte conhecida, por DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO para afastar a qualificadora da multa reduzindo-a a 75%,.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly

