



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 10120.727785/2015-43
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1302-005.635 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de agosto de 2021
Recorrentes ENCOMIND ENGENHARIA LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2010

IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF PAGAMENTOS SEM CAUSA.

Correta a autuação no que tange ao IRRF incidente sobre os pagamentos que não tiveram a comprovação de sua causa, quando o contribuinte não comprova a legitimidade destes pagamentos, seja através de escrituração fiscal e contábil, seja através de documentação hábil e inidônea.

MULTA QUALIFICADA

Comprovadas condutas e omissões dolosas dos representantes do contribuinte no sentido que preconiza o artigo 71, da Lei 4.502/64, no intuito de impedir o conhecimento, pela autoridade fazendária, do nascimento da obrigação tributária, correta a qualificação da multa, nos termos definidos pela legislação.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. SÓCIO. FUNDAMENTAÇÃO.

Incumbe à fiscalização fundamentar e comprovar a atribuição de responsabilidade solidária. Não sendo identificada qualquer fundamentação no ato de lançamento, este deve ser considerado como inexistente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Ofício.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Flávio Machado Vilhena Dias - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregorio, Gustavo Guimaraes da Fonseca, Andreia Lucia Machado Mourao, Flavio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert, Paulo Henrique Silva Figueiredo.

Relatório

Trata-se, o presente processo, de Auto de Infração lavrado em face do contribuinte Encomind Engenharia Ltda., ora Recorrente, em que a fiscalização constituiu créditos tributários de IRRF, cujo valor originário, considerando o principal, multa (qualificada) e juros, é de R\$16.452.153,87.

Foi atribuída, ainda, responsabilidade tributária ao Sr. Rodolfo Aurélio Borges de Campos (CPF 040.782.921-00), sócio-cotista da Recorrente à época dos fatos, com base no que dispõe o art. 124, inciso I do Código Tributário Nacional.

Como se depreende do Termo de Verificação Fiscal (fls. 485 e seguintes), a acusação fiscal está estribada, basicamente, no fato de a Recorrente ter realizado “pagamentos sem causa” às empresas Comercial Amazônia de Petróleo Ltda. e Globo Fomento Ltda.

Neste sentido, a fiscalização apontou que, no curso da “Operação ARARATH”, conduzida pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal, verificou-se a prática de ilícitos praticados pelo Sr. Gércio Marcelino Mendonça Junior, que era o proprietário daquelas empresas para onde foram direcionados os pagamentos realizados pela Recorrente.

Em síntese, o que restou demonstrado no TVF foi que o MPF apurou que o Sr. Gércio Marcelino Mendonça Junior realizava “empréstimos” a agentes políticos do Estado do Mato Grosso, a mando do então Secretário de Fazenda daquele Estado, Sr. Éder de Moraes Dias, sendo que o pagamento daqueles “empréstimos” eram realizados por empresas, através de depósitos em “dinheiro em uma das contas bancárias de suas empresas (Comercial Amazônia de Petróleo Ltda. e Globo Fomento Ltda.) com o objetivo de abater partes das dívidas contraídas”. Estas informações formam confirmadas pelo próprio Sr. Gércio Marcelino Mendonça Junior, no acordo de delação premiada firmado com o Ministério Público.

Assim, no TVF, deixou-se claro que “este esquema funcionava como uma conta corrente em que o Sr. Eder solicitava diretamente o dinheiro ou que fosse depositado em determinadas contas bancárias de terceiros e posteriormente outras empresas pagavam parte desses valores. Observando que nunca era depositado o total da dívida e sim, parte desta dívida”.

Com relação à Recorrente, a fiscalização afirmou que, com base em autorização judicial para quebra de sigilo bancário das empresas de propriedade do Sr. Gércio, os investigadores identificaram depósitos bancários realizados pela Recorrente “nas contas das referidas empresas conforme denúncia transcrito na Denúncia do Ministério Público Federal”. Os depósitos identificados nas investigações foram os seguintes:

EMPRESA	DATA	VALOR
Comercial Amazônia de Petróleo Ltda.	04/09/2009	1.900.920,00
Comercial Amazônia de Petróleo Ltda.	19/04/2010	6.570.000,00
Globo Fomento Ltda.	23/04/2010	1.000.000,00
Globo Fomento Ltda.	26/04/2010	1.000.000,00

Globo Fomento Ltda.	27/04/2010	1.000.000,00
Globo Fomento Ltda.	28/04/2010	430.000,00

A fiscalização esclareceu, ainda, que, com base na denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal, verificou-se que os referidos depósitos, em que pese estarem lastreados com documentos – Nota Fiscal e/ou Instrumento Particular de Confissão de Dívida – foram realizados para “*dissimular a operação a pedido e sob orientação de EDER MORAES*”. Inclusive, o delator – Sr. Gércio – afirmou aos investigadores, na delação premiada, que “*nunca realizou negócio ou empréstimos com a ECOMIND*”.

Pelo que consta do TVF, nos termos apurados pelo MPF, a contrapartida para os pagamentos realizados pela Recorrente “*foi o pagamento de precatórios e de valores pleiteados em Ação Judicial não transitada em julgado, sem obedecer a ordem cronológica estabelecida (sic) pela legislação*”.

Assim, com base nestas informações e indícios, a fiscalização intimou a Recorrente para que esta comprovasse, “*com documentos hábeis e idôneos, a natureza dos repasses para as empresas Comercial Amazônia de Petróleo Ltda. e Globo Fomento Ltda.*”

Em um primeiro momento, a Recorrente argumentou pela dificuldade de prestar os esclarecimentos, uma vez que os fatos apontados pela fiscalização “*ocorreram em período de gestão da qual os atuais sócios da empresa não faziam ainda parte do grupo societário controlador*”.

Posteriormente, dentro do prazo adicional concedido pela fiscalização, a Recorrente apresentou os Livros Diário Razão, juntamente “*com cópia das notas fiscais de combustíveis acompanhadas de uma planilha relacionando as NFs dos combustíveis consumidos no ano por ela, cópia das Alterações Contratuais e cópia das notas fiscais nº 15 e 179 emitidas pela Comercial Amazônia de Petróleo, e também, cópia do contrato de confissão de dívidas feito com a empresa Globo Fomento Ltda.*”

Ao analisar a documentação que lhe foi fornecida, a fiscalização destacou que a Recorrente não conseguiu comprovar a efetividade das operações, mesmo estas estando lastreadas com documentação.

Notadamente, o agente atuante demonstrou que, no que tange à Nota Fiscal nº 179, no valor de R\$6.700.000,00, que supostamente acobertaria o fornecimento de 6 milhões de litros de combustível (óleo diesel), a Recorrente “*nada falou sobre o recebimento por parte da empresa ou se continuava em haver da empresa vendedora para a retirada futura*”.

Neste sentido, a fiscalização afirmou que, de acordo com as informações prestadas pela própria Recorrente, com o consumo de combustível no ano de 2010 (335.058 litros de óleo diesel), a quantidade supostamente adquirida (6 milhões de litros) com o pagamento de R\$6.700.000,00, corresponderia “*a 17,9 anos de utilização de combustível pela empresa*”.

Assim, questionou-se por qual motivo a gestão da empresa declarou o desconhecimento da operação, em especial pelo tamanho da compra realizada, que, como mencionado, supriria a demanda de combustível da Recorrente – de acordo com a média de consumo que ela mesmo informou – por longos anos.

No que tange ao Instrumento Particular de Confissão de Dívida, a fiscalização afirmou que o proprietário da empresa Globo Fomento Ltda. – Sr. Gércio – no delação premiada firmada com o MPF, deixou claro que o referido contrato foi dissimulado e confeccionado “*a*

pedido e sob orientação do sr. Éder Moraes para que o valor fosse pago com o objetivo de saldar parte das dívidas do grupo político”.

Por outro lado, como já mencionado, a fiscalização demonstrou que, de acordo com a apuração do Ministério Público, *“tal operação se prestava a dissimilar o pagamento de ‘valores indevidos a funcionários públicos’ em troca de burla da legislação versando o recebimento de precatórios”.*

Assim, afirmou-se, no TVF, que *“os responsáveis pela empresa estão evitando de afirmar como verídica uma operação que sabem ser falsa e se comprometer judicialmente junto a Operação Ararath.”*

E foi com base no conjunto destes fatos que a fiscalização constituiu os créditos tributários de IRRF, ora questionados, com base no que dispõe o artigo 61, da Lei 8.961/95, afirmando que *“o pagamento (sic) feito pela empresa Encomind Engenharia Comércio e Indústria Ltda, apesar de ser feito a Comercial Amazônia de Petróleo Ltda e Globo Fomento Ltda eram destinados ao GRUPO POLÍTICO REPRESENTADO NO MOMENTO PELO SECRETÁRIO DA FAZENDA e que teria fins diversos (sem identificação)”.*

Ainda, como se observa do TVF, a multa de ofício foi qualificada ao patamar de 150%, sob o argumento, em síntese, de que, pela conduta praticada pela Recorrente, *“ficou claro a intenção de ocultar o fato gerador (pagamento sem causa) na empresa e eximir-se do pagamento do IRRF da operação real”.*

Entendeu-se, neste sentido, que, *“tendo a empresa dissimulado a real operação (pagamentos ilícitos para agente político) através de confecção de documentos (notas fiscais de compra de combustíveis e contrato de confissão de dívida) a multa a ser aplicada pelo não pagamento dos tributos é a prevista no Art. 44, § 1º da Lei nº 9.430/96 (...)”.*

Por fim, como mencionado alhures, em que pese não constar do TVF a motivação para imputação de responsabilidade tributária, como se observa do Auto de Infração, essa foi atribuída ao Sr. Rodolfo Aurélio Borges de Campos, com base no que dispõe o artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional.

Devidamente intimados da lavratura do Auto de Infração, a Recorrente e o responsável apresentaram Impugnações Administrativas apartadas, cujos argumentos foram assim resumidos pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis (SC), no acórdão ora recorrido (fls. 676 e seguintes):

Da Impugnação interposta pela Autuada

A Impugnante:

- Argumenta que a fiscalização baseou seu trabalho apenas e exclusivamente em alegações apresentadas por um dos investigados na operação ARARATH, em vista de acordo de delação premiada;
- Afirma que a fiscalização, evadindo-se de sua função fiscalizatória, baseou seus trabalhos exclusivamente em mero depoimento de um investigado constante de denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal e que não há qualquer prova do suposto ilícito de que está sendo acusada a Impugnante;
- Alega que o Princípio da Estrita Legalidade ou Tipicidade Cerrada em matéria tributária não estaria sendo satisfeito, pois a acusação fiscal se baseia em réplica de um depoimento em delação premiada;
- Acrescenta que há contradição entre a atuação fiscal e o tipo presuntivo tributário que pretendeu aplicar ao caso concreto.

- Esclarece que os pagamentos feitos pela Impugnante estão contabilizados e identificados, o que por si só tornaria inaplicável a hipótese de pagamentos a beneficiários não identificados, da mesma forma que as demonstradas causas de tais pagamentos refutam a aplicação da hipótese de pagamento sem causa;
- Aduz que cabia à fiscalização provar a acusação, demonstrando que tais pagamentos teriam beneficiários diversos ou ausência de causa e que teria ocorrido uma indevida inversão do ônus probatório;
- Combate a aplicação da multa qualificada alegando não haver prova da suposta conduta dolosa/fraudulenta da Impugnante;
- Esclarece da tempestividade da peça impugnatória;
- Alega nulidade do auto de infração por falta de comprovação da suposta infração tributária;
- Argumenta que houve uma simples presunção calcada em unilateral depoimento de um dos investigados em processo ainda pendente de julgamento;
- Colaciona doutrina acerca da prova no processo administrativo tributário;
- Reafirma que o ônus probatório recai sobre a Fazenda Pública;
- Reitera que a delação premiada não pode servir como meio de prova;
- Traz jurisprudência do STF acerca de prova testemunhal e colaboração premiada não são meios de prova;
- Menciona jurisprudência do CARF sobre o IRRF em caso de pagamento sem causa;
- Ressalta que a fiscalização afirma que deixou de anexar cópia dos livros devido ao volume e não acrescentar esclarecimentos ao auto de infração, porém, em outro trecho os agentes fiscais afirmam que verificaram a contabilidade;
- Repisa que se a contabilidade da Impugnante deixou de conformar elemento de prova por escolha dos agentes fiscais, reforça sua tese de que o lançamento está calcado unicamente no citado depoimento de delação premiada;
- Reitera que a aplicação da multa qualificada baseou-se apenas na citada declaração em delação premiada e de que não provas de que a Impugnante teria dissimulado a real operação;
- Argumenta que a multa qualificada depende da valoração da conduta do contribuinte, sendo aplicável somente quando verificada e provada a intenção de sonegar tributo;
- Traz doutrina sobre o Princípio da Legalidade e da Tipicidade Cerrada;
- Repisa o argumento de que a penalidade foi aplicada baseada em declarações prestadas em delação premiada;
- Comenta doutrina sobre a prova do dolo e jurisprudência sobre a comprovação do dolo;
- Afirma que mesmo que as afirmações do delator venham a ser confirmadas, ainda assim, não caberia a qualificação da multa pois não teria havido a sonegação, teria havido outro crime; (fls. 568 item 61 a 65).

Da Impugnação interposta pelo responsável solidário

(Nota do relator: o relatório desta impugnação iniciará a partir de seu item 67, pois até o item 66 o teor da impugnação é idêntico ao já descrito acima)

- Reproduz o inciso I do artigo 124, do Código Tributário Nacional;
- Afirma que a fiscalização apenas mencionou a capitulação legal, deixando de fundamentar a razão de ter atribuído a responsabilidade solidária ao Impugnante;
- Abaixo reproduzo trecho dos argumentos trazidos:

(...)

- - Traz jurisprudência do CARF sobre o conceito de “interesse comum”;
 - Aduz que a solidariedade por interesse comum no fato gerador pressupõe a existência de uma relação jurídica entre o Estado e dois ou mais sujeitos passivos do mesmo tributo, ser codevedor (sic) da obrigação tributária pela efetiva realização do fato gerador e não por força de eventual interesse econômico;
- (...)

Em análise aos apelos apresentados, aquela DRJ de Florianópolis (SC), no que tange à Impugnação da ora Recorrente, entendeu por bem julgá-la como improcedente. Entretanto, o apelo do responsável foi julgado procedente, decidindo, o colegiado, “*pelo cancelamento da atribuição de responsabilidade solidária ao sr. Rodolfo Aurélio Borges de Campos (CPF 040.782.921-00)*”. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2010

PAGAMENTOS SEM CAUSA E OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA. INCIDÊNCIA EXCLUSIVA À ALÍQUOTA DE 35%.

Estão sujeitos à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todos os pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

A prática de sonegação, fraude ou conluio, tal como definem dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64 constitui infração apenável com multa qualificada, nos termos do art. 44 da Lei 9.430/96, com redação dada pelo art. 14 da Lei 11.488/07.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR. FUNDAMENTAÇÃO.

Incumbe à fiscalização fundamentar a atribuição de responsabilidade solidária, não se prestando para tanto a mera afirmação de que o sócio praticou atos que configuram corrupção ativa.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Não concordando com a decisão proferida, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário (fls. 708 a 740) direcionado a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no qual, em síntese, repisa os argumentos apresentados em sede de Impugnação Administrativa.

Por outro lado, como houve o provimento do apelo do Responsável Tributário, a Turma de Julgamento *a quo* apresentou Recurso de Ofício a este colegiado, “*tendo em vista a exclusão de sujeito passivo da lide, em processo de cobrança de montante superior ao limite fixado na Portaria nº 63, de 9 de fevereiro de 2017, do Ministro da Fazenda – MF*”.

Ato contínuo, os autos foram distribuídos a este relator para julgamento.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias, Relator.

DA TEMPESTIVIDADE.

Como se denota dos autos, o contribuinte foi intimado do resultado do julgamento no dia 03/04/2017 (comprovante de fls. 704), apresentando seu Recurso Voluntário em 25/04/2017, conforme comprovante de fls. 707, ou seja, o Recurso Voluntário ora em análise foi apresentado no prazo de 30 dias, como fixado no artigo 33 do Decreto n.º 70.235/72.

Assim, por cumprir os demais requisitos de admissibilidade, o Recurso Voluntário deve ser conhecido e analisado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

DA DELIMITAÇÃO DO TEMA E DO PEDIDO INICIAL CONSTANTE NO RECURSO VOLUNTÁRIO. NULIDADE NÃO SE CONFUNDE COM IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

No primeiro tópico do seu longo arrazoado, a Recorrente pugna pelo reconhecimento da “nulidade do Auto de Infração”, sob o argumento de que a constituição do crédito tributário careceria de comprovação por parte do agente autuante, uma vez que, segundo afirma, “*a mera alegação, por parte de um terceiro investigado, no âmbito de delação premiada, de que os depósitos efetuados teriam sido realizados para fins diversos daqueles declarados não é suficiente para o embasamento da autuação com base no artigo 61 da Lei n.º 8.981/95*”.

Em outras palavras, como será melhor explorado adiante, o entendimento da Recorrente é que a fiscalização teria se baseado unicamente no teor de uma delação premiada para constituir o crédito tributário. Assim, afirma, a Recorrente, que autuação seria nula, por ausência de comprovação por parte do agente autuante.

Pois bem.

De pronto, não se pode deixar de consignar que as hipóteses de nulidade do atos praticados pela autoridade fiscal, devidamente elencadas no artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72, são limitadas. Veja-se a redação do dispositivo legal:

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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Contudo, vez ou outra, há uma certa confusão das partes quando invocam a nulidade do procedimento, quando, na verdade, se está se aduzindo uma questão de mérito, como no caso, por exemplo, da falta de comprovação, por parte da fiscalização, dos fatos que supostamente dariam ensejo ao nascimento da obrigação tributária. Neste sentido, são precisas as colocações da Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio, na declaração de voto constante do acórdão de n.º 1402-003.857 (Processo n.º 16561.720171/2016-17). Veja-se:

Sendo assim, esclarecedor o posicionamento de CELSO RIBEIRO BASTOS que enuncia ser nulo o ato "que apresenta vícios de legalidade atinentes à competência, ao objeto, ao motivo, à forma e à finalidade". (BASTOS, Celso Ribeiro Curso de direito administrativo, 2002, p. 163/164). Em outras palavras, não são quaisquer vícios de

legalidade que acarretam a nulidade. O erro na interpretação dos dispositivos legais é matéria que será revista nos processos de controle do lançamento e terá como eventual consequência a improcedência do lançamento, não sua nulidade

Por outro lado, este relator não tem dúvidas de que a expressão “*preterição do direito de defesa*”, constante no inciso II, do citado artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, pode ter diversas interpretações e, por consequência, uma aplicação ampliada. Assim, qualquer ato da administração que, de alguma forma, dificulte ou inviabilize o direito de ampla defesa outorgado aos contribuintes, poderá macular o ato praticado, devendo este ser considerado nulo.

No presente caso, contudo, não se vislumbra a ocorrência de nenhuma das hipóteses de nulidade elencadas no citado artigo 59 do Decreto 70.235/72. O argumento de falta de comprovação das alegações por parte da fiscalização, se mostrar-se verdadeiro, ensejará na improcedência do lançamento e não na sua nulidade.

Ademais, não se vislumbra, no presente caso, qualquer preterição ao direito de defesa do contribuinte. Como se verifica dos apelos apresentados, o Recorrente, em que pese não ter concordado com a acusação fiscal, teve conhecimento desta na sua inteireza, apresentado defesa, na qual atacou todos os pontos da autuação.

Assim, entende-se que os argumentos da Recorrente devem ser considerados como sendo argumentações de mérito e não de preliminar de nulidade do Autos de Infração e é sob esse prisma que se analisará as razões recursais. É o que se passa a fazer.

DA ACUSAÇÃO FISCAL. DA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 61 DA LEI 8.981/95.

Como demonstrado no relatório alhures, ao contrário do que alega a Recorrente em seu Recurso Voluntário, a fiscalização não se baseou apenas em uma delação premiada para comprovar o nascimento da obrigação tributária consubstanciada no que dispõe o artigo 61 da Lei nº 8.961/95.

O que se observa do TVF e das provas a ele anexadas é que, de fato, a fiscalização partiu de uma informação obtida nas investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal, no âmbito da operação denominada ARARATH.

Esta informação seria o fato de que a Recorrente teria feito pagamentos às empresas Comercial Amazônia de Petróleo Ltda. e Globo Fomento Ltda., que eram de propriedade do Sr. Gércio Marcelino Mendonça Junior, que, em delação premiada, assumiu a prática de várias ilicitudes na gestão destas empresas, notadamente o delator afirmou que elas eram usadas como conta corrente para o pagamento de propinas a agentes políticos no âmbito do Estado do Mato Grosso.

Não se pode olvidar, ainda, que os pagamentos realizados pela Recorrente foram identificados através de quebra de sigilo bancário devidamente autorizado pelo Poder Judiciário.

E justamente por ter o proprietário das empresas afirmado que “*nunca realizou negócio ou empréstimos com a ECOMIND*”, que a fiscalização entendeu por bem investigar a licitude dos pagamentos realizados pela Recorrente àquelas empresas, que, reiterar-se, eram utilizadas para prática de várias ilicitudes.

Neste sentido, a fiscalização intimou a Recorrente, como de praxe, “*desconfiando daqueles pagamentos*”, para comprovar, com documentação hábil e idônea, as operações.

E a Recorrente não apresentou qualquer prova que pudesse, de alguma forma, justificar aqueles pagamentos.

Como muito bem apontado no acórdão recorrido, no que tange aos pagamentos realizados à empresa denominada Comercial Amazônia de Petróleo Ltda., mesmo instada para tanto pela fiscalização, a *“autuada não esclareceu se efetivamente recebeu o combustível, (suficiente para 18 anos de consumo), não esclareceu se eventualmente estaria acionando judicialmente a “vendedora” do combustível para receber a mercadoria (ou o equivalente em dinheiro). Ora, trata-se de valor relevante (R\$ 6.570,000,00) para uma empresa que tem capital social de R\$ 20.634.166,00 (e-fls. 18)”*.

A colocação da Turma Julgadora *a quo* é precisa, na medida em que caberia à então fiscalizada, ora Recorrente, demonstrar que a operação comercial consubstanciada no pagamento realizado à empresa de combustíveis de fato aconteceu.

Veja-se: não se discutiu se o pagamento foi realizado ou não, até mesmo porque ele foi identificado via quebra de sigilo bancário. O que a Recorrente não comprovou foi o fato de ter recebido o combustível descrito na Nota Fiscal que acobertou a suposta operação. E, se não tivesse recebido, face ao montante envolvido, a Recorrente deveria, ao menos, ter demonstrado que ainda o iria receber, ou seja, de que forma se daria o fornecimento do combustível. Ainda, se fosse o caso, a Recorrente teria que ter demonstrado a *“quebra”* contratual e os meios pelos quais estaria, de alguma forma, pleiteando a devolução dos valores pagos.

Entretanto, não foi apresentada à fiscalização qualquer prova da realização da operação e o dever de provar que essa operação comercial existiu era da Recorrente e não da fiscalização, até mesmo porque esta questionou justamente a operação realizada.

Não há dúvidas, aos olhos deste julgador, que a Nota Fiscal foi emitida apenas para dar uma aparência de legalidade a um pagamento realizado, mas que a operação comercial nunca ocorreu.

E este mesmo entendimento se aplica aos pagamentos realizados à empresa Globo Fomento Ltda. Neste caso, o único documento apresentado pela Recorrente, que suspostamente comprovaria e justificaria os pagamentos realizados, foi um instrumento particular de confissão de dívida.

Contudo, a fiscalização demonstrou que a própria empresa que recebeu os valores, na pessoa do seu proprietário (Sr. Gércio), afirmou de forma categórica que aquele contrato foi forjado, a pedido do então Secretário de Fazenda de Mato Grosso, com o objetivo de acobertar as práticas ilícitas perpetradas pelo grupo político que *“governava”* aquele Estado da Federação.

Assim, mais uma vez, se equivoca a Recorrente quando afirma que caberia à fiscalização comprovar que não houve a operação financeira que deu ensejo ao contrato de confissão de dívida. Ora, se foi a Recorrente que assumiu uma dívida, por qual motivo ela não apresentou as provas do recebimento dos valores, que posteriormente seriam quitados, com arrimo no contrato firmado? Mais uma vez, são irretocáveis as colocações do acórdão recorrido, quando afirma que a Recorrente, *“por exemplo, poderia ter apresentado cópias de extratos bancários na data da suposta assinatura do instrumento de confissão de dívida comprovando o recebimento desses valores em 2009, mas não o fez”*.

Desta forma, não se pode concordar com a Recorrente, quando ela afirma que a fiscalização não provou o nascimento da obrigação tributária. O que se percebe do conjunto

probatório é que a fiscalização, de posse de um forte indício de que os pagamentos foram realizados sem uma causa aparente, investigou os fatos e deu oportunidade de o contribuinte demonstrar a correção do procedimento, mas este não conseguiu comprovar a efetividade (a causa) das operações.

É bom deixar claro, quando se afirma que a fiscalização deu oportunidade ao contribuinte para comprovar as operações, que este relator não entende que não cabe a fiscalização provar suas alegações. Pelo contrário: o ônus probatório, na constituição do crédito tributário de ofício é sim do agente atuante.

O que ocorre, entretanto, no presente caso, não só pela delação premiada, mas pelos diversos outros elementos constantes nos autos, é que ficou suficientemente claro que os pagamentos realizados pelo contribuinte não tinha qualquer causa que o justificassem.

E mais: diante da acusação fiscal, a Recorrente poderia ter colacionado aos autos provas para desconstruir as afirmações do agente atuante, mas, como se percebe dos apelos apresentados, o único argumento da Recorrente foi pela “nulidade” da autuação, por suposta falta de comprovação por parte da fiscalização.

Portanto, não há reparos a fazer neste ponto da autuação, uma vez que, como sabido, os pagamentos realizados sem uma causa, nos termos da legislação, devem sofrer a incidência do IRRF, como preceitua o artigo 61, da Lei nº 8.981/95, que tem a seguinte redação:

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

Portanto, VOTA-SE, neste ponto, por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário da Recorrente.

DA MULTA QUALIFICADA

Cumpramos analisar, ainda, a imposição, pela fiscalização, de multa qualificada no patamar de 150%, uma vez que, mais uma vez em um longo arrazoado, a Recorrente alega que não restou comprovada as hipóteses necessárias para a qualificação da multa.

O argumento apresentado pela Recorrente, neste sentido, que é invocado pelo princípio da eventualidade, é de que, em síntese “*a fraude requer antes de tudo base probatória firme e robusta que possa convalidar as supostas condutas dolosas realizadas pelo contribuinte, a fim de que haja a perfeita subsunção do fato à norma sancionatória. Todavia, a conduta fraudulenta hipoteticamente cometida pela Recorrente está amparada somente na delação premiada feita por um terceiro, ou seja, em uma probabilidade que indica a possibilidade de existência de uma determinada situação para a qual não houve prova*”.

Veja-se que, mais uma vez, a Recorrente insiste na tese de que a fiscalização se baseou apenas em indícios, mais precisamente na delação premiada, para qualificar a multa de ofício aplicada.

Não assiste razão à Recorrente.

De pronto, deve-se reiterar que o conjunto probatório dos autos não se restringe à delação premiada. O que se verifica é que a Recorrente realizou pagamentos, cujas causas foram

contestadas pela fiscalização, inclusive quanto à idoneidade dos documentos que os lastreavam, e o contribuinte não trouxe qualquer elemento para comprovar as operações que ele alega que realizou.

Mais especificamente quanto à qualificação da multa, o que se verifica do TVF é que o agente autuante demonstrou que os pagamentos realizados pela Recorrente foram feitos com o intuito de obter vantagens ilícitas junto ao Governo do Estado de Mato Grosso, especialmente para ter benefícios no pagamento de precatórios devidos por aquele Estado, bem como em ações não transitadas em julgado.

Por outro lado, a fiscalização demonstrou que toda a documentação utilizada para dar uma aparente legalidade às operações foi dissimulada, na medida em que se emitiu Notas Fiscais de fornecimento de combustíveis, sem que esses fossem entregues. Ainda, elaborou-se instrumento de confissão de dívida de um “empréstimo” que nunca existiu.

O acórdão recorrido deixou claro, por outro lado, que a “parte contrária” das operações afirmou que não estas não aconteceram e que o Recorrente não trouxe qualquer prova para comprovar a efetividade daquelas. Veja-se o que constou da decisão da Turma de Julgamento *a quo*:

Quanto aos argumentos contra a aplicação da multa qualificada, a impugnante nada traz de novo em relação aos assuntos já debatidos. Apenas insiste em repisar que o lançamento teve como base apenas uma declaração em delação premiada e que não há provas de que a impugnante teria dissimulado a real operação com intuito de sonegação. Ou seja, insiste em não enxergar que há provas concretas da transferência dos valores, que a “mera” declaração foi efetuada pelo próprio emissor dos documentos e contratos que supostamente lastreavam a operação e que este também admitiu que jamais vendeu combustível ou emprestou dinheiro ao autuado.

A impugnante repisa que não há prova de dolo na conduta da autuada, mas se esquece que a fraude foi admitida pela contraparte na operação e que, portanto, não se trata de uma afirmação de terceiro ou de funcionário. Além disso, foi incapaz de produzir um indício sequer que pudesse apontar a efetividade das operações, ou de que teria havido boa fé de sua parte.

Pela análise dos autos, não restam dúvidas de que as condutas da Recorrente foram no sentido de que preconiza o artigo 71, da Lei 4.502/64. Como já mencionado, além de ter flagrantemente realizado pagamentos sem qualquer causa (ao menos uma causa lícita), a Recorrente forjou documentos para, de alguma forma, dar uma aparente legalidade nas operações e, ao fim e ao cabo, omitir da fiscalização o nascimento da obrigação tributária.

Por outro lado, não se pode dar guarida à afirmação da Recorrente de que, *in verbis*, a “*utilização de artifícios para encobrir hipoteticamente rendimentos auferidos que não foram sujeitos à tributação*”, seria um “*raciocínio singelo relacionado à descrição dos fatos que culminara em suposta conduta fraudulenta adotada*”.

O que se percebe, em verdade, é que a construção do agente autuante no TVF, carregada com as provas constantes dos autos, é bastante robusta e não traz dúvidas quanto ao enquadramento das condutas da Recorrente no preceito legal que determina a qualificação da multa de ofício.

Ainda, não se pode olvidar e muito menos desprezar o fato de que a fiscalização só teve conhecimento dos pagamentos realizados após a deflagração de operação do Ministério Público que investigava casos de corrupção dentro do Estado de Mato Grosso. Ou seja, sem a atuação do MP, provavelmente o evento que ensejou o nascimento da obrigação tributária ora contestada jamais seria levado a conhecimento das autoridades fiscais.

Assim, as condutas praticas pelos agentes, representantes da pessoa jurídica, se amoldam na conduta prevista no artigo 71, da Lei n.º 4.502/64, que tem a seguinte redação:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

Portanto, VOTA-SE por NEGAR PROVIMENTO ao RECURSO VOLUNTÁRIO, na medida em que foi correta a qualificação da multa promovida pelo agente autuante.

DO RECURSO DE OFÍCIO

Por fim, cumpre analisar o Recurso de Ofício apresentado pela Turma Julgadora *a quo*, na medida em que o acórdão proferido deu provimento à Impugnação Administrativa apresentada pelo responsável tributário - Sr. Rodolfo Aurélio Borges de Campos - indicado no Auto de Infração pela fiscalização.

Em primeiro momento, cumpre registrar que o Recurso de Ofício deve ser conhecido e analisado por este Conselho, uma vez que o valor exonerado (principal e multa) relativo ao responsável tributário supera o valor de alçada de R\$2.500.000,00, nos termos da Portaria MF n.º 63/2017, que tem seguinte redação:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário. (destacou-se)

Contudo, não merece reparo a decisão proferida pela DRJ de Florianópolis (SC).
Explica-se:

Quando se analisa o TVF, o que se percebe é que a fiscalização não trouxe qualquer menção quanto à responsabilidade tributária que foi imputada ao Sr. Rodolfo Aurélio Borges de Campos. O que se verifica, em verdade, é que este só foi mencionado no Auto de Infração propriamente dito, sendo a responsabilidade atribuída com base no artigo 124, inciso I do CTN.

Contudo, como sabido, o ato administrativo de lançamento, inclusive aquele que imputa responsabilidade tributária a um sócio do contribuinte principal precisa ser devidamente motivado e comprovado, o que não aconteceu no presente caso.

Assim, correta a Turma Julgadora *a quo* quando, após citar o disposto no artigo 124, I do CTN e contestar se a responsabilidade não deveria ter sido imputada com base no artigo 135 daquele Código, afirma que “*o ponto crucial é que não há uma explanação da autoridade fiscal sobre como a conduta (em tese, corrupção ativa) do sócio da empresa se enquadra no Inciso I acima reproduzido. Ao fisco cabe o ônus dessa prova.*”

De fato, a fiscalização não trouxe qualquer elemento e/ou argumento que, de alguma forma, pudessem comprovar o “interesse comum” do Sr. Rodolfo Aurélio Borges de Campos, o que não se pode admitir.

Portanto, mesmo tendo este relator uma posição mais restritiva quanto à aplicabilidade do artigo 124, I do CTN, como não houve uma acusação da fiscalização com relação ao responsável, qualquer discussão teórica sobre a responsabilidade tributária, nestes

autos, seria inócua, na medida em que, reitera-se, a fiscalização não motivou o ato de imputação da responsabilidade.

Por todo exposto, VOTA-SE por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

DAS CONCLUSÕES

Por tudo aqui demonstrado, VOTA-SE por:

- NEGAR PROVIMENTO, na integralidade, ao Recurso Voluntário, inclusive na parte em que a Recorrente contesta a aplicação da multa de ofício de forma qualificada; e

- NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

(documento assinado digitalmente)

Flávio Machado Vilhena Dias