

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

Processo nº 19515.000118/2007-41
Recurso nº 165.452 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.484 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2009
Matéria IRF - Ano(s): 2002 a 2004
Recorrente ESCOVAS ROGER COMERCIAL E REPRESENTAÇÕES LTDA
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. Constatado que as infrações apuradas foram adequadamente descritas nas peças acusatórias e no correspondente Termo de Verificação Fiscal e que o contribuinte demonstra ter perfeita compreensão dos fatos relatados, exercendo plenamente seu direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento, por conta do suposto cerceamento do direito de defesa.

PAGAMENTO SEM CAUSA A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IRRF. Não tendo sido comprovada a causa e/ou beneficiário da operação que deu origem aos pagamentos efetuados, correta a ação fiscal ao cobrar o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre a base de cálculo ajustada, conforme determinado pela legislação.

MULTA QUALIFICADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. (Súmula 1º CC nº 14)

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. JUDICIAIS. DOUTRINA. EFEITOS. As decisões administrativas e judiciais invocadas, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Assim, seus efeitos não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente se aplicam à questão em análise e vinculam as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade de lei, que não é o caso dos julgados transcritos. A doutrina reproduzida não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, sobretudo em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade.

Recurso provido parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, para reduzir a multa de ofício de 150% para 75%.

Francisco de Assis de Oliveira Júnior – Presidente

Eduardo Tadeu Farah - Relator

EDITADO EM: 12 MAR 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Eduardo Tadeu Farah, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Francisco Assis de Oliveira Júnior (Presidente). Ausente, justificadamente, a Conselheira Janaína Mesquita Lourenço de Souza.

Relatório

Escovas Roger Comercial e Representações Ltda recorre a este conselho contra a decisão de primeira instância proferida pela 4ª. Turma da DRJ de São Paulo I, pleiteando sua reforma, nos termos do Recurso Voluntário de fls. 685 a 715.

Trata-se de exigência de Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF (fls. 293 a 298), no montante de R\$ 2.764.850,83, incluindo imposto, multa de ofício de 150% e juros de mora, calculados até 29/12/2006.

A infração apurada pela fiscalização foi decorrente de remessas de recursos ao exterior no episódio conhecido como "BEACON HILL", que transitaram em conta e subconta bancária no exterior (no "MERCHANTS DBT", em 2002 e no "LESPAN TBL", em 2002, 2003 e 2004, ambos em New York), nos valores totais de US\$ 137.774,46 correspondentes a R\$ 334.008,18, no ano-calendário de 2002, no "MERCHANTS DBT", e no "LESPAN TBL", de US\$ 167.473,33 correspondentes a R\$ 574.125,80, no ano-calendário de 2002, de US\$ 137.057,36 correspondentes a R\$ 436.128,67, em 2003, e de US\$ 100.847,40 correspondentes a R\$ 290.600,37, em 2004, cuja causa não foi comprovada e cujo beneficiário não foi identificado.

A fiscalização formalizou a Representação Fiscal Para Fins Penais, consubstanciada no processo de nº 19515.000119/2007-95.

Cientificada do auto de infração em 14/02/2007, a autuada apresentou Impugnação (fls. 305 a 346), alegando, resumidamente:

a) o auto de infração é nulo em razão de cerceamento do direito de defesa, pois no início da ação fiscal, em vista da ausência do titular da empresa, não foi concedido

prazo adicional para a localização de documentos, livros e respostas aos questionamentos efetuados pela fiscalização;

b) as relações denominadas anexo 01, 02, 03 e 04, às fls. 202 a 209, não estão amparadas por provas, o que impede a análise para impugná-las;

c) a Constituição (art. 5º, inciso LV), a Lei n.º 9.784/1999, especialmente seu art. 2º, parágrafo único, inciso X e o Código Processo Civil (art. 125) devem ser aplicados a fim de anular o auto de infração;

d) a fiscalização não demonstrou a omissão de receitas, pois as informações repassadas à RFB não provam a imputação, visto que não há assinaturas da impugnante em nenhum dos documentos apresentados como prova;

e) existem inúmeras empresas denominadas “ESCOVAS ROGER” ou mesmo “ESCOVAS”, cuja existência fica evidenciada pela busca na Internet, conforme fls. 438 a 561, podendo, portanto, tratar-se de homônimos.

f) não cabe a incidência do IRRF, pois não houve pagamento a terceiros;

g) que os fatos apontados podem se constituir em meros indícios, mas não em prova, e não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos, nem podem ser tomados como acréscimo patrimonial. Afirma que seria preciso provar que houve lucro, acréscimo patrimonial, renda ou provento para amparar lançamento lastreado em omissão de receitas. De acordo com os arts. 43, 44, 114 e 142 do CTN, não foi provada a ocorrência do fato gerador;

h) sustenta que não há qualquer indicação de que tenha sido ordenante/remetente ou mesmo beneficiária dos recursos movimentados no exterior e que a fiscalização admite que o lançamento foi baseado na presunção de que os valores em tela são oriundos de receitas omitidas em face de sua origem não ter sido comprovada. Autoriza a quebra do seu sigilo bancário e relaciona suas contas bancárias no Brasil;

i) não há provas de que enviou e/ou movimentou divisas no exterior à revelia do Sistema Financeiro Nacional, ordenando, remetendo ou se beneficiando de tais recursos por meio de contas ou subcontas;

j) há apenas presunções fundadas em depoimentos, relações, informações, mas nenhum documento que comprove que assinou qualquer cheque, ordem de pagamento, ordem de crédito, ou qualquer outro instrumento que confirme a efetiva remessa de numerário ao exterior;

k) a presunção “*juris tantum*”, conforme a própria definição do termo, admite prova em contrário, não podendo, por certo, ser afastada por meros indícios sem qualquer lastro probatório considerável. Saliente-se que, “*in casu*”, não houve apresentação de qualquer prova inequívoca de que realizou aquelas operações bancárias. Portanto, os fatos apontados são meras conjecturas a refletir presunção unilateral da recorrente. A utilização da presunção no direito tributário não encontra fundamento de validade na Constituição, pois sempre haveria uma parcela de dúvida na presunção;

l) as DIPJ's da empresa comprovam a incapacidade financeira para efetuar tais operações;

m) a multa aplicada é de caráter confiscatório e, portanto, inconstitucional, devendo, se fosse o caso, ser aplicada a multa de 2% do art. 52, § 1º, da Lei n.º 9.298/1996 ou a de 75% do art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/1996.

A 4ª. Turma da DRJ de São Paulo - I julgou procedente a exigência, consubstanciada nas ementas abaixo transcritas:

*NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.
PROVAS. INOCORRÊNCIA.*

A descrição dos fatos é clara e as imputações feitas à empresa foram bem compreendidas. A discussão das provas não é questão preliminar, salvo se tratar da forma como foram obtidas, se legal ou ilegalmente, o que não é o caso. Preliminares indeferidas.

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

PAGAMENTOS SEM CAUSA E/OU A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS. REMESSAS ILEGAIS AO EXTERIOR.

Os recursos remetidos ilegalmente ao exterior cuja destinação final não foi comprovada subsumem-se às disposições legais relativas aos pagamentos sem causa e/ou a beneficiários não identificados.

MULTA QUALIFICADA.

A prática reiterada de remeter ilegalmente ao exterior recursos para efetuar pagamentos cuja causa não foi comprovada visa ocultar a ocorrência do fato gerador e configura evidente intuito de fraude que justifica a aplicação da multa qualificada de 150%.

INCONSTITUCIONALIDADE. MULTA.

A instância administrativa não se manifesta a respeito de supostas inconstitucionalidades e/ou ilegalidades da legislação tributária.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a atuada apresenta Recurso Voluntário, sustentando, essencialmente, os mesmos argumentos postos em sua Impugnação.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Eduardo Tadeu Farah, Relator

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Alega genericamente a recorrente em seu instrumento recursal cerceamento do seu direito de defesa, asseverando fundamentalmente que “... o princípio do contraditório e ampla defesa somente estarão plenamente assegurados na medida em que o contribuinte possa defender-se (de expressa raiz constitucional), sem embaraço, limitação ou ônus.”

Em relação a preliminar alegada pela recorrente, entendo, pois, que razão não lhe assiste.

Analisando detidamente os autos verifico que a recorrente acompanhou o procedimento fiscal por meio de seu procurador e por diversas vezes se manifestou perante as autoridades fiscais, atendendo substancialmente as solicitações efetuadas pela fiscalização.

É cediço que para que se reconheça a nulidade do lançamento por eventual cerceamento ao direito de defesa é necessário que seja demonstrado, pelo sujeito passivo, a ocorrência de prejuízo ao entendimento dos fatos e da fundamentação da autuação.

As causas de nulidade estão previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, e se restringem, no tocante ao auto de infração, à lavratura por servidor incompetente e, quanto às decisões, às proferidas com preterição do direito de defesa. Ressalta-se também o art. 60 do referido Decreto.

Art. 59 - São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60 – As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Constatado que as infrações apuradas foram adequadamente descritas nas peças acusatórias e que o contribuinte demonstrando ter perfeita compreensão delas exerceu

plenamente o seu direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento por conta do suposto cerceamento do direito de defesa.

Assim sendo, descabe falar em nulidade do lançamento pelos motivos alegados.

Em relação ao mérito sustenta a recorrente que os arquivos magnéticos utilizados pela fiscalização para a lavratura da exigência são apenas indícios, ou seja, não comprovam efetivamente a responsabilidade da recorrente na remessa de recurso ao exterior. Assegura, ainda, que não possui capacidade financeira de efetuar tais operações, conforme DIPJ's carreadas.

Inicialmente cabe o registro de que o "Laudo de Exame Econômico-Financeiro", nº 1258/04 – INC (fls. 250 a 256), elaborado pelos Srs. Peritos Criminais Federais do Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal confirma a autenticidade das mídias computacionais apresentadas pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque.

No item 14 do referido Laudo (fls. 252) é esclarecido que os dados contidos nos arquivos objetos de exame representam transações que foram *efetivamente realizadas* em suas respectivas contas, quer seja a crédito ou a débito.

Portanto, o Laudo representa fielmente todas as informações coletadas pelas autoridades internacionais e, por sua vez, reproduzem (até pela impossibilidade de sua alteração) dados constantes das mídias.

Conquanto o contribuinte alegue que não existem provas de que tenha ele realizado ordens de pagamentos, essa não é a verdade dos autos, uma vez que seu nome consta expressamente como ordenante de diversas transações especificada as fls. 14 a 66 (verso), para a conta 9008295 pertencente à MERCHANTS DBT (OUT) YORK NY e conta 6550845306, pertencente à LESPAN TBL/ NY.

Neste mesmo sentido, convém trazer à baila as conclusões da autoridade lançadora, quando da elaboração do Termo de Verificação Fiscal (fl. 210):

(...) ex positi, fundamentalmente, a constatação de que o contribuinte efetuou pagamentos sem causa e/ou de operação não comprovada, com recursos à margem de sua contabilidade, os quais foram aplicados nas contas, acima identificadas, ficam estes montantes reajustados, conforme o artigo 61, § 3º da Lei nº 8.891/95 e IN nº 4/80 e sujeitos a tributação do IRRF sob a alíquota de 35% pelo que será lavrado o competente auto de infração do IRRF;

Peritos do Instituto Nacional de Criminalística (INC) DO Departamento de Polícia Federal atestaram a autenticidade das ordens de pagamento obtidas, identificando o ordenante, seus beneficiários no exterior (cópias de 106 páginas anexas no Termo de Intimação); (grifei)

Pelo que se vê, a autoridade fiscal conclui pela responsabilidade da recorrente nas diversas remessas, enquadrando as referidas operações como pagamento sem causa e/ou

operação não comprovada, na forma do o artigo 61, § 3º da Lei nº 8.891/1995, caracterizando, portanto, omissão de receitas nos valores totais anuais de R\$ 908.113,98, em 2002; R\$ 436.128,67, em 2003 e de R\$ 290.600,37, em 2004.

Frise-se que em algumas ordens bancárias consta como natureza da operação pagamento de produtos para cabeleireiros (fl. 46), bem como pagamento de escovas e pentes (fl. 50), demonstrando, até que prove o contrário, remessas de recursos ao exterior para quitação de matéria-prima importada relacionadas com o objeto social da empresa, qual seja, comercialização de produtos de toucador como escovas e cosméticos em geral (fl. 85).

Por outro lado, a recorrente não apresenta qualquer prova da origem ou aplicação dos recursos, se limitando a alegar que a autoridade fiscal presumiu a ocorrência das remessas.

Esclareça-se, por oportuno, que a empresa não possui homônimos perfeitos, razão pela qual considerando todas as cautelas que cercam as operações dessa natureza, não há nenhum indício concreto que possa levar à conclusão de que alguém tivesse se enganado, consciente ou inconscientemente, quanto ao nome da recorrente ou estivesse tentando encobrir terceiros, conforme alegado.

Outrossim, verifica-se que não há nos autos qualquer indicação de que o responsável pela recorrente tenha tomado qualquer medida, seja perante a Polícia ou perante o Poder Judiciário, para verificação da utilização indevida de seu nome nestas operações.

Considero assim que documentos constantes dos autos constituem-se em provas contundentes de que o contribuinte de fato foi o remetente dos recursos, de tal sorte que estes devem ser mantidos como tributáveis.

Portanto, como a recorrente não apresenta qualquer prova contrária a exigência, mantenho a autuação nos exatos termos concebidos pela autoridade fiscal.

Por fim, insurge a recorrente contra o percentual da multa aplicada, pois, de acordo com seu ponto de vista, a autoridade fiscal não comprovou o intuito de fraude.

Segundo se extrai do Termo de Verificação Fiscal (fl. 212) o agente fiscal qualificou a exigência sob o seguinte argumento:

Remessa para o exterior ocultando a ocorrência do fato gerador – caracteriza evidente intuito de fraude, nos termos do artigo 957, inciso II, do RIR/99, autorizando a aplicação da multa qualificada de 150%, a prática reiterada de remeter rendimentos ao exterior, sob o falso título de “disponibilidade no exterior”, como forma de ocultar a ocorrência do fato gerador e subtrair-se à obrigação de comprovar o recolhimento do imposto para efetivação da remessa.

Pelo que se observa, entendeu a fiscalização que a recorrente praticou dolo em sua conduta, aplicando, portanto, a multa de 150%, na forma do artigo art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996.

Todavia, peço venia para discordar deste entendimento. Tenho defendido que, para que a multa seja qualificada e, conseqüentemente, elevada para 150% é imprescindível que se configure o evidente intuito de fraude, demonstrado inequivocamente nos autos a partir de elementos probatórios colacionados pela fiscalização.

A autuação concluiu pela omissão de rendimentos. Entendo que a lei autoriza que se conclua pela omissão de rendimentos, todavia, não pelo "evidente intuito de fraude".

Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que a omissão de rendimentos, desacompanhada de outros elementos probatórios do evidente intuito de fraude, não dá causa para a qualificação da penalidade. Assim, para a correta aplicação da multa qualificada, a inobservância da legislação tributária tem que estar acompanhada de prova, pressupondo dolo específico, no sentido de subtrair o imposto que se sabe devido pela utilização de meios fraudulentos.

Esse entendimento encontra-se assentado no Primeiro Conselho de Contribuintes de acordo com o seguinte julgado:

MULTA QUALIFICADA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA MULTA
Somente é justificável a exigência da multa qualificada prevista no artigo art. 44, II, da Lei n. 9.430, de 1996, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502, de 1964. Outrossim, nos termos da Súmula n.º 14 deste Primeiro Conselho, simples omissão na caracteriza evidente intuito de fraude. (Acórdão 106-17037, sessão de 10/09/2008, Rel. Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti)

Invoco, ainda, a aplicação da Súmula n.º 14 do Primeiro Conselho de Contribuintes:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

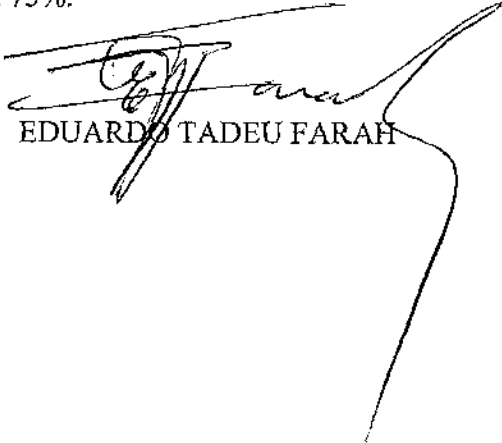
Cumpra ainda ressaltar que a realização de remessa de recursos ao exterior, sem a devida comunicação ao Banco Central do Brasil, constitui infração penal de ordem econômica e não tributária. Portanto, a referida remessa não é fato suficiente para garantir a intenção do contribuinte de reduzir ou suprimir tributo.

Assim, deve o percentual da multa de ofício ser reduzido para 75%, na forma do artigo 44, inciso I, da lei n.º 9.430, de 1996, devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo.

Finalmente, as diversas doutrinas transcritas não podem ser opostas ao texto explícito do direito positivo, sobretudo em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade. De mesmo modo, as decisões administrativas e judiciais

invocadas, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Assim, seus efeitos não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente se aplicam à questão em análise vinculando, apenas, as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade de lei, que não é o caso dos julgados transcritos.

Ante ao exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar e, no mérito, reduzir a multa de ofício de 150% para 75%.



EDUARDO TADEU FARAH



MINISTÉRIO DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº: 19515.000118/2007-41

Recurso nº: 165.452

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intima-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2201-00.484.

Brasília/DF, 12 MAR 2010

FRANCISCO ASSIS DE OLIVEIRA JÚNIOR
Presidente da Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- () Apenas com Ciência
- () Com Recurso Especial
- () Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional