



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

Processo n° 10469.720641/2007-15
Recurso n° 00.000.001 De Ofício
Acórdão n° **1202-00.840 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 07 de agosto de 2012
Matéria IRPJ
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado EMVIPOL EMPRESA DE VIGILÂNCIA POTIGUAR E OUTROS
 RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

Assunto: OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PRÉVIA

Ano-calendário: 2001, 2002

Para a caracterização de omissão de receita a partir dos valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, o titular deve ser regularmente intimado para comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Ante a falta dessa intimação, não cabe ao Fisco lançar o imposto com base na presunção legal de omissão de receitas caracterizada por "depósitos bancários de origem não comprovada".

LANÇAMENTO REFLEXO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, PIS/FATURAMENTO E COFINS.

A tributação reflexa deve, em relação ao respectivo Auto de infração, acompanhar o entendimento adotado quanto ao principal, em virtude da íntima relação dos fatos tributados.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE — IRRF

Ano-calendário: 2001, 2002

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO/SEM

CAUSA:

Descabe o lançamento do Imposto de Renda Retido na Fonte quando não houver a prova material dos pagamentos sem causa ou de operações não comprovadas. A dúvida não pode vicejar sobre o pressuposto material da hipótese de incidência — o pagamento, a saída de numerário da empresa — sobre o qual a Fiscalização tem o ônus probandi.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Ana Clarissa Masuko dos Santos, Viviane Vidal Wagner, Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração constante das fls., 03/07 dos presentes autos, e por decorrência deste os Autos de Infração de natureza reflexa constantes das folhas 11/15, 18/22, 27/31 e 37/52, todos lavrados contra a empresa já qualificada neste processo, para exigência do crédito tributário referente aos anos-calendários de 2001 e 2002.

Os referidos Autos são decorrentes de fiscalização efetuada quando foi constatada omissão de receita caracterizada pela falta de comprovação de depósitos bancários conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 62/69 e Demonstrativo de créditos apurados em conta bancária às fls. 70/73.

Foi verificado que a contribuinte era a titular de fato de contas correntes na Caixa Econômica Federal valendo-se de interposta pessoa com a finalidade de ocultar a sua movimentação financeira.

Os lançamentos efetuados a débito das referidas contas correntes foram tributados na fonte como pagamentos a beneficiários não identificados/pagamentos sem causa, conforme demonstrativos de fls. 74/77.

A multa aplicada foi a qualificada, e efetuada representação fiscal, por ter a autoridade fiscal entendido que a conduta da contribuinte de utilizar a figura de terceiro a fim de ocultar da Fazenda Pública a identidade do sujeito passivo referente à movimentação bancária caracteriza interposição fraudulenta.

A autoridade fiscal relacionou no Auto de Infração, fl.04, como responsáveis solidários, as pessoas jurídicas Talento Construções e Serviços Ltda, HMG — Investimentos e

Participações Societárias Ltda e Olimpo Recepções e Eventos Ltda, e as pessoas físicas Marino Eugenio de Almeida e Herberth Florentino Gabriel.

A contribuinte, assim como todos os demais responsáveis solidários foram intimados e apresentaram suas defesas, cujos termos a seguir aponta-se.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMVIPOL.

Alega que a autoridade fiscal não conseguiu comprovar a existência de sujeição passiva solidária e que a identificação do sujeito passivo não decorre de presunção ou ato de vontade, haja vista sua vinculação à lei, afirmando, após isto, que a fiscalização, de maneira arbitrária, a faz aqui figurar como contribuinte.

Afirma que o sócio da impugnante apareceria apenas uma vez, diante de centenas de operações, como possível supridor do valor de R\$45.000,00 originado da venda de um terreno pertencente a um de seus filhos, o que justificaria as transferências a favor da EMVIPOL, vinculadas ao cheque nº 00255, no montante de R\$54.568,00, provavelmente a título de pagamento, daquilo que se tomou por empréstimo, não podendo ser entendido como ato de gestão.

Recorre à definição de contribuinte dada pelo CTN em seu artigo 121, afirmando que a fiscalização não havia provado a relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador.

