



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

Processo nº 13609.721137/2015-99
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-005.150 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de dezembro de 2017
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE
Recorrente DONISÊTE GERALDO LEITE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2011

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

O artigo 42, da Lei nº 9.430/96, estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada. A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento torna legítima a exigência das informações bancárias e transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados. Conforme se verifica nos presentes autos, o Contribuinte comprovou parte dos rendimentos lançados pela fiscalização, devendo ser assim, excluídos referidos valores da base de cálculo da infração.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. TRANSFERÊNCIA ENTRE CONTAS DO CONTRIBUINTE.

Aplica-se o disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional, quando se demonstra que a origem do recurso decorre de transferência entre contas de mesma titularidade, não havendo dúvidas sobre a impossibilidade de tributação.

PROCEDIMENTO FISCAL.

A autoridade autuante procedeu de acordo com a legislação de regência da matéria, possibilitando à interessada, 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.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 601.314/SP, submetido à sistemática da repercussão geral prevista no art. 543-B do CPC/73, concluiu pela constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de Janeiro de 2001.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FATO GERADOR.

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

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO.

Para os tributos lançados por homologação, quando constatada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, o dies a quo para a contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que poderia ter sido lançado, por força do art. 173, I, do CTN.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. APLICABILIDADE.

A multa de ofício é prevista em disposição legal específica e tem como suporte fático a revisão de lançamento, pela autoridade administrativa competente, que implique imposto ou diferença de imposto a pagar. Nos casos de lançamento de ofício, onde resultou comprovada a insuficiência do recolhimento de imposto, é exigível a multa de ofício por expressa determinação legal.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 13609.721137/2015-99
Acórdão n.º **2401-005.150**

S2-C4T1

Fl. 3

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, em conhecer do recurso voluntário, rejeitar as preliminares, afastar a decadência e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para excluir da base de cálculo da infração de omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada o montante de R\$ 1.175.524,00, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Cleber Alex Friess – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleber Alex Friess, Andréa Viana Arrais Egypto, Luciana Matos Pereira Barbosa, Virgílio Cansino Gil e Rayd Santana Ferreira. Ausentes os Conselheiros Miriam Denise Xavier e Francisco Ricardo Gouveia Coutinho.

Relatório

Cuidam os presentes autos de Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, fls. 195/200, relativo ao ano-calendário de 2010, exercício de 2011, para formalização de exigência e cobrança de imposto suplementar no valor total de R\$ 15.794.167,56, incluindo multa de ofício e juros de mora.

Consta da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fl. 196), que o lançamento é decorrente da omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada.

Para melhor compreensão da matéria, cumpre transcrever trecho do Relatório Fiscal nos seguintes termos:

II – Do histórico da fiscalização

2. Trata-se de procedimento fiscal cujo objeto consiste em verificar a compatibilidade entre a movimentação financeira efetuada pelo contribuinte, no ano-calendário 2010, e os rendimentos informados na declaração de imposto de renda pessoa física – DIRPF nesse período.

3. O procedimento iniciou-se com o TERMO DE INÍCIO DE PROCEDIMENTO FISCAL (doc 1), cuja ciência via postal ocorreu em 31.03.2014, ocasião em que o contribuinte foi intimado a apresentar, em síntese, os seguintes documentos/informações:

2. Documentos/informações a serem apresentados:

2.1 Extratos bancários de conta-corrente, aplicações financeiras e cadernetas de poupança, referente a todas as contas mantidas, inclusive de titularidade do cônjuge e outros dependentes, em instituições financeiras situadas no Brasil e no exterior. Devem ser apresentados, inclusive, os extratos das contas nas seguintes instituições financeiras:

BANCO DO BRASIL SA, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, ITAÚ UNIBANCO SA, BANCO BRADESCO SA, COOPERATIVA DE CRÉDITO DE SÃO ROQUE DE MINAS LTDA, BANCO SANTANDER BRASIL SA.

2. Em 17.04.2014, contribuinte solicita prorrogação do prazo em 30 (trinta) dias; deferida. (doc 2)

3. Em 16.05.2014 o contribuinte é cientificado do TERMO DE CIÊNCIA DE CONTINUIDADE DE PROCEDIMENTO FISCAL (doc 3) e, em resposta (doc 4) ao Termo de Início, informa que “deixa de apresentar os extratos bancários, entendendo que o caminho correto para solicitação passa pela devida autorização do Poder Judiciário,

inclusive conforme já decidido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.”

4. Em 03.06.2014, ante a não apresentação das informações bancárias solicitadas, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, arts. 2º, §5º; 3º, incisos VII e XI e 4º do Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001, lavramos relatório circunstanciado para fins de solicitação de emissão de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira – RMF. (doc 5)

5. Em 05.06.2014, expedida Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira – RMF. (doc 5.1)

6. Em 08.07.2014 e 25.08.2014 ciência via postal do TERMO DE CIÊNCIA DE CONTINUIDADE DE PROCEDIMENTO FISCAL. (doc 6 e 6.2)

7. Em 24.09.2014, ciência via postal do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL 18.09.2014, em que o contribuinte foi intimado a comprovar a origem dos valores depositados/creditados nas contas bancárias que especifica, cujos extratos foram apresentados à Fiscalização pelas instituições financeiras em atendimento às RMF's expedidas (doc 7). Veja-se:

2. Após solicitação de prorrogação de prazo de 30 dias, em 17.04.2014, o sujeito passivo, em 16.05.2014, informou que “deixa de apresentar os extratos bancários, entendendo que o caminho correto para solicitação passa pela devida autorização do Poder Judiciário, inclusive conforme já decidido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.”

3. Ante a negativa na apresentação dos extratos bancários foram expedidas Requisições de Movimentações Financeiras – RMF's com fundamento no art. 6º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, arts. 2º, §5º, 3º, incisos VII e XI e 4º do Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

4. Em decorrência das RMF's obtivemos extratos bancários das seguintes contas-correntes/investimentos/bancos:

Banco	Agência	Conta-corrente	1º Titular	2º Titular
Brasil	968	24033	Donisete Geraldo Leite	-
Bradesco	1956	10330-6	Letícia Costa de Oliveira Leite ¹	Donisete Geraldo Leite
Bradesco	1956	11106/6	Donisete Geraldo Leite	-
Bradesco	1956	6.024/0	João Faria Leite ²	Donisete Geraldo Leite
Caixa Econômica Federal – CEF	1425	8352-8	Donisete Geraldo Leite	-
Itaú	3125	20700-5	Donisete Geraldo Leite	-
Santander	491	716470	Donisete Geraldo Leite	-
Sicoob	3171-2	81-7	Donisete Geraldo Leite	-
Sicoob	3171-2	90-6	Maria Lúcia Leite ³	Donisete Geraldo Leite
Sicoob	3171-2	1310-2	Letícia Costa de Oliveira Leite	Donisete Geraldo Leite

(1) Cônjuge do sujeito passivo; (2) Pai do sujeito passivo; (3) Mãe do sujeito passivo.

5. O art. 42 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996 estabelece que caracterizam-se omissão de rendimento os valores creditados em conta bancárias cujo titular regularmente intimado não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Estabelece ainda que na hipótese de contas mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos dos titulares tenham sido apresentadas em separado, o que é caso, na hipótese de não comprovação da origem dos recursos, o valor dos rendimentos será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos pela quantidade de titulares. Verbis:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

[...]

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

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

[...]

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou

receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.(Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)
(Grifamos)

6. Ante o exposto, com base nos mandamentos legais citados acima, fica o sujeito passivo intimado a comprovar, **no prazo de 20 (vinte) dias**, a origem dos valores relacionados no Anexo 1, parte integrante deste Termo, depositados/creditados nas contas bancárias que especifica, cujos extratos foram apresentados a esta Fiscalização pelas instituições financeiras em atendimento às RMF's expedidas.

7. Cumpre esclarecer que **comprovar a origem dos depósitos ou créditos não se restringe à identificação de quem efetuou o depósito ou crédito, mas sim identificar, mediante documentação hábil e idônea, a natureza da operação que deu causa ao depósito/crédito.**

8. Portanto, na hipótese de não comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da origem dos recursos referentes aos valores elencados no Anexo 1 deste Termo, restará caracterizada omissão de rendimento.

9. Em relação às transferências de outras contas do sujeito passivo – seja como 1º ou 2º titular – não foram considerados os valores cuja transferência restou comprovada mediante a conciliação bancária, vale dizer, onde foi possível identificar o débito e o crédito, com coincidência de valores e datas, nas contas do sujeito passivo (art. 42, §3º, I). Por outro lado, a despeito de constar no histórico de algumas operações “transferência entre contas”, não as localizamos mediante a conciliação bancária; com efeito, a origem dos valores a que se referem tais operações também deverá ser comprovada mediante documentação hábil e idônea.

10. Tendo em vista a existência de contas mantidas em conjunto com outros titulares, os cotitulares também serão intimados a comprovar a origem dos recursos nos termos do §6 art. 42 da Lei 9430/96 citado acima.

8. Tendo em vista a existência de contas mantidas em conjunto com outros titulares, os cotitulares, Leticia Costa Oliveira Leite e Maria Lúcia Leite, foram intimados, em 24.09.2014, a comprovar a origem dos recursos depositados/creditados nas contas bancárias que especifica nos termos do §6 art. 42 da Lei 9430/96. (doc's 8 e 9)

9. Em 17.10.2014 o contribuinte, bem como os demais cotitulares solicitaram dilação do prazo de 30 (trinta) dias para apresentar a documentação solicitada; deferida. (doc's 7.2, 8.2, 9.2)

10. Em 10.11.2014 e 29.12.2014, ciência via postal de TERMO DE CIÊNCIA DE CONTINUIDADE DE PROCEDIMENTO FISCAL. (doc's 10 e 11)

11. Em 13.02.2015, o titular e os cotitulares foram reiterados a comprovar a origem dos valores depositados/creditados nas contas bancárias que especifica, cujos extratos foram apresentados à Fiscalização pelas instituições financeiras em atendimento às RMF's expedidas. (doc's 12, 13, 14)

12. Em 06.04.2015, em resposta ao Termo de Intimação (reiteração), o titular e os cotitulares não apresentam documentação comprobatória da origem dos valores depositados/creditados e argumentam que “o sigilo de dados do contribuinte está protegido pela cláusula inserta no artigo 5º, inciso XII, da Constituição, sendo vedada à Receita Federal sua quebra sem prévia ordem judicial.” (doc's 12.2, 13.2, 14.2)

13. Em 15.05.2015, iniciado procedimento fiscal em face das cotitulares Letícia da Costa Oliveira Leite e Maria Lúcia Leite, nos termos do §6º do art. 42 da Lei 9430/96. (doc's 17 e 18)

14. Em 28.04.2015, 24.06.2015 e 11.08.2015 ciência via postal de TERMO DE CIÊNCIA DE CONTINUIDADE DE PROCEDIMENTO FISCAL. (doc's 15, 16 e 19).

15. Esse o histórico da fiscalização.

III – Da expedição de Requisição de Movimentação Financeira – RMF

16. Conforme relatado no histórico da fiscalização, o sujeito passivo foi intimado a apresentar os “extratos bancários de conta-corrente, aplicações financeiras e cadernetas de poupança, referente a todas as contas mantidas, inclusive de titularidade do cônjuge e outros dependentes, em instituições financeiras situadas no Brasil e no exterior. Após solicitação de prorrogação de prazo de 30 dias, o contribuinte limitou-se a informar que “deixa de apresentar os extratos bancários, entendendo que o caminho correto para solicitação passa pela devida autorização do Poder Judiciário, inclusive conforme já decidido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.”

17. Ante a negativa na apresentação dos extratos bancários, com base no relatório circunstanciado (doc 5) foram expedidas Requisições de Movimentações Financeiras – RMF's com fundamento no art. 6º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, arts. 2º, §5º, 3º, incisos VII e XI e 4º do Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

18. Em decorrência das RMF's obtivemos extratos bancários das seguintes contas-correntes/ investimentos/bancos (doc's 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8):

[..]

IV – Das infrações apuradas

19. O artigo 42 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com as alterações da Lei n. 9481, de 13 de agosto de 1997, estabelece que se caracterizam omissão de rendimento os valores creditados em conta bancárias cujo titular regularmente intimado não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Estabelece ainda que na hipótese de contas mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos dos titulares tenham sido apresentadas em separado, o que é o caso, na hipótese de não comprovação da origem dos recursos, o valor dos rendimentos será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos pela quantidade de titulares. Veja-se:

LEI Nº 9.430/96

Art. 42. Caracterizam-se também **omissão de receita** ou de rendimento os **valores creditados** em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, **não comprove**, mediante documentação hábil e idônea, **a origem dos recursos utilizados nessas operações**.

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

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

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

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

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

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

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002) (grifamos)

LEI Nº 9.481/97

Art. 4º Os valores a que se refere o inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passam a ser de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), respectivamente.

20. De posse dos extratos apresentados pelas instituições financeiras em face da expedição de RMF, o sujeito passivo e os cotitulares foram devidamente intimados em 24.09.2014 (doc's 7, 8 e 9) e reintimados em 13.02.2015 (doc's 12, 13 e 14) a comprovar a origem do crédito.

21. Acerca da comprovação da origem dos recursos, em relação às transferências entre contas do sujeito passivo – seja como 1º ou 2º titular – não foram considerados os valores cuja transferência restou comprovada mediante a conciliação bancária, vale dizer, onde foi possível identificar o débito e o crédito com o mesmo valor e data próxima, nas contas do sujeito passivo (art. 42, §3º, I).

22. Cumpre esclarecer que constam de alguns extratos bancários históricos – "TRANSF ENTRE AGENC DINH DONISETE GERALDO LEITE", "TRANSF ENTRE AGENC DINH LETICIA DA COSTA OLIVEIRA", "TRANSF ENTRE AG CHQ/DINH O PROPRIO FAVORECIDO" – cujas movimentações poderiam indicar, aparentemente, transferências entre contas de mesma titularidade e, portanto, deveriam ser excluídas dos valores tributáveis. Entretanto, conforme Anexo 2 (doc 21.2) deste Termo, verificamos tratar-se de valores depositados pelo titular/cotitular em sua conta; porém, em outra agência, daí a nomenclatura "transferência entre agência".

Portanto, para que tais movimentações fossem excluídas dos rendimentos tributáveis, o contribuinte deveria ter comprovado não se

tratar de rendimento tributável, o que não o fez em nenhuma oportunidade em que foi intimado para tal.

23. Salientamos ainda nos Termos de Intimação que comprovar a origem do crédito não significa simplesmente demonstrar quem fez o depósito, mas, também, identificar a natureza da operação que deu causa ao crédito, para se determinar, com certeza, se os valores são ou não rendimentos tributáveis, uma vez que a lei dispõe que, caso se comprove a origem, deve se verificar se os valores tributáveis foram oferecidos ou não a tributação. Caso contrário, não sendo possível determinar a natureza dos valores depositados, estes são considerados rendimentos omitidos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada.

24. Em resposta lavrada em 06.04.2015, o titular e o(s) cotitular (es) argumentaram, em síntese, a inconstitucionalidade da transferência do sigilo de dados para a Receita Federal, veja-se (doc 12.2, 13.2 e 14.2):

[...] o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal veio a decidir, nos autos do RE nº 389.808/PR, em Acórdão publicado aos 10/05/2011, o sigilo de dados do contribuinte está protegido pela cláusula inserta no artigo 5º, inciso XII, da Constituição, sendo vedada à Receita Federal sua quebra sem prévia ordem judicial.

Confira-se, a propósito, a Ementa do Acórdão em referência, na Relatoria do eminente Ministro MARCO AURÉLIO do STF:

‘SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma lesa atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

(STF, Plenário, RE nº 389.808/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/12/2010, DJe de 10/05/2011; destacou-se e grifou-se).

Registre-se, ainda, que de acordo com o artigo 62, parágrafo único, inciso I, da Portaria do Ministério da Fazenda - MF nº 256, de 22 de Junho de 2009 (que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF e dá outras providências), É DE RIGOR A APLICAÇÃO DO

**ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
AO CASO DOS AUTOS, MESMO QUE NA ESFERA
ADMINISTRATIVA:**

'Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; (destacou-se e grifou-se)

25. *Em relação ao RE nº 389.808/PR citado pelo sujeito passivo, oportuno esclarecer que, nos termos do art. 191 da Lei nº 10.522/2002 (alterada pela Lei nº 12.844/2013), a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) somente não constituirá créditos tributários relativos às matérias cujas decisões judiciais desfavoráveis à Fazenda Nacional tenham sido proferidas em sede de Recursos Extraordinários com Repercussão Geral (STF) ou em Recursos Especiais Repetitivos (STJ), após expressa manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).*

26. *Tendo em vista que decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário – RE 389.808/PR – cujo centro da discussão é a transferência do sigilo bancário para Receita Federal, conforme disposto na Lei Complementar 105/2001 e no Decreto 3.724/2001 – não foi submetida ao rito da repercussão geral, não há que se falar em vinculação da RFB aos efeitos daquela decisão.*

27. *Já no tocante ao art. 62, parágrafo único, inciso I, da Portaria do Ministério da Fazenda – MF nº 256, de 22 de Junho de 2009 – Regimento Interno do CARF, que foi substituída pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, mas manteve o entendimento acerca da matéria em análise, entende-se por decisão definitiva, as quais deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, somente aquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B (repercussão geral) e 543-C (recurso especial repetitivo) da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil (CPC), veja-se:*

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (grifei)

28. Verifica-se, pois, que o CARF também não está vinculado aos efeitos da decisão proferida nos autos do RE 389808/PR uma vez que este não foi julgado sob o rito da Repercussão Geral. Tanto que há súmulas vinculantes naquele Conselho Administrativo que versam sobre o tema, veja-se:

Súmula CARF nº 29: Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento. Portaria MF n.º 383 DOU de 14/07/2010

Súmula CARF nº 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. Portaria MF n.º 383 DOU de 14/07/2010

Súmula CARF nº 38: O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário. Portaria MF n.º 383 DOU de 14/07/2010

29. Ante o exposto, considerando que o contribuinte não está sob o amparo da decisão proferida nos autos do RE 389808/PR; considerando que não há decisão em sede de recurso extraordinário com repercussão geral ou recurso especial repetitivo que versa sobre a matéria desses autos; e considerando que o contribuinte não apresentou documentação para comprovar a origem dos valores depositados nas contas que especifica, faz-se necessário o lançamento de ofício nos termos do artigo 42 da Lei n. 9.430/96.

30. Abaixo os valores sujeitos a lançamentos de ofício, consolidados por mês, cujo detalhamento encontra-se no **Anexo 1** (doc. 21.1), parte integrante deste Termo.

Mês	Valor (R\$)	Valor tributável (R\$)
jan-10	2.136.649,03	1.956.758,09
fev-10	1.069.991,41	995.906,38
mar-10	1.249.673,89	1.245.048,89
abr-10	1.322.665,07	1.084.733,36
mai-10	1.550.324,30	1.512.596,24
jun-10	2.615.086,13	2.590.961,13
jul-10	3.462.118,15	3.351.226,65
ago-10	3.929.745,03	3.799.693,48
set-10	3.782.751,22	3.773.876,22
out-10	2.718.929,97	2.356.969,19
nov-10	2.454.892,58	2.424.224,58
dez-10	1.248.993,95	1.234.972,39
Total	27.541.820,73	26.326.966,60

31. Em relação às contas abaixo mantidas em conjunto, tendo em vista a apresentação de declaração de rendimentos em separado, e considerando que não houve comprovação da origem dos recursos, o valor dos rendimentos foi imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos pela quantidade de titulares, nos termos do §6º do art. 42 da Lei 9430/96.

Banco	Agência	Conta-corrente	1º Titular	2º Titular
Bradesco	1956-9	10330-6	Leticia Costa de Oliveira Leite	Donisete Geraldo Leite
Sicoob	3171-2	1310-2	Leticia Costa de Oliveira Leite	Donisete Geraldo Leite
Sicoob	3171-2	90-6	Maria Lúcia Leite	Donisete Geraldo Leite

Devidamente cientificado, o Interessado apresentou, tempestivamente, impugnação (fls. 254/291), alegando, resumidamente, o que segue:

III.1 - AUSÊNCIA DE BUSCA DA VERDADE MATERIAL PARA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO – INOBSERVÂNCIA AO DEVER CONSTITUCIONAL DE INVESTIGAÇÃO E PROVA DA REALIZAÇÃO DO SUPORTE FÁTICO TRIBUTÁRIO.

Primeiramente, enfatize-se que o procedimento administrativo de lançamento, no caso em comento consubstanciado no auto de infração ora combatido, deve ter como objetivo a busca da verdade material, devendo esta ser demonstrada e provada objetivamente, à luz dos rigores do devido processo legal.

Nesse sentido, a verdade material deve ser objeto de prova realizada pela autoridade administrativa, sendo este dever completamente

inerente à atividade administrativa de aplicação da lei tributária vislumbrada no lançamento.

Tais constatações podem ser extraídas do próprio conceito de lançamento tributário, conforme se analisa:

(...) Art. 142 do CTN – fls. 258

O lançamento é atividade completamente vinculada e, em decorrência do princípio da legalidade, deve constituir fundamentada e motivadamente o crédito tributário. Nesse sentido, a demonstração objetiva da realização do suporte fático tributário constitui o dever da fiscalização, que se não for observado tornará sem validade a atuação fiscal perpetrada.

É nesse sentido que não há que se falar que verificados supostos indícios ou presunções que indicam fatos tributáveis (EXTRATOS BANCÁRIOS), haveria, a transferência do ônus da prova para o contribuinte, para que fizesse a demonstração e justificação dessas presunções.

Em primeiro lugar porque o estado não tem o ônus de provar a ocorrência dos suportes fáticos que desencadearam a sua ação, mas sim o dever jurídico de prova. Nas precisas palavras do tributarista e professor da USP HELENILSON CUNHA PONTES, observa-se que é impossível qualquer inversão/flexibilização do ônus da prova quando se trata de lançamento tributário eis que é inerente à atividade vinculada do Estado, a demonstração cabal e objetiva das premissas fáticas que pretende ver tributada:

(...) fls. 259

No caso em comento o Fisco Federal não cuidou de buscar a verdade material dos fatos, furtando-se em cumprir o dever de prova das premissas que fundamentariam a exigência fiscal ora Impugnada.

O que fez a fiscalização foi apenas se valer de extratos bancários do contribuinte como se todos os dados nele inseridos representassem disponibilidade econômica ao Impugnante, constituindo-se fato gerador do imposto de renda. Não houve, portanto a demonstração, como é dever inerente à atividade fiscalizatória, da base de incidência do tributo.

O Fisco Federal deveria ter provado e demonstrado prova objetivamente que pudesse funcionar como o suporte fático da ocorrência do fato gerador que se pretende tributar. Não há nos autos qualquer demonstração de prova nesse sentido, revelando-se, apenas meros indícios e presunções calcados em depósitos bancários cuja

origem supostamente não foi comprovada, que certamente são imprestáveis a sustentar a atividade fiscal.

Tanto é verdade que, mesmo em casos em que a própria Autoridade Lançadora admite dúvida, entendeu por bem em considerar determinadas linhas dos extratos bancários do Impugnante como receitas tributáveis, contrariando diretamente o que determina o art. 112, do CTN. Isso em casos em que se tratavam de TRANSFERÊNCIAS ENTRE CONTAS DO PRÓPRIO CONTRIBUINTE, que evidentemente jamais poderiam ser consideradas, como acréscimo patrimonial por sua própria natureza (tratam-se de meras transferências). Este é apenas um exemplo da, concessa vênia, arbitrariedade da autuação por omissão de receitas baseada apenas em depósitos bancários.

É exatamente em razão dessa assertiva que não houve a observância ao dever constitucional de investigação e prova e ainda houve a desconsideração da busca pela verdade material dos fatos, pretendendo-se tributar apenas com base em indícios, presunções e ficções.

De outro lado, e ainda apegado a ausência do cumprimento do dever de prova e investigação preterido pelo ilustre fiscal responsável pela autuação em comento, registre-se que nem se pode alegar que caberia ao contribuinte o ônus de desfazer as presunções e indícios apontados pela Fiscalização, para desmontar a autuação em comento como pretendeu o Ente Tributante, exigindo a comprovação da origem dos depósitos bancários identificados cuja origem teria sido não comprovada.

É que a Impugnante não pode concordar com a sistemática adotada pelo Fisco Federal, sendo que, a partir do momento que discordou do lançamento e questionou a presunção utilizada pela Administração Pública, não se pode falar em inversão do ônus da prova. Uma vez mais se diga que não se trata de ônus do Fisco, que poderia ser invertido, mas sim DEVER CONSTITUCIONAL DE PROVA, que não comporta qualquer inversão ou flexibilização.

O lançamento fiscal com base em presunções e indícios, somente poderia prevalecer (admitindo-se tal possibilidade apenas por apego ao debate!) se o Impugnante não tivesse instaurado o contencioso administrativo, impugnando o Auto de Infração.

Nos valem da lição do mestre Geraldo Ataliba, sobre A questão do ônus da prova, Confira-se:

(...) fls. 261

Já Paulo Bonilha leciona que:

(...) fls. 261

Assim, não há que se falar em inversão do ônus da prova, cabendo ao contribuinte, por exemplo, comprovar e demonstrar como foi feita sua movimentação financeira, devendo a Administração produzir provas

acerca da ocorrência fática da evento descrito no fato jurídico, não só na esfera administrativa, mas também na judicial. Ora, exigir de um contribuinte pessoa física que dê conta de forma esmiuçada de toda origem detalhada de seus depósitos bancários em período que remete a 5 anos atrás é medida que extrapola até os limites da razoabilidade. Isso além de configurar, sem qualquer sombra de dúvida, violação ao sigilo bancário, o que somente poderia ocorrer mediante autorização do Poder Judiciário, nos exatos termos de nossa Carta Política.

Conforme tem reconhecido o próprio Colendo Conselho de Contribuintes, o Código de Processo Civil deve ser subsidiariamente empregado na seara administrativo-fiscal, devendo ser aplicado no caso o art. 333, I, do diploma processual, que determina expressamente:

(...) fls. 261

Ora, é inquestionável que o fato constitutivo do direito de lançamento do fisco federal decorre do suposto auferimento de receitas não declaradas, sendo que a ele incumbe o ônus probatório (já demonstrado acima não tratar-se de ônus e sim de dever de prova) e, diga-se de passagem, essa prova deve ser robusta, capaz de demonstrar cabalmente que ocorreu entrada de receita nos cofres do impugnante não levada à tributação.

Neste diapasão, mister invocar a doutrina do eminente processualista, Professor Humberto Theodoro Júnior, no que se refere ao ônus da prova:

(...) fls. 262

O Termo de Verificação Fiscal indica que era do contribuinte a obrigação de comprovar a origem dos depósitos bancários identificados, sendo que a simples falta dessas informações constituiria tais depósitos como base de incidência "automática" do tributo.

Tal argumento somente comprova o fato de que fora utilizada mera presunção para fundamentar o lançamento fiscal, entendendo a Autoridade Administrativa que o ônus da prova seria do contribuinte, que deveria demonstrar a origem e destinação dos recursos financeiros apontados no Auto de Infração Todavia, não há que se falar que o fato do Impugnante ter sido intimado a demonstrar as justificativas para as movimentações em suas contas-correntes comprovaria suposta omissão de receitas, ensejando o procedimento utilizado pela fiscalização. Isso porque o ônus da prova (MAIS QUE ISSO: O DEVER CONSTITUCIONAL DE PROVA!) nesse caso é do Fisco, sendo que tanto o art. 330, I, do CPC, quanto a Jurisprudência do Conselho de Contribuintes são incisivos nesse sentido.

A utilização da presunção como fundamento para a lavratura de autos de infração deve ser utilizada com extrema cautela pelo Fisco, sendo que quando o contribuinte questiona especificamente esse método, cabe à Autoridade Administrativa o ônus (DEVER) de comprovar a eficácia de sua autuação. Nos casos de abuso da utilização das presunções, há um nítido comprometimento quanto à legalidade e segurança na instância, administrativa.

Sobre essa questão, o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda vem se pronunciando e reconhecendo a imprestabilidade de lançamentos que não trazem os mínimos elementos de segurança necessários a demonstrar e embasar o fato nele presumido pela fiscalização.

Veja-se, por exemplo, acórdão nº 107-06.229, de 22.03.2001, que é claro ao concluir que:

(...) fls. 263

Exatamente, na mesma linha, também decidiu a Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no acórdão nº 103-30.41 (de 29.01.2001), ao afastar uma tributação levada a efeito com fundamento na chamada “auditoria de produção”. Diz a ementa da referida decisão:

(...) fls. 263

Por fim, importante repisar que a exigência do crédito tributário em comento é propriamente lançamento tributário, devendo obedecer não só os requisitos formais destinados aos atos administrativos em geral, como também os requisitos descritos no art. 142 do Código Tributário Nacional, específicos para a constituição do crédito tributário. In casu, o Auto de Infração tem a natureza jurídica de lançamento tributário (de ofício), devido ao fato de que exige o recolhimento do IRPF, tendo em vista suposta omissão de receitas. Nesse caso, conforme mencionado, deve-se observar integralmente todos os requisitos formais desse ato administrativo estritamente vinculado.

Ainda nas palavras de Helenilson Cunha Pontes a questão pode ser assim resumida:

(...) fls. 264

Diante disso, (i) como nos autos não pôde ser comprovado inequivocamente a pretendida omissão de receitas indicadas pela fiscalização, (ii) deixando esta última de fazer a busca pela verdade material dos fatos e cumprir o dever objetivo de prova e investigação das premissas fáticas que dariam ensejo à autuação, (iii) sendo o presunção realizada pelo Fisco calcada apenas em depósitos bancários, insuficiente para conferir ao crédito tributário a certeza e a liquidez necessárias, deve a presente Impugnação ser provida para cancelar o Auto de Infração ora combatido.

III.1.1 - Autuação em Afronta ao Dever de Prova – Consideração de Indícios e Presunções – Afronta à Capacidade Contributiva do Impugnante.

A exigência tributária, seguindo comando inserto na Constituição de 1988, deve observar a capacidade econômica do contribuinte, de tal forma que não seja subtraído do patrimônio particular parcela superior a possibilidade do sujeito passivo. Isso para garantir eficácia aos princípios da igualdade também da não-confiscatoriedade.

A tributação, portanto, deve limitar-se às identificações de real capacidade contributiva do contribuinte, sendo que qualquer exigência fiscal que não observe a efetiva manifestação de riqueza em consonância com a hipótese de incidência expressamente prevista em lei, importará em afronta à capacidade contributiva, resultando em atividade confiscatória por parte do Estado.

Se a autoridade Fiscal imputa ao contribuinte autuação despida de qualquer prova objetiva que identifique a ocorrência do fato gerador, na forma como previamente determinada pela lei, considerando apenas meros indícios ou presunções, a exigência fiscal não estará pautada pelo princípio da capacidade contributiva, afrontando gravemente o princípio constitucional.

O tributarista Roque Antônio Carraza arremata com clareza a questão:

(...) fls. 265

É nesse sentido que no caso em tela, tendo sido inobservado o dever de prova inerente ao lançamento tributário, não cuidando a fiscalização de provar objetivamente a ocorrência fática das premissas que justificariam a ação desencadeada, outra conclusão não se pode delinear senão que a tributação se efetivou com base em presunções, indícios e ficções, o que não pode ser tolerado dentro do Estado Democrático de Direito, especialmente à luz do princípio da capacidade contributiva.

O auto de infração em comento, exatamente em razão de não ter provado objetivamente (DEVER DE PROVA!) a ocorrência do fato gerador do imposto de renda, incorreu em tributação que desconsiderou a capacidade econômica do contribuinte, eis que o imposto incidiu sobre fatos que não exibem conteúdo econômico, sobretudo fatos que não são alcançados pelo imposto de renda.

O mesmo autor acima citado impõe a conclusão, recorrendo especificamente sobre o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica:

(...) fls. 266

Portanto, considerando que no caso em comento houve tributação desvinculada da limitação imposta pela princípio da capacidade contributiva eis que ausente qualquer prova cabal construída pela Fiscalização que sustente a ocorrência fática da hipótese de incidência do imposto de renda pessoa jurídica, a autuação também merece ser cancelada por inconstitucionalidade da exigência fiscal atacada.

III.2 – DO POSICIONAMENTO DO EXCELSE STF SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DIRETAMENTE PELO FISCO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

Conforme constante do próprio Termo de Verificação Fiscal que acompanha o Auto de

Infração, o Contribuinte deixou de apresentar seus extratos bancários e informações sobre suas contas em razão do entendimento de que para tanto, seria imprescindível que o Fisco obtivesse autorização judicial, tendo em vista que o sigilo bancário é expressamente resguardado por nossa Constituição Federal.

Inclusive, o posicionamento do Impugnante e corroborado pela própria jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica abaixo:

(...) fls. 267

Esclarece-se que não se defende um direito absoluto ao sigilo bancário, mas apenas que a própria Carta Política submeteu essa questão expressamente ao crivo do Poder Judiciário, sendo inafastável sua autorização, o que não foi realizado no presente caso.

Ademais, o TVF ressalta que não há vinculação da decisão do STF citada acima ao Impugnante. Ora, é bem verdade que não há realmente qualquer causa legal que vincule

obrigatoriamente a decisão acima ao presente caso. Todavia, estamos tratando de manifestação da Corte Suprema do país que certamente possui enorme peso na tomada de decisão dos julgadores administrativos, norteador o julgamento.

De fato, até mesmo em homenagem aos princípios da eficiência (art. 37 da CF/88) e da celeridade, não há qualquer sentido em se insistir em uma exigência tributária cujos fundamentos já foram, afastados pela mais alta corte da Nação.

Dessa forma, tendo em vista a jurisprudência do STF, que corrobora a tese do contribuinte, não há dúvidas sobre a necessidade jurídica de cancelamento do presente AI.

III.3 – DA DECADÊNCIA DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXIGIDO

Conforme se passa a demonstrar no presente tópico da Impugnação, não pairam dúvidas sobre a decadência de parte do crédito tributário

exigido, eis que não é dado ao Fisco constituir em outubro de 2015 (a notificação do lançamento se concretizou em 02.10.2015) créditos tributários que tenham fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a setembro de 2010, ou seja, com lapso temporal superior a 05 (cinco) anos contados do fato gerador.

Primeiramente, cabe ressaltar que a autuação em questão visa exigir do Impugnante o recolhimento IRPF (Imposto de Renda Pessoa Física) e seus acréscimos legais, tributo sujeito ao lançamento por homologação, em que os contribuintes são responsáveis por levantar os fatos tributáveis, apurar o tributo devido e antecipar seu pagamento, sob a condição resolutória da ulterior homologação pelo ente tributante competente. Dessa forma, é aplicável a regra da decadência contida no art. 150, § 4º, do CTN.

Segundo o dispositivo legal supramencionado, a Fazenda Pública tem o prazo de 05 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, para realizar a homologação do tributo apurado e antecipado pelo contribuinte. Após decorrido esse prazo, sem manifestação do ente público, considera-se homologado o pagamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Desta forma, a disciplina, em se tratando de prazo decadencial para tributos sujeitos ao lançamento por homologação, não reside no art. 173, inciso I, do CTN, mas sim no art. 150, § 4º, do CTN, conforme adverte a mais abalizada doutrina pátria, dentre os quais Sacha Calmon Navarro Coelho, Ives Gandra da Silva Martins, Hugo do Brito Machado e Misabel Abreu Machado Derzi.

(...) fls. 269

Não há que se falar que, em casos como o presente, a regra do art. 150, § 4º do CTN deve ser “deslocada” para a do art. 173, inciso I, desse diploma legal em razão de que se trataria de lançamento de ofício e não de lançamento por homologação.

Tal interpretação, além de se basear em premissa completamente equivocada, ou seja, a de que se homologaria apenas o pagamento e não todas as diligências realizados pelo contribuinte, simplesmente tornaria inútil o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Ademais, cumpre ressaltar que HOUVE ATIVIDADE DE APURAÇÃO E ANTECIPAÇÃO DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NO PERÍODO, inclusive com a entrega das respectivas declarações ao Fisco, de forma que existiu matéria a homologar, fato que também afasta a tese de que não havendo recolhimento (inexistindo procedimentos a homologar) o prazo decadencial recairia no art. 173, inciso I, do CTN.

Exatamente nesse sentido é o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça

no Resp. nº 973733/SC, julgado sob a sistemática dos "recursos repetitivos" - art. 543-C. do CPC que, portanto, tem aplicação obrigatória ao Processo Administrativo-Fiscal, nos termos do art 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF - RICARF.

Cumprе esclarecer que a jurisprudência pacífica do CARF já vem adotando o entendimento do STJ, inclusive no tocante à contribuições previdenciárias, como se verifica através do seguinte julgado, dentre muitos outros:

(...) art. 270

Importa salientar, ainda, que o imposto de renda, conforme sua matriz constitucional, bem como em razão da construção de sua regra-matriz de incidência tributária trabalhada pela Legislação complementar (CTN), tem como aspecto material (o cerne de seu fato gerador) a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica de renda, sendo esta caracterizada mediante a verificação de acréscimo patrimonial.

Não há dúvidas, portanto, que verificada a aquisição de renda ocorre imediatamente o fato gerador do imposto. É exatamente este o momento em que surge a obrigação do contribuinte para com o Estado-Arrecadador, segundo a matriz constitucional do imposto.

No presente caso, considerando-se como possível a autuação simplesmente com base em depósitos bancários (o que se admite apenas para argumentar), o Fisco CONSEGUIU identificar claramente os momentos de aquisição dessa "disponibilidade econômica de renda". Confira-se tabela retirada do próprio AI:

(...) fls. 271

Ora, tendo sido claramente identificados os períodos de aquisição da renda, resta evidente que se conhece o momento da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda

em questão (caso realmente pudesse prevalecer a presunção fiscal), sendo inequívoco que é este momento que deve ser levado em consideração para fins de contagem do prazo decadencial a que alude o art. 150, parág 4º, do CTN.

Inclusive, cumpre salientar que o citado art. 150, parág. 4º, do CTN impõe como marco inicial a data de ocorrência do fato gerador, o que, no presente caso, corresponde exatamente aos períodos da tabela acima, identificados no próprio Auto de Infração.

O Impugnante não desconhece as questões envolvendo o que se chama de "fato gerador complexo ou composto" e que seriam aplicáveis ao IRPF. Todavia, o que se defende é que referidas questões somente são atinentes à apuração e arrecadação do tributo (relacionadas, inclusive com o ajuste do exercício), em homenagem à praticidade fiscal.

A verdade é que tais considerações em nada alteram o arquétipo constitucional do Imposto de Renda e o fato de que seu fato gerador ocorre efetivamente com a aquisição da disponibilidade de renda. É justamente esse o momento a ser considerado para fins de contagem do prazo decadencial.

Ora, resta evidente que a sistemática de recolhimento do tributo juridicamente não deve influenciar seu prazo decadencial, sendo que este se baseia na regra-matriz de incidência, enquanto o recolhimento pode ser livremente disciplinado pelo legislador ordinário.

Ressalta-se que, nos termos do art. 146, inciso III, alíneas "a" e "B", da Constituição, cabe a lei complementar estabelecer regras gerais em matéria de fatos geradores dos impostos e de decadência tributária. O CTN, exercendo o papel de Lei Complementar, disciplinou o fato gerador do IR como sendo a aquisição da disponibilidade de renda, bem como o do início do prazo decadencial como o da ocorrência do fato gerador, sendo inequívoco que são esses os regramentos aplicáveis in casu.

Se a legislação ordinária previu a forma de apuração e arrecadação do IRPF diferentemente do que foi determinado em lei complementar, tal previsto em nada implica na contagem do prazo decadencial do referido Imposto.

Por fim, salienta-se que a jurisprudência pacífica do CARF também já definiu, inclusive em súmula, o que deve ser considerado como "antecipação de pagamento" para fins de aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN. Nesse sentido, o tribunal administrativo entendeu que o recolhimento, ainda que parcial, dos tributos é considerado antecipação de pagamento, MESMO QUE AS RUBRICAS ESPECÍFICAS EXIGIDAS NO AUTO DE INFRAÇÃO NÃO TENHAM SIDO INCLUÍDAS EM SUAS BASES DE CÁLCULO.

Referida situação é exatamente o que ocorre no presente caso, ou seja, caso realmente os depósitos sejam considerados como renda tributável (o que se admite apenas para argumentar), a verdade é que a Impugnante não incluiu tais valores na base de cálculo do IR (até mesmo por não considerá-los como renda).

Todavia, todo o restante das receitas efetivamente tributáveis não deixou de ser declarado e recolhido, o que, inquestionavelmente, atrai a aplicação do supracitado art. 150, § 4º do CTN.

Dessa, forma, não restam dúvidas de que ocorreu o decurso do prazo para a realização do lançamento relativo ao crédito tributário no período de janeiro/2010 a setembro/2010, razão pela qual deve ser

acolhida esta preliminar de DECADÊNCIA, para o fim de extinguir a exigência fiscal nesse interregno.

IV – DO MÉRITO

IV.1. – DA IMPOSSIBILIDADE DA AUTUAÇÃO FISCAL COM BASE EM EXTRATOS BANCÁRIOS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DA DISPONIBILIDADE ECONÔMICA DE RENDA E PROVENTOS.

De outro lado, da leitura do relatório fiscal se depreende que a autuação fundamentou-se exclusivamente na suposta ausência de comprovação da origem de receitas creditadas nas contas bancárias do Contribuinte.

Entretanto, o lançamento em debate não merece prosperar, eis que a autuação de contribuintes unicamente com base em extratos bancários não é cabível, tendo em vista que os dados constantes nesses documentos NUNCA serão capazes de caracterizar, com a necessária certeza, a disponibilidade econômica de renda e proventos.

Nessa linha de entendimento, decidiu a 3ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda:

(...) fls. 274

No mesmo sentido são os Acórdãos nos 101-93.056/00, 102-44.195/00, 104-17.493/00, 104-19.268, do Primeiro Conselho de Contribuintes, e Acórdãos nos 01-02.931/00, 01-02.932/00, 01- 02.741/99, 01-02.780/99, 01-02.704/99 e 01-02.670/99, da Câmara Superior de Recursos Fiscais daquele Órgão.

Assim, a disponibilidade de dados relativos a movimentações bancárias ocorridas em determinado período não autoriza o Fisco a exigir o imposto incidente sobre a renda, justamente porque tais informações não guardam relação direta com a disponibilidade econômica de renda e de proventos.

A autuação e imposição de severas penalidades com base em meras presunções (movimentação financeira) afrontam o ordenamento jurídico estabelecido, emergindo clara e cristalina a necessidade de a fiscalização comprove suas suspeitas, abandonando a posição de tributar por indícios não suficientemente investigados, ilações despropositadas e presunções, com flagrante arbitrariedade e "excesso de exação" (art. 316, § 1º, do Código Penal).

Ocorre que a fiscalização, em momento algum, diligenciou no sentido de tentar comprovar que os depósitos creditados na conta da Impugnante seriam efetivamente considerados como receita.

Além da constatação de créditos ocorridos nas contas-correntes do Impugnante, haveria necessidade de comprovação do nexo causal entre eles e o fato que representasse efetiva omissão de receitas para

que pudesse ser aplicado o arbitramento e o lançamento fiscal fosse considerado procedente.

Conforme restou demonstrado, somente foram constatadas as movimentações financeiras não se atendo o Fisco em comprovar o citado nexo de causalidade, sendo obrigatoriamente dele essa função.

Desse modo, seguindo a orientação do próprio Conselho de Contribuintes, não há como considerar subsistente o Auto de Infração questionado. Vejamos:

(...) fls. 276

Esse entendimento foi confirmado pela Câmara Superior de Recursos, como exemplifica o Acórdão CSRF/01-02.741 (DOU de 06.12.2000). sintetizado na seguinte ementa:

(...) fls. 276

Exatamente sobre o tema, o ilustre ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Mário da Silva Velloso, Com a propriedade que lhe é peculiar, assevera que:

(...) fls. 277

Desse modo, também por essa razão, merece ser cancelada a exigência fiscal em comento eis que pautou-se, equivocadamente, na movimentação financeira do Impugnante, deixando, no entanto, de demonstrar que os créditos em conta-corrente apurados importariam em omissão de receitas tributáveis, dever de prova que certamente lhe incumbe como titular do ato administrativo do lançamento tributário.

IV.1.1 - DA AUSÊNCIA DE AQUISIÇÃO DA DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU JURÍDICA DE RENDA OU PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA – INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA

Em primeiro lugar, mister ressaltar que é o art. 153, inciso III, da Constituição de 1988 que institui a competência impositiva à União Federal para a instituição do Imposto de Renda.

Em seu turno, seguindo os ditames do art. 146 de nossa Carta Política, o Código Tributário Nacional, recepcionado com o status de lei complementar nesse tocante, traçou as normas gerais sobre o Imposto de Renda, definindo, em seu art. 43, as hipóteses de incidência desse imposto.

Vejamos:

(...) fls. 278

Dessa forma, resta inequívoco que o tributo não Incide sobre qualquer tipo de "ganho" ou "vantagem" que a pessoa (física ou jurídica) possa auferir, mas somente sobre aqueles que se caracterizarem como renda ou provento de qualquer natureza.

Não há controvérsia, ainda, que se a Constituição Federal e a Lei Complementar (CTN) que regem a matéria disciplinam que somente a aquisição ou disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza é tributada pelo Imposto de Renda, não pode lei ordinária (ou legislação hierarquicamente inferior) dispor de forma diferente.

Nem mesmo o Código Tributário Nacional poderia dar conceito de renda e proventos uma conotação ou denotação transbordantes do sentido admissível na inteligência normal e daqueles demarcados constitucionalmente.

Caso não fosse observado o fato de que as significações das normas jurídicas de hierarquia inferior devem adequar-se ao conceito de "renda" e "proventos" presentes no Texto Supremo, os preceptivos constitucionais teriam valência nula. Confira-se, nesse sentido a lição do eminente Professor Celso Ribeiro de Bastos citada na obra de Roberto Quiroga Mosquera, in verbis:

(...) fls. 279

Não há que se falar, portanto, na possibilidade de o Regulamento do Imposto de Renda alargar os conceitos de renda e provemos para o fim de aumentar espectro das hipóteses de incidência do IR. Isso quer dizer que somente o acúmulo de renda ou proventos constitucionalmente delimitados pode ser legalmente tributado em nosso ordenamento jurídico pelo citado imposto.

Diante desse quadro, importante tecer algumas considerações sobre o conceito de renda e proventos a fim de determinar se meros depósitos em conta-corrente podem ser considerados como fato gerador do Imposto de Renda.

A doutrina pacificou o entendimento que a renda representa sempre um excedente ou mesmo um acréscimo patrimonial provenientes dos frutos de um patrimônio (capital, trabalho ou a combinação de ambos), com a qual não se confunde.

A eminente tributarista Misabel Abreu Machado Derzi, ao comentar as lições do mestre Aliomar Baleeiro sobre o imposto ora analisado, ponderou que renda:

(...) fls. 279/280

E continua a supra-referida autora:

(...) fls. 280

Resta claro, então, que apesar de complexa, o conceito de renda e proventos não pode ser dissociado da idéia de acréscimo patrimonial, fato que incorre no caso do Auto de Infração combatido.

Assim, resta inequívoco que a mera constatação de depósitos nas contas bancárias do Impugnante não podem ser considerados, em um maior aprofundamento, como renda, portanto passíveis da incidência do IRPF. Somente os depósitos que efetivamente acarretarem acréscimo patrimonial seriam tributáveis.

Nos termos mencionados acima, a hipótese, de incidência do IR é aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos, somente sendo observada quando ocorre acréscimo patrimonial dos contribuintes, não podendo se afirmar que a mera existência de dinheiro em conta-corrente possa ser passível da incidência do referido imposto federal, não encontrando tal fato respaldo no Código Tributário Nacional ou na própria Carta Magna.

É impossível vislumbrar se, legalmente, a possibilidade do Ente Tributante determinar a incidência do IR e compelir, por conseguinte, o Impugnante ao adimplemento da obrigação tributária em casos como o presente.

Desse modo, tendo em vista que a mera existência de depósitos em contas bancárias não representa, por si só, acréscimo patrimonial, não caracterizando aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos, não ocorre o fato gerador do Imposto de Renda no presente caso, sendo completamente indevida a exigência desse tributo.

IV.1.2 - Da Posição do Excelso STF - Sujeição da Matéria à Sistemática da Repercussão Geral

Cumpre salientar que a discussão sobre a possibilidade ou não da utilização de depósitos judiciais para caracterização de omissão de receitas foi recepcionada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal sob a modalidade de "repercussão geral", conforme se verifica da ementa abaixo:

(...) fls. 281/282

Dessa forma, ainda que V. Sas. entendam por bem em não acatar as razões acima, mantendo o lançamento que tem com fundamento apenas os extratos bancários do contribuinte, o que se admite apenas para argumentar, fato é que a última palavra sobre a questão será proferida pelo E. STF, com força vinculante ao presente processo administrativo-Fiscal, nos termos do art. 62, inciso II, "b", do atual RICARF (Portaria MF nº 343/2015).

IV.2. DA COMPROVAÇÃO DAS OPERAÇÕES QUE DEMONSTRAM A INEXISTÊNCIA DE AUFERIMENTO DE RECEITAS OMITIDAS E DA COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS APONTADOS COMO NÃO COMPROVADOS – DA INTEGRAL REGULARIDADE FISCAL DO IMPUGNANTE.

Ainda que ultrapassadas as alegações acima desenvolvidas que, por si só, fulminam a exigência fiscal em epígrafe, fato é caso se entenda necessária pela necessidade do contribuinte realizar a comprovação da origem dos depósitos efetuados nas contas correntes do Impugnante, que definitivamente não ensejaram qualquer tipo de receita omitida que deva ser oferecida à tributação, ainda assim a exigência fiscal em epígrafe deverá ser julgada insubsistente ante a inexistência de qualquer fato omitido ou não tributado envolvendo o contribuinte ora Impugnante.

Ocorre, todavia, que o montante apontado pelo Fisco Federal como fato gerador dos tributos ora exigidos, não merece prosperar a exigência fiscal em comento, pois que o contribuinte, ainda que não seja sua obrigação, demonstra que as operações realizadas com pessoas físicas que efetuaram depósitos nas contas correntes titularizadas pelo Impugnante envolviam relações de mútuo regularmente estabelecidas com tais pessoas, o que demonstra a ausência de qualquer fato gerador do IRPF ora exigido.

Importante observar que durante a ação fiscal o contribuinte continuou diligenciando junto a sua contabilidade bem como junto as pessoas físicas com as quais estabeleceu as operações noticiadas (repita-se, ainda que esse ônus não fosse seu) e conseguiu reunir documentação suficiente para demonstrar as alegações realizadas e comprovar a inexistência de fatos tributáveis omitidos ao Fisco Federal, senão vejamos.

IV.2.1. Das operações de mútuo realizadas - Da comprovação da origem dos depósitos realizados nas contas correntes vinculados aos contratos de mútuo

Conforme já noticiado durante a ação fiscal, o contribuinte estabeleceu durante o ano-calendário de 2010 diversas operações de mútuo com pessoas físicas, nas quais em algumas oportunidades figurou como mutuante e em outras oportunidades como mutuário. Depois de muito diligenciar em seus arquivos e também perante as próprias pessoas físicas mencionadas, o contribuinte localizou os contratos de mútuo firmados à época dos fatos, que dão conta de demonstrar que muitos dos depósitos apontados pelo Fisco Federal como sendo de origem não comprovada ou ainda como receita auferida pelo contribuinte e omitida à tributação cabível, se referem, na verdade, as operações de mútuo realizadas com tais pessoas.

Ora, os documentos em anexo comprovam inequivocamente a origem dos recursos decorrentes dos contratos de mútuo neles representados, sendo que basta se verificar que eles correspondem exatamente aos valores constantes dos extratos bancários respectivos, inclusive como

indicado em cada planilha separada por Credor juntada à presente Impugnação.

Cumpre esclarecer, por exemplo, que apenas os mútuos realizados entre o Impugnante e os Srs. Marcos Soares Rezende e Aureliano das Graças Oliveira beiram a quantia de R\$ 1.300.000.00 (um milhão e trezentos mil reais), o que corrobora o entendimento da ausência de certeza e liquidez do suposto crédito tributário pretendido pela d. Fiscalização.

As operações de mútuo, como não poderia deixar de ser, na mesma linha do que defendido acima, NÃO IMPLICAM EM ACRÉSCIMO PATRIMONIAL daquele que recebe as quantias pactuadas (até mesmo porque necessita devolvê-las), de forma que não há que se falar em incidência do IRPF, inclusive conforme reconhecido pela jurisprudência do CARF:

(...) fls. 284

Na verdade, as operações de mútuo ora comprovadas, são exemplos claros do motivo pelo qual não se pode defender como juridicamente válido um lançamento por omissão de receitas calcado apenas em depósitos bancários. Em outras palavras, os documentos em anexo, mais do que comprovar a origem das operações específicas nele tratadas, reforçam a tese de que o lançamento como um todo deve ser cancelado.

IV.3 – DA IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA ENTRE CONTAS DO IMPUGNANTE

Além da existência de diversas operações de mútuo que inequivocamente elidem a presunção de omissão de receitas constante do Auto de Infração, fato é que a d. Fiscalização utilizou o expediente de incluir na base de cálculo do tributo supostamente devido valores relativos a transferência entre contas do próprio Impugnante, corroborando o fato de que é completamente indevido o lançamento calcado apenas em depósitos judiciais.

Ora, ainda que fosse possível a manutenção do lançamento calcado apenas em depósitos judiciais, o que se admite apenas para argumentar, fato é que a transferência entre contas do próprio Impugnante jamais pode ser considerada para fins de apuração do crédito tributário, tendo em vista que (i) além de não se tratar de riqueza nova (ocorreu apenas uma transferência), (ii) há evidente incidência em duplicidade sobre exatamente o mesmo valor, ou seja, quando considerado em uma conta e depois, quando transferido para outra conta do Impugnante.

Dessa forma, caso prevaleça a lógica da autuação, o que se acata apenas para debate, não há dúvidas sobre a necessidade de exclusão das transferências entre contas do próprio Impugnante (Anexo 2 do AI), eis que, ao contrário do defendido no TVF, elas efetivamente não podem ser consideradas como novos valores, sendo que sua inclusão implica em exigência em duplicidade do tributo.

V – DA INAPLICABILIDADE DAS MULTAS DA FORMA COMO PRETENDIDO PELO FISCO

Antes mesmo de se adentrar na impossibilidade da aplicação das multas da forma como constante do lançamento, cumpre esclarecer que como incorre o fato gerador do IRPF, na verdade não há que se falar em qualquer penalidade.

No entanto, na eventual possibilidade de se prevalecer a tese da incidência do IRPF no caso em comento (o que se admite apenas para argumentar), resta claro que a penalidade não pode prevalecer no, concessa venia, absurdo patamar exigido. Senão veja-se.

V.1 – DA INFRIGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO AO CONFISCO E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Data venia, mesmo havendo previsão legal, ditas sanções caracterizam a negação do princípio milenar da gradação da penalidade, isto é, a penalidade deve ser medida, levando-se sempre em conta, a natureza e as circunstâncias da falta cometida.

É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que os Limites ao Poder de Tributar são verdadeiros direitos e garantias fundamentais do contribuinte, caracterizando-se como “cláusulas pétreas” em nossa Constituição, até mesmo porque decorrem de princípios insculpidos no art. 5º da Carta Política. Dentre esses limites, podemos citar proibição do confisco (o Princípio do Não-Confisco), instituído através do inciso IV, art. 150 da Carta Política.

Segundo o mencionado dispositivo, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal são proibidos de utilizar tributos com efeito de confisco. Assim, tem entendido os constitucionalistas e tributaristas que o primado, além de dever ser interpretado de forma ampla, por ser direito e garantia individual, visa proteger o patrimônio do contribuinte, não havendo sentido em não englobar também as multas e contribuições.

Ademais, cobrar uma multa exorbitante em função de algum tributo, nada mais estaria se fazendo do que utilizar esse tributo de maneira confiscatória, mesmo que indiretamente.

Desse modo, nada mais confiscatório do que a aplicação de multa referente a 75% de todo o imposto supostamente devido, e o que é pior, em caso em que não há que se falar em dolo.

Ora, ilustres julgadores, se exigir uma multa tributária, ou seja, em razão do descumprimento de obrigações relacionadas à tributos, no

importe de 75% do valor da operação não é utilizar esse tributo com efeito de confisco, nada mais será.

A doutrina do professor Sacha Calmon Navarro Coelho, é no sentido de:

(...) fls. 286

Ademais, o art. 145, § 1º, de nossa Carta Política é claro, manifestando-se expressamente que a autoridade administrativa deve respeitar o princípio da capacidade contributiva quando da apuração e exigência de tributos e contribuições.

Deste modo, cabe a autoridade administrativa respeitar a capacidade contributiva do contribuinte, cabendo a este questionar os critérios adotados para o efetivo cumprimento desse dispositivo.

Resta evidente, portanto, que a aplicação de multa não pode violar o princípio do Não confisco e é obrigada a observar a Capacidade Contributiva do Impugnante, devendo ser decotada do Auto de Infração, isso na impensável hipótese do tributo ser realmente considerado devido.

V.2 – DA INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE

Não obstante, em homenagem ao princípio da eventualidade, vem o Recorrente combater a exigência de multa isolada, porque é excessivamente onerosa, desproporcional e, portanto, flagrantemente ofensiva aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Tradicionalmente, os atos legislativos e administrativos sujeitavam-se exclusivamente ao controle de legalidade. Pouco a pouco, a partir do momento em que a Constituição deixou de ser mero repositório de normas pragmáticas para assumir densidade e normatividade jurídica, afastando-se da doutrina clássica da separação dos Poderes, a jurisprudência passou a admitir que os atos do Poder Público possam ser contrastados também em sua razoabilidade (ou proporcionalidade), domínio até então infenso à apreciação judicial.

Não se cuida de vedar a discricionariedade que permeia a atividade pública nem de transferi-la para os tribunais judiciais ou administrativos, mas apenas e tão somente impedir que na sua prática sejam cometidos excessos que maculam a Constituição, Luiz Roberto Barroso assim define o princípio constitucional da razoabilidade diz:

(...) fls. 288

Ao prescrever o que vem a ser os tais elementos objetivos que permitem dizer se o ato do Poder Público é ou não razoável afirma que são eles: a adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; a exigibilidade e/ou necessidade da medida; e a proporcionalidade em sentido estrito.

No caso versado, conforme se vê no Auto de Infração, as multas correspondem a grande parte do Auto de Infração, ou seja, chegando a valores superiores ao próprio principal.

Vale dizer, em termos econômicos, o imposto, fonte de arrecadação e fim último da tributação, transforma-se em acessório e o acessório em principal, o que vem demonstrar a grave ofensa ao princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade), tendo em vista a desproporcionalidade entre os fins e o meio.

Fato é que a penalidade não pode se transformar, em termos econômicos, na fonte principal de arrecadação, substituindo neste objetivo a obrigação principal, que é o pagamento do tributo. Essa subversão de objetivos fica clara no Auto de Infração ora impugnado.

Há verdadeira subversão entre os fins e os meios e, embora legal, a exigência de multa isolada nestes patamares fere o princípio da razoabilidade, porque há inadequação, desproporcionalidade, entre o quantum das multas aplicadas e o quantum do imposto cujo recebimento se busca viabilizar através do Auto de Infração ora combatido.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, já repudiou multas que inconstitucionalmente deixam de cumprir suas funções educativas e repressivas para apropriar-se do patrimônio do contribuinte, fato que além de infringir a Princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade, acaba por violar também o primado que veda a utilização do Sistema Tributário Nacional com o fim de expurgar o patrimônio do contribuinte, conforme mencionado acima. Confira-se:

(...) fls. 290

Dessa forma, na hipótese de não prevalecer a improcedência do AI, requer a supressão da multa ou sua redução para o patamar mínimo.

VI – DOS EQUÍVOCOS NO ARROLAMENTO DE BENS

A douta Fiscalização procedeu no Arrolamento de Bens relacionado ao crédito tributário em comento, nos termos dos arts. 64 e 64-A, da Lei nº 9.532/97 e do art. 2º da Instrução Normativa RFB 1.565/2015. Todavia, incluiu nesse arrolamento BENS QUE NÃO MAIS SÃO DE PROPRIEDADE DO IMPUGNANTE, o que evidentemente não pode prevalecer.

Alguns dos imóveis arrolados não mais pertencem à pessoa física do Impugnante, mas foram integralizados em empresas de participações antes do arrolamento, de forma que não poderiam ser arroladas em nome do Autuado.

De fato, as quotas de suas empresas de participação também foram arroladas, sendo este o procedimento correto observando-se a titularidade dos bens.

Dessa forma, não há dúvidas sobre a necessidade de se retirar do Arrolamento de Bens aqueles bens que não são de propriedade do Impugnante.

VII – DO PEDIDO

Por todo exposto, requer a Impugnante que seja recebida e provida a presente Impugnação julgando-se improcedente o lançamento consubstanciado no Auto de Infração ora combatido e determinando de pronto o seu trancamento, sendo a Autuada exonerada dos gravames decorrentes do litígio, pelo acolhimento das preliminares ou pela apreciação das razões de mérito, em especial a jurisprudência pacificada pelo c. STF (RE nº 389.808/PR).

Alternativamente, caso não entenda possível o cancelamento do Auto de Infração, o que se admite apenas para argumentar, que seja determinada a retirada da multa ou sua redução ao menor patamar legalmente possível, tendo em vista as razões ora esboçadas.

Requer, ainda, que sejam retirados do Arrolamento de Bens e Direitos realizado em decorrência do presente Auto de Infração todos os bens que à época do Arrolamento não mais eram de propriedade do Impugnante.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza (CE) lavrou Decisão Administrativa textualizada no Acórdão nº **08-36.531 da 1ª Turma da DRJ/FOR**, às fls. 375/416, julgando improcedente a impugnação apresentada em face do lançamento, mantendo o crédito tributário exigido em sua integralidade. Recorde-se:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2011

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova ao contribuinte. Somente a apresentação de

provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

EMPRÉSTIMO NÃO COMPROVADO. MÚTUO.

A alegação da existência de empréstimo realizado com terceiro deve vir acompanhada de provas inequívocas da efetiva transferência dos numerários para o mutuário, não bastando a simples apresentação de contrato sem registro.

PROVA. CONTRATO PARTICULAR SEM REGISTRO PÚBLICO.

O contrato particular, sem o devido registro público, não pode ser oposto a terceiros e, muito menos, ao Fisco, sem o subsídio de elementos concretos que comprovem a movimentação financeira resultante da transação.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. DECADÊNCIA

Dada sua natureza complexiva, o fato gerador do imposto de renda da pessoa física, que abarca, em regra, a universalidade das rendas auferidas ao longo do ano-calendário, incluídos os rendimentos omitidos, caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre em 31 de dezembro de cada ano. Descabida a arguição de decadência mensal.

DIREITO TRIBUTÁRIO. VERDADE MATERIAL

Embora estimulada, a busca da verdade material em Direito Tributário não é absoluta, haja vista que a legislação específica contém condições e pressupostos que limitam a possibilidade de alcançar esse objetivo.

INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

Os princípios constitucionais tributários são endereçados aos legisladores e devem ser observados na elaboração das leis tributárias. Logo, na esfera administrativa não cabe a discussão de ilegalidade ou inconstitucionalidade de legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. AUSÊNCIA.

O Princípio da Vedação ao Confisco previsto na Constituição Federal é dirigido ao legislador, cabendo à Autoridade Fiscal somente a aplicação da multa de ofício, nos moldes da legislação de regência.

A esfera competente para decidir sobre ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei é a judiciária, devendo o interessado recorrer a esta para tratar de tal questão, não cabendo ao julgador administrativo emitir qualquer juízo de valor acerca da razoabilidade ou da proporcionalidade do valor de multa aplicada nos termos de lei plenamente vigente.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.

Não cabe a discussão de ilegalidade ou inconstitucionalidade de legislação vigente, na esfera administrativa.

JURISPRUDÊNCIAS E DOUTRINAS. EXTENSÃO.

As decisões judiciais, a exceção daquelas proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade de normas legais, e as administrativas não têm caráter de norma geral, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência senão àquela, objeto da decisão e a mais respeitável doutrina, ainda que dos mais consagrados tributaristas, não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo.

ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. CONTESTAÇÃO EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO DE LANÇAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

O julgamento administrativo da impugnação ao lançamento de ofício destina-se à solução do litígio concernente ao crédito tributário, não comportando contestação ao arrolamento de bens e direitos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão julgador *a quo*, o Recorrente interpôs **Recurso Voluntário** às fls. 425/480, reprisando os mesmos argumentos já lançados em sua peça de impugnação, a saber:

a) Preliminarmente:

- que houve indevida inversão do ônus da prova;
- pela impossibilidade de quebra de sigilo bancário diretamente pelo fisco no caso específico dos autos;
- pela decadência de parte do crédito tributário exigido;

b) Mérito:

- inoccorrência do fato gerador do Imposto de Renda ante a ausência de aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza;
- que houve comprovação das operações que demonstram a inexistência de auferimento de receitas omitidas e da comprovação da origem dos depósitos apontados como não comprovados – Operações de Mútuo;
- pela impossibilidade de tributação das operações de transferência entre contas do recorrente (transferência entre contas do mesmo titular).

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa – Relatora

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O Recorrente foi cientificado da r. decisão em debate no dia 28/06/2016 conforme tela às fls. 422, e o presente Recurso Voluntário foi apresentado, TEMPESTIVAMENTE, no dia 28/07/2016 (fl. 424), razão pela qual CONHEÇO DO RECURSO já que presentes os requisitos de admissibilidade.

2. DAS PRELIMINARES

2.1 – Dos depósitos bancários.

O Recorrente, afirma que o procedimento administrativo de lançamento, no caso em comento consubstanciado no auto de infração ora combatido, deve ter como objetivo a busca da verdade material, devendo esta ser demonstrada e provada objetivamente, à luz dos rigores do devido processo legal.

Com amparo no artigo 142 do CTN, sustenta que “*NÃO há que se falar que verificados supostos indícios ou presunções que indicam fatos tributáveis (EXTRATOS BANCÁRIOS), haveria a transferência do ônus da prova para o contribuinte, para que fizesse a demonstração e justificação dessas presunções*”.

Ao final, defende que “*(i) como nos autos não pôde ser comprovado inequivocamente a pretendida omissão de receitas indicadas pela fiscalização, (ii) deixando esta última de fazer a busca pela verdade material dos fatos e cumprir o dever objetivo de prova e investigação das premissas fáticas que dariam ensejo à autuação, (iii) sendo a presunção realizada pelo Fisco calcada apenas em depósitos bancários, insuficiente para conferir ao crédito tributário a certeza e a liquidez necessárias, deve o presente Recurso ser provido para reformar o v. acórdão recorrido e, conseqüentemente, cancelar o Auto de Infração ora combatido.*”

Entretanto, razão não lhe assiste.

Saliente-se de imediato que não cabem mais questionamentos quanto à possibilidade de formalização da exigência com base em extratos bancários. Tal entendimento já foi superado desde o advento da Lei nº 9.430/96 que estabeleceu a hipótese da caracterização de omissão de receita com base em movimentação financeira não comprovada.

A presunção legal trazida ao mundo jurídico pelo dispositivo em comento torna legítima a exigência das informações bancárias e transfere o ônus da prova ao sujeito passivo, cabendo a este prestar os devidos esclarecimentos quanto aos valores movimentados. A propósito, confira-se:

IMPOSTO DE RENDA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. ÔNUS PROBATÓRIO DO SUJEITO PASSIVO.

1. O art. 42 da Lei 9.430/1996 cria um ônus em face do contribuinte, ônus este consistente em demonstrar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira. Por outro lado, o conseqüente

normativo resultante do descumprimento desse dever é a presunção de que tais recursos não foram oferecidos à tributação, tratando-se, pois, de receita ou rendimento omitido. 2. Tal disposição legal é de cunho eminentemente probatório e afasta a possibilidade de se acatar afirmações genéricas e imprecisas. A comprovação da origem, portanto, deve ser feita de forma minimamente individualizada, a fim de permitir a mensuração e a análise da coincidência entre as origens e os valores creditados em conta bancária. Recurso Voluntário Negado. (CARF, 2ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Acórdão nº 2402-005.592, Rel. Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci, Sessão 19/01/2017)

Veja-se que é pacífico o entendimento deste Conselho no sentido de que “a *presunção legal de omissão de rendimentos tributáveis, prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações*”.

Ademais, tendo sido o auto de infração lavrado por autoridade competente, observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo tributário, e não demonstrado óbice ao pleno exercício do direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento.

Portanto, a alegação de que em regra cabe ao Fisco comprovar as suas alegações, não merece acolhida.

3. Da quebra de sigilo bancário

O Recorrente sustenta que Administração Tributária não pode, por si, exigir do contribuinte ou de terceiros a prestação de informações que representem a quebra de seu sigilo bancário, seja antes da edição da Lei Complementar nº 105/01, ou mesmo posterior à adição da referida lei.

Desse modo, defende que é vedado à Administração, sem qualquer razoabilidade, exigir ou obter junto a terceiros, informações que dizem respeito à intimidade do contribuinte. Só o Judiciário, em procedimento fiscal regularmente instaurado e subscrito, pode eximir as instituições do dever de segredo.

Interessante à solução do caso repisar a sucessão de eventos que justificam o procedimento adotado pela Autoridade Fiscal quanto à Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira.

O procedimento iniciou-se com o TERMO DE INÍCIO DE PROCEDIMENTO FISCAL (fls. 02/03), cuja ciência via postal ocorreu em 31.03.2014, ocasião em que o contribuinte foi intimado a apresentar, em síntese, os seguintes documentos/informações:

[...]

2. Documentos/informações a serem apresentados:

2.1 Extratos bancários de conta-corrente, aplicações financeiras e cadernetas de poupança, referente a todas as contas mantidas, inclusive de titularidade do cônjuge e outros dependentes, em instituições financeiras situadas no Brasil e no exterior. Devem ser apresentados, inclusive, os extratos das contas nas seguintes instituições financeiras:

BANCO DO BRASIL SA, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, ITAÚ UNIBANCO SA, BANCO BRADESCO SA, COOPERATIVA DE CRÉDITO DE SÃO ROQUE DE MINAS LTDA, BANCO SANTANDER BRASIL SA.

[...]

Em 17.04.2014, contribuinte solicita prorrogação do prazo em 30 (trinta) dias; deferida. (fls. 07/08)

Em 16.05.2014 o contribuinte é cientificado do TERMO DE CIÊNCIA DE CONTINUIDADE DE PROCEDIMENTO FISCAL (fls. 09/10) e, em resposta (fls. 11/15) ao Termo de Início, informa que “*deixa de apresentar os extratos bancários, entendendo que o caminho correto para solicitação passa pela devida autorização do Poder Judiciário, inclusive conforme já decidido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.*”

Em 03.06.2014, ante a não apresentação das informações bancárias solicitadas, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, arts. 2º, §5º; 3º, incisos VII e XI e 4º do Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001, a Fiscalização lavrou o relatório circunstanciado para fins de solicitação de emissão de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira – RMF. (fls. 17/23)

Em 05.06.2014, expedida Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira – RMF. (fl. 24)

No caso dos autos, a questão levantada no recurso se refere à legalidade do procedimento adotado na requisição administrativa de informações bancárias diretamente às instituições financeiras, ante a recusa da apresentação dos extratos do cartão de crédito pelo Recorrente.

Segundo entendimento do Recorrente, tal requisição consistiria violação ao dever de sigilo que alberga os dados financeiros, razão pela qual o Auto de Infração seria nulo.

De proêmio, cumpre esclarecer que o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu na sessão de 24/02/2016 o julgamento conjunto de cinco processos (ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859 e do RE 601.314 - repercussão geral) que questionavam dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001, que permitem à Receita Federal do Brasil receber dados bancários de contribuintes fornecidos pelos bancos, sem prévia autorização judicial.

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

*“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. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”**. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”**. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento”. (STF, Tribunal Pleno, RE 601314, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 24/02/2016, acórdão eletrônico repercussão geral - DJe-198 Divulg. 15/09/2016 publicado 16/09/2016)*

Portanto, a requisição de informações bancárias no curso de procedimento fiscal, ao contribuinte ou diretamente às instituições financeiras, não constitui quebra do sigilo bancário, dispensado, nesta ordem, a interferência do Poder Judiciário para a aquisição das referidas informações.

4. Da decadência

Sobre o tema, o Recorrente alega que “*não pairam dúvidas sobre a decadência de parte do crédito tributário exigido, eis que não é dado ao Fisco constituir em outubro de 2015 (a notificação do lançamento se concretizou em 02.10.2015) créditos tributários que tenham fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a setembro de 2010, ou seja, com lapso temporal superior a 05 (cinco) anos contados do fato gerador.*”

Entende que no caso deve ser aplicada a regra contida no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

O inconformismo não merece prosperar.

Importante frisar que a Súmula CARF nº 38 (Vinculante) pacificou entendimento de que o fato gerador do IR ocorre no dia 31 de dezembro de cada ano-calendário, e não mensalmente, como pretende o Recorrente. Recorde-se:

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

No caso dos autos, como o fato gerador do ano-calendário 2010 ocorreu, em 31/12/2010, a decadência se daria apenas em 31/12/2015, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, sendo que a ciência do lançamento aconteceu em 02/10/2015.

Logo, não há que se falar em decadência.

5. DO MÉRITO

Consoante destacado anteriormente, o presente lançamento tem como fundamento legal o artigo 42 da Lei nº 9.430 de 1996, que assim dispõe acerca da presunção de omissão de rendimentos relativos aos valores depositados em conta cuja origem não seja comprovada:

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

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

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

II – no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$12.000,00 (doze mil Reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil Reais). (art. 42, § 3º, II, da Lei nº 9.430/1996 c/c art. 4º da Lei nº 9.481, de 13/08/1997).

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

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (incluído pela Lei nº 10.637/2.002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (incluído pela Lei nº 10.637/2.002)”

Da leitura dos dispositivos transcritos acima, estabelece uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Na espécie, de posse dos valores movimentados nas contas bancárias do Recorrente, a fiscalização o intimou a comprovar e justificar documentalmente a origem dos depósitos nelas efetuados.

Os depósitos bancários se apresentam, num primeiro momento, como simples indício da existência de omissão de rendimentos. Entretanto, esse indício se transforma na prova da omissão de rendimentos, quando o contribuinte, tendo a oportunidade de comprovar a origem dos recursos aplicados em tais depósitos, se nega a fazê-lo, ou não o faz satisfatoriamente, a teor do que dispõe o já citado artigo 42 da Lei n. 9.430/1996.

Ao deixar de comprovar, o contribuinte dá ensejo à transformação do indício em presunção de omissão de rendimentos. A falta de justificativas por meio de documentação hábil e idônea, em relação à origem dos recursos que ensejaram a referida movimentação financeira, evidencia que ela corresponde a disponibilidade econômica ou jurídica de rendimentos sem origem justificada.

Ocorre que, no presente caso, conforme se observa da análise dos contratos de mútuos constantes dos autos, os próprios extratos bancários confirmam a transferência de valores entre credores e devedores dos contratos referentes ao Sr Aureliano das Graças Oliveira e do Sr. Marcos Soares rezende, inexistindo, *s.m.j*, qualquer embasamento legal capaz de afastar sua aplicação para fins de exclusão da base de cálculo do Imposto de Renda. Confira-se:

EXTRATOS DE MUTUANTE (SR. AURELIANO) E MUTUÁRIO (SR. DONISETE)

Aureliano	Sr. Donisete
1. 12/03/10 – R\$ 6.000,00 (fls. 483)	12/03/10 – R\$ 6.000,00 (fls.484)
2. 15/03/10 – R\$ 13.200,00 (fls. 483)	15/03/10 – R\$ 13.200,00 (fls.484)
3. 14/04/10 – R\$ 5.000,00 (fls. 485)	14/04/10 – R\$ 5.000,00 (fls.486)
4. 29/04/10 – R\$ 11.000,00 (fls. 487)	29/04/10 – R\$ 11.000,00 (fls.488)
5. 03/05/10 – R\$ 19.200,00 (fls. 489)	03/05/10 – R\$ 19.200,00 (fls.490)
6. 04/05/10 – R\$ 6.000,00 (fls. 489)	04/05/10 – R\$ 6.000,00 (fls.490)
7. 07/05/10 – R\$ 20.000,00 (fls. 489)	07/05/10 – R\$ 20.000,00 (fls.490)
8. 18/06/10 – R\$ 10.000,00 (fls. 491)	18/06/10 – R\$ 10.000,00 (fls.492)
9. 08/07/10 – R\$ 6.000,00 (fls. 493)	08/07/10 – R\$ 6.000,00 (fls.494)
10. 13/07/10 – R\$ 7.000,00 (fls. 493)	12/03/10 – R\$ 7.000,00 (fls.496)
11. 19/07/10 – R\$ 11.950,00 (fls. 495)	19/07/10 – R\$ 11.950,00 (fls.496)
12. 04/08/10 – R\$ 4.000,00 (fls. 497)	04/08/10 – R\$ 4.000,00 (fls.498)
13. 20/09/10 – R\$ 8.974,00 (fls. 499)	20/09/10 – R\$ 8.974,00 (fls.500)
14. 30/09/10 – R\$ 50.000,00 (fls. 501)	30/09/10 – R\$ 50.000,00 (fls.501)
15. 05/10/10 – R\$ 3.800,00 (fls. 503)	05/10/10 – R\$ 3.800,00 (fls.504)
16. 18/10/10 – R\$ 5.800,00 (fls. 505)	18/10/10 – R\$ 5.800,00 (fls.506)
17. 01/12/10 – R\$ 8.200,00 (fls. 507)	01/12/10 – R\$ 8.200,00 (fls.508)
TOTAL :	R\$ 196.124,00

EXTRATOS DE MUTUANTE (SR. MARCOS) E MUTUÁRIO (SR. DONISETE)

Aureliano	Sr. Donisete
1. 11/01/10 – R\$ 50.000,00 (fls. 510)	11/01/10 – R\$ 50.000,00 (fls.511)
2. 04/06/10 – R\$ 100.000,00 (fls. 512)	04/06/10 – R\$ 100.000,00 (fls.513)
3. 23/06/10 – R\$ 40.000,00 (fls. 512)	23/06/10 – R\$ 40.000,00 (fls.514)
4. 29/06/10 – R\$ 127.000,00 (fls. 515)	29/06/10 – R\$ 127.000,00 (fls.516)

5. 31/08/10 – R\$ 267.400,00 (fls. 517)	31/08/10 – R\$ 267.400,00 (fls.518)
6. 13/09/10 – R\$ 15.000,00 (fls. 519)	13/09/10 – R\$ 15.000,00 (fls.520)
7. 30/12/10 – R\$ 130.000,00 (fls. 521)	30/12/10 – R\$ 130.000,00 (fls.522)
TOTAL :	R\$ 729.400,00

Ainda nessa esteira de acontecimentos, ao analisar os autos, verificou-se também que houve lançamento calcado em transferência entre contas do próprio Contribuinte, ora recorrente, no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), considerado como depósito de origem não identificada, o que é vedado pela legislação que rege a matéria. Assim, não há dúvidas sobre a impossibilidade de transferência entre contas do mesmo contribuinte para apuração de crédito tributário em razão da aplicação do artigo 112 do CTN.

Desta forma, dou provimento parcial para excluir da base de cálculo da infração de omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada o montante de R\$ 1.175.524,00, referente à soma da movimentação bancária (depósitos) decorrentes dos contratos de mútuos firmados entre o Recorrente com o Sr. Aureliano das Graças Oliveira e com o Sr. Marcos Soares Rezende, bem como da operação de transferência entre contas do Recorrente, na forma acima explicitada.

5.1 Das demais operações de mútuo realizadas - Da comprovação da origem dos depósitos realizados nas contas correntes vinculados aos contratos de mútuo

O Recorrente, para tentar justificar a comprovação da origem dos depósitos realizados, alega que firmou vários contratos de mútuo com terceiros. Para tanto, defende o que segue:

“Conforme já noticiado durante a ação fiscal, o contribuinte estabeleceu durante o ano-calendário de 2010 diversas operações de mútuo com pessoas físicas, nas quais em algumas oportunidades figurou como mutuante e em outras oportunidades como mutuário.

Depois de muito diligenciar em seus arquivos e também perante as próprias pessoas físicas mencionadas, o contribuinte localizou os contratos de mútuo firmados à época dos fatos, que dão conta de demonstrar que muitos dos depósitos apontados pelo Fisco Federal como sendo de origem não comprovada ou ainda como receita auferida pelo contribuinte e omitida à tributação cabível, se referem, na verdade, as operações de mútuo realizadas com tais pessoas.

De fato, como se comprova nos documentos anexados com a Impugnação, bem como naqueles que se apresenta juntamente com o presente Recurso, o Recorrente mantinha verdadeira “conta-corrente” com outros empresários conhecidos, de forma que todos se ajudavam mutuamente, emprestando recursos quando necessário para as atividades dos parceiros, mas também recebendo valores quando havia essa necessidade.

De fato, os extratos bancários do Recorrente já constantes dos autos, em cruzamento com os extratos bancários de alguns de seus parceiros, comprovam efetivamente o trânsito de numerário em suas contas-correntes, sem que isso seja caracterizado como fato gerador do imposto de renda.

Ora, os documentos anexados à Impugnação comprovam inequivocamente a origem dos recursos decorrentes dos contratos de mútuo neles representados, sendo que basta se verificar que eles correspondem exatamente aos valores constantes dos extratos bancários respectivos, inclusive como indicado em cada planilha separada por Credor juntada à Impugnação.

Cumpra esclarecer, por exemplo, que apenas os mútuos realizados entre o Recorrente e os Srs. Marcos Soares Rezende e Aureliano das Graças Oliveira superam a quantia de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), o que corrobora o entendimento da ausência de certeza e liquidez do suposto crédito tributário pretendido pela d. Fiscalização.

As operações de mútuo, como não poderia deixar de ser, na mesma linha do que defendido acima, NÃO IMPLICAM EM ACRÉSCIMO PATRIMONIAL daquele que recebe as quantias pactuadas (até mesmo porque necessita devolvê-las), de forma que não há que se falar em incidência do IRPF, inclusive conforme reconhecido pela jurisprudência do CARF:

[...]

Na verdade, as operações de mútuo ora comprovadas são exemplos claros do motivo pelo qual não se pode defender como juridicamente válido um lançamento por omissão de receitas calcado apenas em depósitos bancários. Em outras palavras, os documentos juntados aos autos, mais do que comprovar a origem das operações específicas nele tratadas, reforçam a tese de que o lançamento como um todo deve ser cancelado.”

Em que pese o seu esforço, entendo que as argumentações supra não tem o condão de alterar a bem fundamentada decisão de piso, e peço a mais respeitosa licença para transcrever parte do voto profícuo de primeira instância. Confira-se:

“Sobre empréstimos a título de mútuo, cabe observar.

Especificamente no que se refere às alegações formuladas sobre os empréstimos supostamente contraídos junto a terceiros (pessoas físicas e jurídicas), dentre eles parentes, para suas comprovações, seria imprescindível que fossem juntados ao processo: a) a apresentação dos contratos de mútuo devidamente assinados e registrados pelas partes por ocasião da celebração dos respectivos acordos; b) que os empréstimos fossem regularmente informados nas Declarações de Ajuste Anual do interessado; c) que os mutuantes tivessem disponibilidade financeira para o empréstimo, bem como o mutuário para saldar tempestivamente seus compromissos; d) que restasse comprovada a efetiva transferência do numerário entre credor e devedor (na tomada do empréstimo), bem como a comprovação da restituição dos valores tomados pelo mutuário (bem suas previsões de restituição, caso os empréstimos ainda estivessem em andamento).

Assim não fosse, abrir-se-ia um enorme leque de possibilidades de fraudes mediante informações de ‘operações fantasmas’, permitindo,

por exemplo, que quem dispusesse de meios, ficticiamente ‘emprestasse’ a outro um determinado valor, ‘esquentando’, dessa forma, recursos do ‘mutuário’ não apresentados à tributação.”
(grifei)

Em outras palavras, 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 realizados por ambas as partes.

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, com exceção dos valores decorrentes dos contratos de mútuo firmado com o Sr. Aureliano das Graças Oliveira e com o Sr. Marcos Soares Rezende, os demais contratos colacionados aos autos não possuem o condão de comprovar a transferência de numerário, razão pela qual não acato a alegação do Recorrente acerca do ingresso de recursos provenientes dos mencionados empréstimos, mantendo, nesse particular, inalterada a decisão de piso.

6. Da multa de ofício aplicada em caráter confiscatório

Por fim, o Recorrente sustenta que a multa de ofício de 75% aplicada estaria ferindo o princípio do não-confisco, motivo pelo qual deveria ser anulada, e, além disso, o valor aplicado é exorbitante.

Entretanto, o inconformismo não merece prosperar.

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%).

“Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

[...]

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

Neste sentido, o artigo 142 do CTN prevê que a autoridade lançadora tem o dever de lavrar a referida multa de ofício, sob pena de responsabilidade funcional, visto que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória. Assim, no momento em que o auditor realiza de ofício o lançamento do imposto de renda, deve ser aplicada a multa do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 sobre o imposto suplementar calculado, por estrita determinação legal.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade levantadas pelo Recorrente, sobre a aplicação da multa com suposto efeito de confisco, deve-se esclarecer que, de acordo com o disposto na Súmula nº 02 deste órgão julgador, esta matéria é estranha à sua competência.

Assim, não há razão para afastar a aplicação da multa de ofício.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, **CONHEÇO** do Recurso Voluntário da recorrente, rejeitar as preliminares, afastar a decadência e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para excluir da base de cálculo da infração de omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada o montante de R\$ 1.175.524,00, nos termos do voto.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa.