



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

Processo n° 10245.004512/2008-91
Recurso n° 999999 Voluntário
Acórdão n° 1401-000.666 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de outubro 2011
Matéria IRRF
Recorrente OURO VERDE FLORESTAL MANAGEMENT LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2005, 2006 e 2008

NULIDADE. IRREGULARIDADES FORMAIS. As irregularidades, incorreções ou omissões que não digam respeito à autoridade incompetente ou a despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa não importarão em nulidade e nem serão sanadas quando não resultarem em prejuízo ao sujeito passivo ou quando não influírem na solução do litígio.

IRRF. PAGAMENTOS SEM CAUSA OU POR OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA

A aplicação do art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, tem como pressuposto básico a existência de um efetivo pagamento, para daí se perquirir a sua falta de justificção ou o beneficiário não identificado. É ilegítimo, portanto, o lançamento decorrente da constatação de diminuição ou inexistência do saldo de caixa, para daí se presumir a existência de pagamento, pela inversão do ônus da prova na falta de comprovação daquele saldo em caixa.

PAGAMENTO SEM CAUSA. A fim de infirmar a tributação pelo imposto de renda na fonte prevista compete ao sujeito passivo comprovar através de documentação hábil a identificação duas condições cumulativas: identificação dos beneficiários da entrega de recursos e a comprovação da operação ou a sua causa.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA QUALIFICADA – MOTIVAÇÃO. A multa qualificada de 150% só tem lugar quando comprovado o evidente intuito de fraude ou dolo e esteja motivada.

MULTA AGRAVADA. ATRASO NO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO.

Não tendo o contribuinte se negado a colaborar com a fiscalização, inclusive respondendo a todas as intimações, conquanto não tenha tido condições de atendê-las plenamente em alguns prazos, descabe o agravamento da multa, mormente quando a fiscalização dispõe dos elementos necessários para apuração da matéria tributável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR o pedido de perícia, AFASTAR as preliminares de nulidade e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa e desagravá-la, diminuindo-a para o patamar de 75%, bem assim CANCELAR o IRRF apurado em função da não comprovação do saldo de caixa.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Meigan Sack Rodrigues e Jorge Celso Freire da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 01-14.269, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento Brasília-DF.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

Trata o processo de lançamento de Imposto de Renda Retido na Fonte -IRRF, no montante de R\$ 3.683.664,41. Fundamentou-se a imputação na falta de recolhimento do IRRF decorrente de pagamento sem causa ou operação não comprovada nos anos-calendário de 2005,2006 e 2008 (fls. 355 a 362).

A interessada foi cientificada do auto de infração no dia 16/01/2009 (fl. 373). No dia 13/02/2009 foi apresentada impugnação (fls. 384 a 397), cujo teor, em suma foi que:

1) A autoridade administrativa afirma que os pagamentos são simulados, justificando a sua conclusão sobre informações econômicas e financeiras, obtidas desta pessoa jurídica mediante diligência fiscal;

2) Todavia, essas informações foram obtidas de forma ilícita, e, por consequência última, elas contaminam todos os atos que dela são decorrentes, de modo que não podem servir de fundamentação de qualquer acusação;

3) As informações econômicas e financeiras da SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda. foram obtidas por servidores desprovidos de competência para fiscalizá-la;

4) o mandado de procedimento fiscal é imprescindível à definição da competência da autoridade administrativa;

5) Na presente situação, salta aos olhos a violação do art. 7º, inc. IV e § 1º. Não há do tributo fiscalizado, do seu período de apuração e, principalmente, a descrição do que será verificado na diligência fiscal, no MPF-D nº 02.6.01.00-2007-187-7 (fls. 09 do Anexo I);

6) Isso porque a expressão "acompanhamento/constatação previstos na legislação tributária" é, por demais, lacônica e dúbia! Dubiedade que só favorece aquele que pretende se rogar de poderes ilimitados para investigar o contribuinte, o que é repellido, incontinenti, pela Portaria RFB nº 11.371/2007;

7) Esclarecido que o MPF-D nº 02.6.01.00-2007-1877 é o fundamento de validade da diligência fiscal, realizada na SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda.; e, que o MPF-D contém vício formal insanável, a última e única conclusão é a de que a autoridade administrativa nunca deteve poderes para diligenciar junto à essa pessoa jurídica;

8) E, como todo ato administrativo praticado por autoridade incompetente, as informações econômicas e financeiras, juntadas no Anexo I, são inválidas e não autorizam qualquer conclusão;