Aduz que o lançamento formaliza a exigência de IRPJ, IRRF, CSLL, PIS e COFINS, em nome de pessoa jurídica completamente distinta da impugnante, quanto ao aspecto societário, econômico, contábil e fiscal. Requer a declaração de inexistência de relação jurídica obrigacional da contribuinte com os créditos tributários relativos ao presente processo.

Alega, ainda, decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 2001 a agosto de 2002, por se tratar de tributos sujeitos a sistemática do lançamento por homologação de que trata o §4º do artigo 150 do CTN, afirmando restar comprovados a apuração, declaração e o recolhimento dos tributos.

Segue afirmando que não há prova da ocorrência da hipótese de incidência estabelecida pelo artigo 61 da Lei nº 8981/95, uma vez que os beneficiários dos créditos listados haviam sido plenamente identificados pelo autuante, responsável por indicar a causa dos pagamentos.

Alega que o referido dispositivo legal havia determinado como hipótese de incidência do IRRF o pagamento. Não tendo a fiscalização provado que os débitos sofridos pelas contas bancárias teriam natureza jurídica de pagamento e que os cheques emitidos em favor do próprio correntista não caracterizariam pagamento, e que “a infinidade de cheques levados a débito sem qualquer exame pela autoridade fiscal não pode ser considerado como pagamento a beneficiário não identificado”.

Questiona o ajustamento da base de cálculo efetuado, acrescentando que “a elevada alíquota de 35% aplicada na quantificação do tributo, pode perfeitamente acomodar um ajustamento da base de cálculo para baixo”.

Apresenta outros argumentos, cujo apontamento não se faz necessário e finaliza requerendo a total improcedência da ação fiscal e a desconstituição do crédito tributário decorrente em razão da inocorrência da sujeição passiva solidária, da ocorrência da decadência, da carência de prova, da inexistência de fato gerador, da ilegalidade, do "bis in idem" e do confisco.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR HERBERTH FIORENTINO GABRIEL:

O Sr. Herberth Florentino Gabriel contesta a atribuição de responsável solidário argumentando que a fiscalização não havia produzido provas suficientes.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR HMG INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS LTDA:

A impugnante apenas contesta a atribuição de sujeição passiva solidária atribuída pela fiscalização argumentando que não havia sido comprovada a sua participação pessoal e direta, estando ausente a ocorrência da situação fática que tipificaria a relação jurídica obrigacional.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR MARINO EUGÊNIO DE ALMEIDA:

O impugnante contesta a sujeição passiva solidária, afirmando inexistir prova por parte da fiscalização como também contesta a eleição pela autoridade fiscal da Envipol como sujeito passivo afirmando não ser possível a identificação do sujeito passivo por presunção.

Finaliza requerendo a declaração de inexistência de relação jurídica obrigacional do impugnante com os créditos tributários objeto do presente processo, "extinguindo-os em rela

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR TALENTO CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA:

A impugnante contesta a sujeição passiva solidária lhe atribuída pela autoridade fiscal arguindo carência de prova.

Finaliza requerendo a declaração de inexistência de relação jurídica obrigacional para com os créditos tributários objeto do presente processo.

DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR OLIMPO RECEPÇÕES E EVENTOS LIDA:

Argúi a impugnante decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no período de 31 de janeiro de 2001 a 31 de agosto de 2002, por serem os tributos lançados com base no artigo 150,§4º do Código Tributário Nacional.

Alega equívoco no enquadramento legal da multa aplicada, uma vez que a autoridade fiscal fundamentou a aplicação da multa no art. 44, II da Lei nº 9.430/1996,

derrogado pela Lei nº 11.488/2007 que instituiu penalidade menos gravosa, requerendo a aplicação retroativa e diminuição do percentual da multa para cinquenta por cento.

Contesta também a atribuição de sujeição passiva solidária por não se enquadrar nos requisitos previstos no Código Tributário Nacional, art. 124, inciso I.

Finaliza requerendo a extinção do crédito tributário por decadência e erro na quantificação da multa infligida e exclusão da sujeição passiva solidária.

