



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

Processo n° 18088.720393/2013-47
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-003.470 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de fevereiro de 2017
Matéria Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF
Recorrente IESA PROJETOS, EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2008

PAGAMENTO SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. OPERAÇÕES NÃO COMPROVADAS.

Estão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, nos termos do art. 61 da Lei nº 8.981/1995, os pagamentos efetuados ou os recursos entregues pela pessoa jurídica a terceiros quando não comprovada a operação ou a causa a que se referem.

MULTA AGRAVADA. NÃO ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS. CABIMENTO.

Cabível a aplicação da multa agravada sempre que o contribuinte deixar de prestar esclarecimentos em resposta a intimações da autoridade fiscal. Todos os contribuintes têm o dever de colaborar com o Fisco, fornecendo-lhe esclarecimentos, quando solicitado, ainda que estes não lhe surtam efeitos favoráveis. O não cumprimento desse dever acarreta a sanção de aumento da multa de ofício pela metade, nos termos do permissivo legal.

MULTA DE OFÍCIO. FRAUDE. QUALIFICAÇÃO.

A multa de ofício qualificada deve ser aplicada quando ocorre prática reiterada, consistente de ato destinado a iludir a Administração Fiscal quanto aos efeitos do fato gerador da obrigação tributária, mormente em situação fraudulenta, planejada e executada mediante ajuste doloso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso de ofício e em negar provimento ao recurso voluntário.

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA (Presidente), ANA CECILIA LUSTOSA DA CRUZ, DIONE JESABEL WASILEWSKI, JOSE ALFREDO DUARTE FILHO (**Suplente convocado**), MARCELO MILTON DA SILVA RISSO, CARLOS ALBERTO DO AMARAL AZEREDO, DANIEL MELO MENDES BEZERRA e RODRIGO MONTEIRO LOUREIRO AMORIM.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão nº 16-54.969 - 1ª Turma da DRJ/SP1 (fls.456/479), que julgou procedente em parte a sua impugnação.

Pela clareza e concisão, adoto o relatório da decisão de primeira instância até a fase de impugnação, que bem sintetizou os principais aspectos do presente lançamento:

“Em decorrência de ação fiscal direta, a contribuinte, acima identificada, foi autuada, em 19/11/2013 (fl. 128), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2008. Nesta mesma data o responsável tributário solidário Marco Antonio Bernardi, CPF 046.529.15896, conforme Relatório Fiscal (itens 41 a 42.4 – fls. 121 e 122), também foi cientificado do lançamento e da respectiva sujeição passiva solidária (Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 01 477 2013 fls. 109 e 110).

2. Conforme descrito nos Autos de Infração, no Relatório Fiscal (fls. 111 a 122) e planilhas de cálculo de fls. 13 a 16 e 46 a 49, a contribuinte efetuou pagamentos, por meio de débitos em suas contas correntes bancárias registrados em sua contabilidade (créditos contábeis nas contas bancos), cuja operação e respectiva causa não foram comprovadas pela contribuinte intimada (Termo de Diligência Fiscal nº 02/330/2013 – fls. 44 a 50) e re-intimada (Termo de Diligência Fiscal nº 03/330/2013 – fls. 59 a 61).

3. Tendo em vista o apurado, foi lavrado, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, o Auto de Infração de IRRF (ato

e anexos às fls. 02 a 12). A multa de ofício aplicada foi qualificada (itens 32 a 39 do Relatório Fiscal – fls. 120 e 121) com fulcro nos artigos 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996 combinado com o artigo 71 da Lei nº 4.502/1964 (sonegação) e majorada por falta de resposta ao Termo de Diligência Fiscal nº 03/330/2013, conforme artigo 44, § 2º, da Lei nº 9.430/1996, totalizando 225%. Os juros de mora estão calculados com base na taxa Selic.

4. Irresignada, a atuada e o responsável solidário, representados por mandatário (fls. 29, 30, 41 e 159 a 175), apresentaram, em 19/12/2013 (fls. 447 e 453), conjuntamente a impugnação de fls. 131 a 159, instruída com documentos de fls. 160 a 446, na qual alegam em síntese:

4.1. a Receita Federal do Brasil (RFB) pretende validar informações e documentos (escutas telefônicas e informações bancárias) colhidas em operação promovida em conjunto com a Polícia Federal em Fortaleza, Ceará (Operação Podium – documentos de fls. 176 a 206), cuja lacração dos documentos apreendidos foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos Habeas Corpus (HC) n.ºs 199.884/CE (fls. 207 a 209) e ilegalidade do procedimento foi decidida pelo mesmo STJ no HC n.º 198.224/CE (fls. 210 a 290), o que burla as exigências legais para constranger o cidadão e mitiga os direitos e garantias individuais;

4.2. apesar de não constar no processo como teria sido obtida a informação de que parte dos pagamentos realizados retornou para as contas dos impugnantes, resta claro que o auto de infração é ilegal pela quebra do sigilo bancário do responsável solidário Marco Antonio Bernardi, conforme se pode observar no item 21 do Relatório Fiscal que indica que foram quebrados também os sigilos bancários do Sr. Hybernon e da Sra. Karla Cysne, pois não houve autorização judicial, o que viola o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, conforme jurisprudência judicial reproduzida;

4.3. há probabilidade latente de estender aos impugnantes os efeitos da decisão exarada no HC 198.224CE, que determinou a impossibilidade de utilização, por serem ilícitas, das provas colhidas na Operação Podium, que, segundo o item 1 do Relatório Fiscal, é a origem do auto de infração ora impugnado, por meio de expediente enviado pela Delegacia da Receita Federal em Fortaleza, pois são ilegais as provas obtidas por derivação de provas nulas;

4.4. apesar de a fiscalização afirmar que os atos dos impugnantes geraram grande fraude à Fazenda Nacional, é certo que o narrado nos itens 07 a 24 do Relatório Fiscal apenas informa que a contabilidade provisionava os pagamentos, o que ocorre em toda empresa de grande porte, e na data indicada estes eram efetuados, o que não configura nenhuma fraude, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei;

4.5. conforme doutrina reproduzida e artigo 924 do Regulamento do Imposto de Renda, que diz que cabe ao Fisco a prova de fatos inverídicos, para aclarar a descrição da fraude fiscal, a auditoria fiscal deveria indicar em que momento foi perpetrada a fraude e indicar que ocorreu o retardamento, diminuição ou supressão no pagamento do tributo de forma artilosa;

4.6. do total de pagamentos efetuados, presumiu-se sem provas que o impugnante Marco Bernardi recebeu em devoluções aproximadamente R\$250.000,00, o que não chega nem aos pés das grandes fraudes contra a Fazenda Nacional do passado e do presente;

4.7. “por mais questionável que tenham sido os pagamentos feitos em favor do Impugnante, tais pagamentos não constituem fraude, pois não foram com o objetivo de suprimir o pagamento de tributo”;

4.8. no momento do lançamento (19 de novembro de 2013) encontrava-se decaído o direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário cujos fatos geradores ocorreram até 19 de novembro de 2013, pois, conforme o § 2º do artigo 674 do RIR/1999 (norma que fundamenta o lançamento) considera-se vencido o imposto de renda na fonte no dia do pagamento e o prazo decadencial é de cinco anos a partir do fato gerador de acordo com o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional (CTN) e orientação jurisprudencial citada da própria Receita Federal;

4.9. na hipótese de ser inadmitida ilegalidade da quebra do sigilo, bem como inadmitida a desconstituição da fraude, somente pode ser mantida a caracterização de fraude em relação ao montante de R\$256.635,00, que é o valor que foi creditado em favor do responsável tributário Marco Bernardi e não em relação ao total dos pagamentos realizados (R\$7.547.378,24);

4.10. é indevida a aplicação da multa de ofício duplicada (qualificada), já que a conduta do contribuinte é de inadimplemento e não de

sonegador, cujo ônus da prova é da auditoria fiscal segundo jurisprudência transcrita, pois em momento algum restou caracterizado o retardamento ou a criação de empecilhos, já que os fatos foram devidamente documentados na contabilidade;

4.11. a qualificação da multa também é indevida por ser confiscatória, e não atender os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade aos atos praticados;

4.12. também é indevido o aumento da multa pela metade, pois as requisições foram atendidas na medida do possível, visto que sempre esclareceu que os documentos solicitados não estavam em posse dos impugnantes, por serem objeto de outro procedimento, não podendo o Estado se utilizar da própria torpeza para agravar a situação da contribuinte;

4.13. era impossível apresentar a documentação em face dos princípios constitucionais do sigilo, do direito em não produzir provas contra si e do trancamento do procedimento criminal por decisão judicial;

4.14. não pode permanecer a solidariedade atribuída a Marco Bernardi sobre todo o crédito tributário constituído, pois menos de 5% do valor dos pagamentos retornaram para sua conta e a responsabilidade do diretor se limita aos atos que efetivamente deu causa, além do que, como já dito, esta informação foi obtida por ato inconstitucional; e

4.15. como não restou comprovada a fraude por parte do contribuinte, é impossível a responsabilização de seu diretor.”

A 1ª Turma da Delegacia da Brasil de Julgamento em São Paulo I, por maioria de votos, julgou procedente em parte a impugnação para reduzir o percentual da multa aplicável a 150%, rejeitando o aumento de 50% (a 225%) levado a cabo pela autoridade autuante, por entender esta última no auto caracterizada a hipótese prevista no art. 44, §2o., inciso I da Lei no 9.430, de 24 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei no 11.488. de 15 de junho de 2007.

O acórdão recorrido foi prolatado com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do fato gerador: 18/01/2008, 01/02/2008, 01/03/2008, 20/03/2008, 24/03/2008, 25/03/2008, 05/05/2008, 20/05/2008, 02/07/2008, 23/07/2008, 4/07/2008, 01/08/2008, 04/08/2008, 21/08/2008, 26/08/2008, 27/08/2008, 02/09/2008, 11/09/2008,

16/09/2008, 23/09/2008, 24/09/2008, 01/10/2008, 03/10/2008, 07/10/2008, 08/10/2008, 11/11/2008, 13/11/2008, 19/11/2008, 21/11/2008, 28/11/2008, 05/12/2008, 10/12/2008, 11/12/2008, 12/12/2008, 18/12/2008, 24/12/2008, 29/12/2008.

PAGAMENTOS. OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA. CAUSA NÃO COMPROVADA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

É sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, pagamento efetuado a terceiro, contabilizado ou não, quando não for comprovada a operação ou sua causa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 18/01/2008, 01/02/2008, 01/03/2008, 20/03/2008, 24/03/2008, 25/03/2008, 05/05/2008, 20/05/2008, 02/07/2008, 23/07/2008, 24/07/2008, 01/08/2008, 04/08/2008, 21/08/2008, 26/08/2008, 27/08/2008, 02/09/2008, 11/09/2008, 16/09/2008, 23/09/2008, 24/09/2008, 01/10/2008, 03/10/2008, 07/10/2008, 08/10/2008, 11/11/2008, 13/11/2008, 19/11/2008, 21/11/2008, 28/11/2008, 05/12/2008, 10/12/2008, 11/12/2008, 12/12/2008, 18/12/2008, 24/12/2008, 29/12/2008

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FRAUDE.

Quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o termo inicial do prazo decadencial de cinco anos que a Fazenda Pública possui para formalizar o crédito tributário devido é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago ou recolhido quando demonstrada a presença de dolo na ação ou omissão do contribuinte.

INTIMAÇÃO PARA JUSTIFICAR SAÍDAS DE DISPONIBILIDADES. ATENDIMENTO INSATISFATÓRIO. RECUSA EM PRESTAR ESCLARECIMENTOS. INFRAÇÃO TIPIFICADA. PAGAMENTO SEM CAUSA. MULTA DE OFÍCIO. CAUSA DE AUMENTO. MESMO FATO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM.

A recusa ou o atendimento insatisfatório de intimação para justificar saídas de disponibilidades configuram a hipótese infracional de pagamento a beneficiário não identificado ou sem comprovação de causa, valor sujeito à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de trinta e cinco por cento, sancionada com multa de ofício, sendo vedado reconhecer a mesma circunstância fática caracterizadora do ilícito como causa de aumento da respectiva sanção, sob pena de se incorrer em bis in idem.

*DIRETOR. PARTICIPAÇÃO EM FRAUDE.
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.*

Demonstrado nos autos que diretor da empresa autuada participou de fraude tendo sido beneficiário, por meio de depósitos em conta bancária pessoal, de pagamentos, cuja causa não foi comprovada, feitos inicialmente a terceiros, mantém-se sua responsabilização tributária apontada pela fiscalização.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

No mesmo Acórdão, uma vez superado o limite de alçada de exoneração estabelecido pela Portaria MF no 3, de 03 de janeiro de 2008, formaliza-se Recurso de Ofício a este Conselho, quanto ao crédito tributário não mantido em sede de 1ª instância. Cientificados do mencionado Acórdão em 17 de fevereiro de 2014 (e-fls. 480/487), em 18/03/2014 a contribuinte e o sujeito passivo solidário ingressam com o Recurso Voluntário (e-fls. 495/519), onde, resumidamente:

a) Iniciam o pleito recursal alegando que a investigação criminal denominada “OPERAÇÃO PODIUM” foi considerada ilegal para dois dos investigados, se encontrando suspensa em face do Sr. Marco Antônio Bernardi. Cita-se que a quebra de sigilo bancário e telefônico não obedeceram aos princípios de ampla defesa e devido processo legal, violando o contraditório. Mencionam decisão de lacração de documentos apreendidos, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos Habeas Corpus (HC) nºs 199.884/CE (e-fls. 207 a 209), acreditando, ainda, na extensão do entendimento emanado em outro HC (198.224/CE) em favor dos pacientes vinculados à Recorrente IESA.

Entendem que, a partir da decisão ali proferida, ficaram a Receita Federal e a Polícia Federal impedidos de dar seguimento ao procedimento inquisitorial, citando como evidência a inexistência de ação penal proposta, bem como a falta de andamento do inquérito há mais de um ano. Retomam, a seguir, assim, a argumentação de que a Receita Federal do Brasil (RFB) intimou o contribuinte com o intuito de arrecadar documentos e validá-los, por via oblíqua, para fins de constituição dos crimes imputados aos autuados, através de posterior compartilhamento com a Polícia Federal em Fortaleza.

b) Após breve síntese da autuação, passam a fundamentar seu recurso, dividindo-o nos seguintes itens:

b.1) **Quanto ao sigilo bancário:** Entendem que todas as peças acostadas aos autos se referem ao sigilo de terceiras pessoas que não os recorrentes, refutando a documentação citada pelo Acórdão recorrido em seu item 7, da seguinte forma:

e-fl. 179: Trata-se de ofício da RFB informando ao Juiz Federal de Fortaleza que um dos investigados iria dizer toda a verdade.

e-fls. 187/189: Trata-se de decisão judicial que defere a quebra de sigilo de pessoas jurídicas outras – Federação Cearense de Automobilismo, Capitalize Fomento Comercial e Construtora Marquise.

e-fls. 190/191: Trata-se de documentação arrecadada pela Polícia Federal e Receita Federal nos mandados de busca e arrecadação, os quais, por decisão do STJ, devem permanecer lacrados até decisão final, decisão esta que beneficia diretamente os documentos arrecadados na sede da residência da recorrente IESA, do recorrente Marco Bernardi e na Residência de Jauvenal OMS.

Quanto ao item 10 do recorrido, transcreve excerto do Acórdão prolatado nos autos do HC 198.224-CE que se refere a interceptação telefônica dos pacientes. Encerra o item ressaltando inexistir prova, nos autos, da quebra de sigilo dos recorrentes, alegando a insubsistência do auto por se basear na quebra de sigilo bancário de terceiros.

b.2) Quanto à inexistência de fraude: Alega que os fatos descritos não indicam a existência de ação ou omissão dolosa a impedir, retardar a incidência do IRRF. Entende que haveria necessidade da autoridade fiscal demonstrar objetivamente a tentativa dos contribuintes omitirem arditamente a necessidade de retenção a título de IRRF, tendo, porém, se limitado a demonstrar, em tese, que os pagamentos a título de adiantamento teriam retornado aos recorrentes, sendo utilizados com a intenção de fraudar o Imposto de Renda da Pessoa Física ou prejudicar a incidência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, temas que fogem completamente ao escopo da incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte.

Propugna que não restou comprovado o comportamento de fraude dos recorrentes, mas apenas o seu inadimplemento, a ausência de retenção do IR, requerendo que o auto de infração e a imposição de multa sejam anulados, principalmente, com relação à fraude.

c) Quanto à decadência: Defende a aplicabilidade, no caso de acolhimento da fundamentação da ausência de fraude, do disposto no art. 150, § 4o. da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), ressaltando que, nesta hipótese, restaria extinto o direito de exigir o crédito tributário dos fatos geradores ocorridos até 19 de novembro de 2008.

d) Quanto à multa de ofício duplicada e a sua majoração em 50% : Entende não caber a duplicação da multa efetuada, uma vez que o presente processo cuida de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte, não havendo prova de que os recorrentes ludibriaram o Fisco para não pagar o IRRF. Ressalta que em momento algum restou caracterizado o retardamento, a criação de empecilhos, ou por ventura se logrou esconder o inadimplemento por parte dos recorrentes, com todos os fatos tendo sido documentados em sua escrita contábil. Volta a mencionar a falta de andamento da ação penal, afirmando que não há sonegação, não há fraude, mas tão somente o inadimplemento dos autuados.

Finalmente, quanto aos argumentos referentes à majoração da multa em 50%, ainda que tal matéria não esteja mais em litígio no âmbito do Recurso Voluntário, permanece a mesma em litígio no âmbito do Recurso de Ofício e, assim, achou-se por bem reproduzir as alegações dos contribuintes em sede do presente Relatório.

Alegam, aqui, os recorrentes, que as requisições foram atendidas, na medida de sua possibilidade jurídica, havendo documentos que não estavam em posse dos recorrentes, bem como eram objeto de outro procedimento. Alega que a documentação requisitada sempre esteve em poder do Fisco, com as justificativas, esclarecimentos e requisições não passando de ardil para agravar a pena dos Recorrentes, entende assim incabível a majoração da multa em 50%.

Do exposto, requerem os recorrentes que:

a) Se declare a insubsistência e improcedência da ação fiscal, cancelando-se o débito fiscal, uma vez que: a.1) A ação fiscal foi movida em flagrante inconstitucionalidade, baseada em quebra do sigilo bancário dos Recorrentes, sem a prova da autorização judicial; a.2) A ação fiscal resta ilegal por ser decorrência direta de procedimento criminal suspenso, tendo já sido declarado, para outros envolvidos no procedimento criminal, a ilegalidade das provas obtidas;

b) Não sendo acolhida nenhuma das preliminares ao mérito, requer-se que seja acolhida a desconstituição da fraude, pois, conforme exaustivamente o que ocorreu foi o inadimplemento;

c) Após a desconstituição da fraude no Imposto de Renda Retido na Fonte, requer o reconhecimento da decadência de grande parte dos lançamentos.

d) Se ainda assim, mantiver o auto, requer que a multa seja reduzida proporcionalmente aos atos praticados;

e) Outrossim, requer que a solidariedade seja anulada. No entanto, não entendendo desta forma, espera que ela seja mitigada para os atos, eventualmente, cometidos pelo impugnante Marco Bernardi;

f) Caso não seja acolhido nenhum pedido para cancelamento e desconstituição do crédito tributário total, que seja reduzido o crédito tributário às ações em que forem comprovadas à fraude.

O julgamento foi convertido em diligência através da Resolução nº 2101-000.193 desse Conselho (2ª Seção, 1ª Câmara, 1ª Turma), fls. 531/543. A mencionada decisão pede esclarecimentos, nos seguintes termos:

a) Como se deu, em detalhes (mencionando números de Ofícios e/ou outros expedientes) a obtenção pela autoridade autuante da documentação carreada aos autos (inclusive, aqui, a documentação bancária de e-fls. 82 a 87 e 89 a 94) ? Teria sido a mesma obtida pela Polícia Federal no âmbito do IPL 1311/08 e posteriormente transferida à Receita Federal ?

b) Quanto à documentação bancária utilizada, teria se originado a mesma de envio pelas instituições financeiras, na forma relatada pelo relatório de fls. 20 a 21, com prévio afastamento de sigilo bancário autorizado judicialmente, ou de RMF, ou através de autos de busca e apreensão ?

c) Houve, em algum momento, o afastamento dos sigilos bancário e telefônico, por força de decisão judicial, dos impugnantes IESA Projetos, Equipamentos e Montagens S/A e Marco Antonio Bernardi, bem como a autorização judicial do compartilhamento, com a Receita Federal do Brasil, das informações assim obtidas pela Polícia Federal relacionadas aos recorrentes e utilizadas no presente lançamento?

d) Juntar aos autos, também, os lançamentos contábeis mencionados no item 15 do relatório de e-fl. 113, de forma que se esclareça a posterior apropriação ao resultado pela empresa dos montantes contabilizados na conta de adiantamento ou serviço de terceiros, na forma do mencionado item 15.

Em cumprimento à referida Resolução, foi exarada a Informação fiscal de fls. 546/548, em que a Autoridade Fiscal assim se manifestou:

a) Os documentos de fls 82, 89, 90, 91, 92, 93 e 94 foram enviados à DRF AQA juntamente com memorando nº 15 SRRF03/Difis de 07.MAI.2013, onde anexo também constava representação da SAPAC DRF Fortaleza (juntados às efls 19/21 do processo 18088.720393/2013- 47), oriundo de trabalho em conjunto com o Escritório de Pesquisa e Investigação – ESPEI. Estes documentos foram utilizados por aquela DRF para subsidiar procedimento de auditoria em face dos contribuintes da jurisdição da DRF Fortaleza. Salienta-se, segundo o citado expediente, que a quebra do sigilo bancário foi autorizada pelo Juiz da 11ª Vara Federal do Ceará, conforme consta na página 2 (e-fls 19/21)

Posteriormente, em complemento aos documentos acima mencionados, a fiscalização da DRF Fortaleza indicou o processo administrativo fiscal 10380.726219/2013-91, de onde foram extraídos os documentos de fls 83, 84, 85, 86 e 87. O citado processo é um dos autos de infrações de IRPF lavrado contra José Hybernon Cysne Neto, um dos envolvidos no esquema.

b) A documentação bancária foi obtida conforme descrito na resposta ao quesito “a”.

c) Conforme já descrito no quesito “a”, a documentação foi enviada pela SRRF03 à DRF Araraquara e extraída, também, do Processo 10380.726219/2013-91. A DRF Araraquara não solicitou a quebra de sigilo bancário (via Requisição de Movimentação Financeira - RMF ou judicial) dos envolvidos, haja vista que os mesmos documentos utilizados nos processos administrativos dos contribuintes pertencentes à jurisdição da DRF Fortaleza também foram utilizados na auditoria da IESA PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A (jurisdição da DRF Araraquara).

As transações que ligam o Sr. JOSÉ HYBERNON a terceiros, via Federação Cearense de Automobilismo (FCA), tiveram a quebra de sigilo deferida e o compartilhamento para a RFB autorizado judicialmente, conforme anexo I deste relatório

As transações que ligam o Sr. JOSÉ HYBERNON a terceiros, via pessoa jurídica KARLA LUSITANO CYSNE, foram conhecidas e tiveram o estudo aprofundado mediante a lavratura formal de duas Requisições de Movimentação Financeira (RMF) emitidas pela DRF Fortaleza (anexo II deste relatório)

Vale também deixar consignado que o terceiro que aparece em qualquer polo da transação bancária não necessita juridicamente de ter o seu sigilo bancário próprio quebrado para uso da informação pela RFB. Evidentemente, deve esse terceiro ser auditado, mediante a dialética processual adequada, para se manifestar sobre as circunstâncias da operação em si. A alegação em sede de defesa da existência/inexistência dessa

quebra específica (e desse compartilhamento) se traduz em mero direito de atacar formalidade (que não existe na prática), dado que não consegue explicar a matéria de mérito.

d) No anexo III deste relatório consta o razão da conta “1.1.10.2.034.002 SERVIÇOS DE TERCEIROS” de maio/2008 (III-A) e julho/2008 (III-B) onde, no final de cada mês, a citada conta foi zerada e o respectivo saldo foi transferido para a conta “1.1.10.2.034.0040 processo produtivo”. No anexo IV consta o razão da conta “1.1.10.2.034.0040 PROCESSO PRODUTIVO”. É de se notar que no dia 31/12/2008 há dois lançamentos para a conta “1.10.2.034.0050 TRANSFERÊNCIA PARA CPV”: Um de R\$ 25.090.234,50 e outro de R\$ 3.701.935,56. No anexo V consta o razão da conta “1.10.2.034.0050 TRANSFERENCIA PARA O CPV”, onde são feitas transferências para contas de resultado, cujo código inicia-se com “3”, como, por exemplo: “3.3.02.1.005 MÃO DE OBRA”; “3.3.05.1.001 MATERIAIS”; “3.3.05.1.003 SERVIÇOS CONTRATADOS”; “3.3.02.1.003 MATERIAIS”.

De todo o exposto, tendo sido respondido aos quesitos solicitados pelo CARF, encaminho o presente processo à SACAT DRF AQA para que seja dado ciência ao contribuinte e, também, para as demais providências de sua alçada.

Foram anexados ao e-processo, juntamente com este relatório

1) Anexo I: Autorização judicial para que fossem compartilhadas com a Receita Federal do Brasil as informações e documentos do processo judicial

2) Anexo II: RMFs emitidas pela DRF Fortaleza, onde foram solicitados extratos bancários e cópias de documentos bancários de KARLA LUSITANO CYSNE.

3) Anexo III “A” e III “B”: Razão da conta contábil “1.1.10.2.034.002 SERVIÇOS DE TERCEIROS”;

4) Anexo IV: Razão da conta contábil “1.1.10.2.034.0040 PROCESSO PRODUTIVO”;

5) Anexo V: Razão da conta contábil “1.10.2.034.0050 TRANSFERÊNCIA PARA CPV”

É o Relatório.

Voto

Daniel Melo Mendes Bezerra, Conselheiro Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche aos demais requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

O Recurso de Ofício atende ao que estabelece a Portaria MF nº 3, de 03 de janeiro de 2008, portanto, deve ser conhecido.

Recurso de Ofício

A decisão de primeira instância, por maioria, afastou o aumento da multa de ofício, pela metade, em decorrência da conduta do sujeito passivo de não prestar esclarecimentos à Fiscalização, com base no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996. De acordo com o entendimento da instância *a quo* houve um *bis in idem*, na medida em que a recusa ou atendimento insatisfatório da intimação para justificar saídas de disponibilidades configuram a hipótese infracional de pagamento a beneficiário não identificado ou sem comprovação de causa, valor sujeito à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de trinta e cinco por cento, sancionada com multa de ofício, sendo vedado reconhecer a mesma circunstância fática caracterizadora do ilícito como causa de aumento da respectiva sanção.

A falta de atendimento à Fiscalização para prestar esclarecimentos restou configurada através das várias intimações realizadas e não atendidas pelo sujeito passivo. Muito embora este apresentasse justificativas e requeresse dilações de prazo, o certo é que os esclarecimentos não foram prestados e a Fiscalização teve o seu trabalho dificultado em face do não exercício do dever de colaboração com as autoridades fazendárias perpetrado pela contribuinte.

Diferentemente da decisão *a quo*, entendo que não foi a recusa ou atendimento insatisfatório da intimação que levou a Autoridade Fiscal a lançar o crédito tributário, mas se iniciou com um minucioso trabalho de investigação que envolveu o setor de inteligência da Receita Federal do Brasil (ESPEI), a Polícia Federal e o próprio Ministério Público Federal. Foi na conduta do sujeito passivo que a Fiscalização identificou o fato imponible, identificando todo o esquema fraudulento de sonegação fiscal. O não atendimento das intimações para prestar esclarecimentos consistiram em um óbice transponível, vez que a Fiscalização atingiu seu desiderato, mesmo, como já dito, tendo o seu trabalho em muito dificultado pela conduta omissiva do sujeito passivo de não colaboração com o trabalho desenvolvido na ação fiscal.

Destarte, não há como reconhecer que as sanções impostas, multa de ofício decorrente do não pagamento de Imposto de Renda no vencimento da obrigação tributária e aumento da multa sejam decorrentes da mesma circunstância fática, e que tenha havido *bis in idem*.

A multa de ofício (art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996) é decorrente do inadimplemento do tributo e o aumento dessa multa pela metade (art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996) é uma sanção pela conduta do sujeito passivo de não prestar esclarecimentos. Para o caso que se cuida, não vale a máxima do Direito Penal que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo. O princípio *nemo tenetur se detegere* (o direito de não produzir prova contra si mesmo) encontra óbice intransponível no multicitado art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996.

Assim sendo, todos os contribuintes têm o dever de colaborar com o Fisco, fornecendo-lhe esclarecimentos, quando solicitado, ainda que estes esclarecimentos não lhe surtam efeitos favoráveis. O não cumprimento desse dever acarreta a sanção de aumento da multa de ofício pela metade, como aplicou a Fiscalização no presente. Verifica-se que o sujeito passivo foi instado a se manifestar acerca de 46 (quarenta e seis) transações bancárias, mas permaneceu inerte de forma voluntária, fato que por si só, caracterizaria o aumento da multa de

ofício pela metade. Entretanto, além dessa, foram várias as ocorrências de não atendimento à Fiscalização para prestar esclarecimentos.

De todo o exposto, voto por conhecer do Recurso de Ofício para dar-lhe provimento, restabelecendo o aumento da multa de ofício pela metade (225%), nos exatos termos do lançamento efetuado pela Autoridade Fiscal.

Da Decadência

A recorrente alega a decadência, nos termos do artigo 150, §4º do CTN, porém a contagem para o caso em tela deve ser feita através do artigo 173, I, conforme será demonstrado.

É entendimento pacífico neste Conselho que é aplicável o artigo 173, I em casos de dolo, fraude ou simulação, conforme súmula abaixo:

Súmula CARF nº 72: Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

No mérito será demonstrada a ocorrência dos fatos que ensejam a contagem nos termos do artigo 173, I do CTN.

A ciência do lançamento se deu em 19/11/2013 (fl.127). O fato gerador mais antigo se reporta à 18/01/2008. Portanto, o crédito tributário poderia ser lançado até 31/12/2013, não havendo que se falar em período decadente, como quer fazer crer a recorrente.

Do Sigilo Bancário

A recorrente manifesta insurgência ao presente lançamento, alegando que os documentos que lhe embasaram se referem ao sigilo de terceiros pessoas que não os recorrentes, maculando o crédito tributário por ilicitude na obtenção das informações.

Quanto à obtenção de dados dos recorrentes, a Autoridade Fiscal assim se manifestou por ocasião do cumprimento da Resolução exarada por este Conselho:

Os documentos de fls. 82, 89, 90, 91, 92, 93 e 94 foram enviados à DRF AQA juntamente com memorando nº 15 SRRF03/Difis de 07.MAI.2013, onde anexo também constava representação da SAPAC DRF Fortaleza (juntados às e-fls 19/21 do processo 18088.720393/2013-47), oriundo de trabalho em conjunto com o Escritório de Pesquisa e Investigação – ESPEI. Estes documentos foram utilizados por aquela DRF para subsidiar procedimento de auditoria em face dos contribuintes da jurisdição da DRF Fortaleza. Salienta-se, segundo o citado expediente, que a quebra do sigilo bancário foi autorizada pelo Juiz da 11a Vara Federal do Ceará, conforme consta na página 2 (e-fls 19/21)

Posteriormente, em complemento aos documentos acima mencionados, a fiscalização da DRF Fortaleza indicou o processo administrativo fiscal 10380.726219/2013-91, de onde foram extraídos os documentos de fls. 83, 84, 85, 86 e 87. O citado processo é um dos autos de infrações de IRPF lavrado contra José Hybernon Cysne Neto, um dos envolvidos no esquema.

Infere-se da transcrição supra que não há qualquer irregularidade na obtenção dos documentos que serviram de supedâneo para o presente lançamento. Além da prova emprestada, restou consignado que o sigilo bancário foi quebrado pela 11a Vara da Justiça Federal no Ceará. Portanto, não existe mácula no presente lançamento em relação à obtenção de documentos.

De outra sorte, impende ressaltar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu na sessão de 24.02.2016 o julgamento conjunto de cinco processos (ADIs 2397 2386, 2389, 2390, 2397 e 2406) que questionavam dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial.

No referido julgado, por maioria de votos prevaleceu o entendimento de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.

Desse modo, a Receita Federal do Brasil tem a prerrogativa de obter informações bancárias dos sujeitos passivos da relação tributária visando coibir infrações à lei.

Assim, não assiste razão à recorrente quando afirma que o lançamento está lastreado em provas obtidas por meio ilícito.

Da Fraude

Em relação ao artifício ardiloso perpetrado pelos recorrentes e os pilotos de automobilismo, consistente na prática simulada de ocorrência de patrocínio esportivo, tenho que o Relatório Fiscal efetuou a subsunção do fato à norma com riqueza de detalhes que não deixaram dúvidas acerca da irregularidade da conduta, seja sob o ponto de vista tributário ou penal. O retorno do numerário pago a título de patrocínio para a empresa e sócio, demonstra, sem sombra de dúvidas, a engenhosidade do grupo para fraudar, simular e agir em conluio para encobrir a ocorrência do fato gerador.

A situação fática narrada demonstra um desapego do recorrentes ao cumprimento da lei. A caracterização da fraude restou assim consignada no Relatório Fiscal (itens 17 a 21.4 – fls. 114 a 115):

17 O que passo a descrever adiante é que ficou COMPROVADA UMA FRAUDE PERPETUADA CONTRA A FAZENDA NACIONAL, quando parte dos valores pagos aos beneficiários descritos no anexo do termo 02 (fls 46/49) eram depositados na conta corrente de Marco Antonio Bernardi

(presidente da IESA segundo cadastro da RFB – fls 62 e diretor financeiro, segundo ficha de breve relato da JUCESP – fls 63/75), conforme inicialmente descreveu o expediente da DRF Fortaleza, já noticiado no item 1 deste relatório. Os documentos acostados a este processo foram enviados à RFB juntamente com o expediente da ESPEI, dando conta do fluxo de pagamentos (fls 76) entre a IESA e JOSÉ HYBERNON CYSNE NETO, HTECH TECNOLOGIA E PARTICIPAÇÕES e KARLA LUSITANO CYSNE e MARCO ANTONIO BERNARDI.

18 No caso em tela, os pagamentos feitos pela IESA foram efetuados a JOSÉ HYBERNON CYSNE NETO, CPF 120.808.023-72, piloto automobilístico (fls.77/78) e dirigente da Federação Cearense de Automobilismo; à pessoa jurídica HTECH TECNOLOGIA E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ 08.411.805/0001-30 cuja pessoa física José Hybernon é responsável perante a RFB e também sócia; à pessoa jurídica individual KARLA LUSITANO CYSNE, CNPJ 72.403.678/0001-23 (a titular, KARLA, é irmã de José Hybernon). Todas as pessoas físicas e jurídicas citadas anteriormente têm domicílio em Fortaleza/CE.

19 Houve ainda casos de pagamentos à pessoa jurídica individual LUIZ CARLOS ZEPELINI ME, CNPJ 10.478.419/0001-07, cujo titular é LUIZ CARLOS ZEPELINI, CPF 422.070.109-53, também piloto automobilístico (fls 79) e, finalmente, à RODOERRE LOGÍSTICA LTDA, CNPJ 85.116.259/0001-55, cujo responsável perante a RFB e sócio é LUIZ CARLOS ZEPELINI. Esses últimos, com domicílio em Balneário Camboriú/SC.

20 Cabe frisar que, através de instrumento de procuração (fls 80/81), a pessoa jurídica KARLA LUSITANO CYSNE deu totais poderes a JOSÉ HYBERNON CYSNE NETO para administrar a empresa. Assim, infere-se que o fluxo de pagamentos recebidos pela PJ KARLA LUSITANO CYSNE era movimentado por JOSÉ HYBERNON CYSNE NETO.

21 Pelo fluxo abaixo, demonstra-se a engenharia financeira descrita no item 1:

21.1 No dia 05.05.2008 a IESA enviou à JOSE HYBERNON CYSNE NETO o valor de R\$ 519.410,00 (através do BCO REG BRASILIA - AG. 022 C/C 003694-2 - conforme item 8 do livro razão – fls 46/49).

21.1.1 No mesmo dia (05.05.2008) foi transferido para a conta de MARCO ANTONIO BERNARDI (presidente/diretor financeiro da IESA) o valor de R\$ 65.000,00 (comprovante às fls 82). Quem enviou o valor foi JOSE HYBERNON CYSNE NETO – Banco Itaú AG 7018 c/c 46870-7.

21.2 No dia 02.07.2008 a IESA enviou à KARLA LUSITANO CYSNE o valor de R\$ 110.000,00. Nota-se que na

contabilidade consta 04.07.2008 (item 12 do anexo às fls 46/49), mas a data do pagamento foi em 02.07.2008, conforme documento às fls 83/84.

21.2.1 No dia seguinte, KARLA emitiu um DOC de R\$ 55.000,00, que foi depositado na conta do Bradesco de José Hybernon Cysne Neto (fls 85) e um cheque de R\$ 55.000,00, que foi depositado na conta do Itaú de José Hybernon Cysne Neto, conforme fluxo desenhado às fls 88. As saídas dos dois valores de R\$ 55.000,00 constam no documento às fls 83/84.

21.2.2 Dia 03.07.2008 José Hybernon emitiu um cheque de R\$ 55.000,00 (fls 86) nominal a Marco Antonio Bernardi, que foi depositado na conta do mesmo dia, via TED (fls 87).

21.3 Em 04.08.2008 a IESA enviou à KARLA LUSITANO CYSNE o valor de R\$ 23.395,00 (através do BCO HSBC - AG.985 C/C 14916-11 – conforme item 21 do livro razão – fls 46/49).

21.3.1 No dia 08.08.2008 (quatro dias depois) foi transferido para a conta de MARCO ANTONIO BERNARDI (presidente/diretor financeiro da IESA) o valor de R\$ 22.500,00 (fls 89). Quem enviou o valor foi JOSE HYBERNON CYSNE NETO – Banco Itaú AG 7018 c/c 46870-7.

21.4 Em 21.11.2008 a IESA enviou à conta de JOSE HYBERNON CYSNE NETO o valor de R\$ 273.135,00, no Banco Itaú. Nota-se que na contabilidade consta o lançamento HTECH Tecnologia (BCO BRADESCO AG 2836 C/C 12414-1 – item 37 do livro diário – fls 46/49).

21.4.1 No dia 25.11.2008 José Hybernon emitiu um DOC de R\$ 114.990,50 do Banco Itaú e enviou para sua conta no Banco Bradesco (fls 90/91).

21.4.2 Nesta mesma data, JOSÉ HYBERNON emitiu um cheque do Bradesco de R\$ 114.900,00 (fls 92/93), nominal a Vanderlei da Costa Lima (empregado da PJ KARLA LUSITANO CYSNE, segundo CNIS). Este cheque, aparentemente, teria sido sacado da “boca do caixa”. Mas, analisando a fita detalhe de caixa, nota-se que o valor foi depositado na conta de MARCO ANTONIO BERNARDI – presidente/diretor financeiro da IESA (fls 94).

Concluiu-se, portanto, que a fraude consistia no fato de que, parte dos pagamentos feitos a terceiros, cuja causa não foi comprovada pela fiscalizada retornava para o sócio da IESA, Sr. Marco Antonio Bernardi, CPF 046.529.158-96.

A fraude é assim definida pela legislação, mais especificamente pelo artigo 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964:

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a

impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Restou clara a tentativa da recorrente de esconder os pagamentos que fez a seu diretor, com o evidente intuito de evitar o pagamento do imposto devido.

A solicitação dos recorrentes de que, caso seja entendida a ocorrência fraude, que esta seja reconhecida apenas em relação aos valores que retornaram para seu diretor financeiro/presidente no montante total de aproximadamente R\$ 256 mil, não pode ser atendida, vez que restou comprovado nos autos que transitaram vários milhões de reais em contas de pessoas com ligações diretas com a empresa, tendo este julgador se convencido de todas agiam de forma coordenada para tentar burlar o Fisco.

Desse modo, tenho como caracterizada a fraude, não merecendo reparo o lançamento ou a decisão recorrida quanto a este aspecto.

Qualificação da Multa de Ofício

Caracterizada a ocorrência de fraude, cabe a qualificação da multa de ofício, nos termos do art. 44 da Lei 9.430/1996, que assim regula a matéria:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

- *§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

Desse modo, a aplicação em dobro da multa de ofício pela caracterização da fraude deve ser mantida.

Responsabilidade Solidária dos Sócios

Em relação à responsabilização pessoal do sócio da IESA, verifica-se que o fato de o mesmo ter recebido parte dos pagamentos de volta em sua conta bancária o vincula a todos os pagamentos realizados às mesmas terceiras pessoas cuja causa da operação não foi comprovada.

Neste passo, com acerto agiu a fiscalização ao atribuir a responsabilidade solidária pelo crédito tributário constituído a Marco Antonio Bernardi, CPF 046.529.158-96, que figura como Diretor Presidente da IESA, com base nos artigos 124, inciso I, e 135, inciso III, do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

(...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Como visto, a legislação de regência é clara no sentido da responsabilização pessoal do diretor quando agem com infração à lei. Desse modo, não merece reforma esse aspecto do lançamento.

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por conhecer dos recursos, para dar provimento ao Recurso de Ofício e negar provimento ao Recurso Voluntário.

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

Processo nº 18088.720393/2013-47
Acórdão n.º **2201-003.470**

S2-C2T1
Fl. 773