9) Não há dúvidas, pois, que as informações econômicas e financeiras prestadas pela SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda. fazem prova da efetiva prestação de serviços, nos anos-calendário de 2005 e 2006;

10) a autoridade administrativa não pode desconsiderar os negócios jurídicos que, por qualquer motivo, dissimulem a causa do pagamento pelo impugnante;

11) Ora, se os negócios jurídicos foram simulados com o objetivo de criar justificativa aos pagamentos do impugnante para a SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda., a única forma retirar-lhe a justificativa é desconsiderando-os, o que, conforme explicado, é defeso;

12) Não havendo, portanto, procedimento que confira à autoridade administrativa poderes para desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelo referido contribuinte, o auto de infração é nulo de pleno direito;

13) o art. 61 da Lei n.º 8.981/95, transcrito pelo art. 674, § 1º do RIR/99, não desobriga a autoridade administrativa do seu múnus, de investigar a ocorrência do fato gerador do tributo, conforme o art. 142 do CTN;

14) A uma, porque os pagamentos, relacionados no item 16.1 do termo de verificação fiscal, possuem um único beneficiário, identificado pelo impugnante, no caso, a empresa SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda., CNPJ n.º 06.010.505/0001-13. Isso foi provado nos livros Razão dos anos- calendário de 2005 e 2006, juntados às fls. 340/348;

15) A duas, porque os referidos pagamentos possuem justificativa, cada qual, descrita nos recibos, juntados às fls. 21/29;

16) O fato do impugnante exibir recibos de prestação de serviços, e não, a nota fiscal de serviços, por si só, não afastam a sua idoneidade;

17) Ademais, afastar a idoneidade probatória desses recibos pelo fato da prestadora de serviços não cumprir as suas obrigações tributárias principais e acessórias (p. ex., o recolhimento do tributo e a emissão do documento fiscal) é agir com um rigor não contemplado pelo Código Tributário Nacional;

18) Não bastasse isso, há farta evidência de que a SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda. é um pessoa jurídica regularmente constituída, com comprovada atividade empresarial;

19) Breve exame dos livros Caixa, referentes aos anos- calendário de 2003 a 2006 (fls. 21/70 do Anexo), evidencia que a contratação e demissão de inúmeros funcionários, o pagamento de despesas correntes, dos encargos bancários e dos tributos federais;

20) Além disso, os formulários GFIP, juntados às fls. 157/198, fazem prova de que a SEAGRI mantinha funcionários, em número condizente com as suas atividades empresariais;

21) Embora o número de funcionários, vinculados à SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda., tenha decrescido com o tempo, resultado das dificuldades financeiras que viveu até a suspensão, por completo, das suas atividades, a documentação faz prova indubitável de que, por ocasião dos pagamentos, mantinha quadro regular de funcionários, suficiente à prestação dos serviços ao impugnante;

22) Esclarecido, como está, que a SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda. foi regularmente constituída (fls. 14/15 do Anexo); que ela possuía quadro regular de funcionários (fls. 157/177 do Anexo); e, que prestou serviços ao impugnante (fls. 21/29), há, pois, plena justificativa dos pagamentos, de modo que as conclusões de fls. 03/08 do Anexo não passam de pura especulação da autoridade administrativa;

23) E, para que não paire dúvidas sobre a efetiva prestação de serviços, a impugnante roga pelo deferimento de prova testemunhal, por meio da qual serão obtidos os testemunhos dos funcionários da SEAGRI que lhe prestaram os serviços, descritos nos recibos de fls. 21/29;

24) Finalmente, não procede a alegação da autoridade administrativa de que a recusa do impugnante em lhe apresentar a manutenção de numerário em espécie, no dia 30.jun.2008, constitui-se em fundamento para o lançamento do tributo, de acordo com o art. 674, caput, RIR/99;

25) A uma, porque o art. 61 da Lei n.º 8.891/95 não confere à autoridade administrativa o direito de presumir a ocorrência do fato gerador do tributo, conforme pacífica jurisprudência do CCMF;

26) A duas, porque a autoridade administrativa não provou o pagamento desse valor a beneficiário não identificado;

27) A três, e principalmente, porque a recusa do impugnante apresentar à autoridade administrativa a manutenção do valor de R\$197.210,32 em espécie é perfeitamente lícita;

28) Embora inúmeras as prerrogativas da autoridade administrativa, a legislação tributária não lhe atribui competência para conferir, pessoalmente, ou exigir do contribuinte a apresentação do que mantém, em espécie, no seu Caixa;

29) A legislação tributária não lhe dá direito, de conferir os valores mantidos em espécie pelo contribuinte, mas, tão-só, dos livros comerciais e fiscais;

30) Esclarecida, portanto, a licitude da recusa do impugnante em lhe apresentar o valor de R\$197.210,32 em espécie, a autoridade administrativa não pode inverter o ônus probatório, de modo que se mantém obrigada a provar que ele foi pago a beneficiário desconhecido;

31) E, como não há prova desse pagamento, a última conclusão é a de que não possui fundamento o lançamento do IRRF;

32) Embora a autoridade administrativa afirme, ela não demonstra o embaraço do impugnante à fiscalização. Ao revés, ele atendeu a todas as requisições da autoridade administrativa, conforme se verifica às fls. 5, 6, 7/8 e 42/43. E, a única que não atendeu, fê-lo respaldado pela Lei, porquanto a autoridade administrativa não detinha competência para exigir a apresentação de valores em espécie;

33) Se a autoridade administrativa não logrou êxito em demonstrar o dolo específico do impugnante, ele não pode ser punido com o agravamento da multa.

Por fim, requer o deferimento de diligência consistente no depoimento das pessoas elencadas nas fls. 396 e 397.

É o que importa relatar.

A DRJ, manteve integralmente o lançamento, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF Ano-calendário: 2005,2006,2008 IRRF. PAGAMENTOS SEM CAUSA OU POR OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA

É legítimo o lançamento decorrente da constatação de diminuição ou inexistência do saldo de caixa sem a devida comprovação da operação ou causa dos pagamentos, e o decorrente da não apresentação de documentação consistente relacionada a negócio jurídico inexistente.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

Correta a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% quando restar evidenciado nos autos o intuito de fraude.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação e aduzindo em síntese:

- nulidade do acórdão da primeira instância por ter violado o art. 28 c/c art. 31 do Decreto n.º 70.235/72 O art. 28 do Decreto n.º 70.235/72 dispõe:

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso.

- a sua interpretação não deixa dúvidas. A decisão de primeira instância deve decidir o pedido de diligência ou perícia, inferindo-o, se for o caso. Não se trata, pois, de faculdade da autoridade julgadora. Formulado o pedido pelo contribuinte, ela deve, expressamente, decidir sobre as provas requeridas, conforme os requisitos do art. 16, IV, Decreto n.º 70.235/72;

- além de nulo, o indigitado acórdão pretere o direito de defesa da recorrente, porquanto lhe impossibilita produzir provas da efetiva prestação de serviços pela empresa SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda. E, ao preterir seu direito de defesa, o acórdão é, igualmente, nulo de pleno direito, ex vi do art. 59, II, Decreto n.º 70.235/72;

- as informações econômicas e financeiras da SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda. foram obtidas por servidores desprovidos de competência para fiscalizá-la;

- não bastasse a autoridade administrativa ter praticado uma sucessão de atos, despida de competência, o auto de infração viola, por completo, o art. 116, parágrafo único do CTN;

- a autoridade administrativa não pode desconsiderar os negócios jurídicos que, por qualquer motivo, dissimulem a causa do pagamento visto que o art. 116, parágrafo único do CTN nunca foi regulamentado por lei ordinária.. Todas as especulações da

autoridade administrativa, em última análise, resultam na desconsideração dos negócios jurídicos praticados entre a recorrente e a pessoa jurídica SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda;

- a autoridade administrativa invoca o art. 674, § 1.º do Decreto n.º 3.000/99 para praticar o lançamento do IRRF sobre os seus pagamentos à SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda. O CARF tem interpretado com reservas a aplicação deste dispositivo. A sua jurisprudência tem se consolidado no sentido de que compete à autoridade administrativa fazer prova de que a operação não teve causa, afastando-se, pois, a presunção em seu favor.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator.

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

MPF – Nulidade

A Recorrente alega que o MPF DILIGÊNCIA n.º 02.6.01.002007-187-7, contém vício formal insanável pois viola o art. 7º, inciso IV e § 1º da Portaria RFB n.º 11.371/2007, bem assim haveria nulidade da decisão DRJ, por não ter tratado a sua solicitação de perícia.

Aduz quanto ao primeiro aspecto que não há indicação do tributo fiscalizado, do seu período de apuração e, principalmente, a descrição do que será verificado na diligência fiscal, no MPF-D n.º 02.6.01.00-2007-187-7 (fls. 09 do Anexo I). Isso porque a expressão "acompanhamento/constatação previstos na legislação tributária" é, por demais, lacônica e dúbia

O MPF é mero instrumento interno de planejamento, controle e gerência das atividades de fiscalização, disciplinado por portarias da Receita Federal que não têm o condão de alterar a competência atribuída ao auditor fiscal e não o desoneram da atividade obrigatória e vinculada do lançamento.

O art. 142 do Código Tributário Nacional expressamente confere à autoridade administrativa a competência indelegável e privativa de formalizar o lançamento. E esta autoridade, nos termos da Lei n.º 2.354, de 1954, art. 7º, e do Decreto n.º 2.225, de 1985, é o auditor fiscal da Receita Federal. Logo, verificando a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, ou o descumprimento de uma obrigação tributária acessória, tem ele o dever indeclinável de promover o lançamento.

Neste sentido direciona-se o Conselho de Contribuintes, conforme ementas a seguir transcritas:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PORTARIA SRF Nº 1.265/99. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE. O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma

infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. A Portaria SRF nº 1.265/99 estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF mero instrumento de controle administrativo da atividade fiscal. (Acórdão nº 203-08483 de 16/10/2002)

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não tem o condão de limitar a atuação da Administração Pública na realização do lançamento. Não é o mesmo sequer pressuposto obrigatório para tal ato administrativo, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional, o que não se permite a uma Portaria. (...) (Acórdão 107-07268 de 13/08/2003)

NORMAS PROCESSUAIS - MPF-MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - RECURSO EX OFFICIO. O pleno exercício da atividade fiscal não pode ser obstruído por força de um ato administrativo que deve ser entendido como sendo de caráter meramente gerencial. Tal instituto, por ser medida disciplinadora, visando a administração dos trabalhos de fiscalização, não pode se sobrepor ao que dispõe o Código Tributário Nacional acerca do lançamento tributário, e aos dispositivos do Decreto-lei nº 2.354/54, que trata da competência funcional para a lavratura do auto de infração. Recurso de ofício a que se dá provimento. (Acórdão 107-06952 de 29/01/2003)

MPF - O Mandado de Procedimento Fiscal, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, não implicando nulidade dos procedimentos fiscais as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. (Acórdão 105-14070 de 19/03/2003)

Por conseguinte, eventual inobservância da norma infralegal em nada macularia o lançamento, razão pela qual não merece prosperar, de plano, a alegação da Recorrente.

De qualquer forma, no caso concreto sequer se configura a impropriedade alegada conforme minuciosamente abordado na Decisão de piso, sendo despidendo repetir aqui todos mesmos termos aos quais me filio, mas tão-somente o que reputo mais importante:

Como pode ser claramente observado, o inciso IV do artigo 7º (Portaria nº RFB nº 10.382, de 29 de maio de 2007) estipula o prazo para a realização do procedimento fiscal, quesito este totalmente observado pelo MPF em questão quando informa na fl. 09 do Anexo I que ""Este Mandado deverá ser executado até 29 de Setembro de 2007". Da mesma maneira, o §1º do artigo 7º é restrito aos MPF-F e MPF-E já que no MPF-D, ao invés do tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado, deve ser indicada a descrição sumária das verificações a serem realizadas, o que também foi devidamente feito, conforme descrição sumária contida na fl. 09 do Anexo I.

Não se pode aceitar a alegação da impugnante de que tanto o §1º quanto o §4º do artigo 7º seriam reguladores do MPF-D, primeiro porque está expresso no § 1º que só o MPF-F e MPF-E deveriam conter o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado, e segundo que este campo inexistente no modelo aprovado e anexado (Anexo V) na Portaria, como vemos abaixo: (...)

Acrescente-se que, quando muito, em se admitindo o fato da autoridade lançadora ter cometido algum engano com relação à matéria de fato, enquadramento legal e a

sua subsunção à norma, tratar-se-ia então de questão de mérito e não de preliminar de nulidade. E como ficará bem demonstrado mais adiante, nem mesmo isso aconteceu.

Por fim, quanto ao pedido de perícia, o art. 16, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal (PAF), com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993, estabelece que se considera não formulado o pedido de perícia que não nomear perito. E, no caso presente, a Recorrente além de não ter indicado perito, o que torna o pleito inepto, ressalte-se que, além disso, há no processo todos os elementos necessários ao julgamento da lide, como se demonstrará no mérito, sendo irrelevante o pedido de oitiva de testemunhas

Ademais, o deferimento de diligência e perícia é uma decisão do âmbito de discricionariedade do julgador, cabendo a ele fazê-la ou não a depender da formação de sua convicção (diligência) ou mesmo que se lhe exigirá conhecimentos técnicos específicos que somente um perito especializado poderia ter (perícia), o que não é o caso dos autos em que se requer apenas análise de meros dados contábeis, fiscais e legais, perfeitamente dentro da alçada de competência do Auditor Fiscal. Nesse sentido, a solicitação de oitiva de testemunhas é despicienda e a sua rejeição implícita ficou bastante clara nos fundamentos da DRJ, senão vejamos:

A DRJ tanto tomou conhecimento da solicitação que assim narrou o pedido no seu relato:

E, para que não paire dúvidas sobre a efetiva prestação de serviços, a impugnante roga pelo deferimento de prova testemunhal, por meio da qual serão obtidos os testemunhos dos funcionários da SEAGRI que lhe prestaram os serviços, descritos nos recibos de fls. 21/29;

A DRJ deixa claro que a prova colhida advém de inúmeros indícios, todos acolhidos neste voto e, que portanto, um único indício isolado, como seria o caso se as oitivas lhe fossem favoráveis, não seria suficiente para desfazer a força dos outros argumentos:

Contratos particulares de mútuo nestes montantes, sem reconhecimento de assinatura, sem cobrança de juros e com prazo de 5 (cinco) anos para pagamento (art. 2º dos contratos de fls. 35, 36 e 37), entre empresas claramente ligadas, não podem ser aceitos como únicos comprovantes das operações escrituradas, ainda mais quando se verifica que o senhor Francisco das Chagas Silva Aires, 320.737.472-72, é quotista de diversas outras empresas do Grupo Walter Vogel, não apresenta ou declara bens e tampouco possui movimentação financeira compatíveis com a propriedade da empresa, sendo dono apenas de um veículo usado com valor de mercado irrelevante face aos montantes transitados pela Seagri.

(...)

Ora, se existe informe interno certificando a prestação de serviços na ordem de R\$ 1.255.000,00, estes deveriam ter sido conservados pela empresa para a comprovação dos serviços prestados. Os simples recibos de fls. 21 a 29 não podem servir como únicos comprovantes de operações escrituradas deste vulto, ainda mais quando demonstrada a estreita ligação existente entre a empresa fiscalizada e a Seagri e quando se comprova que em todos os recibos consta a numeração 00001 e a grafia errada do nome da empresa como SEAGRE

Portanto, indefiro o pedido de diligência/perícia ao tempo que rejeito as preliminares de nulidade.

MÉRITO

Conforme relatado, foi lavrado o auto de infração do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) por pagamento sem causa ou beneficiário não identificado.

A princípio cabe salientar que o pressuposto material para caracterização da infração tipificada no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, é a constatação de que tenha ocorrido, como de fato está provado nos autos, pagamento ou entrega de recursos a terceiros ou sócios, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

Lei nº 8.981, de 1995:

“Art. 61. Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

1º. § 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.

§ 2º. Considera-se vencido o imposto de renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º. O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.”

Como se vê, é cristalino o entendimento de que o art. 61 da lei nº 8.981/95 implica na incidência do imposto de renda, exclusivamente na fonte, tanto na situação de não se identificar os beneficiários, quanto na situação de tê-los identificados, mas que os recursos destinados a eles, que podem ser terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, não houver sido comprovadas as operações ou suas causas.

Cabe salientar que é ônus da Recorrente uma vez intimada, fazer a prova de que a determinado pagamento estaria a ele perfeitamente identificado um beneficiário, ou ainda que identificado o beneficiário a causa do pagamento ainda precisaria ser comprovada. Não fez isso nas diversas oportunidades ofertadas pelo autuante; não fez isso na fase impugnatória; nem muito menos fez na fase recursal. Limitou-se a tecer considerações genéricas sem trazer nada de relevante que infirmasse cada um dos eventos que deram azo à autuação. Eis os termos de sua defesa:

- além de nulo, o indigitado acórdão pretere o direito de defesa da recorrente, porquanto lhe impossibilita produzir provas da efetiva prestação de serviços pela empresa SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda. E, ao preterir seu direito de defesa, o acórdão é, igualmente, nulo de pleno direito, ex vi do art. 59, II, Decreto n.º 70.235/72

- as informações econômicas e financeiras da SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda. foram obtidas por servidores desprovidos de competência para fiscalizá-la.

- não bastasse a autoridade administrativa ter praticado uma sucessão de atos, despida de competência, o auto de infração viola, por completo, o art. 116, parágrafo único do CTN.

- a autoridade administrativa não pode desconsiderar os negócios jurídicos que, por qualquer motivo, dissimulem a causa do pagamento visto que o art. 116, parágrafo único do CTN nunca foi regulamentado por lei ordinária.. Todas as especulações da autoridade administrativa, em última análise, resultam na desconsideração dos negócios jurídicos praticados entre a recorrente e a pessoa jurídica SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda.

- a autoridade administrativa invoca o art. 674, § 1.º do Decreto n.º 3.000/99 para praticar o lançamento do IRRF sobre os seus pagamentos à SEAGRI Serviços Agrícolas Ltda. O CARF tem interpretado com reservas a aplicação deste dispositivo. A sua jurisprudência tem se consolidado no sentido de que compete à autoridade administrativa fazer prova de que a operação não teve causa, afastando-se, pois, a presunção em seu favor.

A empresa fiscalizada foi intimada a prestar esclarecimentos e documentos que comprovassem a efetiva prestação de serviços e os pagamentos efetuados à empresa Seagri nos período de 2005 a 2008. Porém, de concreto mesmo veio em resposta apenas a sua declaração peremptória e injustificável de que "não há como comprovar através de documentos a efetiva prestação dos serviços contratados, pois os mesmos quando da execução, são acompanhados por prepostos da requerente, que através de informe interno, certifica a efetiva realização/finalização da prestação do serviço contratado, originando, posteriormente o pagamento do mesmo" (fls. 07 e 08).

Ora, porque então não trouxe aos autos pelo menos alguns desses "informes internos", mesmo instado a fazê-lo pela DRJ?

Além de não ter se desincumbido a contento de sua tarefa de justificar a causa dos pagamentos, na verdade as provas dos autos convergem para existência de simulação de negócios jurídicos através de contratos de mútuos simulados, cuja prova se fez através vários indícios graves e convergentes:

- O senhor Walter Vogel, participou da Ouro Verde, de 23/06/2004 a 13/02/2008 (fls. 10 a 20) e é o responsável pela assinatura dos contratos de mútuo pela fiscalizada, juntamente com o senhor Francisco das Chagas Silva Aires, pela Seagri, de acordo com os documentos de fls. 35 a 37, no valor total de R\$ 970.000,00. Concomitante a isso, há procurações do sócio da empresa Seagri (fls. 14 e 15 do Anexo I), o senhor Francisco das Chagas Silva Aires ao senhor Walter Vogel (fls. 200 a 217 do Anexo I), sendo que o outro sócio da empresa Seagri é o próprio filho do senhor Francisco, o então menor Michael Schumacher dos Santos Aires. Isso tudo demonstra vínculo direito entre as duas empresas e que foi omitido ao fisco;

- ainda a esse mesmo respeito, segundo o autuante o domicilio tributário da Seagri, à rua Sebastião Diniz, numero 361, conforme faturas emitidas pela Boa Vista Energia, refere-se a imóvel cadastrado em nome de Scoobydoo do Brasil Agrosilvopastoril Ltda, outra empresa do grupo liderada pelo Sr. Walter Vogel.(fl.369) ;

- O Sr. Francisco das Chagas Silva Aires, sócio da empresa Seagri, é quotista de diversas outras empresas do Grupo Walter Vogel, não apresenta ou declara bens e tampouco possui movimentação financeira compatível com a propriedade da empresa, sendo dono apenas de um veículo usado com valor de mercado irrelevante face aos montantes transitados pela Seagri;

- Nos contratos de mútuo não há previsão de juros compensatórios nem garantias, nem reconhecimento de assinaturas, nem registro em Cartório;

- Como se não bastasse a ausência de tais previsões, não se comprovou uma única amortização da dívida após longo tempo, tampouco a prestação de serviços pelo adiantamento efetuado;

- Segundo o autuante (fl. 369) consta da DSPJ — Declaração Simplificada PJ — Simples, que a Seagri declarou, exatamente, o valor total registrado na contabilidade da fiscalizada como receita no mês de abril/2007.

- Apesar da descontinuidade das operações da Seagri, o valor de R\$970.000,00 é mantido a título de "Mútuo a receber a longo prazo", rubrica 1.2.4.01.001";

- inúmeras inconsistências nas únicas provas trazidas pela Recorrente. Trata-se de recibos entre empresas ligadas onde se comprova que em todos os recibos consta a numeração 00001 e a grafia errada do nome da empresa como SEAGRE.

A recorrente acusa a falta de provas. Porém, o que se vê são um conjunto de indícios convergentes e que por isso tornam a prova robusta e concludente. Ora, contratos particulares de mútuo entre empresas claramente ligadas, em montantes elevados, sem reconhecimento de assinatura, sem cobrança de juros, com prazo de 5 (cinco) anos para pagamento, não dá guarida a acobertar negócio jurídico sério.

Desconsideração de negócios jurídicos

A recorrente alega ainda a impossibilidade de o Fisco desconsiderar os negócios jurídicos que, por qualquer motivo, dissimulem a causa do pagamento pela Recorrente, uma vez que o art. 116, parágrafo único do CTN nunca foi regulamentado por lei ordinária.

Porém essa não é a única regra jurídica no ordenamento que autoriza a desconsideração de atos privados para fins fiscais.

Existe a regra do art. 149, VII, do CTN, em que o lançamento é efetuado quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.

Existe ainda uma norma específica anti-elisiva para o próprio IRPJ. Digo que seria anti-elisiva, pois se trata de um preceito altamente funcional e genérico, que incide sobre o efeito do negócio jurídico, em vez de regular a tributação de cada espécie negocial em separado. Esse é o espírito, por exemplo, do art. 51 da Lei nº Lei 7.450, de 23 de dezembro de 1985:

Art 51 - Ficam compreendidos na incidência do imposto de renda todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja

dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto de renda.

Por fim, o último argumento que trago para dizer que o nosso ordenamento jurídico permite a desconsideração de negócios jurídicos por não serem oponíveis ao fisco.

Esse argumento é empírico. A mera constatação de que o extinto Conselho de Contribuintes, sucedido por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, sempre ter desconsiderado negócios jurídicos antes e depois do aparecimento do parágrafo único acrescentado ao art. 116 do CTN, em muitos casos enquadrando como simulação e em outra grande parte, simplesmente interpretando e compreendendo a lei e o fato, que é um processo amplo de polarização sem se deixar reduzir um ao outro, entre o fato bruto e texto da norma, passando por várias fases de aproximação, denominada de “âmbito do fato” e “âmbito da norma”, entre outras.

E nesse sentido encontramos uma ampla jurisprudência administrativa:

"DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO - Devidamente demonstrado nos autos que os atos negociais praticados deram-se em direção contrária a norma legal, com o intuito doloso de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária (art. 149 do CTN), cabível a desconsideração do suposto negócio jurídico realizado e a exigência do tributo sobre a real operação.

SIMULAÇÃO/DISSIMULAÇÃO - Configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade, ao passo que a dissimulação contém em seu bojo um disfarce, no qual se encontra escondida uma operação em que o fato revelado não guarda correspondência com a efetiva realidade, ou melhor, dissimular é encobrir o que é". (Acórdão 101-94771, 11/11/2004).

Por todo o exposto, nego provimento a este item.

Não comprovação do Numerário em espécie – PAGAMENTO SEM

CAUSA

A Recorrente insurge-se também contra este item da infração. Alega que lícita a recusa do impugnante em lhe apresentar o valor de R\$197.210,32 em espécie, não podendo a autoridade administrativa inverter o ônus probatório, de modo que se mantém obrigada a provar que ele foi pago a beneficiário desconhecido.

A empresa informou à fiscalização que mantinha em espécie no dia 30 de junho de 2008 a quantia de R\$ 197.210,32, conforme item 4 do documento de fls. 33 e 34, o que somente seria comprovado mediante contagem física. A DRJ afirmou que a Recorrente tem o poder de recusar apresentar a quantia, mas a consequência jurídico disso é a desconsideração da existência deste valor pela fiscalização.

Ainda a esse respeito, a DRJ continua o seu raciocínio. Se o valor efetivamente existe e o contribuinte podendo fazer essa prova não o faz, daí adviriam duas conclusões, primeiro, a inexistência do numerário; por último, o registro teve o único objetivo de acobertar a saída deste dinheiro do caixa, revelando a intenção de impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador por parte da autoridade fazendária.

De fato, o raciocínio da DRJ está correto apenas quanto a primeira parte, ou seja, até o ponto em que defende que a Recorrente arcaria com as consequências jurídicas pela não comprovação do valor em caixa.

Correto também o entendimento legal de que escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais. No caso, o documento hábil, segundo sua natureza, para comprovar o saldo de caixa em 30/06/2008, é o próprio numerário que não foi apresentado.

Entretanto, acontece que a consequência jurídica em causa não é a tributação pelo art. 61 da Lei n 8.8981/95, pois o pressuposto maior dessa tributação não foi atendido.

É que a aplicação do art. 61 está reservada apenas para aquelas situações em que o **fisco prova efetivamente a existência de um pagamento** (sem causa ou a beneficiário não identificado). Esse é o ponto de partida do qual não podemos nos afastar interpondo uma outra presunção antes dele. Para que o beneficiário possa ser considerado não identificado ou o pagamento possa ser considerado sem causa, deve haver antes de tudo a prova do pagamento. E isso efetivamente o autuante não fez. O que fez foi extrair a ilação da existência de pagamento a partir de uma presunção extraída da não comprovação do saldo de caixa em espécie naquela data.

No caso que se cuida, a redução da conta caixa pode indicar outras possíveis irregularidades tributárias, como saldo credor de caixa, por exemplo, mas não tem o poder de provar que a pressuposto básico da autuação de “pagamento sem causa” efetivamente tenha ocorrido: o efetivo pagamento.

De fato, com razão a Recorrente quando indica que ao autuante não foi dado o direito de inverter o ônus da prova mediante presunção legal.

Portanto, cancela-se este item da autuação.

.MULTA QUALIFICADA – 150%

O dolo e o evidente intuito de fraude é insito em situações tais em que ficar provada que a empresa simulou negócios jurídicos, impedindo ou retardando o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Embora possamos encontrar elementos nos autos suficientes para demonstrar a ocorrência de simulação dos contratos particulares de mútuo entre empresas claramente ligadas, em montantes elevados, sem reconhecimento de assinatura, sem cobrança de juros, com prazo de 5 (cinco) anos para pagamento, isso tudo não foi alinhavado como motivo da

qualificação da multa. Pelo contrário, no TVF não encontramos uma linha sequer que fundamentasse a qualificação da multa.

A decisão administrativa precisa ser motivada para proporcionar o contraditório e a ampla defesa. O Dolo, a simulação e a fraude precisam ficar bem provados e devem fazer parte da fundamentação da qualificação da multa.

Dessa forma, por falta de fundamentação adequada, cancelo a qualificação da multa.

Multa – agravamento em 50%

Entretanto, o agravamento da multa em 50% deve ser reparado uma vez que não consta dos autos motivo suficiente para tal agravamento no presente processo. A autuada também questiona a multa de ofício aplicada em relação ao percentual majorado (112,5%). A multa cabível nos lançamentos de ofício é regulada pelo artigo 44 da Lei 9.430/1996:

“Art.44.Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

(...)

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

a) prestar esclarecimentos; (...)” (negritei)

A jurisprudência deste Colegiado vem seguindo na linha de que o agravamento da multa só se justifica quando plenamente caracterizada a recusa no atendimento às solicitações ou ainda quando o atraso ou o não atendimento causa prejuízos à ação fiscal.

De fato a intenção do legislador foi mesmo estabelecer um mecanismo de punição nas situações em que o atraso no fornecimento das informações solicitadas possa acarretar prejuízos ao procedimento fiscal.

Registre-se que a norma fala em “prestar esclarecimentos” e não em “apresentar documentos”. Isso porque a não apresentação de documentos implicaria para o sujeito passivo a possibilidade de ter seu resultado apurado por arbitramento, o que lhe imputaria um ônus tributário maior ou mesmo ter o IRRF tributado, como de fato aconteceu.

Ainda que se pudesse interpretar extensivamente o preceito legal para incluir situações em que o atraso refere-se a documentos solicitados, como já se colocou retro a jurisprudência deste Colegiado restringe a aplicação da multa às situações nas quais o atraso ou o não atendimento tenha comprovadamente causado prejuízos ao Fisco.

Não foi o que aconteceu. Ao contrário, como já se colocou, o IRRF foi tributado justamente pelo não atendimento da intimação para eventos específicos e a exigência foi formalizada com base nas informações prestadas pelo sujeito passivo, ou seja, o não atendimento ou o atendimento insuficiente não afetou a apuração da irregularidade.

Nesse contexto, não tendo o contribuinte se negado a colaborar com a fiscalização, se visto pelo conjunto, inclusive respondendo as intimações e solicitando prorrogações, conquanto não tenha tido condições de atendê-las plenamente em alguns prazos, descabe o agravamento da multa, mormente quando a fiscalização dispunha dos elementos necessários para apuração da matéria tributável.

Desagravo, portanto, a multa em 50%, remanescendo apenas a multa de 75%.

Por todo o exposto, rejeito pedido de perícia, afasto as preliminares de nulidade e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso apenas desagravar a multa de ofício em 50%, bem assim para cancelar o IRRF apurado em função da não comprovação do saldo de caixa.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto