



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

Processo n° 14098.000314/2009-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-002.423 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2014
Matéria IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS
Recorrente ADAUTO KIYOTA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2005, 2006

NULIDADE. DADOS OBTIDOS FORA DA JURISDIÇÃO. JURISDIÇÃO DIVERSA DAQUELA DO DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL.

É válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. (Súmula CARF nº 27)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. FALTA DE DESCRIÇÃO DOS FATOS E DA INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. VIOLAÇÃO NÃO PROVADA.

Faltando nos autos a prova da violação às disposições contidas no art. 142, do CTN, tampouco dos artigos 10 e 59, do Decreto nº 70.235, de 1972, e não se identificando no instrumento de autuação nenhum vício prejudicial, não há que se falar em nulidade do lançamento.

As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa só se manifestam com o processo administrativo, iniciado com a impugnação do auto de infração. Não existe cerceamento do direito de defesa durante o procedimento de fiscalização, procedimento inquisitório que não admite contraditório.

NULIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. FORO NÃO COMPETENTE. MATÉRIA SUMULADA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula nº 2)

SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL.

Cabe ao fisco examinar as informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive as referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais

exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

DECADÊNCIA. FATO GERADOR. APURAÇÃO NA DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL. NÃO APLICAÇÃO DA APURAÇÃO MENSAL DO IRPF.

O fato gerador do imposto de renda de pessoa física se sujeita ao ajuste anual, compreendendo os rendimentos recebidos no ano-calendário findo em 31 de dezembro, quando é possível definir a base de cálculo e aplicar a tabela progressiva anual, ainda que haja a obrigatoriedade do pagamento ou retenção do imposto à medida que os rendimentos forem percebidos.

Especificamente, em relação à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, aplica-se a Súmula CARF nº 38.

SIMULAÇÃO DE OPERAÇÕES MERCANTIS NA PESSOA JURÍDICA. OPERAÇÕES FICTÍCIAS. DOLO. RESPONSABILIDADE PESSOAL.

Na situação em que pessoas físicas realizam operações fictícias em nome da pessoa jurídica, prática dolosa configurada como de infração à lei, exclusivamente para acobertar rendimentos e transações, beneficiando-se diretamente dos valores envolvidos, cabe a responsabilidade pessoal aos terceiros envolvidos na ação, que interagiram na operação simulada e financeiramente se beneficiaram do seu resultado.

FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO NA PESSOA DO BENEFICIÁRIO.

Constatada a omissão de rendimentos sujeitos à incidência do imposto de renda na declaração de ajuste anual, é legítima a constituição do crédito tributário na pessoa física do beneficiário, ainda que a fonte pagadora não tenha procedido à respectiva retenção. (Súmula CARF nº 12)

MULTA DE OFÍCIO. DOLO. APLICABILIDADE. QUALIFICADA.

Aplica-se a multa qualificada quando restar comprovada, como no caso apurado, que o contribuinte adotou intencionalmente de informação falsa e operações fictícias para acobertar os rendimentos sujeitos a tributação.

A vedação constitucional quanto à instituição de exação de caráter confiscatório dos tributos, se refere aos tributos e não as multas e dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA DE JUROS. SELIC. APLICABILIDADE. MATÉRIA SUMULADA.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula CARF nº 4)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva, vencido o Conselheiro Guilherme Barranco de Souza (Suplente convocado). Por unanimidade de votos, em rejeitar as demais preliminares. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. A Conselheira Nathalia

Processo nº 14098.000314/2009-21
Acórdão n.º **2201-002.423**

S2-C2T1
Fl. 3

Mesquita Ceia declarou-se impedida. Fez sustentação oral pelo Contribuinte a Dra. Magda Ribeiro, OAB/SP 195.075.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

MARIA HELENA COTA CARDOZO – Presidente.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

FRANCISCO MARCONI DE OLIVEIRA – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente), Eduardo Tadeu Farah, Nathalia Mesquita Ceia, Francisco Marconi de Oliveira, Guilherme Barranco de Souza (Suplente convocado) e Vinicius Magni Verçoza (Suplente convocado). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Gustavo Lian Haddad.

Relatório

Trata o presente processo de lançamento de Imposto de Renda Pessoa Física, exercícios 2005 e 2006, no valor de R\$ 20.487.203,36, sobre o qual incide multa de ofício qualificada, de 150%, e juros de mora.

Como disposto no Termo de Verificação fiscal (fls. 214/231), o Auto de Infração (fls. 208/213) foi lavrado contra o sujeito passivo “que com mais evidência aparece como beneficiário”, o contribuinte **Adauto Kiyota**, sendo lavrado, também, “os Termos de Sujeição Passiva Solidária para os para perfeita identificação das demais pessoas que tiveram interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação tributária (fls. 194 a 204)”, sendo elas: Adilson Luiz Rodrigues Perestrelo, Alessandra Kiyota Braga, Antônio Darcilio Rodrigues Perestrelo, Cristiano Giorgi Muller Carioba Arndt, Erika Kiyota Ayrosa, Evilásio Salustiano Batalha, Kiyota Incorporadora Ltda., Márcio Rogério Pinheiro e Milton Molinari Morete.

O lançamento é decorrente de omissão de rendimentos, sendo parte dela caracterizada por valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira sem comprovação de origem.

Os sujeitos passivos solidários foram identificados no procedimento de fiscalização contra SANTA CRUZ, consoante subitem "1.2.5" do Termo de Início (fl. 04), cujos valores levantados estão individualmente identificados no relatório de fls. 172 a 176.

O auditor fiscal, no Termo de Verificação Fiscal, informa que a ação fiscal teve início no procedimento fiscal contra a SANTA CRUZ INDUSTRIAL, COMERCIAL, AGRÍCOLA E PECUÁRIA LTDA., CNPJ 01.954.185/0001-36, no qual se apurou incapacidade operacional da empresa e a inexistência de documentação que comprovasse as operações a ela vinculadas.

As fontes pagadoras que efetuaram os créditos nas contas bancárias da empresa também não teriam comprovado a existência das operações que deram causa a esses pagamentos, confirmado que todo o fluxo de operações foi fictício – compra de soja em grãos, industrialização efetuada por terceiros, exportações de produtos resultantes – com intuito de auferir créditos fiscais e eventualmente algum prejuízo operacional.

A fiscalização apurou ainda que a empresa inexistia de fato, não tendo praticado nenhuma das operações relativas às vendas de soja e à prestação de serviço de logística a ela atribuídas, e que o expressivo montante de dinheiro transitado pelas contas bancárias da empresa, cuja origem não foi comprovada documentalmente, foi revertido em favor das pessoas autuadas, o fiscalizado e seus solidários, mentores e operadores do esquema fraudulento.

Com a finalidade propiciar ao sujeito passivo e seus solidários do levantamento efetuado, a auditoria elaborou diversas planilhas, identificando as transações, discriminando os créditos e a possível natureza da tributação, por valor e tipo de saque, excluindo as transferências entre as empresas LÓGICA, AXIS e MASTER (fls. 154 180), conforme descrito no relatório da auditoria, parcialmente transcrito:

1.2 - Com base nas provas autuadas no processo nº 14098.000141/2009-41, a Fiscalização elaborou as seguintes planilhas para subsidiar o lançamento de ofício e propiciar ao sujeito passivo e seus solidários o pleno conhecimento dos detalhes envolvidos:

1.2.1 - 'RENDIMENTOS RECEBIDOS NAS CONTAS BANCARIAS DA EMPRESA SANTA CRUZ', Contendo três folhas (fls. 154 a 156), trata de discriminar todos os créditos, por dia, pelos quais a referida empresa foi intimada a comprovar as origens das operações, o que não fez, resultando acesso da Fiscalização aos documentos detidos por instituições financeiras nos termos do art. 60 da Lei Complementar nº 105/2001, a partir dos quais, bem assim de outras diligências, foram constituídas as provas contra o sujeito passivo ora intimado e seus solidários.

Do valor que a referida empresa foi intimada a comprovar (R\$ 74.631.027,52), constante do supradito processo, foram excluídas as transferências entre as empresas AXIS, LÓGICA e MASTER, resultando R\$ 74.509.627,52 (setenta e quatro milhões, quinhentos e nove mil, seiscentos e sete reais e cinquenta e dois centavos) como rendimentos tributáveis, sendo parte de natureza identificada, passível de tributação com base nos arts. 37, 38, 43 e 55, X, do RIR/99, e parte sem origem comprovada, que o sujeito passivo e seus solidários podem apresentar documentação hábil e idônea que descaracterize tais cifras da condição de rendimentos tributáveis: não ocorrendo essa apresentação, os aludidos valores são passíveis de tributação com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

1.2.2 - '1 TIPIFICAÇÃO DOS RENDIMENTOS RECEBIDOS NAS CONTAS BANCARIAS DA EMPRESA SANTA CRUZ', contendo três folhas (fls. 157 a 159), trata de separar os rendimentos tributáveis segundo sua natureza, de acordo com os textos legais citados no subitem anterior, onde se vê que parte dos valores auferidos nas contas bancárias da referida empresa como cobrança de títulos não foi identificada a partir da documentação bancária entregue à Fiscalização, mas os valores correspondentes foram considerados como rendimentos da mesma natureza que as cobranças identificadas em nome das fontes pagadoras Adria Alimentos, Arthur Lundgren Tecidos, Beraca Sabará, Comercial Salter, Lua Nova, Pastificio Santa Anglia, Sucos Del Valle, Arc Sul e Tigre.

A outra parte dos rendimentos não identificados, que o sujeito passivo e seus solidários podem apresentar documentação hábil e idônea que descaracterize tais cifras da condição de rendimentos tributáveis, como dito no subitem '1 1.2.1', é composta por créditos nas contas bancárias por meio de depósitos, do subitem '1 1.2.1'.

1.2.3 - 'RENDIMENTOS IDENTIFICADOS NAS CONTAS BANCÁRIAS DA EMPRESA SANTA CRUZ', contendo duas folhas (fls. 160 a 161), consolida os valores de cobranças recebidas das fontes pagadoras, bem assim dos valores recebidos por meio de TED e contrato, das aludidas fontes.

Tal planilha difere da apurada no procedimento contra a referida empresa, pois lá deixaram de ser consignados valores identificados posteriormente como cobrança na documentação das fontes pagadoras, além de mais créditos bancários, sem falar que naquela apuração ainda constavam os créditos recebidos de LÓGICA, MASTER e AXIS. Assim, para melhor visualização do que foi alterado de uma planilha para outra, foram assinalados com uma esfera vermelha as inclusões e exclusões.

1.2.4 - 'RENDIMENTOS UTILIZADOS ABRANGIDOS PELA AMOSTRA (> R\$ 50.000,00)', contendo sete folhas (fls. 162 a 168), demonstra os valores pagos a terceiros e ao sujeito passivo e seus solidários, cujo resultado dos exames está no conjunto de documentos atinente ao procedimento de fiscalização contra a empresa SANTA CRUZ INDUSTRIAL, COMERCIAL, AGRÍCOLA E PECUÁRIA LTDA. ('RESULTADOS DAS INTIMAÇÕES - PAGAMENTOS EFETUADOS').

É possível verificar que na amostra de valores iguais ou maiores que R\$ 50.000,00, foi totalizada a quantia de R\$ 46.949.563,25, sendo R\$ 31.701.171,72 destinados ao sujeito passivo ora intimado e seus solidários, diretamente aos mesmos, por intermédio das empresas utilizadas nas transações ilícitas (LÓGICA, AXIS e MASTER), por intermédio da KIYOTA INCORPORADORA LTDA. e em pagamentos na compra de bens em nome desta última para Helicópteros do Brasil S/A e RNK Empreendimentos Ltda.

Já o saldo da quantia testada – R\$ 15.248.391,53 – (fls. 169 a 171) foi destinado a uma série de pagamentos das mais variadas operações envolvendo terceiros, revelando que o sujeito passivo e seus solidários utilizaram os rendimentos auferidos a seu bel-prazer.

Dessa forma, pelos exames efetuados, por amostragem, ficou demonstrada a forma com que R\$ 61.431.206,37 foram utilizados pelo sujeito passivo e seus solidários, mas isso não significa afirmar que o saldo restante para completar os rendimentos tributáveis de R\$ 74.509.627,52 não foi utilizado, à medida que o saldo na conta do BANCO ITAÚ em 31/12/2005 era de R\$ 926,70 e que não havia saldo nas contas do UNIBANCO.

1.2.5 - 'RENDIMENTOS PAGOS AOS SUJEITOS PASSIVOS', contendo cinco folhas (fls. 172 a 176) detalha a quantia de R\$ 31.701.171,72.

1.2.6 - 'RENDIMENTOS SACADOS DAS CONTAS BANCARIAS DA EMPRESA SANTA CRUZ', contendo quatro folhas (fls. 177 a 180), demonstra os valores sacados em espécie e em cheque pelo sujeito passivo e seus solidários.

A Fiscalização informa, ainda, que:

a) pós a cópia do processo nº 14098.000141/2009-41 à disposição do sujeito passivo e, atendendo ao pedido assinado por procuração, remeteu por via postal uma cópia em meio magnético (fls. 21 e 22, 23 a 28).

b) comunicou a inaptidão da inscrição no CNPJ da empresa SANTA CRUZ, tendo em vista a não comprovação do efetivo exercício da atividade social, a não disposição de patrimônio e a sua incapacidade operacional ao objetivo a que se propunha.

c) a empresa Santa Cruz, cujos sócios seriam Antonio Darcilio Rodrigues Perestrelo e Márcio Rogério Pinheiro, teria entregue a DIPJ AC 2006 sem valores, as DCTFs do ano de 2004 sem débitos, as DACONs de 2003 e 2004 sem valores e não teria entregado as DCTFs de 2005.

d) não havia correlação nem compatibilidade entre a movimentação financeira da empresa Santa Cruz e as supostas vendas/prestações de serviços. Em 2004 a movimentação financeira foi de R\$ 60.947.928,94 contra R\$ 9.750.182,24 de aquisição de serviços e R\$ 407.017.779,96 de aquisição de mercadorias informadas pelos terceiros.

e) intimados, os supostos compradores, grandes empresas de renome nacional que não teriam nenhuma relação com o ramo de atividade (comercialização, distribuição ou industrialização envolvendo produtos agrícolas), não conseguiram comprovar as aquisições das mercadorias. As empresas intimadas são: PASTIFÍCIO SANTA AMÁLIA S/A (R\$ 100.050.789,00) [uma das remessas teria sido do endereço da sala comercial em Brasília]; TIGRE S/A (R\$ 219.223,310,00) [as mercadorias ficavam no estabelecimento da representada], MEGAFORT DISTRIBUIDORA IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO LTDA. (R\$ 42.583,37) [serviços de gerenciamento acompanhamento e armazenamento de soja], CASAS PERNAMBUCANAS (R\$ 2.780.000,00) [delineou toda a operação e informou que lhe cabia apenas a emissão das notas, e que o valor de 2,78 milhões teria sido apenas a parte paga, pois o valor da operação foi de 25,5 milhões], COMERCIAL SALTER (serviços de R\$ 1.379.764,13

e mercadorias de R\$ 40.451.323,96) [tomou conhecimento de que as operações que acreditava realizar eram fictícias e passou a exigir diretamente da SANTA CRUZ a comprovação das operações, não aceitando mais a intermediação da MASTER. Instalado o atrito, suspendeu os pagamentos A SANTA CRUZ o que resultou problemas judiciais. Foi autuada pela Receita Estadual e pela Receita Federal], ADRIA ALIMENTOS DO BRASIL LTDA. (serviços no valor de R\$ 209.860,00 e de mercadorias no valor de R\$ 17.307.110,00) [nada esclareceu, mas juntos documentos revelam operações em valores superiores ao pagos]. Além dessas, foram intimadas SUCO DEL VALLE, LUA NOVA IND. E COM. e BERACA SABARÁ.

As provas nos autos da ocorrência de rendimentos não declarados pelos autuados são os extratos bancários e as conexões narradas pela auditoria, fundamentados em documentos, demonstrando que os créditos relacionados nesses extratos se referem à remuneração pela preparação e resultados do esquema "soja-papel". Destacam-se do relatório: (i) a inexistência da referida empresa, a falta de capacidade operacional e de comprovação das operações; (ii) a inexistência de operações a ela atribuídas; (iii) o direcionamento dos recursos favorecendo empresas e pessoas físicas ligadas ao tal esquema; e (iv) a não comprovação das operações de compra de soja por parte das empresas que se beneficiariam dos créditos fiscais de PIS, COFINS e ICMS.

