



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

Processo nº 10925.001301/2007-67
Recurso nº 166.175 Voluntário
Acórdão nº 2101-00.255 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de julho de 2009
Matéria Imposto sobre a Renda Retido na Fonte
Recorrente AMÉRICA MICRO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Recorrida 3ª Turma/DRJ-FLORIANÓPOLIS - SC

Assunto: Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF

Exercício: 2003, 2004 e 2005

PRELIMINAR DE NULIDADE POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. Se o acesso as provas utilizadas foram autorizada em processo judicial não há que se falar em quebra de sigilo bancário ou de comunicações telefônicas. Preliminar afastada.

PROVA EMPRESTADA. Admissibilidade na ação fiscal. A prova emprestada, assim denominada pela doutrina, constitui meio de prova e, embora não prevista expressamente no Código de Processo Civil, se faz admissível, eis que ela é retirada de outro processo e sua validade como meio de prova é admitida contra quem participou do processo anterior e pôde contraditá-la; a prova emprestada, em rigor, serve como ponto de partida para os trabalhos de fiscalização, ou seja, como meio para constituição da prova da infração à legislação tributária. Preliminar de nulidade afastada.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. Comprovada que a empresa que promoveu as remessas ao exterior sem causa justificada foi incorporada pela autuada, legítima seu apontamento como sujeito passivo da autuação. O afastamento do sujeito passivo deve ser comprovado por documentos hábeis e idôneos. Preliminar afastada.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. A apreciação do pedido de diligência por parte da autoridade julgadora fica condicionada a que este pleito indique com precisão, já na impugnação, seus motivos e os quesitos referentes aos exames desejados, nos termos do Decreto 70.235 de 1972; o pedido de diligência que já não preenche, de início, os requisitos formais exigidos para seu conhecimento não pode ser acolhido.

ARGUIÇÕES DE ILEGITIMIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. A apreciação de ilegalidade e inconstitucionalidade não é da competência da instância administrativa, salvo se houver decisão do Supremo Tribunal

30 JUL 2010

Federal - STF declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar a sua aplicação.

RESPONSABILIDADE DE SUCESSOR. A incorporação de uma sociedade implica na assunção pela incorporadora dos direitos e obrigações da incorporada. Art. 132 do CTN.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE SÓCIO DE FATO. Nos termos do artigo 124 do CTN, as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, são solidariamente obrigadas, revestindo-se, no caso do inciso I do dispositivo legal, da condição de contribuinte; assim, uma vez constatado que pessoa não integrante do quadro societário é sócio de fato da pessoa jurídica, recai sobre ele a condição de devedor solidário.

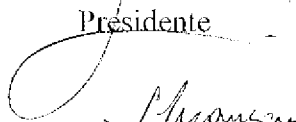
MULTA QUALIFICADA. Cabimento. Cabível a imposição de multa qualificada prevista no artigo 44 da Lei 9430 de 1996, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se nas hipóteses dos artigos 71,72, ou 73 da Lei 4502 de 1964.

Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares e, no mérito, em NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.


CAIO MARCOS CÂNDIDO
Presidente


Silvana Mancini Karam

Relatora

30 JUL 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Caio Marcos Cândido (Presidente), Ana Neyle Olímpio Holanda, Silvana Mancini Karam, José Raimundo Tosta Santos, Alexandre Naoki Nishioka e Gonçalo Bonet Allage (Vice-Presidente).

Relatório

Em 02.08.2007 o contribuinte foi autuado no valor total de R\$ 13.718.686,32 sendo R\$ 4.318.241,59 de imposto de renda retido na fonte, R\$ 2.923.082,50 de juros de mora e R\$ 6.477.362,23 de multa proporcional.

De acordo com o Auto de Infração de fls.05 em diante, houve falta de recolhimento de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre pagamentos considerados sem causa ou decorrentes de operações não comprovadas.

Inconformado com o lançamento de ofício levado a efeito pelo Fisco, a contribuinte apresentou sua defesa (Impugnação ao Auto de Infração) às fls. 398 em diante. Foi atribuída responsabilidade solidária ao sócio Osni Mucellin Arruda que apresentou sua impugnação em separado (fls. 366 em diante). Em análise às referidas defesas sobreveio decisão de primeira instância administrativa (fls. 456 em diante), que considerou o lançamento procedente pelos motivos sucintamente expostos a seguir:

É legítima a utilização de prova emprestada;

A utilização desse meio de prova não viola o sigilo fiscal;

Nos termos do Parecer PGFN/CAT n. 1443 de 2007 convalidado pela Nota COSIT n. 372 de 29.10.2007 para que o fornecimento de informação protegida pelo sigilo fiscal não venha a configurar crime é preciso a conjugação das seguintes condições: (i) que a solicitação seja proveniente de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública e (ii) que esta autoridade comprove a instauração de processo administrativo, no respectivo órgão, cujo objetivo seja apurar o cometimento de infração administrativa por parte do sujeito passivo ao qual a informação se refira;

Os requisitos apontados pela norma estão presentes no caso vertente e o servidor está plenamente amparado pela Lei Complementar 104 de 2001 e pelo artigo 198 do CTN;

A “prova emprestada” assim denominada pela doutrina, constitui meio de prova e, embora não prevista expressamente no Código de Processo Civil, se faz admissível, eis que ela é retirada de outro processo e sua validade como meio de prova é admitida contra quem participou do processo anterior e onde contradita-la; a “prova emprestada”, em rigor, serve como ponto de partida para os trabalhos de fiscalização, ou seja, como meio para a constituição da prova da infração à legislação tributária;

A apreciação de arguições de ilegalidade e inconstitucionalidade não é de competência da instância administrativa, salvo se já houver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar a sua aplicação;

A apreciação do pedido de diligência por parte da autoridade julgadora fica condicionada a que este pleito indique com precisão, já na impugnação, seus motivos e os quesitos referentes aos exames desejados, nos termos do Decreto n. 70.235 de 1972; o pedido de diligência que já não preenche, de início, os requisitos formais exigidos para seu conhecimento, não pode ser acolhido;

Não bastasse isso, é preciso lembrar que a realização de diligência é, antes de qualquer outra coisa, providência a ser demandada pela autoridade julgadora, devendo ser adotada nos casos em que tal se mostre necessário a dirimir o litígio, eis que a diligência não é instrumento destinado ao suprimento do ônus da prova das partes, mais sim ao convencimento do julgador, somente se justificando em face de dúvidas suscitadas no processo de confrontação das provas trazidas pelas partes, e não para aferir a correção ou não de meras alegações trazidas por uma delas.

Não cumpre ao julgador administrativo apreciar impugnação relativa a lançamentos estranhos aos autos, mormente quando tais lançamentos integram outro processo administrativo;

Uma vez autorizado pelo Poder Judiciário, a transferência dos sigilos bancário e de comunicações telefônicas e de dados para a Receita Federal do Brasil, para o fim de subsidiar atividades de fiscalização, nada há a obstar a utilização desses dados como suporte fático na caracterização de infração à legislação tributária;

A incorporação pressupõe a assunção, por parte da incorporadora, de todos os direitos e obrigações da sociedade sucedida, incluindo-se, por conseguinte, a responsabilidade pelos débitos tributários cujo fato gerador tenha ocorrido até a data do ato de incorporação, acrescido dos demais consectários legais; assim, se o lançamento é resultado de procedimento fiscal, a incorporadora responde, também, pela correspondente multa de ofício, nas hipóteses em que se comprove sua participação efetiva na infração tributária, eis que o direito dos contribuintes às mudanças societárias não pode servir de instrumento à liberação de quaisquer ônus fiscais, inclusive penalidades. Exegese do artigo 132 do Código Tributário Nacional – CTN;

Nos termos do artigo 124 do Código Tributário Nacional as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, são solidariamente obrigadas, revestindo-se no caso do inciso I do dispositivo legal, da condição de contribuinte; assim, uma vez constatado que pessoa não integrante do quadro societário é sócio de fato da pessoa jurídica recai sobre ele a condição de devedor solidário.

Cabível a imposição de multa duplicada, na ordem de 150%, prevista no artigo 44 da Lei 9.430 de 1996, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, nas hipóteses tipificadas no artigo 71, 72 e 73 da Lei n. 4502 de 1964.

Inconformado com a decisão proferida em sede de primeira instância administrativa, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 611 em diante, aduzindo em suma que:

O lançamento é nulo posto que amparado em provas obtidas por meios ilícitos;

Há ilegitimidade passiva no lançamento vez que não existe prova material do autuado ser o efetivo ordenante da operação financeira sob exame;

A multa aplicada é improcedente, assim como a sua qualificação porque não há indícios veementes de fraude ou dolo, restando inobservado o artigo 132 do CTN.

Pugna enfim, pela improcedência do feito.

Às fls. 655 em diante, manifesta-se a d. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentando suas contra-razões alegando em síntese:

Não há que se falar em provas obtidas por meios ilícitos, vez que o conjunto probatório foi colhido legitimamente junto às autoridades norte americanas, por intermédio da Promotoria Distrital de Nova Iorque em Manhattan, após a autorização de quebra de sigilo bancário determinada pelo Judiciário dos Estados Unidos e remetido ao Brasil por intermediação das autoridades centrais de ambos os países.

O Juízo da 2ª. Vara Criminal Federal de Curitiba, por meio de decisão proferida nos autos do processo n. 2004.70.00008267-0, às fls. 60/64 decretou a quebra do sigilo bancário das contas mantidas no MTB-CBC-Hudson Bank e Lspan SA, autorizando o Ministério Público Federal a utilizar os documentos e mídias digitais recebidos da CPI do Bancastado. Nesta mesma decisão, foi autorizado o compartilhamento de todos os dados com a Receita Federal do Brasil, com como com outros órgãos, como o Banco Central do Brasil, a COAF, para o fim de instruir atividades específicas de cada órgão, conforme item 26 da decisão.

Os dados telefônicos foram obtidos pela Receita Federal porque disponibilizados mediante decisão judicial em Procedimento Criminal Diverso de n. 2005.70.02.0020764, em que a empresa ora atuada figura como sujeito passivo (fls. 291 e seguintes).

Não há portanto, que se falar em ilicitude posto que todas as provas foram obtidas com amparo em ordem judicial.

A fiscalização a seu turno aprofundou a investigação e com acuidade realizou as inspeções necessárias à coleta de elementos de convicção e certeza imprescindíveis à formação do crédito tributário.

Não há que se falar em ilegitimidade passiva vez que o Relatório de Atividade Fiscal demonstra que os documentos que identificam as operações de remessa de numerário para o exterior apontam como ordenante a empresa Flytec Computers Ltda., CNPJ. 81.633.620/0001-60, localizada no Brasil (fls. 71 a 254), no município de Joaçaba/SC.

As pesquisas realizadas junto aos sistemas da Receita Federal não localizaram em todo país, outra empresa com a mesma razão social, concluindo que, Flytec é efetivamente a empresa incorporada pela atuada.

A atuação considera também os elementos probatórios trazidos pelo Laudo de Exame Econômico – Financeiro de n. 414/06 (fls. 282/290), oriundo do Instituto Nacional de Criminalística do Departamento da Polícia Federal que aponta em seu anexo III, a lista dos ordenantes das operações financeiras.

Apesar do atuado alegar que as remessas foram feitas pela Flytec do Paraguai, conforme esta última assumiu no documento de fls. 435/452 torna-se necessário salientar que não consta do mencionado documento quais as remessas realizadas, a quais empresas se referem, quais os valores, as datas das operações, etc.

Segundo apuração realizada pela Núcleo de Pesquisa e Investigação da Receita Federal em Foz do Iguaçu -- Nupci/Foz, o vínculo entre a Flytec sediada no Paraguai e a Flytec sediada no Brasil é o seu proprietário, Sr. Osni Mucellin Arruda, proprietário de fato da última sociedade.

A DRJ em sua decisão salienta que há muitos elementos que indicam “a existência de estreita ligação entre as empresas (i) Flytec Computers – Paraguai, pertencente a Osni Mucellin Arruda, (ii) Flytec Computers Ltda., que tinha como sócios a esposa de Osni Mucellin Arruda e a empresa Federal Valley nInternational Corp., pertencente a este último, (iii) e América Micro ... em cujo quadro societário figuram Maria Goretti de Souza, que reside em endereço onde estão instaladas as linhas telefônicas utilizadas pela Flytec Computers

Paraguai e Eudes Cardoso Pereira, que trabalha em loja da Flytec Computers - Paraguai . No relatório elaborado pelo Nupei (fl.294) foram sintetizados os fatos que confirmam a vinculação de Osni Muccellin Arruda a todas as empresas e pessoas supra citadas”.

O artigo 61 da Lei 8981 de 1995 determina a incidência do IRRF à alíquota de 35% nas hipóteses de pagamentos realizados a terceiros sem causa ou origem justificada. No caso vertente, restou constatado que o contribuinte realizou remessas para o exterior em benefícios de terceiros sem que justificasse através de documentação hábil e idônea a motivação dos pagamentos.

Correta a aplicação da multa qualificada à autuada, sucessora da Flytec nos seus direitos e obrigações. Restou comprovado através da conduta reiterada durante os anos calendários sucessivos de 2002, 2003 e 2004, de promover remessas de elevadas quantias ao exterior, caracterizando pagamento sem causa e sem a devida retenção de IRRF, com o claro objetivo de retardar ou impedir o conhecimento pela autoridade fiscal da ocorrência do fato gerador desse tributo.

Pugna enfim, pela manutenção do lançamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Silvana Mancini Karam, Relatora.

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33 do Decreto nº. 70.235, de 06 de março de 1972, foi interposto por parte legítima e está devidamente fundamentado.

Analisando os autos entendo que cabe total razão a d. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Como muito bem exposto em suas contra-razões não há que se falar em quebra de sigilo bancário ou de comunicações telefônicas, posto que os servidores que atuaram no caso vertente assim agiram mediante ordem judicial proferida processo judicial mencionado. De igual modo, não há como se acolher a preliminar de ilegitimidade passiva. De fato, as investigações realizadas promovem a estreita ligação entre as empresas do Brasil e do Paraguai. De outro lado, conforme exposto nas contra-razões nenhuma contra-prova foi trazida capaz de afastar as conclusões da equipe fiscal que atuou neste caso.

Nestas condições, reportando-me integralmente às razões expostas na r. decisão proferida pela DRJ de origem, bem como, às razões expostas pela d. Procuradoria da Fazenda Nacional, as quais adoto como razões de decidir deste voto NEGOU PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 30 de julho de 2009.



Silvana Mancini Karam

