



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

Processo n° 19515.001146/2007-85
Recurso n° 178.685 Voluntário
Acórdão n° **1401-000.700 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 25 de novembro de 2011
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente NOVA SEDE EMPREENDIMENTOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

Ementa:

LANÇAMENTO - ILEGITIMIDADE PASSIVA – PROVA INDICIÁRIA. A prova indiciária para referendar a identificação do sujeito passivo deve ser constituída de indícios que sejam veementes, graves, precisos e convergentes, que examinados em conjunto levem ao convencimento do julgador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira – Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Jorge Celso Freire da Silva (Presidente), Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Mauricio Pereira Faro, Antonio Bezerra Neto, Eduardo Martins Neiva Monteiro e Karem Jureidini Dias.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o acórdão nº 16-19.156, proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo I/SP, que decidiu manter integralmente o lançamento consubstanciado no auto de infração de IRPJ e nos seguintes autos lavrados por tributação reflexa: PIS, COFINS e CSLL.

A infração que ensejou a autuação foi a omissão de rendimentos, apurada com base em depósitos bancários de origem não comprovada. Segundo o relatório fiscal, a empresa autuada (DONALDSON LUFKIN & JENRETTE BRASIL LTDA. – “DLJ BRASIL”), posteriormente incorporada pela Recorrente, teria movimentado recursos no exterior à revelia do Sistema Financeiro Nacional, por meio de conta mantida no banco "JP Morgan Chase Bank" pela empresa "Beacon Hil Service Corporation".

A autuação se baseou nas informações constantes de resumos elaborados pela Equipe Especial de Fiscalização instituída pela Portaria SRF n. 463/04, com base em documentos e mídias eletrônicas enviados pela Promotoria do Distrito de Nova York, relativamente a contas bancárias mantidas no exterior no MTB-CBC-Hudson Bank, os quais supostamente apontariam a DLJ BRASIL como beneficiária de remessas efetuadas por intermédio das referidas contas.

Foi qualificada a multa de ofício sob o fundamento de que a operação de remessa de recursos para o exterior, sem a devida declaração, constitui, em tese, crime contra a ordem tributária.

Em sua defesa a Recorrente alega a improcedência da autuação pelos seguintes argumentos:

i) o nome da empresa que é mencionada nos RESUMOS não é DLJ BRASIL, mas sim DONALDSON LUFKIN AND JENRETTE SECURITIES ("DLJ SECURITIES USA"), instituição financeira com sede nos Estados Unidos, tendo sido o CNPJ da DLJ BRASIL atribuído de forma equivocada aos resumos pela Equipe Especial de Fiscalização instituída pela Portaria SRF no 463/04; e

ii) ainda que, por hipótese, a DLJ SECURITIES USA e a DLJ BRASIL fossem a mesma empresa, o que se admite apenas para argumentar, os referidos RESUMOS apenas informam que DLJ SECURITIES USA é o "original bank" da operação, ou seja, a instituição financeira de onde saíram os recursos movimentados, de forma que não se poderia presumir que tais valores seriam receitas suas.

Submetida a Impugnação à apreciação da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo/SP, esta houve por bem julgá-la improcedente e, por meio do acórdão 16-19.156, manteve integralmente o lançamento. O acórdão restou assim ementado:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA
JURÍDICA - IRPJ*

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

DECADÊNCIA: IRPJ; CSLL; PIS e COFINS.

Se não houve pagamento não há objeto homologável, cabendo aplicar a regra geral do inciso I, art. 173 (CTN), pela qual o prazo de decadência tem seu marco inicial no "primeiro dia do exercício seguinte Aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Lançamento desconsiderado com relação ao PIS e a COFINS do ano calendário de 2001.

OMISSÃO DE RECEITAS. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO LEGAL. CARACTERIZAÇÃO INDIRETA. Caracteriza-se como omissão de receitas a movimentação no exterior de recursos não registrados no Banco Central e na contabilidade da responsável pela operação. Tendo sido apurada a responsabilidade da autuada em investigação realizada é aplicável a presunção mesmo que de forma indireta.

SUCESÃO POR INCORPORAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. RESPONSABILIDADE. A pessoa jurídica incorporadora é responsável pelos tributos devidos pela incorporada, até à data da incorporação, inclusive por eventuais multas de ofício e demais encargos legais.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADORA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. No caso de movimentação de recursos no exterior margem da contabilidade e sem registro no órgão competente cabe o reconhecimento de conduta passiva I de qualificar a multa de ofício.

AUTOS REFLEXOS. O decidido, no mérito do . IRPJ, repercute na tributação dele decorrente.

Lançamento Procedente em Parte

Após ser regularmente intimada do acórdão acima, a Recorrente, irredimida com o resultado do julgamento, interpôs o Recurso Voluntário, que passa a ser apreciado por este Conselho

É o relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

O Recurso Voluntário preenche as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Pelo fato de a análise da decadência alegada pela Recorrente pressupor a constatação da ocorrência de fraude, passo analisar, primeiramente, a procedência do mérito.