Denominada de "soja-papel", o esquema se apresentava na aparência como modalidade de planejamento tributário (assim também definida pelo autuado, fl. 113), por meio do qual empresas que não atuavam no ramo de exportação de derivados de soja, adquiriam o produto primário, remetendo-o diretamente para industrialização. Posteriormente, simula-se que a soja seria transformada em farelo ou em óleo e remetido pelo estabelecimento industrial, por conta e ordem da empresa contratante do beneficiamento, para uma comercial exportadora, que, encerrando o ciclo, remetia o produto para o exterior, gerando-se créditos fiscais de tributos Federais e de ICMS em favor daquele por conta de quem a exportação havia sido feita. Em que pese ser possível tal operação, no caso específico, as operações eram fictícias: o produto não era adquirido, remetido para industrialização e nem exportado. A documentação relativa a tais operações era falsa e se destinava tão-somente a respaldar os registros fiscais e contábeis que ensejariam a apropriação de créditos instituídos pela legislação como estímulo ao exportador.

Após o encerramento dos autos e a ciência do ato administrativo que os colocava no polo passivo da relação tributária, os autuados, a exceção de Evilásio Salustiano Batalha, apresentaram impugnações, nas quais essencialmente sustentam a ilegitimidade passiva.

As impugnações foram assim sintetizadas no relatório do acórdão de primeira instância:

ADAUTO KIYOTA - Arguiu preliminarmente incompetência do Auditor-Fiscal para lavratura do auto de infração, já que este deve ser lavrado onde for verificada a falta, o que não aconteceu no caso. Alegou também, com fulcro no art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional - CTN, decadência dos créditos tributários nascidos de fatos geradores ocorridos antes de outubro de 2004, já que o auto de infração foi lavrado em outubro de 2009.

Teria ainda havido violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto não era possível A empresa Santa Cruz apresentar a documentação necessária à comprovação da origem dos depósitos, uma vez que os documentos se encontravam em poder do Fisco estadual, que arbitrariamente os apreendera. Não havendo, como apresentar a documentação exigida, deve o auto de infração ser

anulado, por cerceamento do direito de defesa, pois o Auditor-Fiscal não considerou esse fato, impeditivo da efetiva comprovação documental.

Também existe nulidade do auto de infração decorrente da afirmação de inexistência de fato da empresa Santa Cruz, pois a desconsideração da personalidade jurídica compete à autoridade judiciária. Por outro lado, é possível verificar que os produtos derivados da soja, fornecidos pela Santa Cruz às empresas esmagadoras, foram exportados. Existem registros no Siscomex, em nome das empresas exportadoras, comprovando a exportação.

Por outro lado, a empresa de auditoria Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes atestara a regularidade das diversas fases do negócio jurídico.

No que toca à capacidade operacional, a Santa Cruz não necessitava ter galpões para estocar soja, pois comprava diretamente do produtor através das *comodities* (sic).

Afirmou que não houve qualquer diligência da Fiscalização no sentido de comprovar o efetivo funcionamento ou a inexistência da empresa.

Disse que o Auditor-Fiscal não poderia decidir pela inexistência de fato da empresa Santa Cruz, pois não há na legislação tributária nada que atribua tal competência ao Fisco, sendo que a desconsideração da personalidade jurídica só pode ser decidida em processo judicial.

Carece de fundamentação e de tipicidade a eleição do impugnante como sujeito passivo principal da obrigação tributária. A decisão administrativa só terá validade se trazer seus próprios fundamentos, o que não ocorreu no caso concreto. O Auditor-Fiscal não fundamentou a decisão de incluir o impugnante no polo passivo, não declinando os motivos que o levaram a fazê-lo, o que se caracteriza como cerceamento de direito de defesa.

A ilação quanto à omissão de rendimentos baseou-se exclusivamente em extratos bancários, mas a Santa Cruz não pode comprovar as origens dos valores depositados, já que os documentos estavam apreendidos. À mesma impossibilidade se via preso o impugnante, pois além de não dispor dos documentos, não era sócio, procurador ou mandatário da Santa Cruz, mas apenas advogado em alguns negócios jurídicos e processos, e sócio da Máster Consultoria Tributária Ltda., que prestava assessoria àquela empresa. Por todas essas razões o impugnante é parte ilegítima para figurar no polo passivo da obrigação tributária.

Afirmou que a experiência cotidiana demonstra que não há correlação natural entre depósitos e rendimentos omitidos, sendo necessário, para considerar-se o valor como receita omitida, saber a que título foram feitos os depósitos.

Disse que o único valor recebido totaliza R\$ 104.850,00, por prestação de serviços advocatícios e que, por esse fato, não pode responder por toda a movimentação bancária da Santa Cruz. Afirmou que outros valores foram pagos à empresa Máster, por serviços de consultoria, e que em relação a tais valores estaria havendo bitributação.

Negou ainda a existência de contratos de mútuo sem a respectiva devolução do valor mutuado. Por outro lado, não pode ser tomada como algo extraordinário a participação do impugnante em negociações da Santa Cruz com seus clientes, já que prestara serviços de advocacia à empresa.

O impugnante estranhou não terem sido incluídos no rol dos autuados a empresa Axis Comercial Importadora e Exportadora Ltda. e seu sócio Pedro Paulo Puglisi de Assumpção.

Quanto à multa, apontou a existência de efeito confiscatório.

Com esses fundamentos, pugnou pela desconstituição do crédito tributário.

Posteriormente, houve aditamento à impugnação, reiterando as mesmas alegações já articuladas.

MILTON MOLINARI MORETE – Alegou ilegitimidade passiva. Disse que os pagamentos por ele recebidos da empresa Santa Cruz e os repasses financeiros destinados à sua conta bancária não se coadunam com o dispositivo legal invocado para estabelecer responsabilidade tributária solidária, na forma do art. 124, inciso I, do CTN.

Ressaltou que o lançamento foi motivado por falta de comprovação da origem dos valores depositados nas contas bancárias da empresa Santa Cruz, e que a responsabilidade pelo pagamento dos tributos é da empresa e não do impugnante, não se confundindo a personalidade dos sócios ou representantes legais com a da pessoa jurídica.

Afirmou que antes de serem repassados para suas contas bancárias, os valores sofreram desconto de Imposto de Renda pela empresa Santa Cruz, a quem competia fazer o respectivo recolhimento, pelo qual não pode o impugnante ser responsabilizado.

A sua inclusão no polo passivo, por outro lado, carece de motivação, o que implica nulidade do lançamento. Declarou não ter conhecimento das atividades da empresa Santa Cruz, não tendo participado das operações por ela praticadas, nem interferido em suas atividades comerciais.

Pedi, ao final, a exclusão de seu nome do rol dos autuados.

ANTÔNIO DARCÍLIO RODRIGUES PERESTRELO – Afirmou ter sido sócio da empresa Santa Cruz, sem, entretanto, qualquer atuação em sua administração, não tendo poder decisório sobre as respectivas atividades. Apesar de sócio da Santa Cruz, não atuava na área comercial. Assim, não tem a pretensão de justificar ou comprovar o que não lhe compete, especialmente no tocante às operações com as empresas relacionadas no Termo de Verificação Fiscal.

Descreveu a forma de atuação da empresa Santa Cruz, bem como o papel desempenhado pelas empresas Globalbank e Deloitte, no contexto das operações envolvendo a compra, a venda e a industrialização de soja e a subsequente exportação do produto industrializado.

Afirmou, quanto ao lançamento, que as conclusões do Auditor-Fiscal estão baseadas tão-somente em conjecturas e em sugestões de terceiros, carecendo de provas efetivas. Foi ele construído a partir de suposições, utilizando-se da movimentação financeira da Santa Cruz. Esta, por sua vez, deixou de apresentar os documentos relativos As operações que originaram aos depósitos bancários, porque a documentação se achava apreendida pelo Fisco estadual. Impossível, pois, apresentar a escrita contábil e fiscal, bem como os documentos nos quais estavam baseadas. A inscrição no CNPJ foi considerada inapta por inexistência de fato, com o mesmo fundamento, ou seja, a falta de apresentação de documentos.

Disse ainda que sua empresa, a Máster Consultoria Tributária Ltda., tinha uma atividade secundária, voltada basicamente para a organização e trâmite dos documentos, dentro do planejamento tributário.

ADILSON LUIZ RODRIGUES PERESTRELO – Disse o impugnante que teve relação com a empresa Santa Cruz na condição de procurador, com "cláusulas específicas de representação não societária", nem comercial ou administrativa. Não participava de reuniões com clientes.

No mais, reproduziu o mesmo teor da impugnação apresentada por Antônio Darcilio Rodrigues Perestrelo.

MÁRCIO ROGÉRIO PINHEIRO – Afirmou o impugnante que foi sócio da Santa Cruz meramente para efeito de formação do quadro social. No mais, reproduziu os

mesmos termos e conteúdo da impugnação apresentada por Antônio Darcilio Rodrigues Perestrelo.

CRISTIANO GIORGI MULLER CARIOBA ARNDT - Alegou o impugnante que não pode prevalecer a responsabilidade solidária com base na suposta existência de interesse comum, diante da fragilidade da prova colhida pela Fiscalização. A circunstância tomada como liame entre a omissão de rendimentos imputada a Adauto Kiyota e o impugnante são os pagamentos por ele recebidos, relacionados às fls. 162 a 168 e 169 a 172.

Tais valores foram pagos como remuneração pela prestação de serviço de consultoria à empresa Santa Cruz e, posteriormente, à empresa Axis.

O impugnante é profissional do mercado de capitais, atuando com consultoria e análise financeira. Foi contratado para prestar serviços de consultoria à Santa Cruz, o que passou a ser feito por sua empresa, a Cariobá *Commodities* Ltda.

As atividades do impugnante se restringiam ao fechamento de contratos de câmbio e de compra de operações de performance de exportação, que ele mesmo define como sendo aquela em que uma empresa que possui mercadorias para exportação, vende esses direitos de exportação sobre tais mercadorias para outras exportadoras.

As atividades eram burocráticas e restritas as operações de câmbio e as de performance, o que explica a existência de contratos por ele assinados. O impugnante, entretanto, jamais tomou conhecimento de qualquer operação soja-papel e tampouco esteve entre seus mentores.

Rejeita a responsabilidade solidária prevista no art. 124, inciso I, do CTN, afirmando ser necessário, para a incidência dessa norma, que a pessoa esteja na posição de contribuinte, realizando, portanto, o fato gerador da obrigação principal. O interesse comum só estará presente se a pessoa, ao lado de outras, praticar a situação descrita na lei como fato gerador do tributo.

No caso em tela, Adauto Kiyota foi autuado por omissão de rendimentos no montante de 74 milhões de reais. Ao impugnante está sendo imputada responsabilidade solidária por ter recebido da empresa Santa Cruz a quantia de 71 mil reais, por regular e comprovada prestação de serviço de consultoria. Além disso, os pagamentos recebidos não têm relação com a renda omitida por Adauto Kiyota.

Os valores auferidos pela prestação de serviços foram corretamente declarados e oferecidos à tributação.

Quanto à penalidade, alegou a impossibilidade de aplicação de multa qualificada sobre valores tidos como omissão de rendimentos apurados a partir de depósitos bancários, invocando em favor dessa tese a Súmula 14 do CARF.

Alegou a inaplicabilidade da taxa Selic, dada a sua natureza remuneratória, violando o princípio da segurança jurídica e o disposto no art. 161, §1º, do CTN, que estabelece como limite máximo a taxa de 1% ao mês. Sustentou ainda a ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa de ofício.

Com esses fundamentos, pede que seja cancelado o termo de sujeição passiva solidária e, subsidiariamente, o afastamento da multa qualificada, a taxa Selic e a incidência de juros sobre a multa.

ERIKA KIYOTA AYROSA – A impugnante, alegando ilegitimidade passiva, não adentrou a questão apontada pelo Auditor-Fiscal como fato gerador da obrigação tributária, ao argumento de que não podia justificar, nem comprovar o que não lhe competia.

Disse que é sócia da empresa Kiyota Incorporadora Ltda., de quem recebeu rendimentos de pró-labore e distribuição de lucros.

Disse ainda que, para fazer frente a esses pagamentos, a Kiyota Incorporadora Ltda. recorreu a empréstimos junto a Master Consultoria, a qual era credora da Santa Cruz.

Arguiu nulidade do lançamento por incompetência do Auditor-Fiscal, já que não foi observado o disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, que impõe ser o auto de infração lavrado por servidor competente, no local de verificação da falta. Porém, o ato foi praticado fora do domicílio da autuada e em local distinto daquele em que teria ocorrido a omissão de rendimentos.

Além disso, falta fundamentação para incluir a impugnante no rol dos autuados. Violando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, não foram declinados os motivos pelos quais o auto de infração foi lavrado contra a impugnante.

Por outro lado, não existe juridicamente presunção de solidariedade. Falta ao caso concreto tipicidade, já que a impugnante não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 124 do CTN. Ela apenas recebeu recursos através da empresa Santa Cruz, por conta e ordem da Master Consultoria, em razão de contrato de mútuo com a Kiyota Incorporadora Ltda.

O interesse comum não se revela pelo interesse econômico ou pelo proveito extraído da situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária, mas pelo interesse jurídico que consiste na realização do fato tributável.

A impugnante jamais teve qualquer relação com o esquema relatado no Termo de Verificação Fiscal e foi autuada por ser filha de Aauto Kiyota.

Não é cabível lançamento por omissão de receita baseado somente em extrato bancária, dada a ausência de correlação natural entre depósitos e rendimentos.

Aponta por fim a existência de bitributação, pois os valores já teriam sofrido incidência do Imposto de Renda.

Com esses fundamentos, pugnou pela desconstituição do crédito tributário.

ALESSANDRA KIYOTA BRAGA – A impugnante reproduziu o mesmo conteúdo da impugnação apresentada por Erika Kiyota Ayrosa.

KIYOTA INCORPORADORA LTDA – Afirmou ter prestado serviços à Santa Cruz, recebendo por eles os respectivos pagamentos, com emissão das notas fiscais e recolhimento dos tributos. Disse ainda ter tomado empréstimo junto à empresa Máster Consultoria.

O restante da impugnação reproduz o teor das impugnações apresentadas por Erika e Alessandra Kiyota.

Os membros da 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Campo Grande (MS), por unanimidade de votos, rejeitaram as preliminares e, no mérito, julgaram improcedentes as impugnações, mantendo o crédito tributário em relação a todos os sujeitos passivos.

Cientificadas (Aauto Kiyota, em 14/4/2011; Adilson Luiz Rodrigues Perestrelo, em 13/4/2011; Alessandra Kiyota Braga, em 14/4/2011; Antônio Darcilio Rodrigues Perestrelo, em 14/4/2011; Cristiano Giorgi Muller Carioba Arndt, em 13/4/2011; Erika Kiyota Ayrosa, em 14/4/2011; Evilásio Salustiano Batalha em 14/4/2011; Kiyota Incorporadora Ltda, em 13/4/2011; Márcio Rogério Pinheiro, em 15/4/20011; e Milton Molinari Morete, em 13/4/2011), as partes apresentaram os respectivos recursos voluntários, excetuando-se o contribuinte Evilásio Salustiano Batalha que já não havia impugnado o lançamento.

Dos recursos voluntários tempestivamente interpostos, extraí-se:

ADAUTO KIYOTA

Nulidade, por incompetência do auditor fiscal em efetuar o lançamento fora do local onde foi verificada a falta (omissão).

Haveria nulidade por incompetência do Auditor-Fiscal para lavratura do auto de infração, pois este deveria ter sido lavrado onde foi verificada a falta. Como a verificação da falta teria se dado a partir de extratos bancários extraídos das contas correntes abertas em São Paulo, o fisco de Cuiabá não possuía qualquer elemento para a caracterização da infração e formalização do crédito tributário. E que a elaboração dos autos fora do local da verificação da peça seria um vício insanável.

Nulidade, por violação aos princípios do contraditório e cerceamento do direito de defesa.

Que teria ainda havido violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto não era possível à empresa Santa Cruz apresentar a documentação necessária para comprovar a origem dos depósitos, uma vez que os documentos se encontravam em poder do Fisco estadual, que arbitrariamente os apreendera. Diante disso, não havendo como apresentar a documentação exigida, o auto de infração deveria ser anulado.

Nulidade, por desconsideração da personalidade jurídica da empresa Santa Cruz.

Que existiria nulidade do auto de infração, por decorrência da afirmação de inexistência de fato da empresa Santa Cruz, pois a desconsideração da personalidade jurídica cometeria à autoridade judiciária; que seria possível verificar que os produtos derivados da soja, fornecidos pela Santa Cruz às empresas esmagadoras, foram exportados; que existem escambos e planilha de câmbio e registros no Siscomex, em nome das empresas exportadoras, comprovando a exportação; que a empresa de auditoria Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes atestara a regularidade das diversas fases do negócio jurídico, não sendo concebível que passe por ela o suposto esquema apontado; que haveria contradição no relatório fiscal ao apontar que a empresa não possuía patrimônio, já que cita a ocorrência de uma transação imobiliária de imóvel rural no município de Luanda (PR); que a Santa Cruz não necessitava ter galpões para estocar soja, pois comprava diretamente do produtor através das *commodities*; que não houve qualquer diligência da fiscalização para comprovar o efetivo funcionamento ou a inexistência da empresa; que o Auditor-Fiscal não poderia decidir pela inexistência de fato da empresa Santa Cruz, pois não há na legislação tributária nada que atribua tal competência ao Fisco, sendo que a desconsideração da personalidade jurídica só poderia ser decidida em processo judicial; e que jamais fora mandatário, preposto ou empregado da citada empresa.

Falta de fundamentação para apontar o recorrente como sujeito passivo principal.

Os autos não apresentam qualquer fundamentação para apontá-lo como sujeito passivo principal da obrigação tributária; que não teria qualquer vínculo pessoal com a citada empresa, para a qual apenas teria prestado serviços de assessoria

jurídica; e que teria juntando ao recurso voluntário cópia dos recibos referente aos pagamentos para quitação do contrato de mútuo firmado com a Santa Cruz.

Lançamento baseado somente em extratos bancários.

A omissão de rendimentos teria sido baseada exclusivamente em extratos bancários, porém a Santa Cruz não pode comprovar as origens dos valores depositados, já que os documentos estavam apreendidos pelo Fisco Estadual, e por consequência, também estava impedido, por força maior, de apresentar qualquer documentação, pois além de não dispor dos documentos, não era sócio, procurador ou mandatário da Santa Cruz, mas apenas advogado em alguns negócios jurídicos e processos, e sócio da Máster Consultoria Tributária Ltda., que prestava assessoria àquela empresa.

Não procederia o lançamento por omissão de receitas com base em depósitos bancários, pois a fiscalização não teria demonstrado cabalmente a existência da omissão, e que não cabe a autuação baseada em mero indício, e sim na “evidência comprovada”.

A quebra do sigilo bancário deveria ter sido precedida de autorização judicial, constituindo uma afronta à Constituição Federal, em especial ao direito à intimidade e à privacidade.

Decadência do fato gerador.

A decadência dos créditos tributários não estaria vinculada à antecipação de pagamento, e o seu prazo de contagem seria cinco anos depois de ocorrido o fato gerador. O recorrente não informa quais períodos estariam decadentes, apesar de, na impugnação, ter indicado que seriam aqueles ocorridos antes de outubro de 2004, já que o auto de infração foi lavrado em outubro de 2009.

Multa confiscatória.

Apontou a existência de efeito confiscatório. A multa superior a 20% do valor do tributo (principal) seria inconstitucional.

Bitributação.

Alega que, como prestou serviços à empresa fiscalizada, tendo recebido por isso, e na época própria recolhido os tributos, sendo compelido a pagar o mesmo tributo.

ADILSON LUIZ RODRIGUES PERESTRELO

Cerceamento do direito de defesa.

Disse que, por ser irmão do sócio majoritário, recebeu procuração com "cláusulas representação, porém, sem qualquer poder decisório sobre suas atividades" comerciais ou administrativas. Que não haveria qualquer possibilidade de a empresa Santa Cruz apresentar a documentação apreendida, e que não caberia a autoridade julgadora em primeira instância se valer de suposições de que o Fisco Estadual entregaria cópias da documentação, nem existiria nenhuma norma obrigando o contribuinte manter cópia de documentos

apreendidos ou mesmo em buscá-lo em outro ente da federação, se exigido por outrem.

Inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário.

Alega que somente por meio de decisão judicial poderia ocorrer a quebra do sigilo bancário, que se encontra sob o manto do princípio da inviolabilidade da intimidade, esculpido no art. 5º da Constituição federal.

Nulidade, por desconsideração da personalidade jurídica da empresa Santa Cruz.

Que existiria nulidade do auto de infração, pois a desconsideração da personalidade jurídica compete à autoridade judiciária; que não teria havido diligências para verificação dos fatos *in loco*.

ALESSANDRA KIYOTA BRAGA

Disse que é sócia da empresa Kiyota Incorporadora Ltda., de quem recebeu rendimentos de pró-labore e distribuição de lucros e que, por algumas vezes, para fazer frente a esses pagamentos, a empresa Kiyota Incorporadora Ltda. teria recorrido a empréstimos junto a Master Consultoria, a qual era credora da Santa Cruz, e alegou:

Nulidade, por incompetência do auditor fiscal em efetuar o lançamento fora do local onde foi verificada a falta (omissão).

Nesse tópico, repete os argumentos apresentados pelo senhor Aduino Kiyota, de que a elaboração dos autos fora do local da verificação da peça seria um vício passível de anulação do lançamento.

Falta de fundamentação para apontar o recorrente como sujeito passivo principal.

Os autos não apresentariam qualquer fundamentação para apontá-la como devedora solidária obrigação tributária, violando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, e que não foram declinados os motivos pelos quais o auto de infração foi lavrado.

Ilegitimidade passiva.

O acórdão recorrido não teria se manifestado expressamente sobre a legitimidade passiva da recorrente, fazendo um apanhado genérico do assunto e contraditório; que solidariedade jurídica se constitui pela “realização conjunta da situação que constitui o fato gerador”, e não do proveito da situação ou interesse econômico; que foi inserida como solidária apenas por presunção, já que não haveria qualquer envolvimento da recorrente no suposto esquema relatado pela auditoria; e que teria sido apontada apenas por ser filha do contribuinte Aduino Kiyota.

Omissão de receitas.

A presunção não reúne os requisitos básicos necessários, pois como se vê no relatório apresentado, a empresa Santa Cruz não tinha em mãos os documentos solicitados pela fiscalização, que haviam sido apreendidos pelo Fisco Estadual, e

se a empresa não teve como se explicar, quiçá a recorrente; que não restou comprovado que seria titular dos recursos da empresa investigada; que a movimentação financeira não corporificaria fato gerador do imposto de renda e que os meros indícios não servem para determinar a receita omitida, pois os créditos devem ser analisados individualmente.

Bitributação.

Alega que, como prestou serviços à empresa fiscalizada, tendo recebido por isso, e na época própria recolhido os tributos, estaria sendo compelido a pagar o mesmo tributo.

ANTÔNIO DARCÍLIO RODRIGUES PERESTRELO

Repete os argumentos já apresentados por Adilson Luiz Rodrigues Perestrelo, em relação à:

Cerceamento do direito de defesa e violação do contraditório e devido processo legal.

Inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário.

Nulidade, pela indevida desconsideração da personalidade jurídica da empresa Santa Cruz.

Anexa cópia da decisão no processo nº 3.401/2005, para declarar nulo os atos de apreensão de documentos pela Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso e determinar a sua devolução à contribuinte.

CRISTIANO GIORGI MULLER CARIOBA ARNDT

Improcedência da responsabilidade imputada ao recorrente.

Não poderia prevalecer a responsabilidade solidária ao recorrente com base na suposta existência de interesse comum, já que a única prova apresentada pela Fiscalização seriam os pagamentos por ele recebidos, relacionados às fls. 162 a 168 e 169 a 172, e que a única quantia recebida foi R\$ 71.310,00 por regular e comprovada prestação de serviço de consultoria à empresa Santa Cruz e, posteriormente, à empresa Axis, corretamente declarados pela empresa Carioba Commodities Ltda., da qual é sócio, conforme demonstra a DIPJ anexada ao recurso. Que os recursos recebidos teriam sido oferecidos à tributação.

Argui que seria profissional do mercado de capitais, atuando com consultoria e análise financeira, e que teria sido contratado para prestar serviços de consultoria à Santa Cruz, o que passou a ser feito por sua empresa, a Cariobá Commodities Ltda., e que o valor inicialmente ajustado para remuneração dos serviços prestados seria de R\$ 12.000,00 mensais, elevados posteriormente para R\$ 15.000,00.

Suas atividades se restringiam ao fechamento de contratos de câmbio e de compra de operações de performance de exportação, comuns no mercado

financeiro e absolutamente legais. Jamais teria tomado conhecimento de qualquer operação soja-papel e tampouco esteve entre seus mentores.

Alega que a responsabilidade solidária, nos termos do art. 264 do Código Civil, ocorre quando na mesma obrigação concorre mais de um credor ou mais de um devedor, cada um com um direito ou obrigado pela dívida total, e que ao seu caso não se aplicaria o previsto no art. 124, inciso I, do CTN, afirmando ser necessário, para a incidência dessa norma, que a pessoa esteja na posição de contribuinte, realizando, portanto, o fato gerador da obrigação principal. O interesse comum só estaria presente se a pessoa, ao lado de outras, praticasse a situação descrita na lei como fato gerador do tributo.

Impossibilidade de imputação de responsabilidade solidária sobre os valores decorrentes dos depósitos bancários de origem não comprovada – aplicação da Súmula 29.

Alega que não teria sido intimado a comprovar a origem de tais recursos referente à omissão caracterizada por depósitos bancários, como impõe a Súmula CARF nº 29, sendo nulo o lançamento.

Impossibilidade de aplicação de multa qualificada sobre os valores tidos como omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada.

Quanto à penalidade, alegou a impossibilidade de aplicação de multa qualificada sobre valores tidos como omissão de rendimentos apurados a partir de depósitos bancários, invocando em seu favor a Súmula 14 do CARF. Como o AFRFB não teria comprovado que esses pagamentos decorreram das operações enquadradas como fictícias, não se poderia aplicar a multa qualificada, cabida apenas nos casos de evidente intuito de fraude.

Inaplicabilidade da taxa Selic.

A taxa Selic, dada a sua natureza remuneratória, violaria o princípio da segurança jurídica e o disposto no art. 161, §1º, do CTN, que estabelece como limite máximo a taxa de 1% ao mês.

Ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa.

Sustentou a ilegalidade da cobrança de juros sobre a multa de ofício, por absoluta falta de previsão legal, pois a multa não seria tributo, e sim penalidade pecuniária.

ERIKA KIYOTA AYROSA

Reproduziu o mesmo conteúdo do recurso apresentado por Alessandra Kiyota Braga, quanto à: nulidade, por incompetência do auditor fiscal em efetuar o lançamento fora do local onde foi verificada a falta (omissão); falta de fundamentação para apontar o recorrente como sujeito passivo principal; ilegitimidade passiva; omissão de receitas; e bitributação

KIYOTA INCORPORADORA LTDA.

Afirmou ter prestado serviços à Santa Cruz, recebendo por eles os respectivos pagamentos, com emissão das notas fiscais e recolhimento dos tributos, e que

teria tomado empréstimo, por meio de contrato de mútuo devidamente contabilizado, da empresa Máster Consultoria. Nos demais pontos, reproduziu o mesmo conteúdo do recurso apresentado por Alessandra Kiyota Braga, quanto à: nulidade, por incompetência do auditor fiscal em efetuar o lançamento fora do local onde foi verificada a falta (omissão); falta de fundamentação para apontar o recorrente como sujeito passivo principal; ilegitimidade passiva; omissão de receitas; e bitributação.

MÁRCIO ROGÉRIO PINHEIRO

Reproduziu o recurso apresentado por Antônio Darcilio Rodrigues Perestrelo e Adilson Luiz Rodrigues Perestrelo, no que diz respeito à: Cerceamento do direito de defesa e violação do contraditório e devido processo legal; inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário; e nulidade, pela indevida desconsideração da personalidade jurídica da empresa Santa Cruz.

MILTON MOLINARI MORETE

Ilegitimidade passiva.

Alegou que o mero ingresso de dinheiro ou patrimônio não poderia configurar renda, já que a regra-matriz da incidência tributária exigiria um antecedente – critérios material, temporal e espacial – e um conseqüente – critério pessoal e quantitativo.

Salienta a diferença entre pessoa jurídica e pessoa física – personalidade jurídica e patrimônio distintos – e seus representantes e que teria sido confundido pelo auditor fiscal com um dos sócios da empresa Santa Cruz. Argui que, se a responsabilidade dos sócios das LTDA, como é o caso da empresa Santa Cruz, limita-se ao montante do capital social, como estabelece o código civil, muito menos o recorrente que jamais teria figurado nos quadros societários da empresa, e sim um mero prestador de serviço. E que os pagamentos recebidos da empresa Santa Cruz e os repasses financeiros destinados à sua conta bancária não se coadunariam com o dispositivo legal invocado para estabelecer responsabilidade tributária solidária, na forma do art. 124, inciso I, do CTN.

Nulidade por ausência de motivação e afronta ao direito do contraditório e da ampla defesa.

Teria sido incluído como sujeito passivo solidário sem a devida motivação para que o lançamento em seu desfavor. Discorda da natureza jurídica do ato, já que não se teria obedecido aos princípios constitucionais, o que torna nulo o lançamento.

Responsabilidade da fonte pagadora pela retenção do IRPF.

Argui que a responsabilidade pelo pagamento seria da fonte pagadora, não cabendo a Fazenda Nacional cobrar o tributo diretamente do contribuinte, a quem caberia apenas a declaração e o acerto, quando necessário, e que em não havendo o recolhimento e havendo a retenção do tributo a seu tempo, não poderia esse tributo ser cobrado de quem auferiu os rendimentos; e que teria sido

descontado o Imposto de Renda pela empresa Santa Cruz, a quem competia fazer o respectivo recolhimento e pelo qual não pode ser responsabilizado.

Inaplicabilidade da multa de 150%, pois teria caráter confiscatório.

Apontou a existência de efeito confiscatório. A multa não poderia ser superior a 50% do valor do tributo, considerando o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, introduzida pela Lei nº 11.488, de 2007.

Em 30 de setembro de 2013, foi anexado aos autos um memorial apresentado pelo Patrono do contribuinte Aduino Kiyota. Posteriormente, em fevereiro de 2014, a presidente da 1ª Turma Especial da 2ª Seção devolveu o processo para novo sorteio tendo em vista que extrapolaria o limite de alçada daquela Turma.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Francisco Marconi de Oliveira

Os recursos voluntários são tempestivos e, atendidas as demais formalidades, dele tomo conhecimento e passo a discorrer sobre os pontos elencados.

Nulidade, por incompetência do auditor fiscal em efetuar o lançamento fora do local onde foi verificada a falta (omissão):

Essa alegação não tem fundamento. A infração pode ser verificada pela autoridade fiscal em uma localidade, mesmo que tenha ocorrido em outro lugar, como consolidado na Súmula CARF nº 27: “É válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo.”

Nulidade, por violação aos princípios do contraditório e cerceamento do direito de defesa:

Os contribuintes alegam nulidade por cerceamento de defesa, uma vez que o auto foi lavrado sem que pudessem apresentar ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ressalta-se que o direito à ampla defesa e ao contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é uma garantia do processo administrativo, ou seja, da fase litigiosa do procedimento fiscal, iniciado apenas com a impugnação, conforme dispõe o 14 do Decreto nº 70.235/1972. No procedimento que antecede a fase litigiosa, a participação do contribuinte se limita ao fornecimento de informações, quando requisitado pela autoridade fiscal, pois ainda não existe contraditório. As contestações quanto às informações contidas no auto de infração, aos documentos juntados ou das eventuais irregularidades somente podem ser realizadas no momento da impugnação, quando é iniciado o devido processo administrativo.

Portanto, considerando que os autos contêm a descrição detalhada do fato gerador do imposto de renda da pessoa física, o fundamento legal, a identificação da matéria e do sujeito passivo, bem como estão presentes todos os elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito, e que aos contribuintes foi possibilitado a defesa por meio da impugnação e do recurso, não se verifica violação ao princípio da ampla defesa e contraditório.

Em relação ao caso específico alegado pelos recorrentes, que dizem não ter sido possível entregar documentos da empresa Santa Cruz porque os documentos estavam apreendidos pela fiscalização estadual, observa-se nos autos que a documentação sequer foi solicitada ao Estado. Assim, sendo, não cabe acatar tal argumento.

Nulidade, por desconsideração da personalidade jurídica

Ao contrário do alegado na defesa, não consta dos autos a desconsideração da empresa Santa Cruz, mas sim a inaptidão da inscrição do CNPJ por sua inexistência de fato, assentada no processo nº 13151.000273/2008-38. E isso se deu não por uma razão isolada, mas

pelo conjunto das provas levantado pela auditoria, entre eles: não foi comprovado o efetivo exercício da atividade de comercial atacadista; os terceiros que informaram ter adquirido mercadorias e serviços da empresa não comprovaram a efetividade dessas operações; os recursos que transitaram nas contas bancárias da pessoa não tiveram origem em operações típicas de sua atividade, não são compatíveis com os valores declarados pelos adquirentes, nem apresentam correlação com as supostas vendas/prestações de serviços; a empresa não possui patrimônio e capacidade operacional necessários à realização de seu objeto (comércio atacadista de matérias-primas agrícolas com atividade de fracionamento e acondicionamento associada), não tinha empregados, não cumpria integralmente as obrigações tributárias, nem a principal, nem as acessórias; e os sócios nada sabiam informar sobre os detalhes da atividade exercida.

Como relatou a autoridade lançadora no Termo de Verificação Fiscal, as ocorrências de entregas de declarações e outros atos perante a RFB se mostraram inócuos, pois foram realizados exclusivamente para acobertar rendimentos e transações de terceiros e não logrou comprovar o efetivo funcionamento da empresa na atividade informada à Receita Federal e as operações delas derivadas, praticadas com terceiros.

No Termo de Verificação Fiscal a auditoria confirma que não houve desconsideração da pessoa jurídica, conforme se observa na transcrição a seguir:

[...] como será delineado a seguir, os extratos foram apenas o ponto de partida e não existem conjecturas. Jamais ocorreu a desconsideração da pessoa jurídica SANTA CRUZ. Ocorreu que tal pessoa jurídica não operou, não comprovou ter capacidade operacional para ter operado, redundando situação cadastral INAPTA. Afora as comprovações de que os recursos entrados em suas contas bancárias foram destinados ao sujeito passivo e seus solidários. (grifos nossos).

Assim, apesar de constituída formalmente e movimentar vultosas quantias, a empresa não dispunha de instalações compatíveis com semelhante movimentação, além de outras circunstâncias indicando que a pessoa jurídica serviu unicamente para burlar a lei e que os recursos em suas contas eram, de fato, pertencentes aos terceiros que dele se beneficiavam, lançados como solidários juntamente com o contribuinte principal.

Lançamento baseado em extratos bancários

Consta nas defesas apresentadas o argumento de que não procede o lançamento baseado em depósitos bancários quando a fiscalização não lograr demonstrar cabalmente a existência da omissão, pois não cabe a autuação em mero indício.

O imposto de renda das pessoas físicas, nos termos o artigo 43 do CTN, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, isto é, de riqueza nova. Entretanto, o legislador ordinário presumiu que há aquisição de riqueza nova nos casos de movimentação financeira em que o contribuinte não demonstre a origem dos recursos. E, nesse caso, ante a vinculação do princípio da legalidade que rege a administração pública, tem a fiscalização a obrigação de autuar a omissão no valor dos depósitos bancários recebidos.

Assim está expresso no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

A caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela constatação de depósitos bancários, mas pela falta de esclarecimentos por parte do contribuinte da origem dos numerários depositados em contas bancárias, com a análise individualizada dos créditos, conforme expressamente previsto na lei, resultando na presunção de omissão de rendimentos.

As presunções legais invertem o ônus da prova, cabendo ao Fisco comprovar tão somente a ocorrência da hipótese descrita na norma como presuntiva da infração.

Nos autos, verificado que os recursos da conta da pessoa jurídica eram de fato destinados os terceiros, não foram apresentadas, mediante documentação hábil e idônea, provas da origem dos valores depositados/creditados não identificados pela auditoria, constante do Relatório de Ação Fiscal, caracterizando, assim, a omissão de rendimentos, como definida no artigo 42, da Lei 4.930, de 1996.

Assim, não sendo provada a origem dos recursos, correta a aplicação da presunção estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996 na parte dos recursos de origem não identificada. Vale salientar que a parte dos rendimentos identificada teve como fundamento a Lei nº 7.713/1988.

Inconstitucionalidade na quebra do sigilo bancário

É desprovido de sustentação o questionamento sobre o acesso aos extratos bancários, pois, conforme está expresso no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, os agentes fiscais podem ter acesso à conta de depósito, quando tais exames sejam considerados indispensáveis:

Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver procedimento administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (grifos no recurso)

Assim, quando a informação não é prestada pelo contribuinte, há a necessidade e a imprescindibilidade de acesso aos significativos valores movimentados em contas bancárias para levantamento do imposto de renda devido, como consolidado no RIR/1999:

Art. 918. Iniciado o procedimento fiscal, os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional poderão solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 1964 (Lei nº 4.595, de 1964, art. 38, §§ 5º e 6º, e Lei nº 8.021, de 1990, art. 8º).

Vale a pena informar que no caso em questão não houve requisição de informações financeiras dos contribuintes, mas a apuração dos recursos redirecionados às partes relacionadas no auto da infração, sujeito passivo principal e solidários.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade, resta observar que, de acordo com a Súmula nº 2, “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”. Assim, não cabe a apreciação por este colegiado.

Irregularidade do procedimento fiscal no acesso aos dados bancários.

Em relação à falta de procedimento fiscal em curso, observa-se que foram adotadas as medidas legais para seu início. As informações financeiras foram extraídas das contas da empresa Santa Cruz, em decorrência da ação fiscal aberta naquela empresa que resultou na identificação dos reais beneficiários dos valores movimentados, já que aquela pessoa jurídica apenas simulava as operações mercantis. Vale salientar que a movimentação bancária das pessoas jurídicas integra ou devem integrar, obrigatoriamente, a sua contabilidade.

Assim, os valores apurados, tanto na parte da omissão baseada na Lei nº 7.713/88 (37, 38, 43, 55, inciso X, 56 e 83 do RIR/1999), quanto na parte não identificada, lançada com fundamento na Lei nº 9.430 (art. 849 do RIR/1999), decorreram da ação fiscal iniciada na empresa Santa Cruz, no processo nº 14098.000141/2009-41, cuja cópia foi posta a disposição do sujeito passivo e solidários, sendo, inclusive, remetida aos interessados atendendo ao pedido assinado por procuração.

Pelas razões acima, não se verifica qualquer irregularidade no procedimento fiscal que apurou o imposto de renda.

Decadência do fato gerador

Constam das alegações que a decadência dos créditos tributários não estaria vinculada à antecipação de pagamento, e o seu prazo de contagem seria cinco anos depois de ocorrido o fato gerador. Apesar haver indicação na impugnação que seriam aqueles ocorridos antes de outubro de 2004, já que o auto de infração foi lavrado em outubro de 2009, não consta nos recursos voluntários quais os períodos que estariam decadentes.

Entretanto, salienta-se que, embora apurado mensalmente, o IRPF se sujeita ao ajuste anual, apurando-se o montante devido ao final do exercício, quando é possível definir a base de cálculo e aplicar a tabela progressiva anual.

A base de cálculo da declaração abrange os rendimentos tributáveis recebidos durante o ano-calendário, diminuídos das deduções pleiteadas. Para isso, há a declaração de ajuste, conforme trata o artigo 85 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999). O fato jurídico tributário compreende os rendimentos recebidos no ano-calendário findo em 31 de dezembro, ainda que haja a obrigatoriedade do pagamento ou retenção do imposto à medida que os rendimentos forem percebidos.

Especificamente, em relação à apuração mensal do IRPF no caso de depósitos bancários não identificados, aplica-se Súmula CARF nº 38, aprovada pela Segunda Turma da CSRF em sessão de 08 de dezembro de 2009, que encerrou a questão:

O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.

Portanto, superada a questão sobre a periodicidade do fato gerador do imposto de renda referente aos rendimentos sujeitos à colação na declaração de ajuste anual, já que, por qualquer forma que se calcule o prazo, não há decadência do lançamento.

Ilegitimidade passiva, improcedência de responsabilidade e bitributação

Os contribuintes relacionados nestes autos, em sua maioria, alegam que há improcedência de responsabilidade ou ilegitimidade passiva. Adauto Kiyota, Milton Molinari Morete, Cristiano Giorgi Muller Carioba, Adilson Luiz Rodrigues Perestrelo Arndt, Erika Kiyota Ayrosa e Alessandra Kiyota Ayrosa, Kiyota Incorporadora Ltda. rejeitam a responsabilidade tributária imputada, como principal e solidária com base na existência de

interesse comum, e alegam que à situação em tela não se aplica o art. 124 do inciso I do CTN, nem nos termos do art. 264 do Código Civil.

Entretanto, não têm razão os recorrentes. A extensa descrição dos fatos apurados, contidos no Termo de Verificação fiscal (fls. 214/231), informa detalhadamente os rendimentos identificados ou não que o sujeito passivo e seus solidários não comprovaram, por meio de documentação hábil e idônea, que tais cifras não seriam a eles distribuídos ou que não entrariam no computo de rendimentos tributáveis. Os créditos nas contas bancárias efetuados por meio de depósitos, transferências e DOC foram documentalmente demonstrados com dados obtidos por meio de cruzamentos de informações e diligências e estão consolidados nas planilhas anexas ao Termo.

No curso da ação fiscal na empresa Santa Cruz, a fiscalização já apontava nas planilhas não contestadas que parte dos recursos eram destinados para o sujeito passivo e seus solidários. A Santa Cruz não efetuou qualquer comprovação ou esclarecimento das providências tomadas, a fim de determinar a que se referiam tais transações. O mesmo ocorreu com o sujeito passivo e seus solidários, beneficiários dos valores movimentados naquelas contas bancárias.

Diante disso, a fiscalização atribui o ônus tributário pelo conjunto de provas constantes do processo nº 14098.000141/2009-41, pelo fato do sujeito passivo e seus solidários serem os beneficiários dos recursos movimentados nas contas da empresa Santa Cruz, que teve seu nome e CNPJ utilizados para esses terceiros omitirem rendimentos sob o manto de operações comerciais e de prestação de serviços fictícias.

As supostas atividades realizadas pela empresa Santa Cruz, como identificadas pela Auditoria, tiveram o objetivo de maximização da sonegação fiscal, que resultou da omissão, fraudulenta, de receitas oriundas de sua atividade comercial, correspondentes aos depósitos/créditos efetuados nas suas contas-correntes, cujas origens dos recursos não foram comprovadas, com o evidente fito de burlar o Fisco suprimindo o quantum de tributos e contribuições devidos.

Nesses termos, considerando que as operações da empresa no esquema “soja-papel” eram simuladas e os recursos destinados aos terceiros envolvidos, é evidente que as pessoas tinham interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal. Ou seja, o esquema montado para assessoria do fictício planejamento tributário somente foi possível com a participação de todos os envolvidos, que se beneficiaram dos respectivos valores.

A vantagem extraída da situação que configura fato gerador da obrigação tributária, decorrente das operações fictícias da operação soja-papel, vincula também os recorrentes em função do ganho comum obtido por todos os envolvidos na realização do fato e não apenas propriamente na realização direta do fato.

Nesse sentido, o exame dos autos bem demonstra a existência do interesse comum, que se traduz no ganho consubstanciado pelas expressivas quantias de dinheiro vertidas para as contas dos recorrentes. Dinheiro esse, repita-se, vindo de uma empresa que não tinha existência real.

Em relação a Adauto Kiyota, os autos revelam que ele era quem efetivamente negociava em nome da Santa Cruz, fazendo-o muitas vezes por meio da empresa Master

Consultoria, da qual era o proprietário. Isso fica demonstrado claramente pelos relatos das empresas que contrataram o pretense planejamento tributário, do que são exemplos as declarações colhidas da sociedade empresária denominada Comercial Salfer Ltda. Os demais autuados eram cientes e também tiveram participação no esquema, cujo objetivo era lesar o Fisco, sendo que a maior parte dos recursos que transitaram nas contas bancárias da empresa foi transferida para os autuados. Essa circunstância revela o proveito extraídos por todos eles, deixando assim evidenciado o interesse comum que enseja a solidariedade tributária.

Em relação ao argumento de que foram prestados serviços à empresa fiscalizada, tendo recebido por isso, e na época própria recolhido os tributos e, portanto, estariam os recorrentes compelidos a pagar o mesmo tributo, observa-se que tais alegações são genéricas, pois não há no recurso especial as supostas bases de cálculo dos rendimentos sobre os quais se teria, eventualmente, cobrado o imposto. De qualquer forma, pelo que se observa no detalhamento das planilhas constantes do Termo de Verificação Fiscal, não houve tributação sobre os valores omitidos e levantados pela fiscalização.

O fato de a responsabilidade pela retenção ser da fonte pagadora é questão superada no CARF, pois segundo a Súmula nº 12, é legítima a constituição do crédito tributário na pessoa física do beneficiário, ainda que a fonte pagadora não tenha procedido à respectiva retenção, *in verbis*:

Súmula CARF nº 12: Constatada a omissão de rendimentos sujeitos à incidência do imposto de renda na declaração de ajuste anual, é legítima a constituição do crédito tributário na pessoa física do beneficiário, ainda que a fonte pagadora não tenha procedido à respectiva retenção.

Assim, não é possível ao contribuinte eximir-se da exigência sob a alegação de que seria responsabilidade da fonte pagadora a retenção do imposto de renda.

Multa confiscatória

Nos argumentos de defesa há alegação de que a multa é confiscatória e de que não poderia ser superior a 20% (vinte por cento).

Administração Tributária se submete ao princípio da legalidade, não podendo se furtar em aplicar a lei. Não pode a autoridade lançadora e julgadora administrativa, por exemplo, invocando o princípio do não-confisco, afastar a aplicação da lei tributária. Isso ocorrendo, significaria declarar a inconstitucionalidade da lei tributária que funcionou como base legal do lançamento (imposto e multa de ofício).

Ademais, o princípio constitucional que trata da vedação ao confisco, por força de exigência tributária, deve ser observado pelo legislador no momento da criação da lei, e não na sua aplicação.

No caso específico do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, tem aplicação o art. 62 de seu Regimento Interno, que veda expressamente a declaração de inconstitucionalidade de leis, tratados, acordos internacionais ou decreto pelos seus membros, além da já citada Súmula nº 1.

Impossibilidade de aplicação de multa qualificada sobre os valores tidos como omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada

Como já informado pela autoridade julgadora a impossibilidade de aplicação de multa qualificada nos casos de omissão de rendimentos apurada por meio de depósitos

bancários não existe quando se demonstra de forma clara o dolo na prática da infração, como no caso em apreço.

O caso em julgamento trata de uma situação em que foram realizadas operações fictícias em nome da pessoa jurídica, exclusivamente para acobertar rendimentos e transações, cujos recursos beneficiavam os terceiros autuados. Assim, em razão da caracterização da fraude, a autoridade fiscal imputou responsabilidade pessoal àqueles que executavam a ação e claramente se beneficiavam do resultado da operação, utilizando-se de prática dolosa configurada como de infração à lei.

Portanto, correta a aplicação da multa qualificada.

Inaplicabilidade da taxa Selic

No que se refere à aplicação da taxa de juros Selic, alega o contribuinte ser “patente a ilegalidade da utilização dessa taxa para fins de determinação de juros, tendo em vista possuir a mesma caráter nitidamente remuneratório”. E ainda, que a taxa, “por embutir correção monetária, perfaz um percentual superior” ao estipulado no § 1º do art. 161 do CTN.

Essa questão está superada no âmbito do CARF com a edição da Súmula CARF nº 4: “A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais”.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

FRANCISCO MARCONI DE OLIVEIRA - Relator