

MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19515.001319/2007-65
Recurso nº 168.151 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.384 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2009
Matéria IRPF - Ex.: 2002 e 2003
Recorrente ELIANA REGINA SCATINHO
Recorrida 6ªTURMA/DRJ-SAO PAULO/SP II

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2002, 2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CAPITULAÇÃO LEGAL NÃO CORRESPONDE COM OS FATOS APRESENTADOS - CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE

Para a nulidade do Auto de Infração é necessário que tanto a fundamentação legal, quanto os fatos narrados estejam em desacordo com o caso concreto. Além disso, é necessário ainda que a falha prejudique, efetivamente, o contribuinte de exercer sua defesa. Apesar do suposto defeito que apresenta o AI, o requerido apresentou sua impugnação dentro do prazo legal e atacando os argumentos aventados para o lançamento do crédito tributário.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA NO EXTERIOR - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. As offshore companies possuem personalidade jurídica própria e diferente de seus sócios e por isso devem responder por seus atos, devendo observar os requisitos legais para a desconsideração da pessoa jurídica, não havendo presunção de abuso de direito. De acordo com o artigo 50 do código civil é necessário para a desconsideração da personalidade jurídica que esta seja autorizada por decisão judicial e deste modo não seria possível para o fisco afastar a personalidade jurídica, devendo autuar a empresa e não seus sócios.

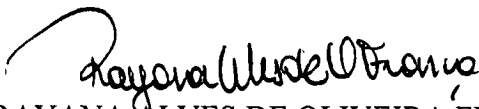
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.



MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA – Presidente



RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANÇA- Relatora

FORMALIZADO EM: 28 SET 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Eduardo Tadeu Farah, Janaína Mesquita Lourenço de Souza, Sérgio Galvão Pereira Garcia (Suplente convocado) e Moisés Giacomelli Nunes da Silva (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado contra a contribuinte Eliana Regina Scatinho, em 31/05/2009, o qual efetuou o lançamento no valor de R\$ 10.777.683,57, dos quais R\$ 3.269.295,83 correspondem a imposto, R\$ 4.903.943,74, a multa proporcional, e R\$ 2.604.444,00, a juros de mora.

O auto referido autua a contribuinte as infrações de acréscimo patrimonial a descoberto e omissão de rendimentos apurada com base em depósitos bancários em conta bancária mantida no exterior, conforme fls. 230 a 234. Foi aplicada ainda multa agravada no valor de 150%.

Intimada a contribuinte, esta ofereceu impugnação ao lançamento, com base nos argumentos, relatados pelo voto de primeira instância, os quais adoto nesta parte:

"I- DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

3.1- cabe argüir a nulidade do Auto de Infração, uma vez que há graves equívocos na capitulação legal, fato que compromete o pleno entendimento das acusações;

3.2- no que toca à questão da omissão de rendimentos, é mencionada a infração ao art. 55, incisos I a IV, VI, IX a XII, XIV a XIX, do RIR/99 (reproduz os referidos incisos), não sendo difícil de perceber que os dispositivos mencionados não guardam qualquer relação com a infração imputada à impugnante;

3.3- dessa forma, deve ser o lançamento declarado nulo, em razão de vício quanto à capitulação legal, que resulta em evidente cerceamento de defesa da contribuinte, por não lhe permitir a segura compreensão das acusações.

II- DO MÉRITO

3.4- conforme informado em suas declarações de imposto de renda, a recorrente adquiriu ações da empresa norte-americana Phoenix, tendo o Fisco, no entanto, atribuído a ela, contribuinte, a responsabilidade pelas movimentações bancárias no exterior da referida empresa, caracterizando, com isso, omissão de rendimentos e acréscimo patrimonial a descoberto; (...)

3.7- como se pode concluir, os valores movimentados em contas no exterior não podem ser considerados como de titularidade da impugnante, por mera presunção, sem qualquer prova consistente de tal afirmação, ensejando a incidência do imposto de renda sobre tais valores (reproduz Jurisprudência);

3.8- dessa forma, em razão da descabida desconsideração da personalidade jurídica da "Phoenix", efetuada pelo Fisco, não caberia à contribuinte, por absoluto desconhecimento do



ocorrido, ter de justificar as movimentações bancárias da empresa, e, ainda, ser acusada de ter omitido rendimentos que, na realidade, jamais auferiu; (...)

3.10- em relação à apuração de acréscimo patrimonial a descoberto, mais uma vez a acusação baseia-se em mera presunção, na medida em que considera que os valores movimentados no exterior, sem comprovação de sua origem, seriam de titularidade da recorrente;

3.11- seus bens e direitos foram declarados à Receita Federal, inclusive a titularidade das ações da empresa Phoenix, não havendo qualquer outro acréscimo patrimonial, senão o que foi declarado, mostrando-se a acusação, mais uma vez, descabida e sem qualquer respaldo probatório (reproduz Jurisprudência);

3.12- e ainda que, por absurdo, se pudesse considerar que os valores movimentados no exterior fossem da contribuinte, a tributação sobre eles somente poderia ocorrer na medida de sua disponibilização, consoante disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional, que define como fato gerador do imposto de renda a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e/ou proventos de qualquer natureza, sendo que tais valores jamais foram disponibilizados à impugnante, destacando-se, outrossim, que a tributação de rendimentos auferidos por pessoa física no exterior são realizadas no país, nos termos da legislação tributária em vigor, porém apenas quando se tornam disponíveis à mesma;

3.13- não há motivo para a aplicação da multa agravada de 150% (cento e cinquenta por cento), eis que baseada na falta de entrega de documentos relativos à origem de recursos, não havendo que se falar em intuito doloso por parte da impugnante (reproduz Jurisprudência);

3.14- ainda que, por hipótese, se houvesse rendimentos tributáveis, deveriam ser considerados como auferidos entre as entradas e saídas ocorridas no período ("spread"), tendo o Fisco analisado somente as entradas, tributando-as como se ganho fossem;

3.15- a atividade exercida pela Phoenix, que se tem notícia, inclusive, pelas autoridades norte-americanas, ratifica a necessidade de reconhecer a receita da "intermediação financeira" como os eventuais ganhos passíveis de tributação, na medida em que as instituições financeiras atuam como intermediárias, tomando dinheiro no mercado e, na outra ponta, emprestando este mesmo valor a terceiros, constituindo a diferença o "spread", receita passível de tributação;

3.16- deve ser observado que nos mesmos documentos ou extratos dos quais o Fisco extraiu informações para as entradas na Phoenix constam, também, em momento subsequente, as saídas de valores quase idênticos, atestando, assim, a operação de intermediação financeira praticada pela empresa sob a gestão da Sra. Carolina Nolasco (...)"

Raf

A Delegacia da Receita Federal em São Paulo, ao analisar os fatos dispostos nos autos e os argumentos aventados pela contribuinte, julgou o lançamento procedente, de acordo com a ementa da decisão, *in verbis*:

“PRELIMINAR. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Pelos elementos constantes dos autos, fica sem fundamento a alegação de cerceamento do direito de defesa fundado em erro na capitulação legal da omissão de rendimentos, na medida em que o Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do Auto de Infração, contém a base legal precisa da tributação de depósitos bancários de origem não comprovada e que a interessada, ciente dos fatos e dos documentos que lastrearam a presente ação fiscal, teve, tanto na fase de autuação, quanto na interposição da impugnação, ampla oportunidade de carrear aos autos elementos/comprovantes, no sentido de tentar elidir, parcial ou totalmente, a tributação em análise. Preliminar rejeitada

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA NO EXTERIOR.

A não-comprovação da origem dos recursos financeiros movimentados no exterior e não informados nas respectivas declarações de ajuste anuais autoriza a autuação lastreada na apuração de omissão de rendimentos, com base em depósitos bancários de origem não comprovada e na constatação de acréscimo patrimonial a descoberto.

MAJORAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO PARA 150%.

A aplicação da multa de ofício decorre de expressa previsão legal, tendo natureza de penalidade por descumprimento da obrigação tributária e, presentes na conduta da contribuinte as condições que propiciaram a majoração da multa de ofício, consubstanciadas pela tentativa de impedir o conhecimento da ocorrência do fato gerador do imposto, é de se manter a majoração da multa para 150%.”

Insatisfeita com a decisão, a contribuinte juntou, tempestivamente, recurso voluntário (fls.328/347) requerendo a revisão do julgamento para determinar a improcedência do lançamento. No recurso ela apresenta os mesmos fatos e argumentos apresentados na impugnação e junta decisão da justiça norte americana e depoimento da contribuinte à segunda vara criminal de Curitiba.

É o Relatório.



Voto

Conselheira RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANÇA, Relatora

O Recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele conheço.

Em seu recurso voluntário, a contribuinte alega, preliminarmente, que seu direito de defesa fora desrespeitado pelo referido Auto de Infração, quando a capitulação legal deste não corresponde com os fatos descritos.

Sobre esta matéria é mister salientar que o Câmara Superior de Recursos Fiscais possui entendimento formado, no qual coloca que para a nulidade do Auto de Infração é necessário que tanto a fundamentação legal, quanto os fatos narrados estejam em desacordo com o caso concreto, conforme decisões que aqui transcrevo:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL –
DESCRIÇÃO DOS FATOS E CAPITULAÇÃO LEGAL –
IMPRECISÃO – CERCEAMENTO AO DIREITO DE
DEFESA – NULIDADE – PROCESSO REFLEXIVO –
DECORRÊNCIA PROCESSUAL

Tendo a peça impositiva procedido à perfeita descrição dos fatos, possibilita ao contribuinte seu amplo direito de defesa, ainda mais que ele foi exercido em sua plenitude. A capitulação legal, cuja precisão foi prejudicada pela generalidade, mas com perfeito enquadramento do tipo fiscal, não conduzindo à efetiva confusão nos argumentos de defesa, não é suficiente para provocar a nulidade do lançamento. Sendo processo reflexivo, pelo princípio da decorrência processual, é de se adotar a mesma decisão prolatada no processo principal.” (Acórdão: CSRF/01-04.779. Relator (a): José Carlos Passuello. Sessão: 01/12/2003).

Para haver a nulidade do Auto de Infração é necessário ainda que a falha prejudique, efetivamente, o contribuinte de exercer sua defesa. Apesar do suposto defeito que apresenta o AI, o requerido apresentou sua impugnação dentro do prazo legal e atacando os argumentos aventados para o lançamento do crédito tributário.

Deste modo, a preliminar oposta pela requerida não deve prosperar por que não houve prejuízo ao seu direito de defesa, uma vez que o auto de infração atacado descreve a contento os fatos que levaram ao lançamento tributário.

No mérito, a contribuinte alega em seu recurso que os depósitos foram realizados em nome da empresa Phoenix Export Import S.A e que esta é quem deveria ser autuada, já que esta é uma pessoa jurídica plenamente capaz. Alega também que o fisco não

Rel
6

deveria desconsiderar a pessoa jurídica para autuar a contribuinte, sem observar os requisitos legais para tanto.

Segundo Cristiano Chaves de Farias as companhias chamadas Offshore são:

"(...) sociedades sediadas em países com política de tributação menos robustas e facilitação na constituição de sociedades (os chamados "paraísos fiscais"), cujo o capital é representado por ações ao portador (não exigindo a affectio societatis e permitindo circulação mais intensa do capital), com amplo objeto social" FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 287.

Essas sociedades são conhecidas por serem utilizadas com a finalidade de esconder o patrimônio pessoal sob o simulacro da pessoa jurídica, por isso são utilizadas não só como forma de planejamento fiscal, mas como meio de esconder negócios ilícitos e sonegar impostos.

Contudo, apesar de seu mau uso, esse tipo de empresa, por si só, não é ilícita. Inclusive a transferência de bens para companhias offshore é regulamentada pelo BACEN através da Resolução nº 2.911 do CMN, Circular nº 3.278 do BC e Regulamento Anexo à Circular nº 3.280 (Título 2, Capítulo 1).

Estas empresas possuem personalidade jurídica própria e diferente de seus sócios e por isso devem responder por seus atos, devendo observar os requisitos legais para a desconsideração da pessoa jurídica, não havendo presunção de abuso de direito, conforme preleciona Fabio Ulhoa Coelho:

"As offshore companies são sociedades empresárias constituídas e estabelecidas em país estrangeiro. Não são necessariamente fraudulentas, mas podem servir, como as demais sociedades, de instrumento para fraudes e abusos. Nesse caso, a exemplo dos demais, podem ter sua autonomia patrimonial desconsiderada" Curso de Direito Comercial, p. 48."

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica foi efetivamente positivada no Brasil com o art. 50 do código civil, e há a polêmica sobre sua aplicação no direito tributário. Segundo Alexandre Alberto da Silva o instituto proposto no código civil pode ser aplicado em qualquer ramo jurídico por se tratar de matéria da teoria geral do direito e propõe a interpretação integrada com o art. 116, parágrafo único do CTN:

"A teoria da desconsideração da pessoa jurídica aplica-se indistintamente em qualquer ramo da ciência jurídica, inclusive no direito tributário, pois constitui uma sanção ao abuso subjetivo à personalidade jurídica. É instituto que pertence à Teoria Geral do Direito. (...) o parágrafo único do art. 116 em nada inovou. Resta, portanto, interpretá-lo num contexto de unidade e complementaridade sistêmica com os art. 50 e 187 do CC, podendo inclusive, prestar como fundamento legal da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário" (SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. A Desconsideração da

Prof

Personalidade Jurídica no Direito Tributário. Quartier Latin, 2007. p. 230 e 232)

O artigo do código civil determina que em casos em que haja abuso da personalidade jurídica, é possível que as obrigações da pessoa jurídica sejam estendidas aos bens de seus administradores ou sócios, conforme norma transcrita abaixo:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

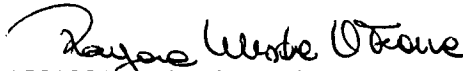
De acordo com o artigo do código civil é necessário para a desconsideração da personalidade jurídica que esta seja autorizada por decisão judicial e deste modo não seria possível para o fisco afastar a personalidade jurídica, devendo autuar a empresa e não seus sócios. Conforme julgado da Segunda Câmara do Conselho de Contribuintes:

“OMISSÃO DE RENDIMENTOS DO TRABALHO RECEBIDOS DE PESSOA JURÍDICA. No caso dos autos a caracterização, como próprios, de rendimentos recebidos em nome de pessoa jurídica, somente pode ser feita a partir da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, que impõe a obtenção de decisão judicial para tanto, a teor do que dispõe o art. 50 do Código Civil. Pretensão fiscal que não encontra, no ordenamento jurídico pátrio, fundamento de validade.” SEGUNDA CÂMARA, Acórdão 102-49191. Data da Sessão: 06/08/2008. Relator: Vanessa Pereira Rodrigues

Deste modo como se trata de uma pessoa jurídica, diferente da pessoa física da contribuinte, quem deveria ser autuado é a primeira, e observando os requisitos da lei civil e tributária, aí seria possível a desconsideração da pessoa jurídica para que os sócios fossem responsabilizados pelo crédito tributário.

Diante do exposto, voto no sentido de NÃO ACOLHER a preliminar argüida, e no mérito, DOU provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 19 de agosto de 2009


RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANÇA - Relatora



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº: 19515.001319/2007-65
Recurso nº: 168.151

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, intime-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 2201-00.384.

Brasília, 28 SET 2009

MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA
Presidente em exercício

Ciente, com a observação abaixo:

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

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional