MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10580.010412/2005-41
Recurso nº	151.007 De Ofício e Voluntário
Matéria	IRF - Anos: 2000 a 2003.
Acórdão nº	102-48.693
Sessão de	08 de agosto de 2007
Recorrentes	EMPREENDIMENTOS SÃO JOSÉ LTDA. e
	3ª TURMA/DRJ-SALVADOR/BA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa: DECADÊNCIA – A exigência do IR-Fonte com base no art. 61 da Lei 8.981 de 2005 não se subsume à hipótese de lançamento por homologação de que trata o art. 150 do CTN. Não há atividade anterior do contribuinte, no sentido de apurar tributos a recolher. Trata-se de lançamento exclusivamente de ofício, cujo prazo decadencial obedece a regra geral estabelecida no art. 173 do CTN.

RESPONSABILIDADE PESSOAL DE ADMINISTRADORES – Identificado corretamente o sujeito passivo, nos termos do art. 124 do CTN, não há que se falar em cancelamento do auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo, sob a alegação de que a responsabilidade seria pessoal do administrador. Trata-se de matéria inerente a execução fiscal.

IR-FONTE - PAGAMENTO SEM CAUSA - Fica sujeito à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pela pessoa jurídica ou o recurso entregue a terceiros, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, ainda que esse pagamento resultar em redução do lucro líquido da empresa. Nos termos do § 3° do artigo 61 da Lei nº 8.981/1995, o valor pago será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

RECURSO DE OFÍCIO - DESQUALIFICAÇÃO DA MULTA – Os fatos que embasam a acusação fiscal de evidente intuito de fraude, por conseguinte a qualificação da multa de ofício para 150%, devem ser expressamente descritos no auto de infração e provados nos autos. Do contrário, a multa deve ser reduzida para 75%.

DECADÊNCIA – TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA – É definitiva e exclusiva na fonte a incidência tributária sobre pagamentos sem causa ou de operação não comprovada, sendo o fato gerador o dia do referido evento, conforme expressamente consignado no artigo 61 da Lei nº 8.981, de 1995.

Preliminar de erro na identificação rejeitada.

Preliminar de decadência acolhida.
Recursos de ofício e voluntário negados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Vencido o Conselheiro Naury Fragoso Tanaka que provê o recurso de ofício, mantendo a qualificação da multa. Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo suscitada pelo sujeito passivo e, por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência e cancelar o lançamento referente aos fatos geradores até o dia 10/11/2000. Vencidos os Conselheiros Naury Fragoso Tanaka e Antonio José Praga de Souza (Relator) que não acolhem a decadência. Designado o Conselheiro José Raimundo Tosta Santos para redigir o voto vencedor. No mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente

JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS
Redator designado

FORMALIZADO EM: 05 MAI 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, LUIZA HELENA GALANTE DE MORAES (Suplente convocada) e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros SILVANA MANCINI KARAM e MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA.

Relatório

EMPREENDIMENTOS SÃO JOSÉ LTDA. recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância proferida pela 3ª TURMA/DRJ – SALVADOR/BA, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Em face da exoneração de crédito tributário em valor superior à sua alçada, a Turma Julgadora também recorre, *ex-officio*.

Trata-se de exigência de IRPF no valor original de R$ 4.002.240,89 (inclusos os consectários legais até a data da lavratura do auto de infração).

Em razão de sua pertinência, peço vênia para adotar e transcrever o relatório da decisão recorrida *(verbis)*:

> *"Neste processo, a interessada impugna o lançamento de ofício do imposto de renda na fonte (fls. 176), relativo a fatos ocorridos entre os anos 2000 e 2003. Neste período, diversos pagamentos efetuados pela contribuinte foram considerados pela autoridade lançadora como pagamentos a terceiros sem causa comprovada, sujeitos à retenção do imposto de renda exclusivamente na fonte, com disposto no artigo 674 do Decreto nº 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999).*
>
> *De acordo com o termo de verificação fiscal anexo ao auto de infração (fls. 177/189), os beneficiários dos referidos pagamentos foram: a empresa Intermundi, que recebeu transferências bancárias que totalizaram R$ 377.519,50; o ex-sócio Sérgio Cavalcante Gomes, beneficiado com R$ 44.432,65, que é a diferença entre o valor das cotas em seu nome (R$ 150.000,00) e o valor creditado em sua conta (R$ 194.432,65), recebido em pagamento ao desligar-se da sociedade; a empresa Open Way, no total de R$ 1.281.395,99, sem contrato e sem contabilização por parte da beneficiária; e a Construtora Serra, no total de R$ 300.000,00, sem comprovação da causa. Foram incluídos também diversos pagamentos, com indicação de despesas não especificadas e não comprovadas pelo autuado, no total de R$ 178.570,00.*
>
> *Por força da norma aplicada, a base de cálculo do imposto foi recomposta, considerando-se líquidos os pagamentos efetuados, como se deles já houvesse sido descontado o tributo. Com a incidência do tributo à alíquota de 35%, o imposto lançado elevou-se a R$ 1.228.724,93. Com os acréscimos legais (multa qualificada de 150% e juros de mora), a exigência monta a R$ 4.002.240,89.*
>
> *A impugnante traça, em síntese, os seguintes argumentos.*
>
> *Preliminarmente, haveria decaído o direito de a Fazenda efetuar o lançamento sobre fatos ocorridos em 2000, pois já ocorrera a sua homologação tácita, com o transcurso do prazo qüinqüenal, contado da data do fato gerador.*
>
> *O lançamento baseou-se em presunção, pois os beneficiários e as causas dos pagamentos haviam sido suficientemente indicados, não se justificando a aplicação dos artigos 674 e 725 do RIR/1999.*
>
> *Os pagamentos à **Construtora Serra** referem-se à indenização por rescisão de contrato e por serviços de infra-estrutura realizados pela construtora no futuro 'Cemitério Memorial da Paz', objeto da empresa autuada; que o contrato rescindido e os documentos que comprovariam estes serviços teriam sido destruídos em invasão de*

moradores sem teto, em 13/06/2005, amplamente veiculada pela imprensa local; que em 22/06/2005 foi lavrado boletim de ocorrência policial, onde se menciona que os invasores depredaram as instalações e fizeram fogueiras com o material encontrado, como madeira, papéis, caixas vazias, etc.

Os pagamentos à ***Open Way*** *baseavam-se em convênio (fls. 619), pelo qual esta empresa realizaria serviços para informatização das atividades do cemitério. Não poderia se responsabilizar pela falta de contabilização destes valores na empresa beneficiária.*

Os pagamentos à ***Intermundi*** *foram efetuados pelo ex-sócio Sérgio Gomes com excesso de poderes, cabendo-lhe, pessoalmente a responsabilidade tributária. Para o afastamento de Sergio Gomes, a autuada concordou em considerar os valores transferidos para a Intermundi como empréstimos, que foram em seguida perdoados.*

O pagamento a ***Sérgio Gomes*** *é parte do mesmo acordo para que este deixasse a sociedade; que em seu depoimento (fls. 104) o ex-sócio mentiu ao informar que havia recebido apenas R$ 150.000,00, relativos às cotas em seu nome. Como prova, anexa recibo (fls. 657) em que este afirma haver recebido R$ 194.432,65, que seria a primeira parcela de um acordo de transação celebrado em 26/06/2000. Anexa também notas promissórias resgatadas (fls. 658/661) que comprovariam o pagamento das demais parcelas convencionadas.*

Quanto aos ***pagamentos diversos****, menciona o pagamento a Maria Cristina Alves de Freitas Cunha, sua procuradora, no valor de R$ 27.160,00. Este crédito decorreria de devolução de adiantamento feito por Maria Cristina para pagamento de salários, pois houve atraso na remessa destes valores de Portugal, de onde o sócio majoritário enviava recursos que serviriam para este fim.*

Inconstitucional a aplicação da taxa SELIC para cálculo dos juros, pois, além de não resultar de lei, mas sim de Resoluções do Banco Central, a sua finalidade é a remuneração do capital, não podendo por isso ser aplicada como taxa de juros moratórios.