Inicialmente, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do ônus da prova para a constituição do crédito tributário.

O *onus probandi* é dever da Fiscalização, cabendo ao contribuinte fornecer os documentos que lhe são requeridos durante o procedimento de Fiscalização. É o dever de colaboração do contribuinte frente ao dever de instruir o processo administrativo fiscal com provas e questionamentos condizentes com a realidade fática.

O Código de Processo Civil, ao regular o ônus da prova, estabelece, em seu art. 333, parágrafo único, que “*é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito*”.

Em esclarecedor estudo sobre a questão, Conselheiros dos então Primeiro e Segundo Conselho de Contribuintes assim se pronunciaram sobre o ônus da prova no processo administrativo fiscal¹ :

“A palavra ônus, do latim onus, significa carga, peso, encargo, obrigação. Quando se indaga a quem cabe o ônus da prova, quer se saber a quem cabe a obrigação de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento do julgador. No processo administrativo fiscal, tem-se como regra que aquele que alega algum fato é quem deve provar. Então, o ônus da prova recai a quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. (...)

Em relação à defesa, o sujeito passivo pode simplesmente negar os fatos trazidos no lançamento, recaindo sobre o agente fiscal o ônus da prova desses fatos, porque o julgador só terá esses elementos de comprovação para concluir pela procedência da exigência (art. 209 do CPC).” (sem destaques no original)

Aplicando por analogia essa premissa ao presente caso, poder-se-á concluir que, sendo impossível para o Recorrente produzir prova negativa do seu direito, o ônus da prova da prática da infração deveria ser atribuído a quem o alegou, no caso a Fiscalização.

É certo que, como alegado pela Recorrente, não há nos autos nenhum documento ou registro oficial em que o Contribuinte aparece vinculado às operações em questão.

Ao contrário, no presente caso, a autuação fiscal teve como único embasamento o fato de nome semelhante ao da Recorrente constar nas declarações que deram suporte às movimentações de valores ao exterior, não havendo qualquer comprovação de que tais operações foram efetivamente realizadas a mando do ora Recorrente, tais como assinaturas ou documentos ordenando a movimentação desses valores.

Isso porque a empresa mencionada em toda documentação em que se fundamentam os autos de infração lavrados contra a Recorrente é “DONALDSON LUFKIN AND JENRETTE SECS”, com localização em “Jersey City, NJ, USA”.

Ignorando o fato de constar expressamente nas ordens de pagamento o termo “SEC.” ao final do nome da empresa e, ainda, o fato de em todas as ordens constar a referência a endereço norte-americano, a Autoridade Fiscal entendeu ser a empresa brasileira DONALDSON LUFKIN & JENRETTE LTDA. (adquirida pela Recorrente) a responsável pela referida movimentação financeira.

¹ NEDER, Marcos Vinícius. *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado*. Marcos Vinícius Neder, Maria Tereza Martinez López, 2ª edição, São Paulo: Dialética, 2004, pág. 170 e seguintes, digitalmente e m 22/05/2012 por JORGE CELSO FREIRE DA SILVA, Assinado digitalmente em 26/12/2011 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

E mais: em todas as ordens de pagamento a empresa (DONALDSON LUFKIN AND JENRETTE SECS) figura como “*original bank*”, e nunca no campos “*senders name*” ou “*receivers name*”. Ou seja: na documentação que fundamenta o auto de infração, a empresa figura como a instituição financeira onde os recursos movimentados saíram, e nunca como quem enviou ou recebeu os recursos.

Neste ponto é importante salientar que é exatamente para evitar a interpretação incorreta que *em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo* (art. 156 do CPC), e, ainda, *só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado* (art. 157 do CPC).

Isso porque, a documentação em língua estrangeira, além de obscurecer a prova, confunde as partes e todos que lidam com o processo pois não sabem, ou às vezes acham que sabem, traduzi-la. E o que é pior, cada um atribui um sentido e significado diferente ao mesmo conteúdo.

E, no meu entendimento, ocorreu exatamente um erro de interpretação tanto em relação à identificação da empresa (DONALDSON LUFKIN AND JENRETTE SECS é pessoa jurídica diversa de DONALDSON LUFKIN & JENRETTE LTDA.) quanto à função da empresa no processo de envio e recebimento dos recursos.

Confira-se o equívoco:

- i) **Identificação da pessoa jurídica:** ignorando o termo “SEC.” que sempre apareceu ao final do nome, bem como o endereço norte americano, a Autoridade Fiscal entendeu estar devidamente caracterizado o contribuinte brasileiro, pelo seguinte argumento (fl. 317):

7.2) Este contribuinte é o único portador dessa identidade no cadastro de Pessoa Jurídica do sistema da Receita Federal, sem homonímia.

- ii) **Função da empresa no processo de envio e recebimento de recursos:** ignorando o fato de a empresa sempre constar como *original bank* e nunca como *sender* ou *receiver*, a Autoridade Fiscal entendeu estar o contribuinte suficientemente caracterizado como receptor de recursos não declarados e como beneficiário de ordens de pagamento (fl. 317)

*7.3) O contribuinte aqui identificado está plena e suficientemente caracterizado como **recedor** de recursos não declarados sem utilização do Sistema Financeiro Nacional através do Banco Central, e como **beneficiário** de ordens de pagamento, por meio de contas (objeto de investigações pela Polícia Federal e Ministério Público), mantidas ou administradas por instituições bancárias ou financeiras, condenadas no exterior por receber e transferir ilegalmente bilhões de dólares em transações de "off-shores" mantidas por casas de câmbio sul-americanas;*

No intuito de fulminar quaisquer dúvidas porventura restantes, verifica-se a documentação trazida aos autos pela Recorrente, devidamente traduzidos para o vernáculo por

meio de tradutor juramentado, que demonstra a existência, desde 1972, de empresa nomeada **Donaldson, Lufkin & Jenrette Securities Corporation**, com sede no Estados Unidos da América.

A fragilidade da presunção da Fiscalização que embasou a lavratura do presente Auto de Infração pode ser constatada pela simples leitura dos documentos que possuem veementes indícios de que a empresa que figura como *original bank* é pessoa jurídica diversa do contribuinte brasileiro.

A propósito das presunções realizadas pela Autoridade Fiscal, colho as lições do professor Ricardo Mariz de Oliveira:

Sobre as provas é preciso dizer duas coisas fundamentais. A primeira é que a autoridade fiscal não pode presumir a ocorrência de fatos, não lhe sendo permitido fazer exigências baseadas em meras suspeitas, suposições ou conjecturas. Cabe ao agente fiscal comprovar inequivocamente todos os fatos que afirma terem ocorrido e que dão origem à cobrança fiscal. Mesmo nos casos em que a lei preveja presunções, que são sempre "júrís tantum", cabe ao agente lançador comprovar a efetiva ocorrência dos fatos sobre os quais repousam tais presunções.

A segunda coisa a dizer sobre as -provas é que o contribuinte está protegido por um escudo no qual se encontram dois preceitos básicos: 1) A obrigatoriedade do auditor fiscal provar os fatos que alega, e 2) o valor probante da contabilidade.

Da jurisprudência deste Conselho, destaco o acórdão nº 107-08.592 de 25/05/2006 que concluiu, por unanimidade, pela impossibilidade do lançamento em situação semelhante aos autos:

LANÇAMENTO — ILEGITIMIDADE PASSIVA — PROVA INDICIÁRIA.

A prova indiciária para referendar a identificação do sujeito passivo deve ser constituída de indícios que sejam veementes, graves, precisos e convergentes, que examinados em conjunto levem ao convencimento do julgador. Recurso provido.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE — Aplica-se às exigências decorrentes, o mesmo tratamento dispensado ao lançamento da exigência principal, em razão de sua íntima relação de causa e efeito.

Do voto, extraio os seguintes excertos aplicáveis ao caso em análise:

A fiscalização nos autos, não demonstrou como chegou à conclusão de que a contribuinte autuada é a que realizou as operações de remessas ao exterior. Ressalte-se que embora no doc. de fis. 64 (Representação fiscal nº167/04). esteja assinalado com um "x" à mão, na quadrícula relativa a "cópias de ordens de pagamentos relacionados aos contribuintes elencados quando coletadas/disponibilizadas, referentes às operações acima transcritas", que esses documentos poderiam estar anexados, constato que essas cópias de ordens de pagamento não constam nos autos.

Sobre prova indiciária transcrevo ementa relativa ao acórdão nº 107-08326, da sessão de 09.11.2005, que teve como relator o Conselheiro Luiz Martins Valero:

PAF - PROVA INDICIARIA - A prova indiciária é meio idôneo para referendar uma autuação, quando a sua formação está apoiada num encadeamento lógico de fatos e indícios convergentes que levam ao convencimento do julgador.

(...)

Não consta nos autos documento que faça a prova de que as remessas foram efetuadas pela autuada. Ainda que não fosse prova direta, mas, se a investigação tivesse colhido fortes indícios, veementes, graves, precisos e convergentes, que examinados em conjunto pudessem levar à constatação de que as remessas foram realizadas pela autuada, permitiria que o julgador tivesse mais elementos de convicção para que pudesse concluir de forma segura pela titularidade das remessas ao exterior, não confirmadas no Livro Caixa da autuada.

Assim, se a fiscalização considerou ter sido a contribuinte brasileira a titular das remessas ou dos recebimentos no exterior, deveria ter trazido aos autos provas ou um conjunto probatório suficiente para o lançamento.

Ressalte-se, finalmente, que o art. 112 do CTN determina que a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidade deve ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte no caso de dúvidas quanto a: *autoria, imputabilidade ou punibilidade.*

Ante o exposto, concluo que não há prova nos autos que sustente a identificação do sujeito passivo, bem como ser o contribuinte remetente ou destinatários de recursos no exterior. Portanto, voto no sentido de conhecer do recurso e no mérito dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira