



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

Processo nº 19515.004297/2007-95
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2202-003.547 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de agosto de 2016
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF
Recorrentes ROBERTO MATALON
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2001, 2002

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. CONTA CONJUNTA. SÚMULA CARF Nº 29. NULIDADE DO LANÇAMENTO. OCORRÊNCIA.

Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.

Recurso de Ofício Negado

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Fez sustentação oral, pelo Contribuinte, a advogada Ana Paula Lui, OAB/SP nº 157.658.

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Martin da Silva Gesto, Márcio Henrique Sales Parada, Rosemary Figueiroa Augusto, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Cecília Dutra Pillar, Dílson Jatahy Fonseca Neto e Wilson Antônio de Souza Corrêa (Suplente Convocado).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos autos do processo nº 19515.004297/2007-95, em face do acórdão nº 09-58.291, julgado pela 19ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro (DRJ/RJO) no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar procedente em parte a impugnação apresentada pelo contribuinte.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem, que assim os relatou:

Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado auto de infração de fls. 496 a 499, acompanhado dos demonstrativos de fls. 493 a 495 e Termo de Verificação de fls. 479 a 492, relativo ao imposto sobre a renda das pessoas físicas anos-calendário de 2001 e 2002, por meio do qual foi apurado . crédito tributário no montante de R\$ 34.525.816,64, dos quais, R\$ 13.329.710,41 são referentes -a imposto, R\$ 9.997.282,80 são cobrados a título de multa proporcional e R\$ 11.198.823,43 correspondem a juros de mora calculados até 30/11/2007.

Conforme descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 498/499, a exigência decorreu da omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta(s) de depósito ou de investimento, mantida(s) em instituição(ões) financeira(s), em relação aos quais o contribuinte regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação em anexo. Os valores tributáveis, data dos fatos geradores e enquadramento legal encontram-se descritos às fls. 498/499.

A multa de ofício foi aplicada no percentual de 75%, com base no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996 (fl. 495).

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais que originou o processo nº 19515.004344/2007-09, que se encontra apenso.

Cientificado do lançamento em 20/12/2007 (AR de fl. 510), o contribuinte apresentou, em 18/01/2008, a impugnação de fls. 511 a 546, subscrita por procurador (documento de fls. 552/553) e acompanhada dos documentos de fls. 555 a 588 na qual alega, após breve relato dos fatos, em síntese, que:

PRELIMINAR — Impossibilidade de lavratura do auto de infração. Esfera criminal X Esfera Administrativa Fiscal

• o impugnante e sua irmã, Patricia Matalon, foram denunciados pelo Ministério Público Federal por existirem indícios de autoria dos ilícitos previstos nos artigos 16 e 22 da Lei nº 7.492/86 o que acarretou instauração de Ação Penal;

• a conduta tipificada no artigo 16 da Lei nº 7.492/86 tem como elemento do tipo a realização de operações financeiras com valores que não lhe pertencem, em que o agente toma valores de terceiros, por intermédio de pessoa jurídica, e os transfere ou os repassa, estando claro, pelas respostas apresentadas à fiscalização que o impugnante reconheceu ter recebido, por intermédio de pessoa jurídica na qual é acionista, valores de terceiros e utilizado esses valores para liquidar obrigações a vencer, também de terceiros, no exterior e, mesmo assim, a fiscalização insistiu em autuá-lo sob alegação de que omitiu receitas próprias;

• há nos autos prova de que o impugnante intermediava, exclusivamente, valores de terceiros, por meio de pessoa jurídica regularmente constituída, quer em razão do interrogatório de sua irmã (que declarou nos autos da Ação Penal que o impugnante apenas movimentava a conta Solid), quer em razão da análise do Anexo I - Transações Recebidas na Conta Investigada" (que demonstra, com clareza, que os ordenantes das transferências bancárias e os titulares da disponibilidade econômica não é o impugnante);

• não se tratando de rendimentos próprios deve ser julgado improcedente o lançamento, não merecendo prosperar a alegação da Fiscalização, contida no "Termo de Verificação" no sentido que "a afirmativa do fiscalizado de que toda a movimentação da conta Solid foi feita com recursos de terceiros seria aceita por esta fiscalização se a essa afirmativa o mesmo tivesse comprovado para cada depósito da • conta Solid a correspondente prova da liquidação de obrigação de terceiro";

PRELIMINAR — Erro de identificação do sujeito passivo — Conta-corrente de titularidade da empresa Solid. Fin. Corp.

• a conta corrente nº 71517, mantida no MTB-CBC Hudson Bank de Nova York é de titularidade da pessoa jurídica Solid Financial Corp, sendo que o impugnante é apenas possuidor de 33,33% das ações da referida empresa e seu procurador;

• não poderia a fiscalização ter imputado ao impugn ante tributo relativo à suposta omissão de rendimentos sobre os valores que transitaram por essa conta, sem ao menos ter intimado o efetivo titular da conta, sendo que os valores movimentados nessa conta não são de titularidade do impugnante e sim da pessoa jurídica;

PRELIMINAR — DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

• o patrimônio dos sócios e acionistas não se comunica com o da pessoa jurídica, admitindo-se a desconsideração da personalidade jurídica somente nos casos de abuso de direito em que os sócios, mediante atuação dolosa, cometem fraude a credores e violam prescrições legais conforme dispõe o artigo 135 do CTN (transcreve dispositivo legal, doutrina e jurisprudência sobre o tema);

• no caso em tela, verifica-se que não há sequer uma alegação da fiscalização de que o impugnante tenha incorrido em uma das hipóteses previstas no citado dispositivo legal, não havendo nos autos nenhum elemento que comprove que o impugnante agiu de forma a ser responsabilizado pelos tributos supostamente devidos pela Solid Financial Corp;

• ademais, o artigo 42 da Lei nº 9.430/96, autoriza a utilização da regra de presunção de omissão de receitas sobre depósitos bancários somente sobre as contas em que o titular, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos dessas operações e, como já exaustivamente demonstrado, a titularidade da conta nº 71517 é da Solid Financial Corp e não do impugnante;

• DO MÉRITO — DO REGIME MENSAL DE APURAÇÃO DO IRPF

• a fiscalização procedeu de forma contrária aos dispositivos legais que tratam da constituição de crédito tributário com base em depósitos em conta-corrente bancária, que determina a tributação mensal dos rendimentos omitidos, efetuando a autuação dos valores sobre a totalidade anual dos depósitos, em desrespeito ao §4º do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 e ao artigo 2º da Lei nº 7.713/1988 (transcreve trecho de artigo publicado na imprensa especializada e jurisprudência administrativa);

• a inobservância dos preceitos tributários previstos em lei para se apurar o montante devido pelo contribuinte viola o disposto no artigo 142 do CTN, pelo que deve o lançamento ser decretado improcedente em sua totalidade, eis que qualquer tentativa de se ajustar esse lançamento defeituoso implicaria violação do artigo 146 do mesmo diploma;

PRELIMINAR DE MÉRITO — DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

• estando o imposto de renda sujeito ao lançamento por homologação e tendo o lançamento de ofício se dado em dezembro de 2007, conclui-se que já havia decaído o direito do Fisco de constituir créditos tributários relativos aos períodos ocorridos entre janeiro de 2001 e outubro de 2002;

• ad argumentantum tantum, ainda que não sejam acolhidos os argumentos de que a tributação com base em depósitos bancários segue o regime de apuração mensal, mesmo que se considere que o prazo de decadência começa a correr no encerramento do ano-calendário (31 de dezembro — regra geral

do imposto de renda das pessoas físicas), o presente lançamento também teria sido atingido pela decadência, com relação aos fatos geradores ocorrido no ano-calendário de 2001 (encerrado em 31/12/2001);

MÉRITO — AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE PERTENCENTES A CLIENTES

• o § 5º do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 estabelece que na hipótese de os depósitos bancários pertencerem a terceiros a determinação dos rendimentos omitidos será a eles imputadas, decorrência lógica da regra-matriz do Imposto de renda da pessoa física que determina que são contribuintes do imposto de renda "as pessoas físicas, domiciliadas ou residentes no Brasil, titulares de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos e ganhos de capital";

• no curso do procedimento fiscalizatório o impugnante apresentou cópia de matéria de jornal em que a própria RFB admite que as quantias movimentadas são dos beneficiários e não do intermediário e a própria Fiscalização trouxe aos autos a correta identificação das contas ao juntar o anexo I — "Transações Recebidas pela Conta Investigada", verificando-se, ainda, que o impugnante, em resposta apresentada em 12103107, mencionou de forma exemplificativa os nomes de alguns beneficiários residentes no país e no exterior;

• no caso em tela claro está que o impugnante não é o titular da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, pelo que se impõe seja o presente lançamento julgado improcedente ou, ad argumentandum, cobrar-se do impugnante no máximo um percentual (correspondente à sua comissão) sobre os valores movimentados;

MÉRITO — UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE PRESUNÇÕES

• não se pode considerar ocorrido o fato gerador imponível por mera ficção ou presunção, independentemente da efetiva verificação, no mundo fenomênico dos fatos abstratamente descritos na hipótese de incidência tributária;

• no presente caso, não restou comprovado pelas provas admitidas em direito, que o impugnante seria titular de quaisquer contas ou valores existentes no exterior ou que houve créditos na suposta conta do impugnante passíveis de serem tributados nos termos da legislação em questão, tendo a fiscalização, ao contrário de comprovar os fatos, presumido-os, em clara afronta aos princípios norteadores da tributação, sobretudo o princípio da tipicidade cerrada, motivo pelo qual deve ser cancelada a autuação;

MÉRITO — DA FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA À AUTUAÇÃO

• ainda que a referida conta fosse de titularidade do impugnante, a fiscalização somente poderia considerar o valor correspondente a 33,33% dos valores depositados na citada conta, tendo em vista que o impugnante possui 33,33% das ações da empresa Solid Financial Corp e o fato de gerenciar a conta não significa ser o titular dos valores que transitaram por essa conta como entendeu a fiscalização;

• a fiscalização considerou, para a conversão dos valores de dólares americanos para reais, o critério previsto no artigo 3º, § 3º, da IN SRF nº 24612002, quando, tendo presumido o recebimento de rendimentos do exterior, deveria ter utilizado as instruções contidas no "Manual de Preenchimento da Declaração de Ajuste Anual" dos exercícios de 2002 e 2003, regra emanada do disposto no § 2º do artigo 16 da IN SRF nº 208 de 27/12/2002, o que gerou muitas diferenças;

• desta forma, ainda que se admita o entendimento da Fiscalização, o presente auto de infração é incerto e ilíquido, decorrente da divergência de critérios jurídicos adotados, apresentando valores a maior, o que ofende ao artigo 142 do CTN tornando nulo o lançamento;

MÉRITO — INAPLICABILIDADE DA PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS SOBRE DEPÓSITOS BANCÁRIOS

• o lançamento do imposto de renda por presunção de omissão de receitas se exclusivamente em extratos ou depósitos bancários, como no presente caso, mereceu a repulsa definitiva da jurisprudência, tanto que o extinto Tribunal Federal de Recursos veio a editar a Súmula nº 182, e que mesmo após sua extinção esse entendimento vem sendo mantido pelo E. Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho de Contribuintes;

• transcreve jurisprudência judicial e administrativa, ressaltando que muito embora algumas delas, bem como a súmula nº 182, tenham sido proferidas sob a égide do artigo 6º § 5º, da Lei nº 8.021/90, o artigo 42 da Lei nº 9.430/96, em nada inovou com relação à norma revogada (transcreve trecho de artigo publicado na imprensa especializada);

• em razão de simples depósitos bancários não constituírem renda tributável, qualquer lançamento lastreado no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 que não esteja embasado na renda consumida é improcedente pois em observância ao artigo 142 do CTN a fiscalização deve produzir a prova de que ocorreu o fato gerador e entender que o artigo 42 da Lei nº 9.430/96 criou presunção legal de inversão do ônus da prova é fazer letra morta do artigo 142 do CTN;

• a presunção: derivada de normas legais, apesar de consubstanciar mecanismo de restabelecimento de igualdade entre as partes no que diz respeito à produção de provas, deve encontrar sérios limites, sob pena de impor ao contribuinte um ônus que subverte, em nome da sanha arrecadatória, as

garantias constitucionais que lhe são asseguradas (transcreve doutrina);

• é de se concluir que a regra prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/196 não possui o condão de esvaziar a atividade probatória das autoridades fiscais e sua utilização indiscriminada (intimação da pessoa física para apresentar em 20 dias documentação relativa às operações praticadas em 02 anos) viola o sentido normativo da inversão probatória prevista no citado dispositivo legal, desbordando os limites da razoabilidade e da proporcionalidade;

DA TAXA SELIC

• não pode prosperar o entendimento da Turma Julgadora no sentido de utilizar a Taxa Selic como juros moratórios, por ser inconstitucional devido ao fato de sua natureza ser remuneratória e por ser ilegal, ofendendo ao artigo 161, § 1º, que exige que percentual diferente de 1% seja fixado em Lei e a Taxa Selic foi criada não por lei, mas por Resoluções do Banco Central do Brasil (cita jurisprudência).

A DRJ de origem entendeu pela procedência em parte da impugnação apresentada pelo contribuinte. Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário às fls. 722/780, onde são reiterados os argumentos já lançados em impugnação quanto ao que foi vencido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Martin da Silva Gesto - Relator

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Conta conjunta.

Entendeu a DRJ de origem, em relação aos valores depositados na conta conjunta, referida neste processo como conta "SOLID" que:

"O §6º do artigo 42 da Lei nº 9460/1996 anteriormente transcrito, que foi introduzido pela Lei nº 10.637/2002, estabelece que no caso "de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares"

A redação do §2º do artigo 1º da Instrução Normativa SRF nº 246, de 20/11/2002, também dispõe que "Caracterizada a omissão de rendimentos decorrente de créditos em **contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto**, cuja declaração de rendimentos dos titulares tenha sido apresentada em separado, o valor dos rendimentos é imputado a cada titular mediante divisão do total dos rendimentos pela quantidade de titulares".

A legislação determina, assim, que, **no caso de conta conjunta, característica da conta SOLID, todos os titulares da conta bancária sob ação fiscal devem ser intimados a comprovar a origem dos créditos nela efetuados e, caso não reste comprovada a origem serão os valores distribuídos proporcionalmente à quantidade de titulares.**

A fiscalização atribuiu a totalidade dos créditos efetuados na conta SOLID ao recorrente, ROBERTO MATALON, baseando-se na informação por ele prestada durante a ação fiscal de que a citada conta corrente era gerenciada exclusivamente por ele, informação corroborada pelo depoimento prestado perante o Juízo da 28 Vara Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba pela co-titular PATRICIA MATALON e pelo co-titular CLARK SETTON.

Entendo que a totalidade dos créditos efetuados em conta corrente conjunta só pode ser atribuída a um só dos titulares quando a fiscalização comprova nos autos que todos os créditos eram de titularidade deste. As declarações do recorrente e dos co-titulares de que a conta SOLID era "gerenciada" ou "movimentada" ou "administrada" exclusivamente por ROBERTO MATALON, é insuficiente para comprovar que a titularidade dos créditos era exclusivamente do recorrente como alegado pelo mesmo na impugnação, a medida que nenhum dos co-titulares assume a titularidade dos créditos e sim, somente, a responsabilidade pela movimentação da conta. Assim, verificado, nos autos, que os créditos efetuados na conta SOLID não tiveram a origem comprovada estabeleceu-se a presunção de omissão de rendimentos prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, porém, a autuação deveria seguir os preceitos do §6º do mesmo dispositivo legal atribuindo-se a cada um dos co-titulares de fato da conta SOLID 1/3 (um terço) dos créditos não comprovados, o que não foi feito.

Mantém-se, portanto, a tributação de 1/3 (um terço) dos créditos de origem não comprovada, posto que a conta SOLID possui três titulares."

(grifou-se)

Em razão dessa parcial procedência, foi interposto recurso de ofício, todavia, conforme se verificará, não só o referido valor, porém todo o lançamento é nulo em relação a conta SOLID, razão pela qual, deverá ser negado o recurso de ofício.

Ocorre que embora a DRJ de origem tenha constatado a existência de conta conjunta, entendeu ela por não aplicar a Súmula nº 29 do CARF, que assim dispõe:

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

Deste modo, não tendo sido os demais co-titulares da conta conjunta intimados, deve ser declarado nulo o lançamento, pois nos termos da Súmula nº 29 do CARF, todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.

Assim, por tais razões, além de negar provimento ao recurso de ofício, deve ser dado provimento ao recurso voluntário apresentado pelo contribuinte.

Por fim, refere-se que, nos termos do § 3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, "*Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*", logo, em razão disso, haja vista que está sendo decidido no mérito em favor do contribuinte, deixa-se de ser pronunciado sobre as preliminares invocadas.

Conclusão.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator