



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA TURMA

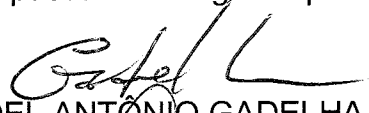
Processo nº : 10835.001927/2001-97
Recurso nº : 105-130647
Matéria : IRPJ e OUTROS
Recorrente : JOSÉ NERY PEREIRA DA FONSECA (FIRMA INDIVIDUAL)
Recorrida : 5ª CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada : FAZENDA NACIONAL
Sessão de : 18 de outubro de 2004
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

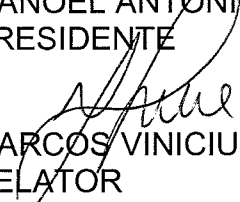
RECURSO VOLUNTÁRIO – OMISSÃO DE RECEITA - PRESUNÇÃO SIMPLES – Incumbe à fiscalização apresentar um conjunto de indícios que permita ao julgador alcançar a certeza necessária para seu convencimento, afastando possibilidades contrárias, mesmo que improváveis. A certeza é obtida quando os elementos de prova confrontados pelo julgador estão em concordância com a alegação trazida aos autos. Se remanescer uma dúvida razoável da improcedência da exação, o julgador não poderá decidir contra o acusado. No estado de incerteza, o Direito preserva a liberdade em sua acepção mais ampla, protegendo o contribuinte da interferência do Estado sobre seu patrimônio.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOSÉ NERY PEREIRA DA FONSECA (FIRMA INDIVIDUAL)

ACORDAM os Membros da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 31 JAN 2005

Processo nº : 10835.001927/2001-97

Acórdão nº : CSRF/01-05.095

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: ANTONIO DE FREITAS DUTRA, MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO, CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER, VICTOR LUÍS DE SALLES FREIRE, LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO, REMIS ALMEIDA ESTOL, JOSÉ CLÓVIS ALVES, JOSÉ CARLOS PASSUELLO, JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA, WILFRIDO AUGUSTO MARQUES, CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES, DORIVAL PADOVAN, JOSÉ HENRIQUE LONGO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'G. L.', is written below the list of names.

Processo nº : 10835.001927/2001-97
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

Recurso nº : 105-130647
Recorrente : JOSÉ NERY PEREIRA DA FONSECA (FIRMA INDIVIDUAL)
Interessada : FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de processo de exigência de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) relativamente aos anos-calendário de 1995 e 1996 por omissão de receita apurada em razão da existência de depósitos bancários sem origem comprovada.

Segundo consta no Termo de verificação de fl. 47/49, a ação fiscal levada a efeito contra a empresa interessada nos autos decorreu de uma fiscalização na empresa AMÉRICA NUNES FONSECA – ME, tendo sido solicitada daquela empresa a apresentação de comprovantes das receitas, custos e despesas, bem assim os extratos bancários. Não tendo atendido a solicitação, a fiscalização solicitou à instituição financeira (Banco Banespa) a apresentação de documentos bancários.

Segundo a acusação fiscal, após análise dos cheques apresentados pelas instituições financeiras e do resultado de diligências realizadas em diversos estabelecimentos de fornecedores (anexados ao processo) chegou-se à conclusão de que as operações comerciais sustentadas pelos cheques emitidos e transitados pela conta bancária de AMÉRICA NUNES FONSECA – ME tinha como real favorecido a empresa individual JOSÉ NERY PEREIRA DA FONSECA, cujo titular é filho de América Nunes da Fonseca.

Diante disso, iniciou-se em 05/11/2001 o procedimento fiscal contra a empresa José Nery Pereira da Fonseca (fl. 03), exigindo-se da fiscalizada a



Processo nº : 10835.001927/2001-97
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

comprovação da origem dos valores creditados na conta bancária nº 13-001451-1, da Agência nº 0286, do Banco Banespa S/A, em nome de América Nunes Fonseca – ME, no período de 1995 e 1996, conforme relação anexa (fls. 13/37), bem assim esclarecer o motivo de ter utilizado conta de terceiros para movimentação dos recursos financeiros da empresa. Além disso, reiterou a intimação para apresentar os livros Caixa ou Diário, Razão, extratos de contas bancárias da empresa, de aplicações financeiras e DCTF dos últimos cinco anos.