Considerando os fatos ocorridos e tudo o mais que dos autos consta, a 3ª Turma da DRJ no Recife, proferiu decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURIDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM

NÃO COMPROVADA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PRÉVIA.:

Para a caracterização de omissão de receita a partir dos valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, o titular deve ser regularmente intimado para comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Ante a falta dessa intimação, não cabe ao Fisco lançar o imposto com base na presunção legal de omissão de receitas caracterizada por "depósitos bancários de origem não comprovada".

LANÇAMENTO REFLEXO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, PIS/FATURAMENTO E COFINS.

A tributação reflexa deve, em relação ao respectivo Auto de infração, acompanhar o entendimento adotado quanto ao principal, em virtude da íntima relação dos fatos tributados.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE — IRRF

Ano-calendário: 2001, 2002

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO/SEM

CAUSA:

Descabe o lançamento do Imposto de Renda Retido na Fonte quando não houver a prova material dos pagamentos sem causa ou de operações não comprovadas. A dúvida não pode vicejar sobre o pressuposto material da hipótese de incidência — o pagamento, a saída de numerário da empresa — sobre o qual a Fiscalização tem o ônus probandi.

Lançamento Improcedente.

A Relatora deste processo na DRJ assim se pronunciou:

“QUANTO AO IRPJ:

Trata o presente processo de lançamento referente a omissão de receita caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada e pagamentos sem causa/efetuados a beneficiários não identificados.

A ação fiscal iniciou na pessoa física de Rosimiro de Araújo em função de movimentação bancária de contas na Caixa Econômica Federal. Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 62/69, o contribuinte, em atendimento a intimação da fiscalização, informou nunca ter possuído conta corrente ou poupança em qualquer agência bancária.

A Caixa Econômica Federal foi, então, intimada a apresentar os documentos que comprovavam a movimentação e extratos das contas referentes ao Sr. Rosimiro, fls. 90/144.

Após análise da documentação apresentada e realização de diligências nos beneficiários de cheques emitidos pelo Sr. Rosimiro, bem como nos emitentes de cheques depositados na referida conta, a fim de identificar os reais titulares da conta-corrente em nome dele, a fiscalização concluiu que as empresas **EMVIPOL, TALENTO, HMG, OLIMPO** e as pessoas físicas Marino Eugênio de Almeida e Herberth Fiorentino Gabriel eram os titulares de fato, no período de 2001 a 2002, da conta-corrente em nome do Sr. Rosimiro.

Pelo exposto, a autoridade fiscal concluiu que todos os contribuintes acima, nos termos do art. 124,1 do Código Tributário Nacional, respondem solidariamente pelo crédito tributário apurado, elegendo a EMVIPOL como único contribuinte para realizar o lançamento.

De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal constante do Auto de Infração, a motivação principal para sua lavratura foi a "**omissão de receitas**" a partir de **depósitos bancários** de origem não comprovada, listados às fls. 70/73, anexo ao Auto de Infração.

Essa presunção tem supedâneo no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27.12.1996, cujo "caput" transcrevo:

(...)

De acordo com o dispositivo acima transcrito, cabe ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origem não comprovada para que se presuma, até prova em contrário, a carga da contribuinte, a ocorrência de omissão de receitas. Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção.

Portanto, para se proceder à presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários, é obrigatório que a fiscalização intime o sujeito passivo sobre a origem dos recursos utilizados nessas operações, o que não foi feito pela fiscalização.

O que consta dos autos, é o Termo de Constatação e Intimação Fiscal de fls. 274/280, intimando a EMVIPOL a justificar a transferência bancária realizada pelo Sr. Rosimiro de Araújo (portanto, débito da conta-corrente base do lançamento) e indicação da relação entre o emitente do cheque e o contribuinte juntamente com apresentação de documentos hábeis e idôneos que comprovassem a transação.

Portanto, a intimação feita refere-se a débito da conta corrente em nome do Sr. Rosimiro e não em relação a crédito efetuado naquela conta e objeto de tributação por presunção legal de omissão de receita.

Portanto, sobre os valores depositados, a fiscalização não intimou o sujeito passivo a esclarecer a sua origem. Simplesmente, procedeu à lavratura do Auto de Infração.

Cite-se, por pertinente, o seguinte acórdão do então Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda - CCMF.

Número do Recurso: 156328

Data da Sessão: 23/05/2007 00:00:00

Decisão: Acórdão 107-09031

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício

Ementa: (.)

IRRI. OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO

COMPROVADA.

Na falta de intimação ao sujeito passivo para a comprovação dos depósitos. Não se materializa a **hipótese caracterizadora** da presunção legal de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada.(Grifou-se.)

A presunção legal de omissão de receitas requer a observância de algumas condições que o dispositivo especifica: a regular intimação do contribuinte, a análise individualizada dos créditos/depósitos, a exclusão das transferências entre contas, a divisão das receitas entre os titulares em caso de conta conjunta.

A existência de depósitos bancários não escriturados, embora não seja prova de auferição de rendimento ou receita, é um indicio da provável existência de lucro omitido à tributação. Tal indicio converte-se em comprovação de renda, se o contribuinte não explica a origem da disponibilidade econômica que incontestavelmente possuiu.

Assim, a prova indiciária de omissão de receitas que repousa sobre a existência de depósitos bancários não contabilizados torna-se completa quando, devidamente

intimada a empresa a esclarecer e comprovar a origem dos recursos que possibilitaram aqueles depósitos, esta não logra fazê-lo.

Nessa hipótese, é lícito considerar-se o montante dos depósitos e créditos apurados, devidamente deduzidos das receitas declaradas e de eventuais transferências entre contas, como receitas omitidas.

No presente caso, sequer tendo sido feita a intimação, não se chegou a exigir do contribuinte que justificasse a origem dos depósitos/créditos na conta do Sr. Rosimiro, autuados como omissão da EMV1POL.

Observa-se que o Demonstrativo de créditos apurados em conta bancária, de fls. 70/73, foi cientificado à contribuinte na mesma data do auto de infração sendo parte integrante deste.

Ora, o pressuposto dessa prova indiciária, como já se disse, é a falta de comprovação perante o Fisco da efetiva origem dos recursos ingressados em conta bancária, e não a mera existência dessa conta, não contabilizada, ainda que em montante superior às receitas declaradas.

Sem a formalização da exigência para que a prova seja produzida, não há falar em falta de comprovação, nem ocorrência de prova indiciária e, de consequência, na tipificação da hipótese de incidência de omissão de receita.

É que a intimação do contribuinte para comprovar a efetiva origem dos recursos depositados em sua conta bancária é indispensável para que o Fisco possa, à falta dessa comprovação, lançar o imposto com base na prova indiciária de omissão de receitas de "depósitos bancários de origem não comprovada".

Assim, essa tributação só deve ser mantida quando o Fisco confirma ter efetuado a intimação para a empresa no sentido de que comprove e demonstre a origem dos recursos ingressados em conta bancária, e explique a razão de os depósitos bancários superarem a receita declarada.

Entendo que, somente quando tomadas essas providências, fica, a autoridade fiscal, autorizada a presumir a omissão de receitas, em valor equivalente aos depósitos bancários de origem não comprovada que superem as receitas contabilizadas.

Assim, somente na falta de comprovação da origem do numerário depositado, é que deve a fiscalização autuar por omissão de receita, e não antes disso.

Acrescente-se que o lançamento feito com base em mero indício não pode subsistir, a pretexto de que a prova poderá ser feita posteriormente, porque o descumprimento daquela exigência de provar é condição indispensável para lançar.

A intimação deve ser clara e específica, isto é, deve o sujeito passivo ser intimado a comprovar a efetiva origem dos recursos depositados.

Há que se ressaltar, por oportuno, que a simples eventualidade de não vir, a empresa, a comprovar ditos depósitos, quando de sua impugnação e recursos, remediando, dessa forma, a omissão fiscal, não pode ser aceita, pois estar-se-ia, assim, admitindo a esdrúxula possibilidade de o lançamento fiscal depender, para a plena construção da prova indiciária em que se baseia, de omissões do autuado posteriores à sua lavratura.

Frise-se que não se está, aqui, reconhecendo nulidade ou cerceamento do direito de defesa pelo fato de a fiscalização lavrar um auto de infração após **apurar um suposto ilícito, mesmo sem intimar o sujeito passivo a se manifestar a respeito.**

Nessa hipótese, diz a lei que só se fará a intimação caso a autoridade fiscal julgue necessário solicitar esclarecimentos do contribuinte.

Ora, se a fiscalização dispõe dos elementos necessários e suficientes para a caracterização da infração e formalização do lançamento, é evidente que não há necessidade de prévia intimação para formalizá-lo.

O que ocorre é que, no presente caso, para a própria caracterização dessa infração — de depósitos bancários de origem não comprovada — faz-se imprescindível a prévia intimação visando a essa comprovação.

Em outras palavras, somente se poderá ter como constatada a infração, na hipótese, se, devidamente intimado o sujeito passivo, não lograr, este, apresentar as provas requeridas.

Não se trata, por outro lado, de criar uma fase pré-litigiosa, mediante intimação e consequente contestação por parte do contribuinte, mas, sim, de se atender a uma exigência para que se possa, assim, lançar mão de uma prova indiciária, invertendo-se o ônus, originariamente da Fazenda Pública.

Em síntese, não foi atendido o requisito da regular intimação ao contribuinte, não tendo sido implementadas as condições para que o Fisco possa legitimamente presumir a omissão de receitas.

Portanto, falta requisito essencial à capitulação legal adotada na autuação relativa aos valores depositados em contas em nome do Sr. Rosimiro, devendo ser canceladas as exigências de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins relativas à omissão de receitas referentes aos depósitos efetuados naquele

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS/SEM CAUSA:

A incidência prevista na legislação se aplica aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou sua causa. Primeiro precisa ocorrer o pagamento que deve ser comprovado pela fiscalização e não pagamento presumido, como quer a autuação.

O artigo 61 da Lei 8.981/1995 assim dispõe:

(...)

Em suma, a legislação acima citada estabelece a seguinte situação fática: houve pagamento, mas não se sabe a quem ou não se comprova a operação ou a sua causa. A dúvida não pode vicejar sobre o pressuposto material da hipótese de incidência — o pagamento, a saída de numerário da empresa — sobre o qual a Fiscalização tem o ônus probandi.

Observa-se que a norma acima reproduzida estabelece 3 (três) hipóteses distintas de incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, a saber:

a) Pagamentos efetuados a beneficiários não identificados - quando a Pessoa Jurídica, devidamente intimada, não logra êxito em identificar para quem efetuou o pagamento, ou se o Fisco fizer prova de que o beneficiário que a Pessoa Jurídica registrou e aponta como recebedor do pagamento, de fato, nada tenha recebido.

b) Pagamentos sem causa - a Pessoa Jurídica não logra êxito em comprovar a efetividade da operação relacionada ao pagamento, ou se o Fisco fizer prova de sua inidoneidade, ou seja, de que a operação não se realizou.

c) Concessão de benefícios indiretos de que tratam o artigo 74 da Lei 8.383/1991 - se o valor correspondente ao benefício for tratado como remuneração dos beneficiários para fins de incidência do imposto de renda.

Em relação às hipóteses "a" e "b" cabe ao Fisco, antes de qualquer coisa, assegurar-se de que os pagamentos foram mesmo realizados, pois o fato gerador ocorre justamente pela percepção desses rendimentos pelos beneficiários. A ocorrência do pagamento deve estar provada. Essa prova pode ser feita com a própria contabilidade da empresa. Nesse caso, se houver erro nos registros contábeis, o ônus da prova é do interessado.

No que tange ao item "c", cabe ao Fisco fazer prova da ocorrência dos benefícios indiretos.

Frise-se: o que está se tributando, exclusivamente na fonte, são os rendimentos recebidos pelos terceiros, sócios ou pessoas não identificadas. O responsável é o sujeito passivo da obrigação tributária por ter realizado o pagamento irregular. Não se trata de tributação dos recursos utilizados nos pagamentos.

No presente caso, no entanto, não se vislumbra nenhuma das três hipóteses acima apresentadas.

Assim, o lançamento de "IRRF sobre pagamentos a beneficiários não identificados / pagamentos sem causa" não é adequado, uma vez que a ocorrência do pagamento, condição necessária para tipificar a infração, não restou provada. O ônus da prova da ocorrência do pagamento é do Fisco.

Deveria a Fiscalização, se ainda não dispunha de elemento seguro de prova, insistir nos esclarecimentos pretendidos, evidenciando, de forma mais contundente, o ilícito fiscal, até porque as consequências jurídicas do não atendimento à intimação fiscal não é a presunção de que os valores recebidos foram imediatamente repassados a terceiros, mas a glosa dos custos/despesas e exclusão na contabilidade dos efeitos dos lançamentos contábeis não comprovados. Fatos tributários precisam, muitas vezes, da confluência de diversos indícios para robustecer uma pretensão fiscal.

A prova de que o pagamento foi efetuado é condição *sine qua non* para a incidência em exame. A identificação do beneficiário, a comprovação da causa ou da operação que dá suporte à saída de numerário é de responsabilidade da empresa, mas esta negou ter efetuado os pagamentos listados às fls. 74/77 e não há, nos autos, a prova de que os tenha feito.

Este entendimento pode ser visto na jurisprudência (citada a título ilustrativo).

IRF - PAGAMENTO EFETUADO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO - PAGAMENTO EFETUADO OU RECURSO ENTREGUE A TERCEIRO OU SÓCIO SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU CAUSA – Está sujeito à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado por pessoas jurídicas a beneficiário não identificado ou, ainda, os pagamentos efetuados e os recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não comprovada a operação ou a sua causa. **A efetuação do pagamento é pressuposto material para a ocorrência da incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte**, conforme o disposto no artigo 61, da Lei n 8.981, de 1995. (Ac. 104 - 18803) (grifei)

O lançamento deve, então, ser cancelado, diante da ausência de prova da conduta exigida na norma.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL, PIS E COFINS

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Ante o acima exposto, VOTO no sentido de declarar improcedente o lançamento consubstanciado nos Autos de Infração constantes do presente processo.”

Importante destacar o fato de que o Julgador Eduardo Martins Neiva Monteiro, após pedido de vista, apresentou declaração de voto, acolhendo, em sua totalidade, o voto proferido pela Ilustre Relatora.

Houve Recurso de Ofício.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Relator Orlando José Gonçalves Bueno

O Recurso de Ofício preenche todos os requisitos de admissibilidade e por esta razão dele conheço.

DA PRELIMINAR

Cumpre, inicialmente, destacar a existência de vício procedimental que afeta toda a fiscalização realizada. Isso porque, consoante já amplamente referido pelos julgadores da DRJ, não houve a regular citação do contribuinte.

Desde logo, por ser fato de fundamental importância para a correta compreensão do caso em análise, é preciso destacar a existência da Súmula CARF Nº.: 29, cujo teor a seguir se reproduz.

“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.”.

Ainda neste sentido, necessário destacar o disposto na Lei Nº. 9.430, de 1996, que em seu artigo 42 assim determina:

"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, **reffiadamente** intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações

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

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

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

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

11 - 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).

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

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº10.637, de 2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº10.637, de 2002).

Consoante se verifica pelo anteriormente reproduzido, a Lei 9.430, exige expressamente que a Autoridade Fiscal, ao presumir como omissão de receita valores depositados em determinada conta bancária, proceda à prévia intimação de seu titular, para que possa, em atenção ao seu próprio interesse e com provas idôneas, demonstrar a origem dos recursos depositados.

No caso presente a fiscalização deixou de atuar da maneira como lhe determinam às normas que regem a matéria. Isso porque, ao concluir que o Sr. Rosimiro não era o efetivo titular da conta mantida com a Caixa Econômica Federal, identificando como titulares de fato pela referida conta corrente as seguintes pessoas *EMVIPOL - EMPRESA DE VIGILÂNCIA POTIGUAR LTDA; TALENTO CONSTRUÇÃO S E SERVIÇOS LTDA; HMG INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS; OLIMPO RECEPÇÕES, EVENTOS CULTURAIS E ARTISTICOS LTDA; MARINO EUGÊNIO DE ALMEIDA E HERBERTH FLORENTINO GABRIEL*, a fiscalização deveria ter citado cada uma destas pessoas para que apresentassem as justificativas concernentes à cada um dos depósitos efetuados na referida conta.

Entretanto, ainda que a determinação legal seja esta a que há pouco nos referimos, a Autoridade Fiscal optou por uma intimação parcial, pois, optou por escolher alguns poucos depósitos, exigindo dos titulares de fato da referida conta explicações apenas com relação a esta “amostragem”, intuindo, à partir desta apuração parcial estender o raciocínio a todos os outros depósitos realizados no período indicado no Auto de Infração.

Como bem observou o Julgador Eduardo Martins Neiva Monteiro, em seu voto declarado, ao destacar a importância do parágrafo 3º da indigitada lei, “(..) a clareza da redação não permite a interpretação a franquear uma intimação parcial, ou seja, com vistas apenas à comprovação de poucos depósitos(..)”.

Ora, sendo múltiplos os titulares de fato da conta corrente movimentada, não poderia a fiscalização ter solicitado esclarecimentos à pessoas específicas sobre cheques específicos, deveria, isto sim, ter intimado todos os titulares de fato para que prestassem esclarecimentos sobre toda a movimentação realizada na conta corrente aludida.

Como se verifica por todo o exposto, não pairam dúvidas quanto à ocorrência de vício procedimental insanável, visto não ter ocorrido a regular citação do contribuinte. Este fato já seria o bastante para que a decisão proferida pela DRJ merecesse prevalecer em sua totalidade, pois, deste vício decorre a ilegalidade da autuação.

Entretanto, por tratar-se de Recurso de Ofício, passemos à análise de matéria também enfrentada pela DRJ, postura que se adota para que a decisão a ser ao final proferida não comporte reparos.

DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE – PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO.

A este respeito, indispensável a reprodução do comando normativo contido no artigo 61 e seu parágrafo primeiro, da Lei 8.981 de 1995.

“Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto sobre a Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§1º. A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como na hipótese de que trata o § 2º do art. 74 da Lei 8.383/91.”

Oportuno, mais que oportuno, é necessário destacar o fato de que a norma retro transcrita traz como premissa inicial para a sua aplicação a necessidade de existência de um pagamento.

Dizer isto equivale a dizer que o pressuposto material da norma indicada é a inarredável necessidade da ocorrência de um pagamento, que deverá ser feito à pessoa não identificada. Este é o comando contido do caput do artigo 61 da indigitada lei.

Pois bem, a referida norma, em seu parágrafo primeiro, traz, ainda, a previsão de outras duas situações nas quais a aplicação da referida alíquota está prevista, são elas: “aos

pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa”.

Como se verifica, a referida norma jurídica, traz em si um rol taxativo das situações fáticas nas quais o Imposto de Renda na fonte deverá ter alíquota de 35% - que foi a empregada pela Autoridade Fiscal.

O que se observa no caso presente é que a Autoridade Fiscal não logrou êxito em comprovar a existência de pagamentos. O que fez a fiscalização, isto sim, foi presumir a ocorrência dos pagamentos e à partir desta presunção aplicar a alíquota prevista na indigitada lei.

Ora, se a Autoridade Fiscal, como já se disse, não comprovou a ocorrência de pagamentos, que é o pressuposto material para a aplicação da norma a que nos referimos, não poderá aplicar a norma anteriormente transcrita.

Assim, as inevitáveis conclusões a que se chega são as de que não ocorreu a regular citação do contribuinte, fato que faz com que haja um vício insanável na fiscalização realizada e que, de igual maneira é indevida a manutenção da alíquota aplicada pela Autoridade Fiscal.

Tais situações redundam na impossibilidade de manutenção do lançamento realizado.

Diante de todos os fundamentos expostos, por tudo o mais que dos autos consta, e com fulcro na Súmula CARF N.º.: 29, acima citada, é de se negar provimento ao recurso de ofício.

(documento assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno