



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

Processo nº 19515.000032/2007-18
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2201-003.235 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de junho de 2016
Matéria Imposto sobre a Renda da Pessoa Física
Embargante Procuradoria da Fazenda Nacional
Interessado OSMAR LEWINSKI

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2001, 2002

OMISSÃO. AUSÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. EXISTÊNCIA. CABIMENTO DE EMBARGOS.

Devem ser acolhidos os embargos de declaração por omissão, interpostos contra decisão silente quanto aos seus fundamentos.

AUSÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE ENSEJARAM A DECISÃO ADMINISTRATIVA É CAUSA DE NULIDADE DO ATO PROCESSUAL.

É nulo o ato administrativo que encerre preterição a direito de defesa (art. 59, II do Decreto nº 70.235). A decisão administrativa que não contenha os fundamentos das razões de decidir padece da nulidade apontada. A autoridade competente para declarar a nulidade é a mesma apta a praticar o ato (Decreto nº 70.235, art. 61).

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL.

Sendo dever do sujeito passivo antecipar o pagamento devido pelo imposto sobre a renda da pessoa física, tal tributo se encerra naqueles cuja contagem do prazo decadencial segue a sorte da prescrição constante do artigo 150, § 4º, do CTN. Porém, sendo observado a existência de fraude ou simulação, o direito do Fisco em lançar o crédito tributário passar a observar a forma prevista no artigo 173, inciso I.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Verificado pelo Fisco por meio de provas documentais a existência de movimentação financeira no exterior, surge o poder/dever do lançamento tributário contra aquele indicado nos meios de prova como sendo o detentor do recursos movimentados.

COMPROVAÇÃO DA TITULARIDADE DE RECURSOS DEPOSITADOS NO EXTERIOR. DOCUMENTOS EMITIDOS PELO BANCO ADMINISTRADOR DOS RECURSOS. COMPROVAÇÃO.

A existência de documentos emitidos pelo banco estrangeiro, devidamente periciados por órgão oficial, comprova a titularidade dos recursos mantidos no exterior.

QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

Cabe a aplicação do percentual previsto no artigo 44, inciso I, em dobro nos casos de aplicação da multa de ofício, em que comprovadamente houve intenção dolosa de sonegar, fraudar ou agir em conluio para o atingimento das praticas de sonegação ou fraude. A comprovada e injustificada movimentação de recursos no exterior, por meio de interpostas pessoas, com uso de instituições financeiras diversas, e de contas de titularidades de empresas 'off shore' caracteriza o ânimo intencional da evasão fiscal.

EMPRÉSTIMO OBTIDOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE PARA CÔMPUTO DA ORIGEM DOS RECURSOS QUE COMPROVAM EVOLUÇÃO PATRIMONIAL.

A simples alegação da existência de empréstimos firmados com familiares e pessoas físicas próximas, sem a efetiva comprovação do negócio jurídico e do trânsito do valores envolvidos, não se presta a comprovação da origem dos recursos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos da Fazenda Nacional. Por maioria de votos, atribuir efeitos infringentes aos embargos para, sanando a omissão apontada no Acórdão 2101-00386, de 02/12/2009, conhecer do recurso voluntário para rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Carlos César Quadros Pierre e Ana Cecília Lustosa da Cruz.

(assinado digitalmente)

EDUARDO TADEU FARAH - Presidente.

(assinado digitalmente)

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Relator.

EDITADO EM: 01/07/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo Tadeu Farah (Presidente), Carlos Henrique de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado), Marcio de Lacerda Martins (Suplente convocado), Maria Anselma Coscrato dos Santos (Suplente convocada), Carlos Alberto Mees Stringari, Carlos Cesar Quadros Pierre, Ana Cecília Lustosa da Cruz.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração proposto pela Fazenda Nacional com vistas a corrigir omissão em Acórdão de Recurso Voluntário prolatado pela 1ª TO da 1ª Câmara deste Conselho, sob nº 2101-00386, em sessão de 02 de dezembro de 2009.

Tal decisão resultou de julgamento de auto de infração relativo ao IRPF dos anos calendário 2001 e 2002, lavrado em janeiro de 2007, tendo sido o contribuinte cientificado, na pessoa de seu procurador, em 12 de janeiro de 2007 (folhas 291 do processo digitalizado).

Em razão da renúncia dos Conselheiros Relator e Redator designados, foi designado um Conselheiro *ad hoc* para elaboração do Acórdão atacado. Em face de omissão apontada, a Fazenda Nacional interpôs os embargos que aqui se analisa.

Antes porém, vejamos o desenvolvimento do processo administrativo.

A decisão de primeira instância, prolatada pela 3ª Turma da DRJ São Paulo II, ostenta o seguinte relatório, que reproduzo e adoto em razão de concisão e completude (fls 445):

"Contra o contribuinte em questão foi lavrado o auto de infração (fls. 261/263) com o lançamento de imposto de renda relativo ao ano-calendário 2001/2002 de R\$ 907.406,55. de multa de ofício de R\$ 1.361.109,82 e de juros de mora calculados até 29/12/2006 de R\$ 630.642,89.

A presente ação fiscal contra o contribuinte foi iniciada em 26/10/2006, com a ciência do Termo de Início de Fiscalização de fls. 03/04, em que o contribuinte foi intimado a apresentar, em relação ao ano-calendário 2001 e 2002, documentos comprobatórios da origem dos recursos financeiros movimentados no exterior, por meio da conta mantida no banco "JP Morgan Chase Bank" pela empresa Beacon Hill Service Corporation, conta 6192033, sub-contas: Laurel 311045 e Sinkel 31197, em que o contribuinte é identificado como ordenador das remessas.

De posse dos documentos colhidos no decorrer da ação fiscal o auditor elabora os demonstrativos de evolução patrimonial de fls. 244/245 e, conforme relatado no Termo de Constatação Fiscal de fls. 246/257, encerra a ação fiscal com a lavratura cio citado auto de infração, tendo em vista que foram apuradas a seguinte infração à legislação tributária:

I- Acréscimo Patrimonial a Descoberto. Omissão de rendimentos tendo em vista a variação patrimonial a descoberto, nos anos-calendário 2001 e 2002, em que se verificou excesso de aplicações sobre origens não respaldado por rendimentos declarados ou comprovados, conforme demonstrativos constantes do Termo de Verificação Fiscal de fls. 246/257. Enquadramento legal: artigos 1º ao 3º e §§, e 8º, da Lei 7.713/88; artigos 1º e 2º, da Lei 8.134/90; artigo 7º c 8º, da Lei 8.981/95; artigo 3º e 11, da Lei 9.250/95; artigo 21 da Lei 9.532/97.

O contribuinte toma ciência do auto de infração 12/01/2007, e, inconformado com o lançamento, apresenta impugnação, em 09/02/2007 de fls. 271/318, em que alega, em síntese, que:

1- omissão de rendimentos apurada em procedimento fiscal deve ser imputada nos meses de sua ocorrência e reportar-se A. data do fato gerador. Portanto, o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador da obrigação tributária, conforme art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional;

2- ainda que não se aplique as disposições contidas no art. 150. §4º, do Código Tributário Nacional e sim a do art. 173, I, do mesmo diploma legal, se for admitida a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, os tributos exigidos já estariam fulminados pelo instituto da decadência;

3- requer a nulidade da autuação, pois não existe nenhum elemento objetivo nos autos que faça a vinculação entre as operações ocorridas no exterior e o impugnante;

4- os únicos documentos apresentados pela fiscalização são cópias reprográficas de possíveis ordens de débito feitas numa conta denominada Sinkel e Laurel, onde em um campo B/O aparece o nome do impugnante;

5- o endereço que aparece nestes documentos nunca foi do impugnante;

6- o lançamento em questão não observa a súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos. O único argumento apresentado para justificar a acusação são as movimentações financeiras; entretanto, segundo o Tribunal, não cabe o lançamento, pois se trata de mera presunção;

7- não existe nos autos uma única palavra tipificando a ocorrência de fraudes, tão somente se pode chegar a tal conclusão pelo agravamento da multa de ofício e a notícia que foi feita a representação para fins criminais. Assim, o presente lançamento deve ser declarado nulo;

8- para que o presente auto de infração tivesse o mínimo de sustentação fática, deveria existir qualquer comprovação documental que vinculasse o impugnante ao remetente dos pagamentos;

9- faz-se necessário chamar a atenção para o fato de que o endereço constante das ordens nada tem a ver com o impugnante. Usou-se endereço de alguém que a própria fiscalização entendeu que nada tem a ver com o caso, para cumprir formalidades exigidas pelas leis bancárias estrangeiras, qual a prova que se tem que não se usou também o nome do impugnante com o mesmo objetivo?;

10- verifica-se, ainda, que consta, na maioria dos documentos, o nome do impugnante com erro de grafia; o que se tem é que alguém, absolutamente estranho ao impugnante, determinou a remessa de valores, no exterior, sem o seu conhecimento, e, pelo simples fato de seu nome constar nas ordens, elege-se, o impugnante como ordenador de tais remessas;

12- em razão da complexidade das operações bancárias é que se exige formalismo para a movimentação de valores, exige-se ordens escritas, recibos, ou ao menos, instruções eletrônicas que possam vincular determinada pessoa a certa operação;

13- a presunção utilizada no presente caso carece de fundamento legal;

14- a aplicação da multa agravada deve ser exaustivamente analisada, explicitada e comprovada no auto de infração, o que de fato, não ocorreu;

15 a variação patrimonial a descoberto é mensal e o imposto de renda pessoa física é tributo sujeito ao lançamento por homologação, e, portanto, quando da lavratura do auto, as parcelas relativas aos meses de junho a dezembro de 2001, já estavam homologadas;

16- padece de abuso de poder a desconsideração feita pelo auto de infração de três contratos válidos celebrados pelo contribuinte nos valores de R\$ 140.000,00, celebrado em 2002, com Margot Lewinski, outro no valor de R\$ 100.000,00, celebrado em 2001, com Geraldo Lewinski e a quitação de empréstimo com Wier Icchak Strengerowski, respectivamente, mãe, pai e amigo íntimo do impugnante;

17- a fiscalização tratou-os como inexistentes, pois não foram cursados no formato que entendia. Era, portanto, de se cumprir o que exige o §1º, do art. 845, do RIR, para descaracterizar o negócio jurídico."

A decisão da 3ª Turma da DRJ SPO II restou assim ementada (fls 444):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA- IRPF

Ano-calendário: 2001, 2002

DECADÊNCIA - LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte Aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO.

Restando comprovado nos autos o acréscimo patrimonial a descoberto cuja origem não tenha sido comprovada por rendimentos tributáveis, não tributáveis, tributáveis exclusivamente na fonte, ou sujeitos a tributação exclusiva, é autorizado o lançamento do imposto de renda correspondente.

PROVAS - ORDENS DE PAGAMENTO - APLICAÇÕES - DEMONSTRATIVOS DE EVOLUÇÃO PATRIMONIAL.

São suficientes para comprovar aplicações realizadas pelo contribuinte os documentos produzidos por peritos do Instituto Nacional de Criminalística do Departamento da Polícia Federal no exame de dados contidos em mídia magnética apresentada por instituições financeiras, após autorização judicial para quebra de sigilo bancário, em que consta o nome completo do contribuinte como responsável pela ordem de pagamento.

EMPRÉSTIMO - COMPROVAÇÃO.

A alegação da existência de empréstimos tomados de terceiros deve vir acompanhada de provas inequívocas da efetiva transferência do numerário emprestado, não bastando a simples apresentação de recibos assinados pelo próprio contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - APLICAÇÃO.

Correta a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% quando restar comprovado nos autos o evidente intuito de fraude em operações financeiras realizadas em contas no exterior.

Lançamento Procedente"

Inconformado com a decisão, o contribuinte interpôs, tempestivamente (fls. 461 e 462), recurso voluntário que veio a ser julgado em 02 de dezembro de 2009, pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 2ª Seção, resultando no Acórdão 2101-00386. Porém, em 03 de junho de 2016, em razão da inocorrência de formalização tempestiva, o Sr Presidente da 1ª Câmara da 2ª Seção, por meio do despacho de folhas 519, decidiu que:

*"De ordem do Presidente deste Colegiado, com base no artigo 17, inciso III, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, e na Ordem de Serviço nº 01, de 08 de março de 2013, que dispõe sobre a formalização de decisões da 2ª Seção de Julgamento do CARF e dos colegiados dos Conselhos de Contribuintes transferidos para esta Seção, designo o Conselheiro **Heitor de Souza Lima Junior** como Redator ad hoc para formalizar a decisão referente ao julgamento do Recurso Voluntário, tendo em vista que o então Relator, Alexandre Naoki Nishioka, e a Redatora Designada, Ana Neyle Olímpio Holanda, já não fazem parte do colegiado.*

(documento assinado digitalmente)

Roberto Carlos de Abreu Costa

1ª Câmara/2ª seção do CARF

Acórdão nº -2101-00386

Data do Julgamento -02/12/2009

Decisão -Por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa de ofício e, por consequência declarar a decadência do ano-calendário de 2001. Vencidos os conselheiros Alexandre Naoki Nishioka e Gonçalo Bonet Allade que davam provimento ao recurso e os conselheiros Jose Raimundo Tosta Santos e Caio Marcos

Candido que negavam provimento. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda.

Composição -CAIO MARCOS CANDIDO (Presidente), ALEXANDRE NAOKI NISHIOKA, SILVANA MANCINI KARAM, GONCALO BONET ALLAGE, , JOSE RAIMUNDO TOSTA SANTOS E ANA NEYLE OLIMPIO HOLANDA."

Como resultado da relatoria *ad hoc*, assim restou ementado o acórdão 2101-00386 (fls. 520):

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

ANO-CALENDÁRIO:2001,2002

MULTA DE OFICIO QUALIFICADA APLICAÇÃO.

Não é de se aplicar a multa de ofício qualificada de 150%, quando não restar comprovado nos autos o evidente intuito de fraude em operações financeiras realizadas em contas no exterior.

DECADÊNCIA. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO.

MATÉRIA DECIDIDA NO STJ NA SISTEMÁTICA DO ART. 543C DO CPC. COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. REGRA DO ART. 150, §4o., DO CTN.

O art. 62A do RICARF obriga a utilização da regra do REsp nº 973.733 SC, decidido na sistemática do art. 543C do Código de Processo Civil, o que faz com que a ordem do art. 150, §4o., do CTN, deva ser adotada nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, prevalecendo os ditames do art. 173 nas demais situações.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO.

Restando comprovado nos autos o acréscimo patrimonial a descoberto cuja origem não seja comprovada por rendimentos tributáveis, não-tributáveis, tributáveis exclusivamente na fonte, ou sujeitos à tributação exclusiva, é autorizado o lançamento do Imposto de Renda correspondente."

Cientificada da decisão em 28 de setembro de 2015, a Procuradoria da Fazenda Nacional, na mesma data, interpôs embargos de declaração (fls 527), alegando omissão na decisão prolatada. Argumentou que:

"No entender da União (Fazenda Nacional) há grave violação aos direitos das partes objeto do presente processo administrativo fiscal. Explique-se.

Ocorre que o acórdão embargado foi omisso sobre os fundamentos que ensejaram o provimento do Recurso Voluntário, conforme transcrição do voto condutor, nestes termos:

“Faço notar que: a) o presente Redator não participava deste Colegiado à época do julgamento do Recurso e da conseqüente prolação do Acórdão aqui formalizado; b) Não se obteve sucesso na tentativa de obtenção das razões de decidir adotadas pela maioria do Colegiado para desqualificação da multa, sendo que tanto o Conselheiro Relator como a Conselheira designada para redação do voto vencedor não mais compõem o presente Colegiado.

Destarte, me limito, na presente formalização, a reproduzir o decisum constante em ata...” (negritos e sublinhados nossos)

Em razão do vício apontado, requereu a Procuradoria (fls 532):

"A falta da motivação das decisões importa, sem dúvida alguma, em nulidade, pois o processo deixou de atingir seu desiderato, afrontando garantias constitucionais e processuais das partes.

Ante o exposto, requer a União (Fazenda Nacional) que sejam conhecidos e providos os presentes Embargos de Declaração, retificando o acórdão embargado para fazer constar as razões de convencimento da turma julgadora ou, se não for possível tal procedimento, proferir novo acórdão em consonância com os princípios resguardados no ordenamento jurídico pátrio" (destaques não constam dos embargos)

Por meio do despacho de folhas 534, prolatado em 29 de setembro de 2015, a Sra. Presidente da 2ª Câmara ao concordar com o admissibilidade dos embargos propostos, determinou:

"Analisando. Cediço que se está diante da omissão alegada, motivada pelo não acesso do redator ad hoc a razões de decidir que pudessem justificar o decidido no Acórdão embargado quanto ao provimento parcial do recurso.

Diante do exposto, proponho que os presentes embargos sejam admitidos, a fim de que seja sanada a omissão do embargado, através da prolação de novo Acórdão, onde se explicita os fundamentos da decisão quanto a seu provimento integral, parcial ou sua negativa de provimento, admitindo-se, se for o caso, efeitos infringentes aos embargos sob análise." (destacamos)

Por meio de sorteio eletrônico, o presente processo foi distribuído para este Conselheiro, que passa a analisá-lo. Antes porém, recordemos que as alegações do Recurso Voluntário (fls. 462), repetem, basicamente, as constantes da impugnação.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira

Presentes os requisitos de admissibilidade dos embargos propostos, em face da omissão constatada passo a conhecer dos embargos da Fazenda Nacional.

Verifico, como bem demonstrado nos embargos, que não pode o Sr. Conselheiro Relator *ad hoc* demonstrar os fundamentos da decisão prolatada pela 1ª Turma da 1ª Câmara desta 2ª Seção de Julgamento.

A complexidade do tema, vez que o auto de infração foi embasado em documentos obtidos de fontes externas e outros obtidos de forma direta pela Fiscalização, aliado a questão da multa aplicável, tornou a relatoria do acórdão deficitária quanto aos fundamentos e a motivação da decisão tomada por maioria do colegiado.

Como bem exposto pela Fazenda (fls. 529):

"Como visto, o ilustre Relator Ad-Hoc designado não apontou fundamento algum que respalde a conclusão do julgado, ensejando afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que expressamente dispõe:

"Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)"

Logicamente que tais determinações se aplicam também a decisões administrativas, considerando os princípios do Estado Democrático de Direito que se encontram inseridos na referida norma.

Destaque-se, inclusive, que o princípio da informalidade que norteia o contencioso tributário não isenta os conselheiros do CARF do imperioso dever que a Constituição Federal impõe a todos os órgãos jurisdicionados de fundamentar suas decisões, de modo a possibilitar o adequado exercício das funções institucionais que lhes foram incumbidas.

(...)

Na hipótese em análise, sequer concisa foi a fundamentação do acórdão nº 2101000.386, na medida em que o Relator Ad-Hoc designado limitou-se a reproduzir a conclusão constante da Ata do respectivo julgamento, impossibilitando às partes terem ciência dos argumentos que ensejaram o provimento do pedido da contribuinte.

De acordo com o eminente jurista Nelson Nery Júnior¹:

“Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.”

(...)

Portanto, resta evidente a violação ao direito das partes de terem conhecimento das razões que fundamentaram a conclusão do referido julgado, o que enseja grave cerceamento de defesa e afronta ao Estado Democrático de Direito. Tal conduta possibilita a decretação de nulidade da decisão.

Nestes termos, destaque-se a doutrina de Nelson Nery Júnior ao ressaltar a sanção pela não observância do princípio ora resguardado³:

“Caso não sejam obedecidas as normas do art. 93, n. IX e X, da CF, a falta de motivação das decisões jurisdicionais e administrativas do Poder Judiciário acarreta a pena de nulidade a essas decisões, cominação que vem expressamente designada no texto constitucional. Interessante observar que normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade, que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade.”

Com a abordagem realizada acerca da motivação das decisões judiciais e administrativas, conclui-se que para se ter uma decisão adequada, os julgadores devem respeitar as garantias elencadas no ordenamento jurídico pátrio.

A falta da motivação das decisões importa, sem dúvida alguma, em nulidade, pois o processo deixou de atingir seu desiderato, afrontando garantias constitucionais e processuais das partes.”

Concordo com a argumentação da Fazenda Nacional e observo a omissão apontada. Entendo que tal omissão, vício de fundamentação, acarreta a nulidade apontada pela Procuradoria, imperioso, portanto, o saneamento da decisão.

Sobre as nulidades no processo administrativo, dispõe o Decreto nº 70.235/72:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 01/07/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 01/

07/2016 por CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 06/07/2016 por EDUARDO TADEU FARAH

Impresso em 07/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

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

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

(...)

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

(destacamos o texto legal)

Por se tratar de um acórdão prolatado por turma deste colegiado, entendo que outra turma, quando provocada, pode verificar a nulidade arguída, nos termos do artigo 61 do Decreto nº 70.235/72.

No caso, há o apontamento do vício ensejador da ausência de cumprimento de requisito legal pelo ato administrativo, no caso a decisão prolatada. Tal vício é tal monta que exige a retirada do ato viciado do mundo jurídico e a necessária repetição de sua edição, em face da impossibilidade de saneamento da falta, no caso, a fundamentação da decisão prolatada pela extinta 1ª Turma da 1ª Câmara deste Conselho Administrativo.

Assim, com desiderato de reparar o vício de motivação apontado e em consonância com o despacho da Sra. Presidente da 2ª Câmara, com fulcro no artigo 59 inciso II e parágrafo 2º do Decreto nº 70.235/72, conheço do embargos de declaração da Procuradoria, e o recebo com efeitos infringentes, passando a apreciar o recurso voluntário interposto, na ordem de suas alegações.

Importante mencionar que o devido processo legal restou respeitado ao se acolher os embargos propostos uma vez que, além do rito processual estar previsto no Regimento Interno deste Conselho Administrativo (artigo 65), o Contribuinte foi cientificado das sessões da CSRF que trataram de assunto de seu interesse, além da devida publicação do julgamento dos presentes embargos por meio da publicação oficial, além da divulgação na internet, por meio do sítio do Conselho.

PRELIMINAR: DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO

Argumenta o Recorrente que houve decadência do direito do Fisco em lançar o crédito tributário que aqui se discute. Vejamos (fls 473):

"(...) necessário destacar-se que o Termo de Verificação Fiscal ora defendido, foi lavrado pelo Sr. Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, para a exigência do IRPF — Imposto de Renda Pessoa Física, devido em razão de supostos pagamentos realizados a terceiros não identificados, decorrentes de supostas

remessas de valores ao exterior realizadas durante os anos de 2001 e 2002, ante a constatação de que o contribuinte, supostamente, movimentou recursos que estão à margem da contabilidade sem origem comprovada.

Contudo, com a edição da Lei nº 7.713, de 1988, e legislação superveniente, entre outras, as Leis nºs 8.134/1990 e 8.383/1991, o Imposto de Renda das Pessoas Físicas passou a ser devido mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital fossem percebidos.

Nas situações aventadas pelos citados diplomas legais, o fato gerador da obrigação tributária - principal - ocorre por ocasião da percepção, mensal, dos rendimentos, sejam eles do produto do capital, do trabalho, da combinação de ambos ou proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais. Desta forma, o crédito tributário é constituído através do lançamento por homologação, na forma prescrita no art. 150 do Código Tributário Nacional, constituindo-se a Declaração de Ajuste Anual das Pessoas Físicas simples instrumento de acerto de contas, a fim de apurar eventuais saldos de imposto a pagar ou valores a restituir, não se prestando, portanto, e nem podendo ser utilizada como base para o lançamento e a constituição do crédito tributário pelo regime de declaração, conforme preconizado no art. 147 do CTN.

Eventual omissão de rendimentos apurada em procedimento fiscal, com a lavratura de auto de infração, deve ser imputada nos meses de sua incorrência e reportar-se a data da ocorrência do fato gerador, na forma do disposto no art. 144 do CTN. Portanto, o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador da obrigação tributária, ex-vi do disposto no § 4º do art. 150 do CTN." (destaques nossos)

Não concordo com os argumentos apresentados.

A análise do direito de constituição de crédito tributário pela Administração Tributária competente, segundo o Código Tributário Nacional, necessita da verificação de três premissas, uma vez que o prazo legalmente previsto é de 5 anos. A primeira é a data de ocorrência do fato gerador do tributo. A segunda é a verificação de qual é o meio de constituição do crédito tributário, meio de lançamento, previsto em lei para aquele tributo, pois tal determinação é imperiosa para a verificação do '*dies a quo*' para a contagem do prazo decadencial. Terceira observação é a constatação da inexistência da prática de fraude, dolo ou simulação pelo contribuinte ou seu preposto.

Vejamos.

O prazo do direito do Fisco de constituir o crédito tributário, segundo o Código Tributário Nacional, é de 5 anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao que o referido crédito poderia ter sido exigido. Essa regra, chamada regra geral, é a esculpida no artigo 173 do referido diploma legal.

Como exceção expressa, encontramos a previsão constante do artigo 150, § 4º, do *Códex Tributário*. Segundo o dispositivo legal aplicável aos tributos sujeitos ao

lançamento por homologação, em que tenha existido o pagamento do tributo, ainda que inferior ao devido, o prazo decadencial é de 5 anos a partir da ocorrência do fato gerador. E mais, tal termo inicial para contagem do prazo decadencial só é aplicável quando - além da existência de pagamento específico do tributo que se analisa - não existir, por parte do sujeito passivo ou de alguém em seu nome - a prática de fraude, dolo ou simulação.

Por isso, a necessidade de perquirir-se i) qual a data de ocorrência do fato gerador do tributo; ii) o tipo de lançamento a que está submetido o tributo; iii) a existência da prática de dolo, fraude ou simulação. Analisemos o caso concreto.

Trata-se de lançamento tributário relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Física decorrente de acréscimo patrimonial a descoberto.

Tal lançamento encontre amparo legal na própria definição da incidência do Imposto sobre a Renda constante no inciso II do artigo 43 do Código Tributário Nacional (proventos de qualquer natureza assim entendidos os acréscimos patrimoniais). Tal hipótese de incidência é explicitada no artigo 3º, parágrafo 1º da Lei 7.713/88, que preceitua:

"Art. 3º - O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos artigos 90 a 11 desta Lei.

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação c/c ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados"

A simples leitura do texto legal nos permite inferir que o acréscimo patrimonial não correspondente aos rendimentos declarados, dito acréscimo patrimonial a descoberto, integra o rendimento bruto do contribuinte por expressa determinação da lei tributária, ou seja, é hipótese de incidência tributária verificada e portanto necessita ser provada, não se caracterizando de modo algum presunção legal.

Assim, se torna patente, que o fato gerador tributário aplicável à espécie, é o aplicável ao imposto sobre a renda da pessoa física em geral, ou seja, o momento de ocorrência do fato gerador, segundo a lei, é o último átimo do último dia do ano calendário. Tal afirmação encontra guarida no artigo 83 do Regulamento do Imposto sobre a Renda, RIR, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99:

"Art.83. A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas

I- de todos os rendimentos percebidos durante o ano-calendário, exceto os isentos, os não tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva;

II- das deduções relativas ao somatório dos valores de que tratam os arts. 74,75,78 a 81, e 82, e da quantia de um mil e oitenta reais por dependente."

(destaques nossos)

Tal entendimento, majoritário no âmbito deste colegiado, ensejou não somente a recente decisão representada pelo Acórdão 9202-003.753 como também a própria dicção da Súmula vinculante CARF nº 38. Vejamos a ementa do acórdão citado:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 2001, 2002

DECADÊNCIA. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. MATÉRIA DECIDIDA NO STJ NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. REGRA DO ART. 173, I, DO CTN.

O art. 62-A do RICARF obriga a utilização da regra do REsp nº 973.733 - SC, decidido na sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, o que faz com a ordem do art. 150, §4o, do CTN, só deva ser adotada nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, prevalecendo os ditames do art. 173, nas demais situações.

No presente caso, não houve pagamento antecipado na forma de imposto de renda retido na fonte, carnê-leão, imposto complementar ou recolhimento de saldo do imposto apurado, sendo obrigatória a utilização da regra de decadência do art. 173, inciso I, do CTN, que fixa o marco inicial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Como o fato gerador do imposto de renda se completa no último instante do dia 31 de dezembro de um ano-calendário, o lançamento de ofício somente pode ocorrer no instante seguinte, ou seja, no início do primeiro dia do ano-calendário seguinte, e o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do segundo ano-calendário a partir da ocorrência do fato gerador.

No caso, como o lançamento sob litígio se refere ao ano-calendário de 2000, diante da ausência de antecipação de pagamento, o prazo decadencial para o ajuste anual se iniciou em 01/01/2002, encerrando-se em 31/12/2006. Como a ciência do lançamento se deu em 10/11/2006, o crédito tributário referente aos valores lançados a título de ajuste anual não havia sido fulminado pela decadência. Recurso especial provido". (destaques nossos)

Cediço que hoje, tamanha as alterações promovidas ao longo dos anos na legislação de regência do IRPF, que trata-se de um tributo sujeito ao lançamento por homologação uma vez que há previsão na legislação para o pagamento antecipado mensalmente no caso de rendimentos sujeitos ao regime de apuração anual, regra geral do tributo com visto.

No caso em tela, observou-se - pelas declarações de ajuste anual acostadas, DAA (fls. 254 a 261) - a antecipação dos pagamentos do imposto apurado mensalmente, em que pese os valores serem insuficientes. Aqui, ao contrário do que consta na decisão de piso, por óbvio que o pagamento mesmo que insuficiente, enseja a contagem pelo critério constante no parágrafo 4º do artigo 150 do CTN.

Assentemos. Verificamos duas das três condições necessárias para a definição do prazo decadencial aplicável: i) o momento de ocorrência do fato gerador é o dia 31 de dezembro do ano calendário, e ii) trata-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação em que houve a antecipação do pagamento. Logo, só nos resta verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, pois tais condutas determinam a aplicação da regra geral para a contagem do prazo decadencial.

O dolo, leciona Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, 6ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, p. 113), se observa quando

"(...) age dolosamente o agente que conhece e quer a realização dos elementos da situação fática ou objetiva, sejam descritivos, sejam normativos, que integram o tipo legal do delito."
(negritamos)

Transportando para a seara tributária, podemos dizer que age dolosamente o contribuinte que conhecendo a incidência tributária, sabendo que determinada conduta enseja o fato gerador, dela procura se afastar, não com vista a não praticar o fato ensejador da incidência, mas sim, buscando de alguma forma, se escusar ao cumprimento da obrigação tributária.

Nesse sentido a dicção da Lei nº 4.502/64, que conceitua fraude como sendo toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador ou a reduzir as suas características essenciais de modo a reduzir o montante do tributo devido.

Já a sonegação, nos dizeres legais, é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador ou das condições pessoais do contribuinte ou do crédito tributário.

Claro resta que a intenção do agente, do contribuinte é determinante para caracterização da fraude e da sonegação nos termos da Lei nº 4.502/64. E mais, deve ser provada pela Fisco.

Mas como a Autoridade Fiscal pode verificar a intenção do contribuinte, se a verificação do cumprimento das obrigações tributárias é realizada, praticamente sempre, tempos após o surgimento dessas obrigações?

A lição de Vasco Branco Guimarães, reproduzida por Paulsen (*Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 15ª ed., Livraria do Advogado Editora, p. 1117), nos auxilia:

"A fraude fiscal pode ser definida como a conduta ilegítima tipificada que visa a obtenção indevida de vantagem mediante: - não liquidação, entrega ou pagamento de prestação tributária; - aquisição de benefício fiscal indevido; - aquisição de qualquer outra vantagem patrimonial à custa de receitas tributárias"

Do exposto, e como dito, cabe ao Fisco, em razão de seu poder/dever de constituir o crédito tributário e - quando for o caso - aplicar a penalidade cabível, provar a ocorrência da conduta do contribuinte.

Ora, patente no relatório fiscal que as condutas do Recorrente visavam impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador ou reduzir suas condições essenciais com vista a obtenção de vantagem por meio da postergação ou não pagamento do tributo devido.

Nada mais patente que o envio de recursos ao exterior de maneira não declarada, com uso de meios financeiros refinados, com uso de interpostas pessoas jurídicas e por meio de transferências bancárias. Assim relatou a Autoridade Fiscal, em seu Termo de Constatação (fls 279):

"A empresa Beacon Hill Service Corporation — BHSC mantinha uma conta própria no JP Morgan Chase/NY ("conta-ônibus" ou "conta-mãe"), através da qual administrava dezenas de outras contas e sub-contas, em especial de "doleiros" brasileiros, exercendo, inclusive, controle sobre a origem dos depósitos. Algumas sub-contas tinham indicação de serem de titularidade de empresas off-shore, sediadas em paraísos fiscais e movimentadas por brasileiros na qualidade de procuradores. Há indícios de que esses procuradores eram os reais titulares das sub-contas, servindo a constituição destas empresas apenas como meio de esconder atividades ilícitas.

Uma pessoa física ou jurídica buscava os serviços de um intermediador financeiro ("doleiro") com a finalidade de remeter/repatriar recursos financeiros para/do exterior, ou movimentar recursos no exterior, à margem do Sistema Financeiro Nacional. O "doleiro", responsável por determinada sub-conta, em contato direto com a Beacon Hill Service Corporation — BUISC, determinava a realização da operação, via de regra, através de ordens de pagamento.

Exemplos:

1. No caso de remessa, via de regra, não há transferência física de numerário para o exterior; a PJ/PF (ordenante/remetente) entrega recursos ao "doleiro" domiciliado no Brasil (sistema de compensação). Em seguida, a conta/sub-conta no Beacon Hill Service Corporation — BIISC, por ele movimentada é debitada e o equivalente em moeda estrangeira é destinado ao beneficiário final no exterior.

2. Para repatriar recursos mantidos no exterior, a conta/sub-conta no BHSC movimentada pelo "doleiro" é creditada, e o valor equivalente é entregue à PJ/PF no Brasil, que figura na condição de beneficiário, podendo ocorrer hipóteses em que o contribuinte está na situação de ordenante/remetente (no caso em que a PF/PJ remete/ordena recursos, para si própria).

3. A movimentação de recursos também poderia ocorrer somente entre contas mantidas no exterior, sem trânsito de recursos no Brasil, objetivando dificultar o rastreamento das operações no exterior, não vinculando diretamente as partes relacionadas."

Importante ressaltar, como faremos ao examinar a qualificadora da multa, que houveram documentos acostados aos autos que comprovam as condutas imputadas ao Recorrente.

Ora, verifico sem número de situações foram comprovadas pelo Fisco quanto às condutas, as mais diversas, desde a utilização indevida de pessoas jurídicas, até a simples omissão de bens e valores de suas declarações, contribuíram para o convencimento deste julgador da ocorrência das condições legais tipificadas como dolo, fraude e sonegação.

Pelo exposto, verifico a existência de conduta dolosa e fraudulenta ensejadora da contagem de prazo pela regra esculpida no artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Sendo o lançamento relativo ao ano calendário 2001, ou seja, com ocorrência do fato gerador em 31 de dezembro de 2001, o Fisco poderia realizar o lançamento a partir de do primeiro dia de 2003, com 5 anos para tanto. **A ciência do lançamento, que perfaz o ato administrativo constituidor do crédito tributário, ocorreu em 12 de janeiro de 2007, afastando assim a extinção do crédito tributário pleiteada.** Crédito tributário procedente neste parte.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Argüi o Recorrente nulidade do auto de infração. Segundo o recurso a Fiscalização não provou que os valores movimentados no exterior pertenciam ao recorrente, que a conta indicada não pode ser vinculada a ele, que não há provas que os recursos no exterior pertencem a algum brasileiro, que tais recursos correspondem a receitas omitidas, enfim que o lançamento foi realizado com base em uma presunção da Autoridade Fiscal.

Por fim, conclui o Recorrente (fls.491):

"Ante todo o exposto, não há como não se reconhecer a hipótese de completa nulidade da presente autuação, em razão do notado e evidente cerceamento de defesa, requerendo-se, pois, desde logo, a declaração da nulidade, e o conseqüente arquivamento do presente auto de infração."

Não observo as irregularidades alegadas. Não há nenhuma presunção da Fiscalização ao reverso, observa-se ao longo do Termo de Constatação Fiscal, além de todo a explicação dos procedimentos observados, a anexação de provas obtidas por meio de medida judicial, proveniente de autoridade competente, por meio de instituições internacionais, em medidas de cooperação, com vistas ao impedimento da prática de crimes financeiros e tributários.

Além da documentação enviada pelo Juízo, (fls. 139 a 253), inclusive com laudo pericial oficial, e dos documentos obtidos internamente pela RFB, houve a devida intimação do contribuinte para que esclarecesse a imputação fiscal. Vejamos sua resposta constante do Termos de Constatação Fiscal, fls 280:

"Em resposta ao Termo de Início de Fiscalização de 25/10/2006, o contribuinte declarou expressamente em 30/10/2006, que desconhece completamente as transferências de recursos no exterior, através das contas mencionadas, assim como, o

endereço do ordenante, cujo nome seria semelhante ao seu (vide declaração em anexo, fls.16 e 17)."

Ora, não pode, ou não quis, o contribuinte afastar a titularidade dos recursos existentes no exterior em seu nome, segundo documentos enviados pelo próprio banco mantenedor da conta corrente. Não me parece ser capaz de produzir prova contrária aos documentos acostados a simples declaração de que desconhece as transferência de recursos no exterior e que o endereço não é o seu, tampouco o nome constante desses documentos.

Do exposto, não se pode admitir que houve nulidade em razão do cerceamento de defesa em razão do auto de infração não ter provado a sujeição passiva ou a ocorrência do fato gerador.

Preliminar de nulidade rejeitada.

Passemos ao **mérito**.

AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO ENTRE O RECORRENTE E O REMETENTE DAS

REMESSAS

Alega o Recorrente (fls 493):

"Mencionadas transferências teriam sido detectadas no decorrer do processo de quebra de sigilo bancário de contas mantidas no Banco JP Morgan Chase de Nova York, através das sub contas Laurel 311045 e Sinkel 311197, onde constam documentos nos quais apareceria, no campo "B/O" (by order), o nome do recorrente, supondo-se, a partir daí, tratar-se do recorrente a pessoa responsável pelas transferências.

Dos autos não consta qualquer documento que comprove a efetividade das transferências, a não ser os documentos reproduzidos às fls. 208 e seguintes.

Seria necessário fosse comprovado pelo Fisco, primeiro que houve uma transferência de recursos, um pagamento; segundo que este pagamento configuraria renda — não é este o fato gerador do tributo? — terceiro que o responsável pelas transferências seria Osmar Lewinski, e por último, que esta é a pessoa física que os funcionários da Receita Federal elegeram como titular da conta de onde se originaram os recursos. Trata-se, de fato, de uma eleição arbitrária, já que nenhum documento comprova tal fato." (destaques não constam do recurso)

As alegações beiram a insensatez. Vejamos, com o perdão da repetição a transcrição da afirmação do Recorrente:

"Dos autos não consta qualquer documento que comprove a efetividade das transferências, a não ser os documentos reproduzidos às fls. 208 e seguintes"

Ora, os documentos mencionados são justamente os documentos que comprovam a transação!

Tais documentos foram fornecidos pela própria instituição financeira, por força de medida judicial, entregue a autoridade policial por meio do Consulado Brasileiro e mais, periciado. Estão acostados ao longo de 46 páginas, devidamente autenticadas.

Os funcionários da Receita elegeram o contribuinte, arbitrariamente?

Alegar que o endereço constante nas fichas não é do contribuinte? Em conta mantida por meio de off shore?

Ao longo de oito laudas o recurso simplesmente alega que o contribuinte não reconhece os depósitos, não mora no endereço e pode ter homônimo. Não há um único elemento de prova acostado ao recurso.

Recurso Voluntário negado nessa parte. Não pode o contribuinte afastar a sujeição passiva. Há comprovação da realização da movimentação financeira no exterior.

MULTA QUALIFICA

Como bem apontado no recurso, a qualificação da multa de ofício só é cabível no caso de evidente intuito de fraude comprovada pela Fisco.

Como visto acima, não se pode afastar tal conduta do Contribuinte.

Ninguém movimenta recursos no exterior, por meio de interpostas pessoas, com uso de instituições financeiras diversas, e de contas de titularidades de empresas '*off shore*' sem buscar vantagem tributária, sem praticar evasão fiscal.

O ânimo de fraude é explícito, como acima fundamentado quando da análise da regra da contagem do prazo decadencial.

O que se deve aqui demonstrar é que o Fisco soube comprovar a conduta evasiva praticada pelo contribuinte.

O Termo de Constatação, ao longo das suas 12 páginas, relata a conduta do contribuinte, explicitando desde o modelo de transferência de recursos ao exterior adotado pela chamada Operação Beacon Hill até a comprovação documental das condutas específicas praticadas pelo Recorrente.

Ao longo das 43 páginas de comprovantes de movimentação realizadas pelo Contribuinte junto ao Banco JP Morgan Chase Bank, através da conta 6192033, por meio das sub-contas SINKEL nº 31197 e LAUREL nº 31104 e das provas periciais emprestadas pela Polícia Federal, aliadas as comprovações obtidas pela própria Receita Federal, soube o Fisco comprovar a prática intencional de evasão fiscal por meio da movimentação financeira realizada.

Comprovada a fraude e a sonegação, cabível a aplicação da multa qualificada. Recurso negado nessa parte.

VALORES GLOSADOS

Alega o Recorrente que o Fisco não considerou como recursos comprovados do contribuinte, formadores de sua evolução patrimonial, os empréstimos firmados.

Em síntese (fls 509):

Do mesmo modo, não poderá exigir o fisco que os recursos mutuados sejam repassados dessa ou daquela forma, desde que feitos por instrumentos válidos no ordenamento. Assim exigir que os recursos sejam repassados por cheque ou por transferência bancária, é, novamente, exorbitar dos poderes conferidos pela Lei, pois, á despeito do entendimento do D. agente fiscal, ainda existe moeda circulante neste País.

Padecem do vício aqui descrito, abuso de poder, a desconsideração feita pelo Auto de Infração de três contratos válidos celebrados pelo contribuinte autuado, um mútuo no valor de R\$ 140.000,00 celebrado em 2.002 com a Sra. Margot Lewinski, CPF 610.225.788-04, outro mútuo, no valor de R\$ 100.000,00, celebrado em 2.001 com o Sr. Geraldo Lewinski, CPF no. 003.450.248-34, e, ainda a quitação de empréstimo, em 2001, no valor de R\$ 15.000,00, ao Sr. Meier Icchak Strengerowski, CPF 007.707.258-80 (respectivamente, mãe, pai e amigo íntimo do recorrente, pessoas com as quais existe o mais absoluto relacionamento de confiança)."

Sobre o tema, esclarece a Auditora Fiscal (fls 281):

"EMPRÉSTIMO RECEBIDO (item A-5.1)

Glosa no empréstimo recebido da mãe Margot Lewinski, CPF: 610.225.788-04 (fls.230), no valor de R\$ 140.000,00. Apesar de ser empréstimo de mãe para filho, trata-se de valor significativo, sem qualquer respaldo em documentação bancária. A alegação do contribuinte, de que este valor foi para pagamento de despesas ao longo de anos (fls.20), não corresponde a sua declaração de ajuste do ano-calendário de 2002.

EMPRÉSTIMO RECEBIDO (item A-5.1)

Glosa no empréstimo recebido da mãe Margot Lewinski, CPF: 610.225.788-04 (fls.230), no valor de R\$ 140.000,00. Apesar de ser empréstimo de mãe para filho, trata-se de valor significativo, sem qualquer respaldo em documentação bancária. A alegação do contribuinte, de que este valor foi para pagamento de despesas ao longo de anos (fls.20), não corresponde a sua declaração de ajuste do ano-calendário de 2002.

EMPRÉSTIMO QUITADO DE TERCEIROS (item A-10)

Glosa no empréstimo quitado de Meier Icchak Strengerowski, CPF: 007.707.258-80, no valor de R\$ 80.000,00, visto não haver notas promissórias, contratos e principalmente, documentação bancária comprobatória (vide declaração do contribuinte de fls.20 e 22) ."

Novamente se verifica que o presente recurso é constituído somente de alegações.

A dialética da provas exige que o contribuinte apresente, e comprove, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito de crédito do Fisco constante do lançamento e, no caso, devidamente corroborado por provas. Tal exegese, no sentido da

exigência de comprovação dos fatos alegados pelas partes constantes do processo administrativo tributário, consta do Decreto nº 70.235 em especial dos artigos 9º e 15.

Como bem apontado pela 3ª Turma da DRJ SPO II no acórdão 17-18551 (fls.452), não pôde o Recorrente se desvencilhar do encargo probatório, não se permitindo, portanto, admitir tal argumento.

"Em relação à alegação de empréstimos tomados para justificar o acréscimo, trata-se de matéria já extensamente examinada pelos tribunais administrativos e a jurisprudência, inclusive desta Turma de Julgamento, firmou-se no sentido de só acolher as alegações de empréstimos quando acompanhadas não somente do respectivo contrato de mútuo, mas também de provas que irrefutavelmente demonstrem a transferência do efetivo numerário, com indicação de valor e data coincidentes. Abaixo seguem alguns acórdãos do 1º Conselho de Contribuintes, que ratificam este entendimento:

(...)"

Padece do mesmo vício a alegação da falta de comprovação, pelo Fisco, da desconsideração dos empréstimo bancários tomado pelo Recorrente e que, segundo ele, comprovam parte da origem dos recursos aplicados.

Tal comprovação é ônus do Recorrente, não cabendo à Administração Tributária tal encargo. A esta coube o ônus da comprovação do acréscimo patrimonial, da obtenção de proventos de qualquer natureza que ensejem tal acréscimo.

Recordemos, a lógica presente na ação fiscal. O Fisco, verificando variação patrimonial, intima o contribuinte a comprovar a origem dos recursos. A ausência da comprovação, segundo a legislação tributária, enseja o lançamento. No processo administrativo fiscal instaurado pela impugnação, o Contribuinte deve comprovar suas alegações. Observa-se no presente caso, que o Recorrente não o fez no procedimento inquisitório fiscalizatório e não produziu suas provas novamente aqui. Não se pode considerar os empréstimos alegados por falta de comprovação.

Novamente não pode dar provimento ao recurso.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer dos embargos da Fazenda Nacional em face da omissão apontada, acolhendo-os com efeitos infringentes para, sanando o vício de fundamentação da decisão embargada, conhecer do recurso voluntário interposto, rejeitando as preliminares de decadência e nulidade, e no mérito, negando provimento.

Carlos Henrique de Oliveira - Relator

CÓPIA