Em atendimento, a empresa apresentou os esclarecimentos de fls. 38/41, informando que não possuía qualquer vínculo de fato ou de direito com a empresa América Nunes Fonseca – ME, embora esta fosse gerida pela genitora do proprietário da empresa manifestante, tanto que aquela atua no ramo alimentar (comércio varejista de refeições) e esta na venda de carne bovina e derivados. Alegou que, por inúmeras vezes, a empresa América Nunes Fonseca cedeu-lhe certas quantias em dinheiro (empréstimos) que foram devidamente escrituradas nos livros próprios e nas datas próprias, e que não poderia justificar a origem dos valores creditados na conta corrente da empresa América Nunes Fonseca por desconhecer a origem. Contestou a afirmação de ter a fiscalizada utilizado conta de terceiro para movimentação de recursos financeiros da empresa. Ao final, alegou que os lançamentos são efetuados de forma mensal e assim também seria a contagem do prazo prescricional, de forma que todo o esforço da SRF estaria fulminado pela prescrição.

Intimada a apresentar os comprovantes dos valores registrados nos livros Diário e Razão a título de empréstimos conseguidos da América Nunes Fonseca – ME nos anos-calendário de 1995 e 1996, bem assim os contratos de mútuo registrado, a empresa alegou que os contratos de mútuo podem ser concretizados em sua forma escrita ou verbal e que a lei não exige que tais atos ocorram de forma escrita, basta a confiança e a anuência das partes para que o ato tenha validade legal, o que importa é que os cheques foram lançados nos livros demonstrando a regularidade da operação.

Processo nº : 10835.001927/2001-97

Acórdão nº : CSRF/01-05.095

A fiscalização, entendendo que os valores registrados a título de empréstimo feito com América Nunes Fonseca – ME não foram devidamente comprovados, lavrou o competente auto de infração para exigir o IRPJ, apurado com base nos depósitos bancários de origem não comprovada, conforme demonstrativos de fls. 51/66, bem assim os tributos reflexos (IRRF/95, PIS/FAT, Cofins e CSLL).

Ressaltou a autoridade fiscal (fl. 49) o evidente intuito de fraude caracterizado pelo fato de ter o agente movimentado conta bancária de terceiros, com a finalidade de eximir-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Nacional, razão pela qual foi aplicada a multa qualificada prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430 de 1996, lavrando-se ainda representação fiscal para fins penais.

Inconformada, a empresa apresentou, tempestivamente, a impugnação de fls. 131/141, alegando, em síntese, que os Auditores-Fiscais apenas com base nos extratos bancários da conta nº 13-0014511, mantida junto ao Banco Banespa, de titularidade da pessoa jurídica América Nunes Fonseca, autuou a impugnante por omissão de receita como se os valores creditados fossem de sua contabilidade, alegando falta de emissão de nota fiscal, exigindo-lhe, nestes termos, tributos incidentes sobre todos os depósitos creditados na referida conta bancária como se dele fossem.

Alegou que as despesas pagas com cheques emitidos pela empresa América Nunes Fonseca devidamente contabilizadas, têm como contrapartida empréstimos obtidos daquela empresa, também contabilizados, e que os Auditores-Fiscais já teriam certificados que todos os empréstimos levados a efeito entre a empresa América e a ora impugnante foram comprovadas nos lançamentos nos livros próprios, e que não existe prova maior de empréstimos do que cheques emitidos pela própria mutuante, ainda mais quando contabilizados em livros da mutuária, considerando ainda os laços familiares que envolvem os titulares dessas empresas. Aduz que o Fisco, sem qualquer fundamento legal, considerou todos os depósitos creditados na mencionada conta bancária como omissão de receita da autuada e acrescentou que, mesmo que os depósitos lhe pertencessem, o que não seria o caso,



Processo nº : 10835.001927/2001-97
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

assim mesmo não caberia a tributação com base exclusivamente em depósitos bancários, conforme reiteradas decisões judiciais e administrativas, tanto que para evitar este tipo de violência é que foi editado o Decreto-lei nº 2.471 de 1988 que em seu art. 9º, VII, determinou o arquivamento de todos os processos administrativos que tratam de lançamentos de tributos com base exclusivamente em depósitos bancários.

