



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15504.725086/2016-59
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-006.239 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de março de 2020
Recorrente REGINALDO TEÓFANES FERREIRA DE ARAÚJO
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2011, 2012

PAF. NULIDADE. ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO DO PEDIDO DE PERÍCIA.

O indeferimento fundamentado do pedido de perícia não caracteriza cerceamento do direito de defesa, ainda mais nas hipóteses em que a medida se mostra desnecessária.

PEDIDO DE PERÍCIA. ANÁLISE DE DOCUMENTOS CONTÁBEIS. NÃO CABIMENTO.

Os pedidos de perícias que são solicitadas tão-somente com o propósito de transferir para a administração fiscal o ônus da produção da prova que, no caso, competia ao interessado, devem ser indeferidos de plano

A perícia se revela como prova de caráter especial e apenas será cabível nas hipóteses em que a matéria de fato ou assunto de natureza técnica demandar juízo técnico especializado, revelando-se, portanto, prescindível naquelas hipóteses em que a matéria a ser analisada é de natureza puramente jurídica.

NORMAS PROCESSUAIS. PROVA DOCUMENTAL. APRESENTAÇÃO EM FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE.

A impugnação deverá ser instruída com provas documentais, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em momento posterior, a menos que se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Na hipótese em que novos elementos de convicção consubstanciados em novos fatos ou razões são levantados em sede de decisão de 1ª instância, poderá o contribuinte insurgir-se contra tais elementos através da apresentação de novas provas documentais.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DO PROBATÓRIO DO SUJEITO PASSIVO. COMPROVAÇÃO INDIVIDUALIZADA.

Diante da presunção legal de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos de origem não comprovada, caberá ao contribuinte demonstrar,

mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira.

A comprovação da origem dos créditos lançados em conta de depósito ou investimento deve ser realizada de forma minimamente individualizada, a fim de permitir a mensuração e a análise da coincidência de datas e valores entre as origens e os valores creditados em conta bancária.

EMPRÉSTIMOS DE MÚTUOS. ENTREGA E QUITAÇÃO DO VALOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

O empréstimo de mútuo em dinheiro aperfeiçoa-se a partir das relações de entrega da quantia por parte do mutuante e do pagamento ou quitação do respectivo valor por parte do mutuário. O contribuinte deve, portanto, comprovar a transferência do numerário relativamente a cada operação e a sua respectiva quitação por meio de provas hábeis e idôneas, de modo que a simples apresentação de documentos particulares não tem o condão de afastar, por si só, a presunção legal de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO. SÚMULA N. 2 DO CARF.

O descumprimento da legislação tributária enseja, de plano, a aplicação de sanção (penalidade), de modo que toda multa exerce a função de apenar o sujeito a ela submetido em decorrência da prática do ilícito. O contribuinte a quem incumbia o dever legal de adotar determinada conduta e que, portanto, tendo deixado de fazê-lo, deve sujeitar-se à sanção cominada pela lei.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, salvo nas estritas hipóteses previstas no seu próprio Regimento Interno.

Recurso Voluntário Negado.

Crédito Tributário Mantido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sávio Salomão de Almeida Nóbrega - Relator

(documento assinado digitalmente)

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu

Kushiyama, Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração que tem por objeto crédito tributário de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF relativo aos anos-calendário 2011 e 2012, constituído em decorrência da apuração de *Omissão de Rendimentos caracterizada por Depósitos Bancários de Origem não Comprovada*, do que resultou na formalização da exigência fiscal no montante total de R\$ 6.911.236,46, sendo que R\$ 3.259.878,85 correspondem à cobrança do imposto suplementar, R\$ 1.206.448,48 são relativos à incidência dos juros de mora e R\$ 2.444.906,13 dizem respeito à aplicação da multa de ofício no percentual de 75% (fls. 2/12).

Conforme se pode observar do *Termo de Verificação Fiscal* juntado às fls. 14/28, a autoridade fiscal informou inicialmente que por meio do TDPF n. 0610100.2015.00018-4, datado de 14.01.2015, foi instaurado, em face do Sr. Lauro Pinheiro Ferreira de Araújo, procedimento fiscal visando apurar o cumprimento das obrigações legais referentes ao IRPF dos anos-calendário 2011 e 2012, sendo que, em resposta de 13.03.2015, o contribuinte apresentou documentação e informou, ainda, que mantinha com seu pai, Sr. Reginaldo Teofanes Ferreira de Araújo, conta conjunta de n. 26.358.001-6, mantida no Banco *Sicoob Credicom*, bem assim que nos anos de 2011 e 2012 tal conta havia sido movimentada exclusivamente pelo Sr. Reginaldo.

Com efeito, a autoridade autuante acabou emitindo o TDPF de diligência vinculada de n. 0610100.2015.00324-8 em face do Sr. Reginaldo Teofanes Ferreira de Araújo, ora recorrente, e por meio do *Termo de Intimação Fiscal* n. 01/2015, de 24.04.2015 (fls. 152/153), solicitou a apresentação de documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores que pudesse comprovar a origem e a natureza jurídica dos recursos utilizados para efetuar cada um dos créditos relacionados com a conta corrente n. 26.358.001-6, agência 4027-4, mantida no Banco *Sicoob Credicom*.

Em resposta de fls. 179/180, datada de 16.06.2015, o ora recorrente apresentou documentos e, na oportunidade, assumiu que exerceu a responsabilidade exclusiva da referida conta corrente durante os anos-calendário ora fiscalizados, tendo destacado, ainda, que a maioria das movimentações ali realizadas eram provenientes de empréstimos e pagamentos de empréstimos concedidos ao *Hospital e Maternidade Santa Rita S.A. – HMSR*, do qual é gestor. Em 28.09.2015, o ora recorrente apresentou manifestação complementar de fls. 326/327, acompanhada dos documentos de fls. 328/367, tentando demonstrar que as respectivas movimentações financeiras estavam em sua quase totalidade respaldadas pelas transferências rotineiras entre ele e o *Hospital e Maternidade Santa Rita S.A.*. Contudo, no entendimento da autoridade fiscal, os documentos apresentados não comprovavam por completo as alegações ali realizadas.

Tendo em vista que o ora recorrente havia assumido a responsabilidade exclusiva da conta corrente n. 26.358.001-6, mantida junto ao Banco *Sicoob Credicom*, constatou-se a necessidade de abertura de procedimento fiscalizatório em seu nome para que, assim, fossem verificadas supostas infrações tributárias relativas aos anos-calendário 2011 e 2012. Por meio do TDPF n. 0610100.2017.007735-9, datado de 07.10.2015, a autoridade instaurou o procedimento de fiscalização em face do ora recorrente e, aí, por meio do *Termo de Início de Fiscalização e Constatação Fiscal* n. 01/2015, solicitou-lhe a apresentação de cópias dos cheques emitidos e

debitados na referida conta corrente (fls. 368/371). A propósito, note-se que a autoridade fiscal também emitiu TDPF de diligência vinculada em face do *Hospital e Maternidade Santa Rita S.A.*, já que o ora recorrente havia comprovado, previamente, que vários créditos se referiam a empréstimos e pagamentos de empréstimos realizados com o respectivo hospital.

De acordo com a autoridade fiscal, em suas respostas o ora recorrente tentou comprovar que os créditos em sua conta eram relativos a (i) recebimentos de pró-labore, (ii) transferências entre contas de sua titularidade e (iii) recebimentos de empréstimos concedidos pelo *Hospital e Maternidade Santa Rita S.A.*. Com efeito, na tentativa de confirmar a concessão ou devolução de parte dos empréstimos ao *Hospital* supracitado, a autoridade acabou lavrando o *Termo de Intimação Fiscal* n. 02.2016, juntado às fls. 496/498, por meio do qual solicitou ao ora recorrente que apresentasse comprovantes de depósitos, TED's, DOC's, cópias de cheques etc. relativos aos pagamentos/devoluções efetuados ao *Hospital e Maternidade Santa Rita S.A.* Em resposta datada de 06.05.2016 (fls. 503), o ora recorrente apresentou documentação de fls. 504/774 e, na oportunidade, informou o seguinte:

“(...) o Fiscalizado diligenciou junto ao Banco e providenciou os comprovantes de transferências, ocasião em que noticiou que embora tenha constado crédito em dinheiro em sua conta pessoal, todos os depósitos provêm de créditos originados na Conta do Hospital e Maternidade Santa Rita S/A, conforme comprovantes e declarações anexas.

Também requer a juntada dos extratos, demonstrando integralmente as operações realizadas.”

A autoridade fiscal concluiu, portanto, que os documentos apresentados pelo ora recorrente comprovaram que os créditos listados no *Anexo I – Créditos com Origem Comprovada* (fls. 30/33) se referiam a (i) empréstimos concedidos pelo *Hospital e Maternidade Santa Rita S.A.*, (ii) transferências debitadas na conta corrente n. 535.002-06, de titularidade do próprio recorrente em co-titularidade com sua filha e (iii) créditos referentes ao recebimento de pró-labore oferecidos à tributação nas DIRPF's.

Por outro lado, os documentos apresentados pelo recorrente não comprovaram a origem dos créditos listados no *Anexo II – Créditos de Origem não Comprovada* (fls. 34/49), os quais foram lançados, portanto, como *rendimentos caracterizados por depósitos bancários de origem não comprovada*, sendo que o ora recorrente havia tentado demonstrar, em valores absolutos, que os créditos registrados em sua conta correspondiam aos valores contabilizados pelo HMSR como concessão de empréstimos ou como pagamento de empréstimos. Contudo, no entendimento da autoridade fiscal, a movimentação bancária não poderia ser analisada de modo tal uma vez que a legislação de regência determina que os créditos devem ser analisados individualizadamente, cujos valores devem coincidir individualmente em data e valor.

A propósito, a autoridade fiscal acabou acatando como concessão de empréstimos, realizados do HMSR para com o ora recorrente, os créditos realizados na conta 26.358.001-6, mantida junto ao *Sicoob Credicom*, cujas datas e valores coincidiram com aqueles contabilizados a débito na escrituração contábil do HMSR, conta “19486 – 1.2.9.01.01 – Reginaldo Teófanis F. de Araújo”, pertencente ao “Ativo – Realizável a Longo Prazo – Créd. e Valores de Controladas/Coligadas – Empréstimos e Outros”, e que, por se tratar de conta do ativo, os débitos ali registrados correspondiam aos empréstimos que o HMSR concedeu ao ora recorrente, enquanto que os créditos correspondiam à devolução de tais empréstimos, sendo que os depósitos bancários que atendiam a tais condições foram discriminados no Anexo I.

Apesar de os débitos realizados na conta corrente do contribuinte não terem sido objeto do procedimento fiscalizatório, a autoridade informou que os débitos foram comparados individualmente com os valores contabilizados a crédito na escrituração contábil do *Hospital e Maternidade Santa Rita S/A*, conta “19846 – 1.2.9.01.01 – Reginaldo Teófanos F. de Araújo”, sendo que, ao final, foram identificados débitos coincidentes em datas e valores que perfizeram os montantes de R\$ 11.533.899,00 e R\$ 18.328.845,00, correspondentes, respectivamente, aos anos-calendário 2011 e 2012. Tais valores correspondem aos empréstimos que o contribuinte devolveu ao HMSR utilizando recursos de sua conta corrente de n. 26.358.001-6, mantida junto ao Banco *Sicoob Credicom*, do que se concluiu, portanto, que os valores emprestados coincidiram com os valores devolvidos.

Já os valores individuais lançados a débito na conta contábil “Passivo – Passivo Circulante – Obrigações por Empréstimos – Outros Empréstimos – 11386 – 2.1.2.04.01 Reginaldo Teófanos F. de Araújo” não corresponderam, em data e valor, com os créditos realizados na conta do ora recorrente, de modo que, no entendimento da fiscalização, os valores relativos aos empréstimos devolvidos pelo HMSR ao ora recorrente não circularam na conta corrente n. 26.358.001-6, mantida junto ao Banco *Sicoob Credicom*, sendo que em se tratando de conta do passivo, os débitos registrados na referida conta deveriam corresponder com a devolução dos empréstimos anteriormente tomados.

Em resumo, a autoridade fiscal dispôs, ao final, que para justificar a ocorrência de créditos na conta n. 26.358.001-6 com a natureza jurídica de empréstimos com o HMSR existiam duas situações: (i) O HMSR emprestava o dinheiro ao ora recorrente; e (ii) O HMSR devolvia ao ora recorrente os empréstimos que dele havia tomado, sendo que essa situação não foi verificada na referida conta n. 26.358.001-6, mantida junto ao Banco *Sicoob Credicom*.

E, aí, com base em tais informações, a autoridade acabou lavrando o respectivo Auto de Infração com fundamento nos artigos 37, 38, 83 e 849 do RIR/99, aprovado pelo Decreto n. 3.000/99, combinado com o artigos 58 da Lei n. 10.637/02, 106, inciso I da Lei n. 5.172/66 e, ainda, artigo 42 da Lei n. 9.430/96 e artigo 1º, inciso V e VI e parágrafo único da Lei n. 11.482/07. A rigor, a autoridade acabou concluindo que os rendimentos omitidos totalizaram os montantes de R\$ 3.284.809,40 e R\$ 8.569.295,49, os quais, aliás, correspondem, respectivamente, aos anos-calendário 2011 e 2012, sendo que, sujeitando tais rendimentos à tabela progressiva anual e descontando os valores que haviam sido declarados, o imposto suplementar devido no ano-calendário de 2011 foi apurado no montante de R\$ 903.322,59, enquanto que no ano-calendário de 2012 o imposto restou apurado no montante de R\$ 2.356.556,26.

Com efeito, o ora recorrente foi notificado da autuação através do *Termo de Ciência de Lançamento e Encerramento Total do Procedimento Fiscal* (fls. 775/776) e apresentou Impugnação de fls. 781/789, suscitando, em síntese, as seguintes alegações:

(i) Da Metodologia de Cálculo de Imposto Feita Pela Fiscalização – Improriedades:

- Que por se tratar da forma correta e por não haver nenhum impedimento legal para averiguação de pagamentos mensais em valores absolutos, decerto que a metodologia de cálculo promovida pela Fiscalização deve ser desconsiderada, uma vez que considerou a identidade de valores e datas de pagamentos e, por outro lado, acabou desconsiderando que os lançamentos de pagamentos contabilizados em um dia poderiam ter sido

efetivados através de pagamentos menores que, ao final, totalizaram o pagamento global (partilha dobrada);

(ii) Ausência de Aumento Patrimonial:

- Que a autuação lavrada seria perfeitamente válida caso o impugnante não tivesse demonstrado por outros meios a origem dos créditos lançados em sua conta, sendo que não foi isso o que ocorreu, já que, no caso em apreço, o autuado demonstrou através de documentação idônea que (a) de acordo com as Declarações de Renda dos anos de 2011 e 2012 não houve qualquer acréscimo patrimonial e que (b) os créditos lançados em sua conta corrente provém, em grande maioria, de pagamentos de mútuos devidamente escriturados nos livros contábeis do *Hospital e Maternidade Santa Rita S/A*, os quais, deduzidos os valores comprovados a título de pro labore e transferências entre contas de mesmo CPF, demonstram a inexistência de valores supostamente sonegados; e

(iii) Da retirada da multa de ofício:

- Que diante da inexistência de qualquer subsídio ou informação no Auto de Infração de que o impugnante teria agido com dolo ou fraude, a aplicação da multa de ofício no patamar de 75% revela-se indevida, conforme estabelecem as Súmulas CARF n. 14 e 25, de modo que não restando demonstrado que o impugnante agiu com má fé e que nem agiu de acordo com quaisquer das hipóteses constantes nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/64, decerto que a multa de ofício deve ser afastada.

Os autos foram encaminhados para apreciação da peça impugnatória e, aí, em Acórdão de fls. 803/817, a 4ª Turma da DRJ de Campo Grande entendeu por julgar a impugnação improcedente, mantendo-se o crédito tributário tal qual exigido, conforme se pode observar da ementa transcrita abaixo:

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

Ano-calendário: 2011, 2012

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL RELATIVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO.

A presunção legal relativa inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado - fato indiciário corresponde, efetivamente, ao recebimento de rendimentos - fato jurídico tributário. Cabe ao Fisco simplesmente provar a ocorrência do fato indiciário; e ao contribuinte cumprir provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO.

Cumpra-se ao contribuinte instruir a peça impugnatória com todos os documentos em que se fundamentar e que comprovem as alegações de defesa.

MULTA DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.”

Na sequência, o ora recorrente foi devidamente notificado da decisão de 1ª instância em 22.12.2017 (fls. 822) e entendeu por apresentar Recurso Voluntário de fls. 826/837, formalizado em 19.01.2018, sustentando, pois, as razões do seu descontentamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Relator.

Verifico que o presente Recurso Voluntário foi formalizado dentro do prazo a que alude o artigo 33 do Decreto n. 70.235/72, razão por que dele conheço e, por isso mesmo, passo a apreciá-lo em suas alegações preliminares e meritórias.

Observo, de logo, que o recorrente sustenta as seguintes alegações:

(i) Preliminar – Cerceamento de Defesa / Omissão dos Livros e Pedido de perícia (fls. 827/829):

- Que havia sido requerido a produção de prova técnica contábil com a finalidade de não restarem dúvidas em relação às planilhas e às demonstrações relativas às informações registradas nos diversos livros fiscais do *Hospital e Maternidade Santa Rita S/A*, os quais, a propósito, são gerados mensalmente, sendo que os demonstrativos e planilhas apresentadas bem demonstram que os cálculos ali registrados correspondem fidedignamente às movimentações, restando-se concluir, portanto, pela ausência de qualquer motivo que pudesse ensejar a presente autuação fiscal;

- Que a decisão de primeira instância limitou-se a informar e citar diversos dispositivos legais que justificariam a autuação sob a perspectiva de que caberia ao ora recorrente a comprovação da origem dos depósitos bancários, sendo que, a despeito da comprovação dos depósitos a partir da apresentação dos livros fiscais e respectivas planilhas, bem como através da apresentação dos contratos de mútuos que acompanham o presente recurso, a decisão foi omissa em relação ao pedido de produção de prova técnica contábil, ocasionado, portanto, cerceamento do direito de defesa na medida em que os documentos apresentados não restaram avaliados; e

- Que diante da flagrante descon sideração do pedido de perícia, bem assim em razão da ausência de análise das planilhas, livros fiscais e demais documentos acostados, a preliminar levantada deve ser acolhida, determinando-se, pois, a realização de prova pericial com a finalidade de demonstrar que os cálculos apresentados encontram supedâneo nas

informações constantes dos livros fiscais, extratos e contratos, demonstrando-se, ao final, que não houve nenhum ganho, senão o recebimento de mútuos, os quais foram indicados nas respectivas Declarações de Imposto de Renda.

(ii) Das Provas apresentadas (fls. 830/831):

- Que, segundo o artigo 42 da Lei n. 9.430/96, o mero ingresso será presumido como renda caso o contribuinte não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados, de modo que bastará ao contribuinte a comprovação da origem para que a presunção seja afastada, restando-se invertido, no caso, o ônus da prova, já que, a partir daí, o Fisco é quem deverá continuar a fiscalizar e verificar se houve tributação nessa fonte originária, sendo que quando essa prova da origem é apresentada em grau de recurso surge um impasse, porquanto os julgadores não podem alterar o lançamento tributário, de acordo com o artigo 142 do CTN;

- Que o CARF interpreta de forma pragmática a norma do artigo 42 da Lei n. 9.430/96, já que, dependendo do momento em que a prova é apresentada, o conteúdo normativo acaba variando, haja vista que se a prova é apresentada em sede de contencioso administrativo haverá a necessidade de comprovar não só a origem dos rendimentos, mas, também, a natureza dos rendimentos e, ainda, que tais rendimentos estariam fora do campo de incidência tributário do imposto de renda; e

- Que houve a comprovação de que todos os rendimentos decorreram de pagamentos de mútuos e não se tratam, portanto, de renda, sendo que, ainda assim, o Fisco entendeu pela correção dos cálculos e desconsideração dos documentos apresentados, razão pela qual a produção de prova pericial deve ser acolhida com a finalidade de verificar quais os valores são realmente devidos.

(iii) Juntada de Documentos Novos – Contratos de Mútuos (fls. 831/832):

- Que em que pese a Fiscalização ter admitido que todos os depósitos objeto da autuação são provenientes de pagamentos efetuados pelo *Hospital e Maternidade Santa Rita S/A*, os quais, aliás, restaram comprovados através de livros contábeis, declarações de IRPF e planilhas, que bem confirmam a regularidade das operações, decerto que a juntada de novos documentos nesta esfera recursal deve ser deferida, já que os respectivos contratos de mútuo ora acostados acabam servindo como mais um subsídio a corroborar a linha de defesa formulada.

(iv) Da Metodologia de Cálculo aplicada pela Fiscalização (fls. 832/836):

- Que sempre elaborou suas *Declarações* de imposto de renda a partir da metodologia de cálculo baseada em movimentos brutos anuais e mensais, considerando, para tanto, os relatórios de pagamentos efetivados no mês e no ano realizados pelo *Hospital e Maternidade Santa Rita S/A* e que, portanto, os pagamentos dos empréstimos sempre foram contabilizados

tanto nos livros fiscais do Hospital quanto nas respectivas Declarações do imposto de renda, sendo que, às vezes, tais pagamentos ocorriam efetivamente ou através de uma única transferência ou através de diversos pagamentos (cheques, dinheiro em espécie e transferências bancárias), sem contar que algumas vezes tais pagamentos eram compensados alguns dias depois que eram efetivamente depositados;

- Que a partir da análise dos livros contábeis do *Hospital e Maternidade Santa Rita S/A* relativos aos pagamentos efetivados nos anos de 2011 e 2012, pode-se aferir que os pagamentos dos mútuos efetivados pelo Hospital condizem mensalmente com os créditos realizados na conta corrente do recorrente, sendo que, por outro lado, muitos dos lançamentos efetuados pelo Fisco, supostamente não declarados, decorrem de “partilhas dobradas”;

- Que por ser a forma correta e por não haver nenhum impedimento legal no que diz com a averiguação de pagamentos mensais e dos valores absolutos anuais, decerto que a metodologia de cálculo promovida pela fiscalização deve ser desconsiderada, já que considerou a origem dos rendimentos a partir da identidade de valores e datas de pagamentos, tendo desconsiderado, por outro lado, que os lançamentos de pagamentos contabilizados em um dia pudessem ser efetivados através de pagamentos menores que, ao final, totalizariam o pagamento global (partilha dobrada);

- Que a autuação seria perfeitamente válida se o recorrente não tivesse demonstrado por outros meios a origem dos créditos lançados em sua conta, sendo que a partir das Declarações é possível verificar que não houve qualquer acréscimo patrimonial, bem assim que os créditos lançados provém, quase que totalmente, de pagamentos de mútuos devidamente escriturados nos livros contábeis do Hospital e Maternidade Santa Rita S/A, que, deduzidos os valores a título de pro labore e relativos às transferências entre contas de mesmo CPF, restou demonstrado a inexistência de valores supostamente sonegados; e

- Que a individualização dos valores somente deverá ser considerada nos casos em que não há a efetiva demonstração, por outros meios, da origem dos rendimentos, sendo que, cotejando-se os valores lançados nas Declarações de renda do recorrente com os pagamentos efetuados pelo Hospital a título de mútuo, deduzindo-se dos valores recebidos a título de pro labore e relativos às transferências entre contas de mesma titularidade, deve-se concluir que os valores lançados e a metodologia aplicada pelo Recorrente está perfeitamente correta, enquanto que os cálculos apresentados pela fiscalização apresentam graves erros.

Com base em tais alegações, o recorrente requer, preliminarmente, que a decisão de primeira instância seja anulada, já que o indeferimento da perícia ensejou no cerceamento do direito de defesa, quer seja em razão da desconsideração das provas apresentadas, quer seja em virtude da divergência relativa aos cálculos apresentados, e que, subsidiariamente, a insubsistência da autuação seja reconhecida, posto que a fiscalização desconsiderou a realidade fática e adotou critérios de cálculos a partir dos quais acabou desconsiderando os pagamentos múltiplos relativos a um único empréstimo, e, por fim, que seja determinado o recálculo dos

valores apontados pelo Fisco e a exclusão da multa de ofício aplicada, determinando-se, ainda, que sejam considerados todos os pagamentos efetuados pelo *Hospital e Maternidade Santa Rita S/A* a título de mútuo de acordo com as planilhas apresentadas.

Penso que seja mais apropriado examinar tais alegações em tópicos apartados.

1. Preliminar de Cerceamento do Direito de Defesa

A despeito de não compartilhar com a linha de entendimento que vem sendo sustentada no âmbito do processo administrativo fiscal no sentido de que as hipóteses de nulidades encontram-se previstas apenas no artigo 59 do Decreto n. 70.235/72, devo afirmar, de logo, que a análise que deve ser aqui realizada tem por base, exclusivamente, o próprio artigo 59 e, em especial, seu inciso II.

Pois bem. De acordo com o artigo 59 do Decreto n. 70.235/72, enquanto a regra constante do inciso I se refere a pressuposto subjetivo (agente competente) de atos processuais (atos, termos, despachos e decisões), a regra insculpida no inciso II atende a pressuposto processual de ato decisório, porquanto a obediência ao princípio constitucional da ampla defesa é mandatória em todo o processo administrativo fiscal.

Confira-se, portanto, o que dispõe o artigo 59 do Decreto n. 70/235/72:

“Decreto n. 70.235/72

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.” (grifei).

O que nos interessa efetivamente para o deslinde da questão que ora se analisa é verificar que o inciso II cuida da nulidade decorrente do cerceamento do direito de defesa que, no âmbito do processo administrativo fiscal, é garantido pela Constituição Federal, sendo essa a razão pela qual as decisões administrativas devem sempre ser emitidas em respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, sob pena de serem consideradas nulas em virtude da falta de elemento essencial à sua formação.

Em síntese, o que se busca examinar é se o indeferimento do pedido de perícia que tem por objeto a análise de livros fiscais a partir dos quais foram elaboradas planilhas e demonstrações financeiras da contabilidade do *Hospital e Maternidade Santa Rita S/A* ou a omissão por parte da autoridade julgante de 1ª instância no que diz com a análise de documentos os quais, segundo o recorrente, são imprescindíveis para o deslinde do caso, constituem preterição ao direito de defesa nos termos do artigo 59, inciso II do Decreto n. 70.235/72, do que poderá resultar na declaração de nulidade da decisão recorrida.

A propósito, no campo do processo administrativo fiscal o instituto da perícia encontra guarida nos artigos 16, inciso IV e § 1º e 18 do Decreto n. 70.235/72, os quais dispõem o seguinte:

“Decreto n. 70.235/72

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993).” (grifei).

Com certa frequência, os contribuintes têm solicitado a realização de diligências e/ou perícias com a finalidade de esclarecer ponto controvertido ou questões técnicas, sendo que, conforme determina a legislação tributária de regência, as diligências ou perícias que o impugnante pretenda realizar devem atender aos requisitos ali estabelecidos, porque, do contrário, tais pedidos serão considerados como não formulados. De modo que os contribuintes que acabam solicitando a realização de diligências ou perícias devem expor os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso da perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

Com efeito, o deferimento do pedido de perícia depende da demonstração das circunstâncias e causas que a motivaram e determinaram sua imprescindibilidade, uma vez que a realização da perícia apenas faz sentido em relação à busca da verdade material quando contribua para certificar a legitimidade do lançamento. Portanto, considerando que a perícia não se constitui em direito subjetivo do autuado, caso a autoridade julgadora entenda pela sua desnecessidade e resolva não acolher o pedido tal qual formulado, deverá, expressamente, motivar sua recusa sob pena de nulidade da decisão, sendo que, restando-se cumprida a exigência de motivação relativa ao indeferimento, restará ao interessado, apenas, recorrer da decisão denegatória do pleito à instância superior.

O artigo 28 do Decreto n. 70.235/72 dispõe que o indeferimento do pedido de perícia deve restar fundamentado, sendo que a motivação aí acaba se revelando como condição necessária para o exercício do direito de defesa. Veja-se:

“Decreto n. 70.235/72

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993).” (grifei).

A partir das lições expostas acima, é de se reconhecer, em primeiro plano, que, na hipótese dos autos, o recorrente não cumpriu com os requisitos previstos do artigo 16, inciso IV do Decreto n. 70.235/72, porque, conforme se pode observar de sua peça impugnatória de fls. 781/789, tanto não expôs os motivos que justificariam a realização da perícia como também não formulou os quesitos referentes ao exame desejado e, por conseguinte, não indicou o nome, endereço e a qualificação do suposto perito, tendo se limitado a afirmar apenas que “protestaria provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive por meio de prova técnica pericial”.

Em segundo lugar, percebe-se que a autoridade judicante de 1ª instância, por sua vez, acabou considerando a perícia desnecessária por entendê-la dispensável para o deslinde do caso, bem como entendeu por julgar o pedido inepto em decorrência do não cumprimento dos requisitos previstos no artigo 16, inciso IV do Decreto n. 70.235/72, conforme se pode observar dos trechos abaixo reproduzidos, extraídos das fls. 817:

“No caso em exame, considera-se desnecessária a diligência proposta pela impugnante, por entendê-la dispensável para o deslinde do presente julgamento. A realização de perícia pressupõe que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador, o que não é o caso dos presentes autos.

Com efeito, a perícia somente se justifica quando a prova não pode ou não cabe ser produzida por uma das partes.

Além disso, o PAF, em seu art. 16, § 1º (com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, art. 1º) estabelece que se considera não formulado o pedido de perícia que não nomear perito e indicar os seus motivos e os quesitos requeridos. No caso, o contribuinte não indicou perito, nem formulou quesitos a serem atendidos, sendo o seu pleito, portanto, inepto.

Posto isto, entendo que deva ser indeferido o pedido de perícia, nos termos dos artigos acima transcritos.”

Por essas razões, penso que a autoridade de 1ª instância entendeu corretamente ao indeferir o pedido de perícia, já que a linha de raciocínio ali perfilhada no sentido de que “a realização de perícia pressupõe que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador” e que, portanto, “a perícia somente se justifica quando a prova não pode ou não cabe ser produzida por uma das partes” coaduna-se perfeitamente com a linha de fundamentação aqui construída.

A jurisprudência deste Tribunal há muito vem se manifestando no sentido de que a necessidade de realização de perícia deve restar demonstrada nos termos da legislação tributária de regência, bem assim que seu indeferimento fundamentado não caracteriza cerceamento do direito de defesa quando a medida se mostra desnecessária. Confira-se:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/2001

PERÍCIA - NECESSIDADE - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA

Deverá restar demonstrada nos autos, a necessidade de perícia para o deslinde da questão, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência. Não se verifica cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia, cuja necessidade não se comprova.

[...]

(Processo n. 18008.000186/2008-58. Acórdão n. 2402-01.427, Conselheira Relatora Ana Maria Bandeira. Sessão de 03.12.2010. Publicado em 03.12.2010).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano-calendário: 2002

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. DILIGÊNCIAS OU PERÍCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Pacífico o entendimento desta Câmara

de que o indeferimento fundamentado do pedido para realização de perícias e diligências, não caracteriza cerceamento do direito de defesa. Na hipótese, desnecessária a realização da prova requerida.

[...]

(Processo n. 10882.003304/2007-89. Acórdão n. 2101-01.327, Conselheiro Relator José Raimundo Tosta Santos. Sessão de 26.10.2011. Publicado em 30.11.2011)."

Além disso, note-se que tanto a autoridade autuante quanto a autoridade judicante de 1ª instância bem examinaram todas as planilhas, livros fiscais e demais documentos, sendo que o ponto que deve ser aqui considerado é que o recorrente tentou comprovar a origem dos depósitos bancários a partir de documentos cujos montantes ali indicado foram considerados em valores absolutos e de forma genérica com indicação de uma receita ou rendimento em um determinado documento a comprovar vários créditos em conta, quando, nos termos do artigo 42, § 3º da Lei n. 9.430/96, a comprovação dos depósitos deve ser realizada de forma individualizada, estabelecendo-se, pois, uma relação biunívoca entre cada crédito em conta e a origem que se deseja comprovar, com coincidências de data e valor.

No âmbito da presunção de omissão de rendimentos caracterizado por depósitos de origem não comprovada, o contribuinte, visando afastar a referida presunção legal, tem de apresentar documentação hábil e idônea por meio da qual possa identificar, individualizadamente, a relação entre cada crédito em conta e a origem que se deseja provar, com coincidências de datas e valores, demonstrando de forma inequívoca a que título os créditos foram efetuados nas contas correntes de sua titularidade, não se cogitando, portanto, da realização de diligência ou perícia que visa suprir falhas do sujeito passivo no que diz com a produção de provas que lhe competiam. É nesse sentido que a jurisprudência deste Tribunal tem sustentado, conforme se pode verificar da ementa transcrita abaixo:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2004

PAF. NULIDADE. ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

O indeferimento de diligências e perícias, solicitadas tão-somente com o propósito de transferir para a Administração o ônus da produção da prova que competia ao interessado, não configura hipótese de cerceamento do direito de defesa passível de acarretar a nulidade do acórdão de primeira instância.

PAF. PEDIDO DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de realização de diligências e perícias que visa suprir as falhas do sujeito passivo na produção das provas que lhe competiam.

[...]

(Processo n. 10830.011708/2008-32. Acórdão n. 2801-001.559, Conselheira Reladora Amarylles Reinaldi e Henriques Resende. Sessão de 12.05.2011. Publicado em 12.05.2011).

Considerando que o indeferimento fundamentado do pedido de perícia não caracteriza cerceamento do direito de defesa quando a medida se mostra desnecessária, bem assim que não houve omissão por parte da autoridade judicante de 1ª instância no que diz com a análise de planilhas, livros fiscais e demais documentos acostados, já que, à toda evidência, restou claro que o sujeito passivo foi quem falhou quanto à produção das provas que lhe competiam, não há como se entender de outro modo senão pela rejeição da preliminar de

cerceamento do direito de defesa tal qual formulada, de modo que, nesse ponto, a decisão recorrida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

2. Das provas apresentadas e da desnecessidade de realização de perícia

Conforme restou assentado no tópico anterior, a autoridade julgadora poderá determinar, de ofício ou a requerimento do sujeito passivo, a realização de diligências ou perícias quando entendê-las necessárias, conforme prescreve o artigo 18 do Decreto n. 70.235/72.

Decerto que no âmbito do processo administrativo fiscal a autoridade tem o dever de buscar a verdade material em razão de estar vinculada à legalidade. É pela verdade material que os fatos e provas são valorados. Quer dizer, é pela “verdade material” que a lei concede ao órgão fiscal meios instrutórios amplos para que venha a formar sua livre convicção sobre fatos praticados pelo contribuinte. Tanto é assim que de acordo com o artigo 29 do Decreto n. 70.235/72¹, quando da apreciação da prova a autoridade julgadora formará livremente sua convicção.

Seguindo essa linha de raciocínio, destaque-se que as perícias apresentam como destinatária final a autoridade julgadora e, por isso mesmo, apenas ela pode avaliar sua pertinência para a solução da lide, de modo que a prova pericial se mostra útil apenas quando não houver possibilidade de se encontrar a verdade material por outra forma mais simples. A perícia se revela, pois, como prova de caráter especial e apenas será cabível nos casos em que a interpretação dos fatos demande juízo técnico, daí por que simples pedidos de perícia que tem por objeto a análise de documentação contábil e fiscal desacompanhados da devida justificativa de que se trata de medida imprescindível para o deslinde da questão são considerados, via de regra, como solicitações meramente protelatórias².

A jurisprudência deste Tribunal tem sustentado que a realização de perícia é necessária apenas quando a apreciação das provas demande conhecimento técnico especializado que se encontra além do conhecimento jurídico da autoridade autuante, conforme se pode verificar da ementa transcrita abaixo:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL ITR

Exercício: 1999

NULIDADE DA DECISÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. A realização de perícia não é direito subjetivo da defesa e não se presta à produção de prova que deveria ter sido juntada pelo sujeito passivo para contrapor à acusação fiscal. A autoridade julgadora de primeira instância determinará a sua realização se entender que tal medida é necessária para a apreciação das provas apresentadas, cuja compreensão exija conhecimento técnico especializado, fora do seu campo de atuação. O indeferimento fundamentado para a sua realização descaracteriza o alegado cerceamento do direito de defesa.

¹ Cf. Decreto n. 70.235/72, Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

² NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martinez. Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado (de acordo com a Lei nº 11.941, de 2009, e o Regimento Interno do CAREF. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2010, Não paginado.

[...]

(Processo n. 10821.000386/2004-81. Acórdão n. 2101-01.847, Conselheiro Relator José Raimundo Tosta Santos. Sessão de 18.09.2012. Publicado em 25.01.2013).” (grifei).

Sobre a necessidade de realização de perícia técnica destinada a esclarecer qualquer ponto obscuro e relevante ao deslinde da questão, Luiz Henrique Barros de Arruda³ dispõe o seguinte:

“Embora não explicitado no Decreto em apreço, deve-se concluir somente justificável a formulação de pedidos de diligência ou perícias, pelo Reclamante, quando a matéria de fato, ou assunto de natureza técnica, cuja comprovação não possa ser feita no corpo dos autos, quer pelo volume de papéis envolvidos na verificação, quer pela impossibilidade de se deslocar os elementos examináveis (v.g., máquinas, veículos, construções, exame do processo de produção), quer pela localização da prova (v.g., escrituração, documentos, ou informação em poder de terceiros, outros processos fiscais existentes, documentos de órgãos públicos), quer pela espécie de exame necessário (v.g., análise grafotécnica, análise química). Por conseguinte, revela-se prescindível a diligência ou perícia sobre aspecto que poderia ser comodamente trazido à colação com a inicial, ou sobre matéria de natureza puramente jurídica. De outra parte, é de conveniência, para reforçar a possibilidade de êxito do pedido e afastar suspeitas quanto ao seu caráter protelatório, acompanhar o requerimento, sempre que possível, de amostragem ou qualquer forma de evidenciação dos aspectos cuja apreciação se requer nesse exame.” (grifei).

Compartilhando dessa linha de pensamento, conclui-se que a perícia se revela como prova de caráter especial e apenas será cabível nos casos em que a interpretação dos fatos demande juízo técnico especializado, daí por que, ainda que o Decreto n. 70.235/72 não tenha assim explicitado, a realização de perícia somente se justifica quando a matéria de fato ou assunto de natureza técnica demanda comprovação que não pode ser realizada no corpo dos autos, quer pelo volume dos papéis envolvidos na verificação, quer pela impossibilidade de deslocamento dos documentos examináveis (v.g., máquinas, veículos, construções, exame do processo de produção etc.), *quer pela localização da prova* (v.g. escrituração, documentos ou informações em poder de terceiros), quer, ainda, pela espécie de exame necessário (v.g. análise grafotécnica, análise química etc.).

Portanto, tendo em vista que a perícia se revela como prova de caráter especial e somente se justifica quando a interpretação da matéria ou dos fatos demande juízo técnico cuja comprovação não pode ser realizada no corpo dos autos, entendo que no caso em apreço a realização da perícia tal qual formulada é um tanto desnecessária, uma vez que tem por objeto a análise de planilhas, livros fiscais e demais documentos fiscais os quais, a rigor, não demandam conhecimento técnico especializado que extrapola o conhecimento técnico-jurídico da autoridade atuante.

3. Da apresentação de novos documentos em sede recursal

De início, note-se que, em sua redação original, o Decreto n. 70.235/72 não estabelecia prazo no que diz com a apresentação de provas por parte do sujeito passivo. Esta

³ ARRUDA, Luiz Henrique Barros de. Processo Administrativo Fiscal/Manual, 1ª ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1993, pp. 56/7 e 59.

previsão somente veio a ocorrer com a promulgação da Lei n. 8.748/93, que, a propósito, acabou alterando a redação do artigo 17, o qual, por sua vez, passou a dispor que a prova documental seria admitida durante a tramitação do processo até a interposição do recurso voluntário. Posteriormente, a Lei 9.352/1997 acabou alterando novamente o Decreto n. 70.235/72 ao incluir o § 4º no artigo 16.

Com a introdução do parágrafo 4º no artigo 16 do Decreto n. 70.235/72, o momento processual para juntada de prova documental foi restringido à ocasião da impugnação sob pena de preclusão do direito de fazê-lo em outro momento posterior, o que significa dizer que o contribuinte, em princípio, não poderá juntar qualquer outro documento posteriormente, a menos que comprove quaisquer das hipóteses excepcionais ali elencadas. Confira-se:

“Decreto n. 70.235/72

Art. 16. (omissis):

[...]

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a)** fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b)** refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c)** destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.”

Competindo à própria administração impulsionar o processo até seu ato-fim à luz do princípio da oficialidade, é de se reconhecer que o processo administrativo fiscal corresponde a uma sequência ordenada de atos que são desenvolvidos com vistas à decisão final. Para impedir que este caminho se prolongue por tempo indeterminado a lei fixa o espaço máximo dentro dos quais os atos processuais devem ser validamente praticados, quer seja em relação à autoridade fazendária, quer seja quanto aos contribuintes. Com ou sem colaboração das partes, a relação processual segue sua marcha procedimental em razão de imperativos jurídicos lastreados precipuamente no mecanismo dos prazos. É por isso mesmo que o Decreto n. 70.235/72 prescreve que a concentração dos atos probatórios deve ocorrer em momentos pré-estabelecidos.

Aliás, o próprio princípio do devido processo legal se manifesta por meio de princípios outros que vão além do princípio da verdade material. Porque o processo requer andamento, desenvolvimento, marcha e conclusão. A segurança e a observância das regras previamente estabelecidas para a solução das lides constituem valores igualmente relevantes para o processo. É aí que o instituto da preclusão se apresenta como figura indispensável ao devido processo legal, não havendo se cogitar aí de qualquer incompatibilidade com os princípios do contraditório e ampla defesa e princípio da verdade material.

E nem se diga que a apresentação de alegações e documentos pode ser realizada até a tomada da decisão administrativa nos termos do artigo 38 da Lei n. 9.784/99 (Lei Geral do Processo Administrativo Federal), porque ainda que tal dispositivo normativo estabeleça um prazo mais amplo do que aquele prescrito pelo Decreto n. 70.235/72, a lei geral apenas será aplicada subsidiariamente aos processos regulados por lei específica⁴. E, aí, considerando que o Decreto n. 70.235/72 é lei específica, decerto que prevalecerá sobre a norma geral, haja vista que

⁴ É nesse sentido que prescreve o próprio artigo 69 da Lei n. 9.784/99: "Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei."

nos quadrantes da hermenêutica um dos critérios que visa eliminar conflitos aparentes de normas é que a lei especial anula uma lei mais geral ou, ao menos, subtrai uma parte material da norma para submetê-la a uma regulamentação diferente.

A rigor, o próprio artigo 16, § 4º do Decreto n. 70.235/72 elenca hipótese em que a regra da preclusão é flexibilizada, estabelecendo-se que a prova documental poderá ser apresentada após a formalização da peça impugnativa quando (i) o contribuinte tenha demonstrado a impossibilidade de sua apresentação oportuna por motivo de força maior, (ii) refira-se a fato ou a direito superveniente ou (iii) destine-se a contrapor fatos ou razões trazidos aos autos posteriormente, sendo que a dúvida que aqui deve ser lançada é se o caso em apreço se enquadra na hipótese em que a prova é apresentada com a finalidade de contrapor fatos ou razões que são trazidas aos autos após o oferecimento da impugnação.

Em comentários ao artigo 16, § 4º, alínea “c” do Decreto n. 70.235/72, Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martínez López⁵ dispõem o seguinte:

“É também possível legalmente apresentar provas que se destinem a contrapor fatos ou razões, posteriormente, trazidos aos autos. É muito comum serem apresentados novos elementos de convicção apurados em decorrência de diligências ou perícias promovidas após a impugnação, tanto na primeira como na segunda instância. Cabe ressaltar que as diligências solicitadas, na maioria pelos julgadores, visam esclarecer dúvidas suscitadas nos autos ou esclarecer pontos obscuros. Há quem afirme que, se o julgador pode solicitar documentos a qualquer momento, o contribuinte, por essa mesma razão, também poderia espontaneamente juntá-los a qualquer tempo sem a ocorrência da figura da preclusão. Se, inclusive de ofício, o julgador administrativo pode determinar a produção da prova até o julgamento do processo, com muito mais razão deveria acolher qualquer requerimento probatório até a tomada da decisão.

Não nos parece acertado esse entendimento. A um porque, para o julgador não se aplicam as regras de preclusão previstas para o contribuinte, a quem - julgador - as regras do PAF lhe confere o direito de converter o julgamento em diligência quando houver necessidade de introduzir novos elementos formadores de convicção. A dois porque o resultado de uma diligência fiscal pode produzir o efeito de convencer, sensibilizar ou colocar em dúvida, a autoridade aplicadora da lei tributária, com competência legal para reexaminar o lançamento tributário. A três porque a autoridade julgadora deve, nos termos do RICARF/09, artigo 49, dentre outras coisas, observar o devido processo legal, assegurando às partes igualdade de tratamento e zelando pela rápida solução do litígio.”

De fato, costuma-se afirmar que o artigo 16, § 4º, alínea “c” do Decreto n. 70.235/72 se aplica àquelas hipóteses em que novos elementos de convicção consubstanciados em novos fatos ou em novas razões são trazidos aos autos em decorrência da realização de diligências ou perícias que são promovidas após o oferecimento da impugnação. Todavia, parece-me razoável considerar que a melhor interpretação do dispositivo normativo em referência não deve se limitar a tanto, já que novos fatos ou razões podem ser trazidos aos autos pelos próprios julgadores de 1ª instância. Ora, se o processo administrativo fiscal é regido pelo princípio da verdade material, não é de todo impossível que o julgador de 1ª instância possa convencer-se de uma ou outra linha de entendimento em virtude de fatos ou razões outras que não foram mencionados anteriormente.

⁵ NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado (de acordo com a Lei nº 11.941, de 2009, e o Regimento Interno do CARF). 3. ed. São Paulo: Dialética, 2010, Não paginado.

Na hipótese dos autos, note-se que ainda que o ora recorrente tenha destacado em suas primeiras manifestações que a maioria das movimentações financeiras realizadas na respectiva conta corrente objeto da autuação eram provenientes de empréstimos e pagamentos de empréstimos concedidos ao *Hospital e Maternidade Santa Rita S.A.*, é de se reconhecer que em nenhum momento a autoridade autuante chegou a solicitar-lhe que apresentasse cópias dos contratos de mútuo tais quais realizados. Decerto que o próprio recorrente poderia ter procedido de modo tal por livre e espontânea vontade, mas, efetivamente, não foi o que ocorreu. De todo modo, o que deve restar evidente é que essa premissa relativa à apresentação dos contratos de mútuo somente foi levantada quando do julgamento da impugnação, conforme se pode perceber dos trechos abaixo reproduzidos, extraídos das fls. 813/814 do Acórdão:

“O contribuinte realmente é sócio do HMSR. Tanto é que a Fiscalização considerou justificados os créditos bancários decorrentes do recebimento de pró-labore, como acima se viu.

É muito comum nas sociedades empresárias, os sócios emprestarem para a sociedade da qual participem ou até mesmo os sócios tomarem dinheiro emprestado da sociedade.

O art. 586 do Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406/2002, denomina essa operação de mútuo. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis (dinheiro, por exemplo), no qual o mutuário obriga-se a restituir ao mutuante o que dele recebeu.

Nestes tipos de operação, o Contrato de Mútuo se faz necessário para a contabilização dos fatos e para a produção de prova em eventuais demandas fiscais e jurídicas.

Assim, o documento deve conter ao menos os seguintes quesitos:

- a) valor da dívida;
- b) descrição das partes;
- c) a remuneração do capital (juros);
- d) outras cláusulas que determinem a vontade das partes, tal a destinação do recurso, se for o caso.

Além disso, é importante que o contrato preveja, expressamente, a devolução do recurso para que não fique caracterizada eventual doação.

Assim, ante as evidências expostas no trabalho fiscal, com vários indícios convergentes, cabe à defesa provar que existiram as operações de mútuo, desconsideradas pelo Fisco. E, como prova, o contribuinte apenas alegou, sem apresentar documentação comprobatória.

Ele deveria ter trazido os Contratos de Mútuo. Também os livros contábeis com lançamentos no Livro Diário e/ou Razão da HMSR, demonstrando os lançamentos a débito e a crédito das suas contas.”

A jurisprudência deste Tribunal tem sustentado que não há uma verdadeira hierarquia entre os princípios da preclusão e verdade material, podendo-se prevalecer um ou outro a depender do caso concreto e a partir de um juízo de proporcionalidade, bem assim que a produção de provas em sede recursal é permitida se o caso restar caracterizado na hipótese prevista no artigo 16, § 4º, alínea “c” do Decreto n. 70.235/72. Confira-se:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999

NORMAS PROCESSUAIS. PROVA DOCUMENTAL. MOMENTO APRESENTAÇÃO. APÓS RECURSO VOLUNTÁRIO.

Tanto o princípio da verdade material como o princípio da preclusão são princípios aplicáveis ao processo administrativo fiscal.

Os princípios, em específico, não estão submetidos, tão-somente, a um juízo de validade, mas especialmente a uma ponderação, a um balanceamento; não se declara válido ou não válido um princípio, não há uma norma de exceção.

A solução é diversa: as circunstâncias concretas motivadoras da aplicação dos princípios conflitantes devem ser analisadas, observando-se qual o princípio prevalecerá no caso concreto, uma vez que eles têm peso diferente.

Na escolha do princípio a incidir deverá ser utilizada a máxima da proporcionalidade. Não há verdadeira hierarquia entre os princípios, uma vez que ora poderá prevalecer um ora outro, deve ser feito o teste de proporcionalidade, para decidir qual rege o caso concreto. Há, pois, uma hierarquização em função do caso concreto.

É abusiva a juntada da prova após o trintídio do recurso voluntário, que se referia à cópia de cheques de emissão do recorrente, buscando comprovar que os débitos nas contas auditadas tinham favorecido pessoa jurídica, já que a infração estava associada aos créditos na conta corrente, os quais não tiveram suas origens comprovadas, e não a eventuais débitos, o que acarreta a restrição prevista no art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72.

Recurso especial negado.

(Processo n. 10875.001542. Acórdão n. 9202-002.626, Conselheiro Relator Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. Sessão de 23.04.2013. Publicado em 06.06.2014).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 1999

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA. PRECLUSÃO.

É permitida a produção de provas em sede recursal, uma vez caracterizada a hipótese prevista na alínea "c" do § 4º do art. 16 do Decreto no. 70.235, de 1972.

Recurso negado.

(Processo n. 19515.000175/2003-04. Acórdão n. 9202-004.320, Conselheiro Redator Gerson Macedo Guerra. Sessão de 21.07.2016. Publicado em 02.09.2016).

à toda evidência, não restam dúvidas de que a questão que ora se analisa se encaixa com perfeição à hipótese prevista no artigo 16, § 4º, alínea "c" do decreto n. 70.235/72, razão pela qual entendo por acolher a juntada dos respectivos contratos de mútuo que, a propósito, estão sendo juntados apenas nesta fase recursal e serão examinados em conjunto com a matéria de mérito da qual cuidaremos no tópico seguinte.

4. Da falta comprovação individualizada dos créditos lançados em contas de depósito ou investimento

Destaque-se, inicialmente, que o presente Auto de Infração foi lavrado com fundamento nos artigos 37, 38, 83 e 849 do RIR/99, aprovado pelo Decreto n. 3.000/99, combinado com o artigos 58 da Lei n. 10.637/02, 106, inciso I da Lei n. 5.172/66 e, ainda, artigo 42 da Lei n. 9.430/96 e artigo 1º, inciso V e VI e parágrafo único da Lei n. 11.482/07, entretanto o ponto que aqui se busca examinar reivindica a análise tão-somente do artigo 42, *caput* e § 3º da Lei n. 9.430/96, cuja redação transcrevo abaixo:

“Lei n. 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.

[...]

§ 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 Medida Provisória nº 1.563-7, de 1997) (Vide Lei nº 9.481, de 1997).” (grifei).

A partir das informações que são prestadas pelo próprio contribuinte ou por terceiros, o Fisco pode verificar a ocorrência de situações que, em tese, correspondam ao auferimento de rendimentos tributáveis e, aí, havendo suspeita de que, no caso, respectivos depósitos representam receita omitida, caberá à autoridade fiscal realizar a análise individualizada das respectivas movimentações financeiras registradas em conta de depósito ou de investimento e, listando os lançamentos suspeitos um a um, deverá solicitar ao contribuinte que identifique a origem de tais valores. Ao final, caso o contribuinte não consiga comprovar que se tratam de rendimentos isentos ou não tributáveis, tais valores serão considerados como rendimentos omitidos por força da presunção legal em evidência.

Na verdade, trata-se de presunção legal que acaba eximindo a autoridade fiscal de comprovar a respectiva omissão de rendimentos, de modo que o ônus da prova é invertido e passa a ser do contribuinte, que, a partir de então, tem a obrigação de oferecer provas de que o fato gerador do imposto sobre a renda não ocorreu.

Em outras palavras, a presunção legal constante do artigo 42 da Lei n. 9.430/96 prescreve que em vez de ter de comprovar a efetiva ocorrência da aquisição de disponibilidade de renda ou proventos tributáveis não oferecidos à tributação – esse o fato desconhecido –, caberá à autoridade fiscal apenas comprovar a existência do acontecimento tomado como fato presumido, ou seja, a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprova documentalmente a origem dos respectivos recursos – esse o fato conhecido. E, aí, tratando-se de presunção relativa, caberá ao contribuinte, por sua vez, afastá-la mediante comprovação da inoccorrência do fato conhecido ou do fato desconhecido.

Pois bem. O primeiro ponto que deve ser aqui considerado é que quando da emissão do *Termo de Intimação Fiscal* n. 01/2015 (fls. 152/153), a autoridade fiscal solicitou que o ora recorrente apresentasse documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores que comprovasse a origem e a natureza jurídica de cada um dos créditos relacionados no respectivo Anexo 01, efetuados na conta mantida junto ao Banco *Sicoob Credicom*. Quer dizer, a autoridade fiscal listou, individualizadamente, as movimentações financeiras registradas na respectiva conta de depósito ou de investimento em relação às quais havia suspeita, ao menos em tese, de omissão de rendimentos, e, aí, solicitou ao ora recorrente que identificasse, também de modo individualizado, a origem de tais ganhos.

Fato é que o recorrente não conseguiu comprovar a origem dos depósitos de forma individualizada, não tendo apresentado, portanto, documentação hábil e idônea que bem

comprovasse a origem de cada uma das movimentações financeiras registradas na conta n. 26.358.001-6, mantida junto ao Banco *Sicoob Credicom*, ocorridas durante os anos-calendário 2011 e 2012. Ao contrário, o recorrente continua por sustentar, em síntese, que não há qualquer impedimento legal no que diz com a comprovação dos depósitos a partir de valores absolutos mensais e anuais e que, portanto, a individualização dos valores somente deveria ser considerada nos casos em que não ocorre a efetiva demonstração, por outros meios, da origem dos rendimentos.

A propósito, note-se que o recorrente aduz que, de acordo com as planilhas colacionadas às fls. 833, registrou em suas respectivas *Declarações de Ajuste Anual* movimentações nos valores de R\$ 14.440.177,59 e R\$ 26.866.181,86, correspondentes, respectivamente, aos anos-calendário 2011 e 2012. Por outro lado, percebe-se que, no entendimento da autoridade fiscal, os créditos cuja origem foi comprovada totalizaram R\$ 11.155.368,19, relativamente ao ano-calendário de 2011, e R\$ 18.296.886,37 no que diz com as movimentações ocorridas no ano-calendário 2012, sendo que as respectivas diferenças de R\$ 3.284.809,40 (R\$ 14.440.177,59 - 11.155.368,19) e R\$ 8.569.295,49 (26.866.181,86 - 18.296.886,37) foram lançadas como créditos de origem não comprovada.

O recorrente dispõe, ainda, que, de acordo com as planilhas colacionadas às fls. 833/834, as informações registradas nos livros contábeis do *Hospital e Maternidade Santa Rita S/A* demonstram que os pagamentos realizados pelo Hospital nos anos-calendário de 2011 e 2012 foram apurados, respectivamente, nos valores absolutos de R\$ 11.534.419,00 e R\$ 22.802.795,00 e que, portanto, tais pagamentos, realizados pelo Hospital a título de mútuo, condizem mensalmente com os créditos lançados em sua conta corrente.

Quer dizer, não há como se estabelecer uma relação biunívoca entre cada crédito lançado na respectiva conta e a origem que se deseja comprovar, com coincidências de datas e valores. É por isso mesmo que a comprovação da origem dos créditos lançados em conta de depósito ou de investimento deve ser realizada de forma individualizada, cotejando-se, portanto, cada um dos créditos que se deseja comprovar a partir de documentos hábeis e idôneos em que se verifique a coincidência de datas e valores, conforme prescreve o próprio artigo 42, § 3º da Lei n. 9.430/96 ao dispor que “*para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente*”. Aliás, foi nesse sentido que a autoridade judicante de 1ª instância se manifestou, conforme se pode observar dos trechos abaixo reproduzidos:

“DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO.

O interessado alegou, resumidamente, que a maioria dos créditos lançados em sua conta corrente são provenientes de pagamentos de empréstimos (mútuo) que recebeu do Hospital e Maternidade Santa Rita S/A (HMSR), devidamente lançados em livros próprios da sociedade mutuária. A Fiscalização somente considerou os créditos que coincidiram em data e valor, não levando em conta pequenas divergências ocasionadas por compensação bancária ou feriados, bem como por pagamentos múltiplos representando um só pagamento.

Salientou que em valores absolutos, os montantes mensais dos pagamentos recebidos do HMSR são compatíveis o montante dos créditos considerados não justificados pela Fiscalização. Alegou ainda que não ocorreu acréscimo patrimonial.

A comprovação de origem, nos termos do disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/96 deve ser interpretada como a apresentação pelo contribuinte de documentação hábil e idônea que possa identificar a fonte do crédito, o valor, a data e, principalmente, que demonstre de forma inequívoca a que título os créditos foram efetuados nas contas correntes de sua titularidade. Há necessidade de se estabelecer uma relação biunívoca entre cada crédito em conta e a origem que se deseja comprovar, com coincidências de data e valor, não

cabendo a “comprovação” feita de forma genérica com indicação de uma receita ou rendimento em um determinado documento a comprovar vários créditos em conta.

Portanto, não merece reparos o procedimento praticado pela Autoridade Fiscal. Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder/dever de considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis omitidos na declaração de ajuste anual, efetuando o lançamento do imposto correspondente. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente tão-somente a inquestionável observância do diploma legal.” (grifei).

A jurisprudência deste Tribunal tem se manifestado, de forma uníssona, no sentido de que a comprovação da origem dos créditos lançados em conta de depósito ou investimento deve ser realizada 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. Confira-se:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano-calendário: 2005

[...]

ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS COMPROVAÇÃO INDIVIDUALIZADA
ART. 42, § 3º, LEI Nº 9.430/96.

Deve o contribuinte comprovar individualizadamente a origem dos depósitos bancários feitos na em sua conta corrente, identificando-os como decorrentes de renda já oferecida à tributação ou como rendimentos isentos/não tributáveis, conforme previsão do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

(Processo N. 13116.001743/2008-15. Acórdão n. 2201-002.609, Conselheiro Relator German Alejandro San Martín Fernández. Sessão de 06.11.2014. Publicado em 11.03.2015).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano-calendário: 1998

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 em instituição financeira. Por outro lado, o consequente 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.

(Processo n. 10865.000889/2003-60. Acórdão n. 2402-005.630, Conselheiro Relator João Victor Ribeiro Aldinucci. Sessão de 07.02.2017. Publicado em 16.03.2017).” (grifei).

Por força do artigo 42, § 3º da Lei n. 9.430/96, caberia ao próprio recorrente comprovar, de forma individualizada, a origem dos créditos lançados em sua conta corrente

através de documentação hábil e idônea a partir da qual restasse demonstrada a fonte do crédito, o valor, a data e, principalmente, a que título os créditos foram efetuadas nas contas correntes de sua titularidade, estabelecendo-se, pois, uma relação biunívoca entre cada crédito em conta e a origem que se deseja comprovar, com coincidências de data e valor, não havendo espaço, portanto, para demonstrações realizadas de forma genérica consubstanciadas na indicação de uma receita ou rendimento em um determinado documento a comprovar vários créditos em conta.

Dando continuidade, o segundo ponto que deve ser aqui considerado diz respeito aos *contratos de mútuo* os quais, a propósito, foram apresentados apenas nesta fase recursal e encontram-se juntados às fls. 851/922, já que, tal como afirmei anteriormente, achei por bem examiná-los em conjunto com a matéria de mérito que reveste o caso em apreço, podendo-se afirmar, de logo, que, conceitualmente, o mútuo consiste em um “empréstimo de consumo”, ou seja, trata-se de um negócio jurídico unilateral por meio do qual o mutuante transfere a propriedade de um objeto móvel fungível ao mutuário, que se obriga à devolução, em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade⁶.

O Código Civil cuidou de tratar do instituto do empréstimo de mútuo no artigo 586, cuja redação segue transcrita abaixo:

“Lei n. 10.406/2002

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.”

Como se pode notar, o instituto do *mútuo* aperfeiçoa-se quando o proprietário, mutuante, transmite a propriedade da coisa mutuada, e não apenas a posse, com o efeito e possibilidade de que a coisa seja consumida, obrigando-se o mutuário, portanto, a compensá-lo com a entrega de outra coisa, substancial, qualitativa e quantitativamente idêntica. Não se exigirá do mutuário que restitua exatamente o bem que recebeu, pois é da essência desse negócio jurídico a utilização de coisa fungível.

Em se tratando de *mútuo* de dinheiro, a entrega efetiva da quantia é elemento essencial do contrato sem o qual inexistiria o próprio mútuo e não se gera qualquer espécie de obrigação de crédito, já que o crédito e a obrigação decorrente de pagar não decorrem da promessa de transferir o dinheiro frente à promessa de aceitá-lo para pagamento futuro, mas, sim, da transferência efetiva do valor ao mutuário. E, aí, considerando que o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade exige-se que ele pague a quantia em dinheiro que lhe foi havia sido repassada em condições e formas estabelecidas no contrato. O mútuo em dinheiro aperfeiçoa-se, portanto, a partir das seguintes relações: (i) entrega do dinheiro por parte do mutuante; e (ii) pagamento ou quitação do respectivo valor por parte do mutuário.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: contratos em espécie. vol. 4. tomo II. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: 2014, Não paginado.

Em comentários ao instituto do mútuo previsto no artigo 586 do Código Civil, Carlos Roberto Gonçalves⁷ afirma que o mutuante é obrigado a entregar a coisa, enquanto o mutuário tem o dever de restituí-la. Confira-se:

“Sendo o mútuo contrato *real e unilateral*, que se perfaz com a entrega da coisa emprestada, uma vez efetuada a tradição nada mais cabe ao mutuante, recaiando as obrigações somente sobre o mutuário.

[...]

As obrigações do mutuário, pode-se dizer, resumem-se numa só: *restituir*, no prazo convencionado, a mesma quantidade e qualidade de coisas recebidas e, na sua falta, pagar o seu *valor*, tendo em vista o tempo e o lugar em que, segundo a estipulação, se devia fazer a restituição, quando o contrato não tiver dinheiro por objeto. Se a coisa, ao tempo do pagamento, estiver desvalorizada, deve ser restituído o valor que tinha na data do empréstimo, pelo qual ingressou no patrimônio do mutuário.”

Transpondo essas categorias para o campo do direito tributário, deve-se afirmar que se o empréstimo de mútuo se trata de instituto próprio do direito civil sua real compreensão deve ser realizada a partir das lições e ensinamentos ali erigidos. Significa dizer que se a doutrina civil afirma que o instituto do mútuo aperfeiçoa-se apenas a partir das relações de entrega e devolução da coisa, a observação que deve ser aqui realizada é a de que na ausência de quaisquer desses elementos não há como se concluir pela caracterização do mútuo.

Na hipótese dos autos, o que deve restar claro é que os *contratos de mútuo*, por si só, não têm o condão de afastar a presunção legal de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada constante do artigo 42 da Lei n. 9.430/96, porque, como restou bem salientado linhas atrás, a comprovação da origem dos créditos lançados em conta de depósito ou de investimento deve ser realizada de forma individualizada a partir de documentação hábil e idônea em que se verifique a fonte do crédito, o valor, a data e, principalmente, a que título os créditos foram efetuadas nas contas correntes de sua titularidade, estabelecendo-se, pois, uma relação biunívoca entre cada crédito em conta e a origem que se deseja comprovar.

Essa linha de entendimento encontra amparo, inclusive, na própria jurisprudência desta Turma que, a rigor, vem sustentando que a alegação de que os depósitos em conta têm origem em contratos de mútuo celebrados deve estar amparada em um conjunto probatório robusto, de modo que a apresentação dos respectivos contratos, por si só, não têm o condão de ilidir a presunção legal constante do artigo 42 da Lei n. 9.430/96. Confira-se:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2010

[...]

OMISSÃO DE RENDIMENTOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS

Caracterizam omissão de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, sua natureza tributária.

⁷ Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. vol. 3. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Não paginado.

OPERAÇÃO DE MÚTUO - REQUISITOS DE PROVA

Para comprovação da operação de mútuo, além do registro público do contrato, é indispensável documentação hábil e idônea que demonstre a efetiva ocorrência do pactuado, o cumprimento das cláusulas acertadas, como pagamentos em datas e valores convencionados; a simples apresentação de documentos particulares e/ou seu lançamento na contabilidade, por si sós, são insuficientes para opor a operação a terceiros e, principalmente, para afetar a tributação.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Na presunção legal juris tantum do Fisco, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário, sem comprovação de origem, corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimentos omitidos da tributação, pois, neste caso, inverte-se o ônus da prova para o contribuinte, cabendo-lhe demonstrar que o fato presumido não existiu na situação concreta, ou comprovar da natureza de tais rendimentos, se já teriam sido tributados ou são isentos

(Processo n. 11080.726941/2014-54. Acórdão n. 2201-008.781, Conselheiro Relator Marcelo Milton da Silva Risso. Sessão de 08.11.2018. Publicado em 14.12.2018).”
(grifei).

Com base em todas as razões expostas, penso que não há como acolher a pretensão do recorrente no sentido de que não há qualquer impedimento legal no que diz com a comprovação dos depósitos a partir de valores absolutos mensais e anuais, porque, como restou demonstrado, o próprio artigo 42, § 3º da Lei n. 9.430/96 prescreve que a comprovação da origem dos créditos lançados em conta de depósito ou de investimento deve ser realizada individualizadamente. Por outro lado, é de se reconhecer que os contratos de mútuos apresentados apenas nesta fase recursal não têm o condão de, por si só, ilidir a presunção legal de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada constante do artigo 42 da Lei n. 9.430/96. Portanto, entendo que não assiste razão ao recorrente no que diz respeito à matéria de mérito aqui discutida.

5. Da aplicação da multa de ofício no percentual de 75%

A premissa que deve ser aqui fixada no que diz com análise da aplicação da multa de ofício no percentual de 75% é a de que o descumprimento da legislação tributária ensejará a aplicação de sanção (penalidade), do que resultar perceber, de plano, que *infração* e *sanção* são institutos diversos, ainda que interligados. A rigor, note-se que a multa aplicada no caso concreto teve por fundamento o artigo 44, inciso I da Lei n. 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14 da Lei n. 11.488/07, cujo teor encontra-se abaixo reproduzido:

“Lei n. 9.430/96

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)”.

Pois bem. As normas jurídicas sancionatórias, enquanto espécies da classe *normas jurídicas*, também ostentam estrutura bimembre de hipótese e consequência, de modo que enquanto a hipótese da norma sancionatória traduz-se na própria *infração* (descumprimento da norma primária dispositiva), o consequente diz com a própria *sanção* em si (multa, penalidade).

Infração e sanção, portanto, são estruturas da norma jurídica completa e correspondem, cada qual, a entidades que não se confundem, a despeito de se interligarem pela relação jurídica deôntica. É nesse sentido que dispõe Paulo de Barros Carvalho⁸:

“Assim como se denomina *obrigação tributária* o liame jurídico que se estabelece entre dois sujeitos — pretensor e devedor — designa-se por *sanção tributária* a relação jurídica que se instala, por força do acontecimento de um fato ilícito, entre o titular do direito violado e o agente da infração. Além desse significado, obrigação e sanção querem dizer, respectivamente, o dever jurídico cometido ao sujeito passivo, nos vínculos obrigacionais, e a importância devida ao sujeito ativo, a título de penalidade ou de indenização, bem como os deveres de fazer ou de não fazer, impostos sob o mesmo pretexto.

A relação sancionatória vem mencionada no prescritor da regra, onde podemos colher todos os elementos necessários e suficientes para a sua identificação, num caso concreto. A norma que estipula a sanção descreve o fato antijurídico no seu antecedente, e a providência desfavorável ao autor do ilícito (sanção) no consequente.”

De fato, toda multa exerce a função de apenar o sujeito a ela submetido, tendo em vista o ilícito praticado. É na pessoa do infrator que recai a multa, isto é, naquele a quem incumbia o dever legal de adotar determinada conduta e que, tendo deixado de fazê-lo, deve sujeitar-se à sanção cominada pela lei. Por essa razão, é de se reconhecer que a multa aqui analisada foi aplicada com base na legislação vigente à época da autuação, restando-se concluir, portanto, que a autoridade fiscal agiu em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, ainda mais quando se sabe que lhe é defeso emitir qualquer juízo sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de dispositivos legais ou infralegais até então vigentes e, sob tal justificativa, afastá-los da aplicação ao caso concreto, uma vez que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória nos termos do artigo 142, *caput* e parágrafo único do CTN.

A título de complementação, vale destacar que também não se admite que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF possa afastar ou deixar de observar quaisquer disposições contidas em Lei ou Decreto, nos termos do que estabelece o próprio artigo 62 do Regimento Interno - RICARF, aprovado pela Portaria MF n. 343, de junho de 2015, e a Súmula n. 2 do CARF, conforme se observa abaixo:

“PORTARIA MF Nº 343, DE 09 DE JUNHO DE 2015.

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.

Súmula CARF n. 2

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

Acrescente-se, ainda, que no que concerne à legalidade dos atos infralegais, o artigo 16 da Lei n. 12.833, de 20.06.2013 inseriu o parágrafo único no artigo 48 da Lei 11.941/2009. Porém, ao sancionar a referida Lei a então Presidente da República vetou o inciso II do referido parágrafo único. Confira-se:

“Art. 48. (...)

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 486/487.

Parágrafo único. São prerrogativas do Conselheiro integrante do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF:

I - somente ser responsabilizado civilmente, em processo judicial ou administrativo, em razão de decisões proferidas em julgamento de processo no âmbito do CARF, quando proceder comprovadamente com dolo ou fraude no exercício de suas funções; e

II – (VETADO).

Razões do veto: o CARF é órgão de natureza administrativa e, portanto, não tem competência para o exercício de controle de legalidade, sob pena de invasão das atribuições do Poder Judiciário.”

Tendo em vista que a fiscalização agiu em consonância com os artigos 142 e 149 do CTN e que, por outro lado, não cabe ao CARF se pronunciar sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas tributárias vigentes, reafirmo que, também nesse ponto, não assiste razão ao recorrente, de modo que a multa aplicada com fundamento no artigo 44, inciso I da Lei n. 9.430/96, com redação dada pelo artigo 14 da Lei n. 11.488/07 não pode ser afastada ou excluída, tal como pretende o recorrente.

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta nos autos, conheço do presente Recurso Voluntário e, no mérito, voto por negar-lhe provimento

(documento assinado digitalmente)

Sávio Salomão de Almeida Nóbrega