Improcedente a aplicação da multa qualificada (150%), pois não foi comprovada fraude que a justificaria."

A DRJ proferiu em 18 de janeiro de 2006 o Acórdão nº 9.250, do qual se extrai as seguintes ementas e conclusões do voto condutor (*verbis*):

"PAGAMENTOS SEM CAUSA. Sujeitam-se ao imposto exclusivamente na fonte os pagamentos cujas causas não tenham sido comprovadas mediante documentação hábil e idônea.

MULTA AGRAVADA. O dolo que justificaria o agravamento da multa de ofício para 150% deve ser provado, e não meramente presumido.

Lançamento Procedente em Parte

(...)

A aplicação da taxa SELIC para cálculo dos juros de mora está prevista nas Leis nº 8.981, de 1995, art. 84, inciso I, e § 1º, Lei nº 9.065, de 1995, art. 13, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 3º. Por ser competência exclusiva do Poder Judiciário, não cabe na esfera administrativa adentrar o mérito de argumentos que questionam a

constitucionalidade e a legalidade das normas vigentes.

Apesar da norma tributária autorizar a presunção de rendimentos tributáveis, sujeitos ao imposto exclusivo na fonte, quando não provada a causa do pagamento, esta mesma presunção não pode ser aplicada para caracterizar ação dolosa que justificaria a imposição da multa qualificada de 150%. Por princípio geral do direito, o dolo deve ser provado, e não meramente presumido. A autoridade lançadora, porém, não comprova e não fundamenta, nem sequer menciona, a ocorrência de fraude.

Isto posto, voto pela procedência parcial do lançamento, para reduzir a multa de ofício de 150% para 75% do tributo exigido. (...)"

Aludida decisão foi cientificada em 09/02/2006 (AR de fl. 711), sendo que no recurso voluntário, interposto em 08/03/06 (fls. 712-737), a representante da contribuinte repisa e aprofunda as alegações da peça impugnatória, nos seguintes termos (*verbis*):

"(...) De todo modo, conforme restará devidamente comprovado nas razões a seguir alinhavadas, é possível identificar, rigorosamente, através da documentação acostada na impugnação, a causa, a operação e, bem assim, o beneficiário dos pagamentos, o que, em última análise, implicará no cancelamento do auto de infração com o conseqüente arquivamento do processo administrativo. Senão vejamos:

1. DAS OPERAÇÕES COM SÉRGIO GOMES E COM A INTERMUNDI

Primeiramente, esclarece a Recorrente que abordará em um único tópico as operações feitas com o Sr. Sérgio Gomes e com a Intermundi, tendo em vista coincidirem as razões que amparam ambas as operações.

Neste sentido, oportuno mencionar que até 27 de fevereiro de 2.000 o Sr. Sérgio Gomes figurava no quadro societário da Recorrente como sócio, detendo 150.000 cotas, sendo certo, ainda, que o mesmo é administrador da empresa Inter Mundi Imp. Exp. Ltda, conforme depreende-se do Termo de Verificação Fiscal.

Ora, por exercer a administração de ambas as empresas, o Sr. Sérgio Gomes, agindo com verdadeiro excesso de poder.

> *'utilizou, sem a concordância do Sr. Manuel Braz, recursos da empresa Empreendimentos São José para investir na empresa Inter Mundi Imp. e Exp. Ltda', conforme restou informado pela Recorrente no Termo de Fiscalização 02, bem como reconhecido pelo próprio Sr. Sérgio Gomes no Termo de Declaração nº 01.*
>
> *Corroborando o alegado, observe-se que a d. autoridade fiscal afirmou no Termo de Verificação Fiscal que 'Os valores transferidos à Inter Mundi decorreram de mera liberalidade não tendo portanto qualquer vinculação com as atividades do contribuinte decorrendo da vontade do Sr. Sergio Gomes que exercia a administração de ambas as empresas, fato este afirmado pelo Sr. Sérgio em termo de Entrega de Documentos entregue em 19/07/2005, doc. 39, e no Termo de Declaração 01, doc. 35'.*

Veja-se, pois, que o caso em tela refere-se, exatamente, à atos cometidos com excesso de poder por sócio-administrador, devendo, por tal motivo, ser a situação em tela tratada nos moldes do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece: (...)

In casu, resta claro que o Sr. Sérgio Gomes utilizou-se da condição de sócio - com poderes de gerência - para, por mera liberalidade, transferir valores da recorrente à empresa Inter Mundi, agindo com excesso de poderes, o que, em última análise, respalda sua responsabilidade pessoal para responder aos eventuais tributos devidos.

Nesta linha de raciocínio, seria teratológico imaginar que a responsabilidade pudesse recair sobre a recorrente, como pretende fazer crer a d. autoridade julgadora!!!!!!!

A questão posta tornou-se tão debatida no âmbito administrativo e judicial que muito autores sobre ela se manifestaram, vindo, a talhe de foice, o escólio do saudoso ALIOMAR BALEEIRO in 'Direito Tributário Brasileiro', 11a edição, atualizado por MISABEL ABREU MACHADO DERZI, Editora Forense, p. 755, o qual ensina: (...)

Inegável, portanto, a responsabilidade pessoal do Sr. Sérgio Gomes, restando, no particular, ilegal a autuação no que tange aos valores repassados à empresa Inter Mundi, sendo, como é, de rigor seja cancelada para responsabilizar, tão somente, o ex-sócio, Sr. Sérgio Gomes, por todos os tributos relacionados àquelas operações.

De todo modo, insta observar que a recorrente, na tentativa de solucionar o problema em relação ao ex-sócio, considerou as transferências realizadas pelo Sr. Sérgio Gomes à Inter Mundi como 'empréstimos', realizando, posteriormente, um acordo com o mesmo para que ele deixasse a sociedade e, em contrapartida, daria o perdão da dívida.

Notem, preclaros Julgadores, em que pese as fortes alegações - as quais foram devidamente informadas durante a fiscalização - houve por bem a d. autoridade fiscal ignorá-las, preferindo acreditar nas declarações do ex-sócio, Sr. Sérgio Gomes. De fato, extrai-se do Termo de Verificação Fiscal que 'Em 30/06/2005, o Sr. Sérgio compareceu à DRF/Salvador e prestou declarações, reduzidas no Termo de Declaração 01, doc. 35, afirmando, na qualidade de sócio gerente da Inter Mundi, que não houve qualquer assunção de dívidas por parte do contribuinte, que as dívidas ainda persistem. Afirmou ainda que após a sua saída do quadro societário do contribuinte em 27/06/2000, não tem mais qualquer vínculo com o contribuinte e que para a sua saída, só recebeu o valor de R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais) correspondentes às suas cotas'.

Contudo, faltou com a verdade o Sr. Sérgio Gomes, prova disso, verifica-se no Recibo (doc. anexo à impugnação) assinado pelo mesmo no qual declarou 'Recebi da Dra. Maria Cristina Alves de Freitas da Cunha, procuradora dos Srs. Manuel Alves Braz e Luiz Joaquim Bento Cicarone, através de instrumento público lavrado no Cartório do 9º Ofício de Notas desta capital, livro 320, fls. 194, a importância (sic) supra de R$ 194.432,65 (cento e noventa e quatro mil, quatrocentos e trinta e dois reais e sessenta e cinco centavos) referente a Primeira Parcela mencionada no item 4.4.2 do TERMO DE ACORDO E TRANSAÇÃO CELEBRADO EM 26 DE FEVEREIRO DE 2000, entre mim e os referidos senhores, RELATIVA A MINHA SAÍDA DA SOCIEDADE DENOMINADA EMPREENDIMENTOS SÃO JOSÉ LTDA., CGC nº 02.100.222/0001-01, pelo que ficou avençado R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), dos quais foi abatido o valor de R$ 5.567,35 (cinco mil, quinhentos e sessenta e sete reais e trinta e cinco centavos) referentes a contas pessoais minhas, pagas pelos referidos senhores, perfazendo assim a importância (sic) de R$ 194.432,65 (cento e noventa e quatro mil, quatrocentos e trinta e dois reais e sessenta e cinco centavos) acima descrita' (...)

Com efeito, se, por um lado, agiu com acerto a d. autoridade fiscal ao reconhecer que o Sr. Sérgio Gomes exercia a administração das duas empresas em comento, por outro, não merecem guarida as alegações da d. autoridade fiscal quanto ás operações com o Sr. Sérgio Gomes, posto ter o mesmo faltado com a verdade quando prestou declaração perante a DRF/Salvador, conforme acima comprovado, tampouco em relação às

operações com a Intermundi, porquanto oriundas de atos cometidos com excesso de poder pelo ex-sócio Sérgio Gomes.

Neste passo, em que pese a comprovação cabal do alegado, já que o recibo acostado pela Recorrente traduz, inquestionavelmente, a veracidade das alegações, preteriu-as a d. a autoridade julgadora sob o seguinte argumento: 'Que Sérgio Gomes tenha recebido benefícios ao desligar-se da empresa é fato incontroverso, tendo sido inclusive objeto de parte da presente autuação. Mas que estes benefícios tenham decorrido das atividades irregulares do sócio e que correspondam paradoxalmente ao suposto prejuízo por ele causado, é alojo que ultrapassa qualquer lógica. É com este argumento, porém, que a interessada pretende comprovar a causa não só dos pagamentos efetuados à Intermundi, como também a Sérgio Gomes'.

Máxima vênia concessa, não cabe à d. autoridade julgadora analisar se são, ou não, lógicas as assertivas da Recorrente, ao revés, deve limitar-se à análise das provas apresentadas, pois uma vez comprovado cabalmente as alegações, ainda que no entender da d. autoridade julgadora sejam as mesmas ilógicas, é de rigor seja reconhecida a responsabilidade pessoal do Sr. Sérgio Gomes, nos termos do art. 135, do CTN, máxime quando referido acordo somente foi feito para viabilizar a saída do Sr. Sérgio Gomes do quadro societário da recorrente.

In casu, repita-se, restou reconhecida pela própria d. autoridade fiscal que o Sr. Sérgio Gomes exercia a administração de ambas as empresas (Empreendimentos São José e Intermundi), e, em contrapartida, restou comprovado, através dos recibos assinados pelo próprio Sérgio Gomes que a quantia transferida serviu para viabilizar a sua saída do quadro societário da Recorrente.

Inadmissível, permissa vênia, possa prevalecer a análise superficial e despida de qualquer fundamentação legal da d. autoridade julgadora.

Portanto, espera a Recorrente que este E. Órgão Julgador, após analisar a documentação acostada, dê o devido peso às provas e alegações apresentadas pela Recorrente, o que, certamente, acarretará a responsabilidade pessoal do Sr. Sérgio Gomes pelos atos cometidos com excesso de poder.

2. DAS OPERAÇÕES COM A CONSTRUTORA SERRA

Quanto às operações com a Construtora Serra, entendeu a d. autoridade julgadora que a Recorrente 'não comprova, porém, a existência prévia de um contrato nem apresenta qualquer comprovante de serviços prestados', motivo pelo qual repeliu todas as alegações constantes na impugnação relativamente às aludidas operações.

Contudo, mais uma vez equivoca-se a d. autoridade julgadora.

De fato, constatou, a d. autoridade fiscal, no 'Termo de Verificação Fiscal' que 'O contribuinte pagou 03 (três) parcelas, respectivamente de: R$50.000,00; R$ 75.000,00 e R$ 75.000,00 à Construtora Serra, todos em 30/11/2000, conforme lançamentos contábeis de nº 1351, 1352 e 1353 a débito na conta 'Adiantamentos Diversos - Construtora Serra', doc. 01. Intimado a prestar informação, apresentou comprovante de pagamentos, doc. 03, à construtora Serra e cópia do distrato que justificaria tais pagamentos, doc. 02. Constam ainda do 'distrato' também os seguintes valores: R$ 75.000,00, pagamento comprovado através de recibo e cópia de cheque nº 417413 em 11.10.2000, e R$ 25.000,00, pagos em duas parcelas, a 1a de R$ 6.000,00 em 05/02/2001, cópia de cheque nº 540078-3 e R$ 19.000,00, pago em 04/01/2001, cópia de cheque nº 470599. No entanto, não apresentou o contrato que teria sido rescindido, sendo re-intimado através do Termo de Fiscalização 03. (...) consideramos que os pagamentos efetuados à Empresa Construtora Serra não tiveram uma causa vinculada

à atividade do contribuinte ensejando lançamento como pagamento sem causa a título de Imposto de Renda na Fonte'.

Antes de adentrar aos pagamentos que foram efetuados à Construtora Serra, justificando-os, imperioso seja feito um breve histórico da relação comercial entre a recorrente e referida construtora.

Primeiramente, impende esclarecer, fato este que não constou em momento algum no 'Termo de Verificação Fiscal', que a impugnante, Empreendimentos São José Ltda., é, na verdade, um cemitério conhecido pelo nome de 'Cemitério Memorial da Paz'.

Neste sentido, sendo, como é, um cemitério contratou os serviços da empresa Construtora Serra Ltda. para realização de obras (capela, jazigos, pavimentação das ruas e etc.).

Contudo, conforme noticiado no Boletim de Ocorrência nº 0122005008254 (doc. anexo), lavrado perante a Delegacia da 12a Circunscrição Policial, aos 13.06.2005, o Sr. Juraci Nogueira Alves, responsável pelas obras no Cemitério Memorial da Paz, encaminhou-se até aquela Delegacia para comunicar que o terreno do cemitério havia sido invadido por cerca de 80 (oitenta) famílias do Movimento de Luta pela Moradia - M. L. M.-, informou, ainda, que as obras estavam em andamento, relacionando os objetos que encontravam-se no local, entre estes, saliente-se, pastas com arquivos da impugnante.

Insta observar que a invasão no terreno da impugnante teve tamanha repercussão que a notícia foi amplamente divulgada pelos órgãos de imprensa locais, conforme depreende-se das inclusas notícias veiculadas em 13.06.2005 ('Sem-teto ocupam área de cemitério na Paralela') e 17.06.2005 ('Famílias obrigadas a desocupar terreno').

Posteriormente, aos 22.06.2005, foi lavrado novo Boletim de Ocorrência nº 0122005008732 (doc. anexo), na mesma Delegacia da 12a Circunscrição Policial, no qual o Sr. Juraci Nogueira Alves relatou que 'O grupo retirou-se por ordem da Juíza da 19a Vara Cível, a Dra. Maria da Graça Osório Pimentel, em 16/06/2005, deixando o prédio do velório muito danificado, e causando os seguintes danos: (...) fizeram fogueira com o material encontrado como madeira, PAPEL, caixas vazias e etc. (...)'.

Ressalte-se, d. Julgadores, que os papéis queimados pelos integrantes do Movimento de Luta pela Moradia, quando da invasão, nada mais eram do que os documentos da impugnante ali guardados, como bem consignado no B. O. nº 0122005008254, entre estes, o contrato de serviços entre a recorrente e a Construtora Serra.

Tendo em vista o fato acima noticiado, o qual encontra-se amplamente comprovado, a uma pelos Boletins de Ocorrência lavrados na Delegacia da 12ª. Circunscrição Policial, a duas pelas reportagens veiculadas pela imprensa local, restou à recorrente, relativamente à Construtora Serra Ltda., apenas o 'Distrato' (doc. anexo) e os comprovantes de pagamentos, os quais foram devidamente apresentados à d. autoridade fiscal, conforme consta no Termo de Verificação Fiscal.

Ora, salta aos olhos, com clareza solar, a boa-fé da recorrente, a qual apresentou TODOS os documentos que justificavam a relação havida com a Construtora Serra Ltda., só deixando de fazê-lo em relação ao contrato rescindido, porquanto impossibilitada, dado, repita-se, o episódio da invasão no terreno do Cemitério e a queima dos arquivos.

Sem embargos, os pagamentos realizados à Construtora Serra justificam-se pelas obras realizadas no cemitério, restando identificados, em última análise, a causa, a operação e o beneficiário dos pagamentos.

Portanto, não merecem prosperar as assertivas do operoso fiscal e da d. autoridade

julgadora, os quais, tomados de verdadeira ânsia arrecadatória, ignoraram todos os acontecimentos acima relatados, bem como os documentos apresentados pela recorrente, para considerar como sem causa os pagamentos realizados à Construtora Serra.

À evidência, inconcebível possa a Recorrente ser penalizada por um acontecimento alheio a sua vontade, máxime quando a prova da relação havida entre as partes e, bem assim dizer, dos serviços realizados pela Construtora Serra pode ser vista com as obras realizadas no Cemitério em comento, fato este amplamente noticiado pela imprensa local, conforme reportagens acostadas à impugnação.

3. DAS OPERAÇÕES COM A OPEN WAY

No tocante aos pagamentos à empresa Open Way, a Recorrente, objetivando comprovar a existência de relação entre as partes que justificasse as transferências, juntou o Convênio de Cooperação Técnico Profissional.

Contudo, houve por bem a d. autoridade julgadora ignorar referido documento, porquanto entendeu '(...) que o simples contrato ou distrato firmado entre as partes não é prova suficiente do fato alegado.', citando o artigo 368, do Código de Processo Civil ('Art. 368: As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presume-se verdadeiros em relação ao signatário. Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato').

Máxima vênia concessa, ao citar referido artigo a d. autoridade julgadora apenas demonstrou desconhecimento acerca do conteúdo que emerge do aludido comando normativo.

Neste sentido, vem a talhe de foice o escólio de VICENTE GREGO FILHO in 'Direito Processual Civil Brasileiro', 2° Volume, editora Saraiva, 2003, p. 212 sobre o artigo 368, do CPC:

'Quanto aos documentos particulares, estabelece o Código a presunção de que, sendo escritos e assinados ou somente assinados pelas partes, as declarações dele constantes são verdadeiras. Essa presunção não se aplica às declarações de ciência, quais sejam, as declarações de que a parte tem conhecimento de certo fato, não se considerando provado o fato, mas somente que a parte declarou que o conhece. Cabe ao interessado, mediante outras provas, o ônus de demonstrar a existência do fato'

In casu, o documento acostado aos autos pela Recorrente não traz em seu bojo qualquer declaração de ciência, ao revés, estabelece apenas as obrigações de cada uma das partes, quais seja, da Recorrente em pagar e da Open Way em realizar todos os serviços arrolados na Cláusula Terceira, estabelecendo, no particular, as diretrizes da parceria firmada.

Com efeito, salta aos olhos que a d. autoridade fiscal, através de análise superficial, equivocou-se em suas colocações.

Ainda, imperioso ressaltar que causa estranheza a falta de lógica da fundamentação do r. decisum, pois se o aludido convênio juntamente com as transferências não comprovam a relação entre a Recorrente e a Open Way o que mais poderia ser utilizado como prova?????? Ora, no caso da Construtora Serra, alegou a d. autoridade julgadora que faltou o contrato, em que pese ter a Recorrente justificado a ausência do referido documento com a invasão em seu estabelecimento, já com a Open Way a d. autoridade julgadora preferiu ignorar o Convênio, utilizando, erroneamente,

o comando normativo contido no parágrafo único do Código de Processo Civil.

Nesta esteira, certo é que merece reforma o r. decisum. De todo modo, pede vênia a Recorrente para, uma vez mais, expor a fundamentação que comprova, justifica e identifica as transferências feitas para a empresa Open Way.

De fato, a relação entre a Recorrente e a empresa Open Way é respaldada por um 'Convênio de Cooperação Técnico/Profissional (doc. anexo à impugnação), assinado em 1º de julho de 2000, estabelecendo as cláusulas Primeira, Segunda, Terceira e Quinta, respectivamente: (...)

Depreende-se das aludidas cláusulas que as partes firmaram uma parceria na qual coube à empresa Open Way as prestações dos serviços arrolados na Cláusula Terceira e, em contrapartida, restou à Recorrente o pagamento da quantia constante na Cláusula Quinta, sendo certo que os valores não utilizados pela Open Way seriam devolvidos à Recorrente.

À evidência, as transferências feitas à empresa Open Way estão devidamente justificadas, a uma pelo Convênio firmado entre as partes, a duas pelos serviços que foram efetivamente realizados pela Open Way, não havendo, como, de fato, não há, fundamentos jurídicos válidos para descaracterizar a relação existente entre as duas empresas, de modo a classificar tais transferências como a beneficiários não identificados/pagamento sem causa.

Por fim, alega a d. autoridade fiscal que o fato da empresa Open Way não registrar em sua DIPJ as transferências feitas pela Recorrente resta evidenciado a natureza de 'mera transferência'. Contudo, limita-se a Recorrente a afirmar que o registro na DIPJ, pela Open Way, não é questão afeta ao caso em tela, porquanto refere-se à regularidade fiscal e contábil da Open Way, salientando-se que na empresa Recorrente tudo foi devidamente registrado e justificado, como faz prova a relação de documentos acostados ao Termo de Verificação Fiscal.

Destarte, os argumentos contidos no Termo de Verificação Fiscal e na r. decisão que julgou procedente em parte o lançamento não se revelam hábeis a infirmar as alegações elaboradas nas linhas preterias, sendo, como é, de rigor sejam consideradas identificadas a causa, a operação e o beneficiário das operações que envolveram a Open Way.

4. PAGAMENTOS SEM CAUSA – DIVERSOS

Quanto ao tópico em epígrafe, merece destaque o cheque nominal à Sra. Maria Cristina Alves de Freitas da Cunha, nº 000419, no valor de R$ 27.160,00, considerado como pagamento sem causa pela d. autoridade fiscal.

Nesta esteira, impende ressaltar que a quantia em tela refere-se à devolução de empréstimo efetuado pela Sra. Maria Cristina para pagamento de salários, posto, na ocasião, não ter dado tempo de chegar o dinheiro de Portugal.

De fato, vez ou outra, é necessário o sócio Manuel Alves Braz remeter dinheiro de Portugal (onde reside) para o Brasil, a fim de pagar as despesas da impugnante, sendo certo que dada algumas burocracias o dinheiro demora para chegar.

Desta feita, para não atrasar os pagamentos, evitando futuras cobranças, a representante do Sr. Manuel Alvez Braz, a saber, Sra. Maria Cristina, emprestou o seu dinheiro para efetuar os pagamentos, recebendo, em contrapartida, a devolução da quantia emprestada (R$ 27.160,00).

Portanto, injustificável considerar tal pagamento como sem causa!!!

Com efeito, após devidamente demonstradas e identificadas as causas, operações e beneficiários, dessume-se que a d. autoridade fiscal equivocou-se ao considerar como pagamentos sem causa/beneficiários não identificados as operações realizadas pela Recorrente, o que, em última análise, justifica o cancelamento do auto de infração e conseqüente arquivamento do processo administrativo.

DA DECADÊNCIA

Ad argumentandum tantum, caso superadas as questões acima expostas, o que se admite, tão somente, por amor aos debates, impende seja reconhecida a decadência para os fatos geradores ocorridos no ano de 2000.

De fato, insta observar que a d. autoridade fiscal decaiu do direito de lançar o crédito tributário relativo ao período de 2000, porquanto nos termos do artigo 150, §4°, do Código Tributário Nacional: (...)

Portanto, ao quedar-se inerte, a d. autoridade fiscal decaiu do direito de lançar o crédito tributário relativo ao período de 2000, devendo, neste sentido, serem excluídos TODOS os valores do referido ano. (...)

ASSIM SENDO, contando com os áureos suprimentos desse E. Conselho, requer a Recorrente seja conhecido e dado provimento ao presente recurso, para ser cancelado o auto de infração, com o conseqüente arquivamento do processo administrativo, tendo em vista não se tratar, o caso em tela, de pagamentos a beneficiários não identificados/pagamentos sem causa, ao revés, conforme exaustivamente demonstrado, todos os pagamentos guardam relação com prestadores de serviços da recorrente, sem prejuízo, por certo, de ser considerado responsabilidade pessoal do sócio Sérgio Gomes quanto às remessas à empresa Inter Mundi ou, alternativamente, na remota hipótese de manutenção do auto de infração ora impugnado, requer seja declarada a decadência quanto ao período de 2000. excluindo-se os valores relativos ao mesmo por ser medida de Direito e de JUSTIÇA."

A unidade da Receita Federal responsável pelo preparo do processo, efetuou o encaminhamento dos autos a este Conselho em 11/04/2006 (fl. 750).

Mediante despacho de fls. 752, em 07/08/2006, a presidência desta Câmara determinou o retorno dos autos à Turma Julgadora da DRJ Salvador, para retificação do acórdão, em face da ausência do recurso de ofício.

Nova decisão de primeira instância foi proferida em 24/08/2006, acórdão No. 10.954 (fls. 753/754), recorrendo de ofício em razão do valor exonerado e ratificando os demais termos do acórdão original.

Cientificado em 27/09/2006 (fl. 776), o contribuinte não se manifestou. Em 07/02/2007 os autos volveram a esta Câmara.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

Conforme relatado o crédito tributário em litígio, refere-se a exigência do IR-Fonte sobre pagamentos realizados pela Contribuinte que, segundo a Fiscalização, não tiveram sua causa devidamente comprovada.

No julgamento em primeira instância, realizado pela 3ª. Turma da DRJ Salvador, a multa de ofício, no valor original de R$ 1.843.087,25 (fl. 176), foi reduzida de 150% para 75%, ou seja, exoneração superior a R$ 500.000,00, cabendo o recurso de ofício. Vejamos, novamente,os fundamentos daquela decisão nessa parte *(verbis)*:

> *"Apesar da norma tributária autorizar a presunção de rendimentos tributáveis, sujeitos ao imposto exclusivo na fonte, quando não provada a causa do pagamento, esta mesma presunção não pode ser aplicada para caracterizar ação dolosa que justificaria a imposição da multa qualificada de 150%. Por princípio geral do direito, o dolo deve ser provado, e não meramente presumido. A autoridade lançadora, porém, não comprova e não fundamenta, nem sequer menciona, a ocorrência de fraude.*
>
> *Isto posto, voto pela procedência parcial do lançamento, para reduzir a multa de ofício de 150% para 75% do tributo exigido."*

O entendimento dos ilustres julgadores de primeira instância não merece reparos. No minucioso termo de verificação fiscal, às fls. 177-191, estão registrados todos os procedimentos, apurações e conclusões dos auditores, mas não foi redigido um parágrafo sequer para justificar a aplicação da multa qualificada. Aliás, não consta no aludido termo, tampouco nos demais anexos do auto de infração, qualquer referência expressa à multa qualificada, muito menos a motivação para sua exigência. Isso, por si só, já ensejaria a necessidade de aperfeiçoamento do lançamento nessa parte, obviamente antes da decisão de primeira instância e do transcurso do prazo decadencial, para possibilitar a ampla defesa do contribuinte.

Entendo que é possível aplicar a multa qualificada, por evidente intuito de fraude, em certas hipóteses, quando os rendimentos tributáveis são apurados mediante presunção legal, situação ora versada. Todavia, faz-se necessário provar o evidente intuito de fraude, tipificando-o à luz dos art. 71, 72 ou 73 da Lei 4.502/1964. O que também não foi feito no presente caso.

Nego provimento ao recurso de ofício.

Passo a apreciar o recurso voluntário.

No que tange a preliminar de decadência dos fatos geradores do ano-calendário de 2000 (até 10/11), com base no disposto no art. 150 do CTN, haja vista que o auto de infração foi cientificado em 10/11/2005.

Esclareço que jamais me posicionei nesta Câmara no sentido de que a contagem do prazo decadencial, nos casos de lançamentos por homologação, se dá na forma do parágrafo 4º. do art. 150 do CTN. Nos votos condutores de todos os acórdãos que tive a honra de ser designado relator, ressalvei minha posição pessoal para adotar o entendimento majoritário desta Câmara e da Câmara Superior de Recursos Fiscais- CSRF. Isso em homenagem à celeridade do processo, em respeito aos contribuintes e Fazenda Nacional, pois, se vencido, outro conselheiro seria designado para fazer o voto vencedor quanto a decadência, acarretando em pelo menos 2 meses de atraso na formalização dos acórdãos. Os julgados que envolvem decadência são sempre objeto de recurso especial de divergência, ou seja, são sempre submetidos à CSRF.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça - STJ alterou o entendimento quanto a decadência nos julgamentos realizados a partir de 2006. Isso levou a CSRF a rediscutir a matéria nas sessões realizadas neste ano de 2007. Aliás, por conta dessa possível mudança de posicionamento vários processos em julgamento nesta Câmara foram objeto de vistas no mês de maio de 2007, inclusive 3 (três) recursos por mim relatados.

Pois bem; é sabido que o CTN estabelece 3 tipos de lançamento: i) por declaração (art. 147), de ofício (art. 149) e por homologação (art. 150).

Algumas hipóteses de incidência, mormente relativas a infrações à legislação tributária, comportam apenas lançamento de ofício, pois, são absolutamente incompatíveis com à atividade atribuída ao contribuinte no *caput* do art. 150 do CTN: "*O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, (...)*"

Ora, para antecipar o pagamento é preciso que, antes de mais nada, o contribuinte reconheça a ocorrência de um fato jurídico tributário passível de incidência de algum tributo. A seguir, determinar a base de cálculo sobre a qual incidirá determinada alíquota.

O art. 61 da Lei 8.981 de 1994, e seu parágrafo 1º., estabelece que "*sujeita-se 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*", sendo que esse incidência "*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*".

É preciso ter cuidado quando ao usar expressões do tipo "sempre", "jamais", "toda vez" e outras do gênero, sob o risco de falsa premissa.

Porém, no caso em comento, aplicação do art. 61 da 8.981/1994, pode se afirmar que a fonte pagadora jamais dá o tratamento de pagamento sem causa. O que se verifica é a contabilização de fatos não tributáveis, ou apenas sujeitos a IR-Fonte por antecipação, a

exemplo de adiantamentos, pagamentos a fornecedores, a prestadores de serviço, pagamento de "aquisições de direitos", aquisições de bens, "pagamentos de empréstimos", etc.

É possível até, que em algumas situações, a fonte pagadora necessite ocultar a causa de certos pagamentos, em face de razões contratuais, por exemplo. Mas essa não é uma hipótese de pagamento sem causa e sim de pagamento cuja causa não se quer, ou não se pode, revelar. Nessa hipótese, a fone pagadora realiza a retenção e o recolhimento sob a égide do art. 622 e parágrafo único, c/c art. 675 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99).

Na situação versada nos autos, a Recorrente contabilizou os pagamentos a título de quitações diversas, prestações de serviços, adiantamentos, empréstimos, etc.; ou seja, fatos que em princípio não estariam sujeitos a incidência do IR-Fonte à alíquota de 35%.

Enfim, o lançamento sobre a égide do art. 61 da Lei, não se subsume à modalidade tratada no art. 150 CTN (homologação) e sim ao art. 149, inciso I, que dispõe:

> *"Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:*
>
> *I - quando a lei assim o determine; (...)"*

Disso decorre a conclusão que o prazo decadencial deva ser contado na forma do art. 173, inciso I, do CTN, independentemente da acusação de dolo, fraude ou simulação. Portanto, sejam nos fatos geradores do ano de 1998, ou nos fatos do ano de 1999, não há que se falar em decadência.

Cumpre ainda refutar o entendimento de que o prazo e a forma de contagem estabelecida no parágrafo 4º. do art. 150 do CTN seja decadencial, haja vista que essa norma carece de eficácia técnica, ao estabelecer prazo de decadência para o direito de lançar.

Explico:

> *"Tanto o lançamento quanto a tal homologação do lançamento são direitos subjetivos potestativos da Fazenda Pública, mas são direitos distintos. O primeiro tem como objeto o ato administrativo de lançar; o segundo, o ato administrativo de homologar atividade praticada pelo contribuinte.*
>
> *Por serem direitos subjetivos potestativos distintos, possuem regras decadenciais também distintas. A decadência do direito de lançar segue a regra contida no artigo 173 do CTN; a de homologar, a do artigo 150; 4º.*
>
> *A rigor, pode-se mesmo dizer, desde logo, que não existe decadência para o chamado lançamento por homologação. Na verdade, não há propriamente lançamento por homologação.*
>
> *Por isso tenho propositalmente grafado lançamento por homologação em itálico.*
>
> *O que existe é a homologação, tácita ou expressa, pelo fisco, da atividade, praticada pelo contribuinte, de apurar e pagar o tributo devido. E isso, definitivamente, não é lançamento.*
>
> *A norma contida no artigo 150, § 4º do CTN trata tão somente de decadência desse direito subjetivo de homologar. Apenas isso."* (Extraído do artigo de Walcemir de Azevedo de Medeiros, publicado no site www. fiscosoft.com.br).

Ademais, conforme dito acima, em recentes julgados o STJ têm decidido que não há que falar em homologação quando não forem realizados pagamentos, a exemplo da decisão unânime proferida em 03/08/2006 no Recurso Especial Nº 775.479 - AL (2005/0138696-1), cuja ementa elucida *(verbis):*

> *"EMENTA: TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA DO PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. PRAZO QÜINQÜENAL. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO FINANCEIRO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.*
>
> ***1. O tributo sujeito a lançamento por homologação, nas hipóteses em que não ocorre o pagamento antecipado do mesmo pelo contribuinte, impondo o poder-dever do Fisco de efetuar o lançamento de ofício substitutivo deve obedecer ao prazo decadencial estipulado pelo artigo 173, I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.***
>
> *2. Deveras, é assente na doutrina: 'aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173, o que conduz a adicionar o prazo do artigo 173 - cinco anos a contar do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido praticado - com o prazo do artigo 150, § 4º - que define o prazo em que o lançamento poderia ter sido praticado como de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Desta adição resulta que o dies a quo do prazo do artigo 173 é, nesta interpretação, o primeiro dia do exercício seguinte ao do dies ad quem do prazo do artigo 150, § 4º. A solução é deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica. Ela é também juridicamente insustentável, pois as normas dos artigos 150, §4º e 173 não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação :o art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos tributos 'cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa'; o art. 173, ao revés, aplica-se aos tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.(...) A ilogicidade da tese jurisprudencial no sentido da aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173 resulta ainda evidente da circunstância de o § 4º do art. 150 determinar que considera-se 'definitivamente extinto o crédito' no término do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Qual seria pois o sentido de acrescer a este prazo um novo prazo de decadência do direito de lançar quando o lançamento já não poderá ser efetuado em razão de já se encontrar 'definitivamente extinto o crédito'? Verificada a morte do crédito no final do primeiro quinquênio, só por milagre poderia ocorrer sua ressurreição no segundo.'(Alberto Xavier, Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, 2ª Edição, págs. 92 a 94).*
>
> ***3. Desta sorte, como o lançamento direto (artigo 149, do CTN) poderia ter sido efetivado desde a ocorrência do fato gerador, é do primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao nascimento da obrigação tributária que se conta o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, na hipótese, entre outras, da não ocorrência do pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, independentemente da data extintiva do direito potestativo de o Estado rever e homologar o ato de formalização do crédito tributário efetuado pelo contribuinte.***

4. In casu, a NFLD foi lavrada em 23.04.1999, referente a fatos geradores ocorridos no período de 1991 a 1994. Desta forma, revela-se inequívoca a impertinência de reforma do aresto que reconhecera a decadência quanto aos fatos geradores ocorridos entre 1991 e 1993.

5. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido". (grifei e negritei).

Concluo, pois, pela inocorrência do transcurso do prazo decadencial, pelo que rejeito essa preliminar.

Rejeito a preliminar de decadência.

Rejeito também a preliminar de responsabilização pessoal do Sr. Sergio Gomes no que tange aos pagamentos efetuados à empresa Intermundi, por ter agido com excesso de poderes.

Isso porque os pagamentos foram efetuados pela empresa, sendo o sujeito passivo originário.

A indicação, no relatório fiscal, de responsáveis tributários passa a ser uma mera informação destinada a subsidiar a Procuradoria da Fazenda Nacional no momento da inscrição do débito em dívida ativa e não confere aos indicados a qualidade de sujeito passivo, até mesmo porque não há previsão legal de multiplicidade de sujeitos passivos no lançamento tributário.

Por outro lado, ainda que a Procuradoria da Fazenda Nacional, concordando com a indicação do Fisco, faça constar no termo de inscrição de dívida ativa, como responsáveis, as pessoas indicadas pela fiscalização, não significa que essas pessoas estejam revestidas, em definitivo, dessa condição que somente pode ser determinada pelo Poder Judiciário, em sede de exceção de pré-executividade ou de embargos à execução, momento próprio para se discutir se a situação fática determina ou não a existência desse vínculo obrigacional, entendendo a jurisprudência judicial majoritária que o responsável pode figurar como sujeito passivo na execução.

Concluo, pois, que a responsabilização é matéria de execução fiscal.

Outrossim, registro, que este Colegiado, por maioria, acolheu a preliminar de decadência dos fatos geradores até 10/11/2000, o que alcança todas as operações (pagamentos) envolvendo o Sr. Sergio Gomes e Intermundi (itens 1 e 4 do termo de descrição dos fatos do Auto de Infração).

Aplicação do art. 61 da Lei 8.981/1994. Reajustamento da base de cálculo.

A Recorrente questiona a legalidade da aplicação do art. 61 da Lei 8.981/1994, à luz do art. 43 do CTN. A lei 8.981/95, atualizada pela Lei 9.065/95, em seu artigo 61, parágrafo primeiro prevê a incidência na fonte a alíquota de 35% com base de cálculo reajustada a 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.

A denominada "tributação na fonte" é, em verdade, uma espécie de substituição tributária, onde o substituto repassa aos cofres públicos quantia equivalente àquela originariamente devida pelo contribuinte. Como já se teve oportunidade de expor o Dr. Luís César de Queiroz, em seu livro Sujeição Passiva Tributária, pp. 194 e segs, o denominado substituto tributário, que não se confunde com a figura do contribuinte (sujeito passivo tributário), atua como sendo mero agente arrecadador do Estado – Fiscal (sujeito ativo tributário).

Vejamos, mais uma vez, a redação do art. 61 da Lei 8.981/1994, que se encontra em pleno vigor:

> *"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 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."*

Observa-se que a norma é especificamente direcionada à tributação de pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados, ou seja, o valor pago é considerado líquido, por isso o reajustamento da base de cálculo do imposto, expressamente previsto no §3º do artigo supracitado.

A Súmula nº 2 do Primeiro Conselho de Contribuintes, publicada no DOU de 26/06/2006, é categórica ao dispor: ***"O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária"***

Portanto, não há que falar em afastamento da aplicação da aludida norma neste julgamento.

Mais a mais, bem antes da vigência da aludida Súmula, as diversas Câmaras deste Conselho têm decidido que o art. 61 da Lei 8.981/1994 tem plena aplicabilidade, inclusive quanto ao reajustamento. Cite-se, nesse sentido, o Acórdão nº 102-46037, proferido na sessão de 15/05/2003 desta Câmara, que traz as seguintes ementas quanto a matéria:

> *"IRF - PAGAMENTOS SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU DE SUA CAUSA - INCIDÊNCIA - Sujeita-se à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pela pessoa jurídica quando não for comprovada a operação ou a sua causa (Lei nº 8.981, de 20/01/1995, art. 61, § 1º).*
>
> *REAJUSTAMENTO DA BASE DE CÁLCULO - Os pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, cuja operação ou causa não forem comprovadas, serão considerados líquidos,*

devendo ser reajustado o respectivo valor para fins de incidência do imposto de renda na fonte (Lei nº 8.981, de 20/01/1995, art. 61, § 3º)."

No mérito, a decisão recorrida não merece reparos, pelo que peço vênia para adotar seus fundamentos com razões de decidir.

"A impugnante afirma que bastaria a identificação do beneficiário e a indicação da causa do pagamento para que não se pudesse aplicar o artigo 674 do RIR/1999. Este dispositivo, porém, estipula que a causa do pagamento deve ser comprovada pelo sujeito passivo, não bastando apenas a sua indicação. Com isso, inverte-se o ônus da prova, configurando-se a presunção juris tantum.

A questão, portanto, se resume em verificar se foram apresentadas, pela autuada, provas suficientes das causas dos pagamentos a que refere o auto de infração.

Segundo a impugnante, os pagamentos à Intermundi foram efetuados pelo sócio Sérgio Gomes com excesso de poderes e em virtude das suas ligações com a beneficiária. Trata-se, porém, de uma mera alegação. A prova seria o fato de Sérgio Gomes haver saído da sociedade através de suposto acordo que lhe conferiria diversos benefícios, dentre os quais o perdão das mesmas dívidas que as suas atividades com excesso de poderes haveria causado. Evidentemente os argumentos não fazem o menor sentido e não conduzem à conclusão almejada pela impugnante. Que Sérgio Gomes tenha recebido benefícios ao desligar-se da empresa é fato incontroverso, tendo sido inclusive objeto de parte da presente autuação. Mas que estes benefícios tenham decorrido das atividades irregulares do sócio e que correspondam paradoxalmente ao suposto prejuízo por ele causado, é algo que ultrapassa qualquer lógica. É com este argumento, porém, que a interessada pretende comprovar a causa não só dos pagamentos efetuados à Intermundi, como também a Sérgio Gomes.

Irrelevante, portanto, verificar se as alegações do ex-sócio Sérgio Gomes quanto ao perdão de dívidas da Intermundi. O lançamento não se baseou nesta evidência, mas sim na constatação do próprio pagamento e na ausência de provas quanto às suas causas.

Não bastasse a falta de lógica dos argumentos, o próprio instrumento particular que contempla a retirada de Sérgio Gomes (fls. 31) contradiz a tese da impugnação. De acordo com este instrumento, o sócio cedente SÉRGIO CAVALCANTE GOMES renuncia à apuração de haveres, dando plena, geral e irrevogável quitação pelas quotas que cede, tendo em vista o acordo avençado, no qual estabeleceu-se que, pelos seus haveres recebe ele a firma INTERMUNDI IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. e as suas empresas subsidiárias, ficando o sócio MANUEL ALVES BRAZ sub-rogado por todos os direitos e obrigações pelas quotas ora adquiridas.

Conclui-se que a Intermundi, se não formalmente, pelo menos de fato, estava a tal ponto ligada à empresa autuada, que esta última pode dispor da sua entrega a Sérgio Gomes, para compensar-lhe pelos seus haveres na sociedade. Não é preciso desenvolver as implicações destes fatos para demonstrar que contradizem inteiramente a versão da impugnante.

A interessada pretende comprovar os pagamentos à Construtora Serra através de distrato (fls. 615). Através deste instrumento, a Construtora Serra receberia R$ 300.000,00 "a título de indenização pelos serviços prestados e para quitar quaisquer pendências porventura existentes entre as partes". Não comprova, porém, a existência prévia de um contrato nem apresenta qualquer comprovante de serviços prestados. Procura eximir-se da necessidade de apresentação destes elementos alegando que o terreno destinado ao cemitério fora

invadido por "sem-teto" que lhe teriam queimado os arquivos.

Estas alegações, além de ineficazes para afastar a exigência legal de comprovação, são bastante enfraquecidas pelas seguintes evidências. A invasão teria ocorrido em 13/06/2005. Mas já em 30/05/2005, em resposta a re-intimação de 12/05/2005, a autuada afirmava (fls. 64) que, apesar de envidar esforços, não pôde localizar o contrato. Por outro lado, em 29/06/2005 (fls. 69), mesmo após a invasão, afirma que os arquivos teriam sido trazidos da obra, sem fazer qualquer referência ao sinistro.

Assim, todo material de arquivo trazido da obra já está acondicionado em caixas para mudança, e, por tal razão só conseguimos localizar parte dos documentos exigidos. Considerando que a exigência da fiscalização requisita cópia de documentos referentes a um período compreendido entre os anos de 2000 e 2003, infelizmente não há como abrir as caixas para selecionar os documentos já empacotados.

Cabe considerar ainda que o simples contrato ou distrato firmado entre as partes não é prova suficiente do fato alegado. De acordo com o artigo 368 do Código de Processo Civil:

> *'Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.*
>
> *Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.'(...)*

Por este mesmo motivo, o contrato de convênio com a Open Way (fls. 619), desacompanhado de qualquer outra evidência da realização dos serviços, não pode ser aceito como prova suficiente da causa dos pagamentos efetuados. Observe-se ainda que este documento somente foi apresentado na impugnação. Durante a ação fiscal o interessado apenas afirmara, ambiguamente (fls. 89), que inexistia contrato com a Open Way, mas apenas um convênio. Pelos seus termos, porém, o suposto convênio não é mais que um contrato de prestação de serviços.

Quanto aos pagamentos diversos, não apresenta qualquer prova das despesas ou outras causas que os justificassem."

Destaco, ainda, o minucioso Termo de Verificação Fiscal, às fls. 184-191, cuja riqueza de detalhes, referências probatórias e logicidade das conclusões não merecem plena confirmação. Aliás, tal termo possuiu apenas uma omissão já referida neste voto: deixou de discorrer, objetivamente, sobre os motivos que levaram a aplicação da multa de ofício qualificada.

Acrescente-se que, no tocante aos pagamentos a empresa Serra, a documentação que a recorrente alega existir poderia ter obtido junto a essa empresa. Todavia, intimada pela fiscalização, a Aetech (atual denominação da construtora Serra), não atendeu ao Fisco (vide fl. 692).

Além disso, a Fiscalização constatou que a Construtora Serra não declarou à Receita Federal, na DIPJ/2001, os valores recebidos da recorrente.

E mais: oficiado pela Fiscalização, o Banco HSBC forneceu cópia do cheque de R$ 50.000,00 (n. 417439), que teria sido utilizado para pagamento de uma das parcelas à

construtora Serra, doc. 7, Anexo 01. Ocorre que o cheque foi preenchido nominal à ao Sr. Décio Vinhas e não à construtora.

Quanto aos pagamentos à empresa Open Way, a recorrente insiste na alegação de que estabeleceu uma parceria com a aludida empresa, mediante convenio, cujo contrato foi apresentado ao tempo da fiscalização.

A meu ver, a existência ou não de contrato escrito, seja para justificar os pagamentos à Construtora Serra, seja para justificar os Pagamentos e à Open Way é insuficiente para a comprovação das operações. Isso porque são documentos firmado entre as partes que se prestam a exprimir e registrar suas vontades e conveniências. Importante são provas da efetividade desses contratos, de que os serviços foram realmente prestados e os valores pagos condizentes com esses serviços. Em verdade, não há prova disso nos autos.

Ora, a contribuinte realizou pagamentos ao longo de 3 (três) anos à Open Way, no montante de R$ 1.281.299,00 (relacionados à fl. 185), já descontados os valores que retornaram à empresa (vide fl. 184), e não apresenta uma prova material sequer dos serviços de informática prestados? Apenas um contrato.

Também não é crível a alegação que os pagamentos devolvidos pela Open Way seriam valores que não foram utilizados. Com a devida vênia, a alegação chega ser absurda, uma vez que a fiscalização faz prova que vários valores retornavam no mesmo dia para a recorrente (fl. 184).

Ainda quanto aos pagamentos diversos, a justificativa trazida no recurso voluntário no que tange ao valor de R$ 27.160,00 também não está acompanhada de provas, sequer foram identificados os pagamentos que a Sra. Maria teria realizado com os recursos próprios.

Reiteiro que este Colegiado, por maioria, acolheu a preliminar de decadência dos fatos geradores até 10/11/2000, o que alcança todas as operações (pagamentos) envolvendo o Sr. Sergio Gomes e a empresa Intermundi (itens 1 e 4 do termo de descrição dos fatos do Auto de Infração, fls. 195-198), além de parte dos pagamentos à Construtora Serra (item 2) e à Open Way (item 2).

Dos juros de mora à taxa Selic.

A aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros de mora está prevista em normas legais em pleno vigor, regularmente citada no auto de infração (artigo 61, § 3º da Lei 9.430 de 1996), portanto, deve ser mantida.

Nesse sentido dispõe a Súmula nº 4 do Primeiro Conselho de Contribuintes: *"A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais."*

Conclusão

Pelo exposto, voto no sentido de: 1) NEGAR provimento ao recurso de ofício; 2) quanto ao recurso voluntário, REJEITAR as preliminares de decadência e erro na identificação do sujeito passivo e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

Sala das Sessões– DF, em 08 de agosto de 2007.

ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA

Voto Vencedor

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Redator designado

Inicialmente, devo esclarecer que este voto cinge-se, tão-somente, à preliminar de decadência, e que em relação às demais questões decididas acompanho o i. Conselheiro relator.

Ao que pese o brilho do Relator, com a devida vênia, discordo do seu entendimento em relação à decadência.

No que tange ao início da contagem do prazo decadencial este Colegiado, por ampla maioria, tem manifestado o entendimento de que o lançamento do IRRF rege-se pelo §4º do artigo 150 do CTN, com o que não concorda o relator, que entende sempre aplicável o artigo 173, I, do mesmo diploma legal. No meu sentir, o início do prazo decadencial somente será este nos casos do dolo, fraude ou simulação, circunstância que não se verifica no presente caso, pois o Órgão julgador de primeiro grau desqualificou a multa, decisão confirmada por este Colegiado em sede de recurso de ofício.

Com efeito, a natureza do lançamento é determinada pela legislação do tributo que impõe a obrigação de ocorrido o fato gerador, identificar a matéria tributável, apurar o imposto devido e efetuar o pagamento sem prévio exame da autoridade. Se não houver imposto a pagar, por ter havido prejuízo ou pela operação não estar sujeita à incidência tributária, a natureza do lançamento não se altera.

Neste sentido, na edição de outubro/dezembro de 2000 da "Tributação em Revista", foi publicado um artigo da lavra dos Auditores Fiscais Antonio Carlos Atulin e José Antonio Francisco, em que se exalta este entendimento com as seguintes considerações:

> (...) ousamos afirmar que o pagamento antecipado não é da essência do lançamento por homologação.
>
> A hipótese típica do lançamento por homologação é a previsão legal do dever de o sujeito passivo antecipar o pagamento: o fato de haver ou não pagamento não altera a tipicidade do lançamento por homologação, que, para ocorrer, deve apenas ter previsão legal a respeito do dever de o sujeito passivo fazer a antecipação do pagamento.
>
> O fato de eventualmente inocorrer a antecipação do pagamento não desnatura o lançamento por homologação (...).
>
> Claro está que a atividade não pode ser apenas a existência do pagamento. Na hipótese de não haver pagamento, pode, perfeitamente, incidir a hipótese típica do lançamento por homologação, posto que o sujeito passivo pode ter cumprido o dever legal e dele ter concluído que não há o que pagar.

A exigência tributária em exame tem suporte no artigo 61 da Lei nº 8.981, de 1995, que assim dispõe:

> *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.*
>
> ***§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.*** (grifei).
>
> *§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.*

Diversos julgados da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais ao analisar recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional já manifestaram o entendimento de que a tributação exclusivamente na fonte de que trata o artigo 61 da Lei nº 8.981, de 1995, está jungido à regra do artigo 150, § 4º do CTN:

> *IRFONTE - LEI Nº 8.981, DE 1995, ART. 61 - DECADÊNCIA - Por se tratar de IRFONTE, o tributo a que se reporta o artigo 61 da Lei nº 8.981, de 1995 se vincula, quanto à decadência, ao conceito exarado no artigo 150, § 4º, do CTN. (Acórdão nº 104-19.380, prolatado em 11.06.2003)*

Cada pagamento sem causa ou de operação não comprovada é fato gerador do IRRF, sujeito ao regime de tributação exclusivamente na fonte.

Desta forma, encontrava-se decaído o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário em relação aos fatos geradores do ano-calendário de 2000 (até 10/11), haja vista que o auto de infração foi cientificado em 10/11/2005.

Sala das Sessões-DF, em 08 de agosto de 2007.

JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS
REDATOR DESIGNADO