Argüiu nulidade do auto de infração, primeiro por erro na identificação do sujeito passivo, pois, segundo a impugnante, deveria ter sido autuada a outra empresa e, segundo, porque o direito de constituir o crédito tributário relativo aos anos de 1995 e 1996 já teria decaído quando da lavratura do auto de infração nos termos do Código Tributário Nacional (CTN), art. 150, § 4º, tendo em vista o tipo de lançamento é que por homologação, e acrescentou que se o entendimento for pela aplicação do art. 173 do mesmo Código, assim mesmo estaria decaído o direito de proceder ao lançamento relativo ao ano-calendário de 1995, pois o lançamento era mensal, tendo o próprio fisco apurado o crédito tributário baseado em lançamentos mensais. Informou que apresentou, para o referido período, as declarações de IRPJ pelo lucro presumido mensal e procedeu, mensalmente, os recolhimentos dos impostos e contribuições.

Contestou, ainda, a multa de 150%, aplicada com fulcro na Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 44, II, alegando não ter ficado provado nos autos a infração imputada, muito menos a prática de fraude.

A Delegacia da Receita Federal de Ribeirão Preto, por unanimidade de votos, acolheu a preliminar de decadência quanto ao IRPJ e IRRF relativos ao período de janeiro a novembro de 1995 e, quanto ao mérito, considerou improcedentes os lançamentos de IRPJ, IRRF, PIS, CSLL e Cofins. A decisão teve o seguinte teor:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano-calendário: 1995, 1996
Ementa: IRPJ. DECADÊNCIA.



Processo nº : 10835.001927/2001-97
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

Tratando-se de lançamento de ofício, o termo inicial da decadência ocorre no primeiro dia do ano seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Antes da vigência da Lei nº 9.430 de 1996, o lançamento calcado em depósitos bancários que não tiveram sua origem comprovada pelo interessado somente era admissível quando provado o vínculo entre o valor depositado e a omissão de receita que o originou.

PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL, IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE, CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO, CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Na medida em que não há fatos novos a ensejarem conclusões diversas, igual sorte colhe o que tenha sido decidido em relação ao lançamento principal.

Lançamento Improcedente.”

A autoridade julgadora de primeiro grau recorreu de ofício de sua decisão ao Conselho de Contribuintes e o processo foi apreciado pela 5ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes. A Egrégia 5ª Câmara deu provimento parcial ao recurso de ofício para restabelecer as exigências relativas aos meses de dezembro de 1995 a dezembro de 1996. O restante do período constante da autuação (janeiro a novembro de 1995), a Câmara considerou alcançado pela decadência e, portanto, extinto o crédito tributário. A decisão está assim ementada:

“IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS EM CONTA DE TERCEIROS - RECURSO DE OFÍCIO - Reexaminados os fundamentos legais, as provas existentes nos autos e constatada a manutenção, pela pessoa jurídica, de movimento bancário à margem da escrituração, em conta de terceiros, aliada às provas que vinculam tais recursos aos seus atos negociais, não se há de afastar a exação fiscal, eis que caracterizada a omissão de receita. Recurso de ofício parcialmente provido.”

A Câmara, por maioria de votos, acolheu a argumentação e as provas apresentadas pela fiscalização no tocante a existência de vínculo entre os recursos oriundos de conta de terceiro e os atos negociais da recorrente. Sustenta, nesse sentido, que os depósitos em conta de terceiro (América Nunes Fonseca) são, na

Processo nº : 10835.001927/2001-97
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

verdade, de propriedade da recorrente e que é possível, a partir daí, se inferir a existência de omissão de receita tributável pela não comprovação da sua origem.

Cientificada da decisão do Conselho de Contribuintes, a contribuinte interpõe recurso voluntário à Câmara Superior de Recursos Fiscais reiterando os argumentos expedidos na inicial. Reforça seu inconformismo com a exigência, negando a titularidade dos recursos movimentados em conta de terceiro à margem da escrituração. Sustenta, ainda, que o lançamento foi feito exclusivamente com base em extratos bancários, sem qualquer prova de que houve omissão de receita.

Alega, ainda, que a decadência do direito de lançar alcança todo o período referido na exigência fiscal. Lembra que optou pelo regime tributário do lucro presumido mensal e, sob a ótica do lançamento por homologação, inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir do fato gerador do tributo, ou seja, mês a mês. Insurge-se também contra o agravamento da penalidade, eis que, a seu ver, não está comprovado o verdadeiro intuito de fraude.

Às fls. 261, informação do chefe da Safis da DRF Presidente Prudente no tocante a realização do arrolamento de bens da contribuinte pela repartição fiscal.

É o relatório.



Processo nº : 10835.001927/2001-97
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

VOTO

Conselheiro MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA, Relator:

Depreende-se do relatado que a interessada ingressou com recurso voluntário a esta Colenda Câmara insurgindo-se contra decisão do Conselho de Contribuintes que deu provimento ao recurso de ofício para restabelecer a exigência fiscal sobre os valores mantidos à margem da escrituração e apurados a partir do levantamento de depósitos bancários sem origem comprovada em conta de terceiro.

A recorrente alega, em preliminar, a decadência do direito de lançar. Deixo, contudo, de apreciá-la em razão de meu entendimento com relação ao mérito da exigência.

A fiscalização teve início com a verificação levada a efeito na empresa América Nunes Fonseca ME, que teve sua movimentação bancária levantada pelos agentes fiscais. Com base nessas informações, os auditores efetuaram uma série de diligências em diversos fornecedores procurando identificar por amostragem a natureza dos pagamentos realizados por essa empresa. As respostas das intimações pelos fornecedores, constantes do volume III deste processo, foram no sentido de que os cheques emitidos pela conta bancária da empresa América Nunes Fonseca ME eram para pagamento de produtos adquiridos pela empresa individual José Nery Pereira da Fonseca. Importante ressaltar que os proprietários das empresas mencionadas têm relação de parentesco estreita, já que a proprietária da empresa América Nunes Fonseca é genitora de José Nery.

Intimada a explicar tal situação, a recorrente afirma que os pagamentos realmente ocorreram durante os anos sob fiscalização, mas foram escriturados empréstimos entre as duas empresas que justificariam o repasse dos



Processo nº : 10835.001927/2001-97
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

valores. Solicitada a apresentar a comprovação desses negócios jurídicos, a empresa não apresenta quaisquer documentos (v.g. contratos ou pagamentos do mútuo e de juros pelo empréstimo), alegando existir uma relação de confiança entre as empresas.

A partir daí, os fiscais autuantes passaram a considerar que a corrente bancária estava apenas formalmente em nome da empresa América Nunes Fonseca ME, mas a movimentação dos valores era feita apenas em benefício da empresa José Nery Pereira da Fonseca, ora recorrente. Assim, intimaram o seu representante e proprietário a justificar a origem dos valores depositados nessas contas que estavam a dar cobertura aos cheques emitidos para pagamento de seus fornecedores. A recorrente não apresentou a origem desses valores depositados.

Após esse breve relato, verifica-se que os auditores se utilizaram de presunção simples para provar o alegado na peça acusatória, tomando como ponto de partida fatos indiciários para concluir que a movimentação bancária pertencia ao contribuinte José Nery e que era alimentada por recursos à margem de sua escrituração fiscal. Nesse caso, o ônus da prova da omissão de receita e do vínculo entre os envolvidos é inteiramente do fisco, eis que à época não havia presunção legal de omissão de receita a partir da comprovação de depósitos bancários sem origem identificada, eis que essa autorização legal de presunção advém da Lei nº 9.430, de 1996.

Ressalte-se, que a prova que decorre de presunção simples é tida por precária, pois normalmente sacrifica o que raramente ocorre pelo que se verificou repetidamente em situações idênticas no passado. O pressuposto lógico é que, a partir da existência de elementos comuns, espera-se a repetição de um resultado conhecido. Essa regra pode ser infirmada por ocorrências excepcionais, representadas por fatos improváveis que fujam ao padrão estabelecido pela experiência.

Em suma, a acusação se baseou nos seguintes indícios:



Processo nº : 10835.001927/2001-97
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

- a) existência de movimentação bancária de recursos em conta de terceiros que foram utilizados para pagamento de despesas do autuado;
- b) íntima relação de parentesco entre os proprietários das empresas;
- c) falta de comprovação do empréstimo alegado em sua defesa pelo recorrente que justificaria a transferência de recursos;
- d) ausência de comprovação da origem dos recursos depositados na conta de terceiros.
- e)

Para a manutenção da exigência tal como proposta, é necessário que tal conjunto de indícios permita ao julgador alcançar a certeza necessária para seu convencimento, afastando possibilidades contrárias mesmo que improváveis. Alcançar a certeza sobre o litígio não significa necessariamente conhecer a verdade dos fatos. A certeza é obtida quando os elementos de prova confrontados pelo julgador estão em concordância com a alegação trazida aos autos Ressalte-se que, como ensina Moacyr de Amaral Santos, "a certeza não é suscetível de graduação"¹. Se remanescer uma dúvida razoável da improcedência da exação, o julgador não poderá decidir contra o acusado.² No estado de incerteza, o Direito preserva a liberdade em sua acepção mais ampla, protegendo o contribuinte da interferência do Estado (tributação) sobre seu patrimônio.

Passo, então, a examinar o conjunto de indícios quanto ao seu valor probante.

1) a existência de movimentação bancária de recursos em conta de terceiros que foram utilizados para pagamento de despesas do autuado

Esse fato prova o vínculo do recorrente com a conta corrente de terceiro, mas é um mero indício no tocante a titularidade dos depósitos realizados nessa mesma conta. Existe a possibilidade de os valores que serviram para pagamento de fornecedores terem sido emprestados de uma empresa a outra, como

¹ SANTOS, Moacyr de Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. São Paulo: Saraiva, 1983, 1/63, n 42.

² Barbosa Moreira sustenta que "a dúvida é um estado de espírito, que traduz na hesitação entre afirmar ou negar algo. Toda dúvida é necessariamente subjetiva". (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro:Forense, 1981, vol V, p.617).

Processo nº : 10835.001927/2001-97
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

alega o sujeito passivo. Também não se realizou uma apuração, pelo menos em termos percentuais, da expressividade desses pagamentos em relação ao total de cheques emitidos pela conta, ou seja, ainda resta a possibilidade de haver outros pagamentos realizados em favor da titular da conta. Daí poder-se-ia inferir que os recursos que transitavam na conta bancária não seriam todos da empresa José Nery Pereira da Fonseca;

2) a íntima relação de parentesco entre os proprietários das empresas;

Esse indício comprova o vínculo e o interesse, mas não é suficiente por si só para se chegar a nenhuma conclusão;

3) a falta de comprovação do empréstimo alegado em sua defesa pelo recorrente que justificaria a transferência de recursos

Em princípio, quem alega tem de provar. A defesa não provou com documentos idôneos a existência do empréstimo, portanto essa alegação deve ser afastada. Ocorre que bastaria a empresa José Nery Fonseca negar a imputação de titularidade dos valores da conta de terceiro, que ainda restaria ao fisco o ônus de provar que os recursos eram dele;

4) A ausência de comprovação da origem dos recursos depositados na conta de terceiros.

Na verdade, para que se concluir que os recursos eram do autuado dever-se-ia primeiro afastar a possibilidade de os recursos serem da titular da conta. Para isso, dever-se-ia demonstrar a situação financeira incompatível da titular com os recursos movimentados e, no mínimo, intimá-la a comprovar a origem dos recursos. Sem afastar essa possibilidade, restará sempre a dúvida se a mãe (titular da conta) pagou algumas obrigações para o filho (sócio da empresa autuada), mas os recursos que transitaram em sua conta eram também dela. É uma situação possível. A dúvida deveria ter sido afastada antes da autuação e o ônus dessa prova é do fisco.

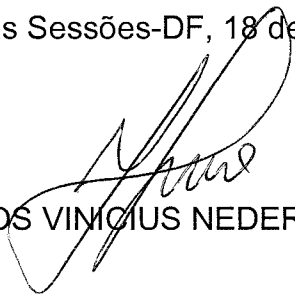
Assim, entendo que, apesar dos indícios apurados pela fiscalização serem relevantes, não são suficientes para estabelecer uma relação de implicação que

Processo nº : 10835.001927/2001-97
Acórdão nº : CSRF/01-05.095

permita alcançar a certeza necessária da ocorrência dos fatos que lastream a acusação. Diante das inúmeras possibilidades, não afastadas pelo trabalho fiscal, remanescem dúvidas sobre a autoria do ilícito.

São estas razões de decidir que me levam a dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões-DF, 18 de outubro de 2004.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA 