



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

Processo nº 10680.011839/2008-81
Recurso nº 509.862 Voluntário
Acórdão nº **1802-01.023 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 22 de novembro de 2011
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente HOSPITAL SOCOR S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2003

CUSTOS/DESPESAS NÃO COMPROVADOS - GLOSA

Cabível o lançamento de ofício para ajuste na base de cálculo do imposto, com a finalidade de reduzir o prejuízo fiscal do período, se a Contribuinte, regularmente intimada, não logra comprovar, com arrimo em documentação hábil e idônea, que um pagamento que foi contabilizado como despesa operacional corresponde à efetiva realização, recebimento e utilização dos alegados serviços tomados.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CSLL

Estende-se ao lançamento decorrente, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - IR EXCLUSIVO NA FONTE SOBRE O PAGAMENTO SEM CAUSA

Estende-se ao lançamento decorrente, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula. Está sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, o pagamento efetuado a terceiro, quando não restar comprovada a sua causa.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC

A grande amplitude no trabalho de interpretação das leis está a cargo do Poder Judiciário, especialmente quando se pretende questionar o fundamento de validade de norma que foi validamente inserida no ordenamento, partindo de uma abstrata conjugação de princípios constitucionais. O acolhimento das alegações sobre os percentuais das multas de ofício e sobre a taxa SELIC implicaria no afastamento de normas legais vigentes (artigos 44 e 61 da Lei

9.430/96), por suposto vício de inconstitucionalidade ou afronta ao Código Tributário Nacional - CTN, e falece a esse órgão de julgamento administrativo competência para provimento dessa natureza, que está a cargo do Poder Judiciário, exclusivamente.

MULTA QUALIFICADA DE 150%

Não se pode presumir que a Contribuinte tenha “dolosamente” tentado impedir que a autoridade fazendária tomasse conhecimento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda exclusivo na fonte ou de suas condições pessoais (Lei nº 4.502/1964, art. 71). A configuração da hipótese da qualificadora exige não só a comprovação do aspecto material do fato gerador do tributo, mas também do evidente intuito de fraude, conforme o art. 44, II, da Lei 9.430/1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de voto, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reduzir a multa de ofício de 150% para 75%.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Marciel Eder Costa, Nelso Kichel, Gustavo Junqueira Carneiro Leão e Marco Antonio Nunes Castilho.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte/MG, que considerou procedente o lançamento realizado para a redução de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa no âmbito do Imposto sobre a Renda da Pessoa da Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, respectivamente, e também para a constituição de crédito tributário relativo ao Imposto de Renda na Fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado ou sem causa, no valor de R\$ 86.615,27, incluindo-se nesse montante a multa qualificada de 150% e os juros moratórios, conforme autos de infração de fls. 4 a 14.

O lançamento abrange uma despesa incorrida no ano-calendário de 2003, no valor de R\$ 50.000,00, e os autos de infração apresentam o seguinte fundamento:

Valor contabilizado no livro Diário, na conta 4.1.02.001.025 - Serviços de Terceiros PJ, no dia 22/08/2003 como Despesas Operacionais, cuja Nota Fiscal apresentada pela autuada a título de comprovação da efetiva prestação de serviços, a fiscalização CONSTATA ser Nota Fiscal INIDÔNEA, e conseqüente o pagamento é considerado SEM CAUSA, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo.

Instaurada a fase litigiosa, com a impugnação de fls. 273 a 292, e conforme descrito na decisão de primeira instância, Acórdão nº 02-23.887 (fls. 304 a 337), a Contribuinte contestou as conclusões do trabalho fiscal com os argumentos descritos abaixo:

“IMPUGNAÇÃO /DEFESA”

.pede insubsistência pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

“I. TEMPESTIVIDADE”

.diz que a impugnação é tempestiva pois foi cientificado em 12/09/2008 e o termo do prazo seria o dia 14/10/2008.

“II. RESUMO DO AUTO DE INFRAÇÃO/NFLD”

.não teria havido, a seu ver; lançamento de IRPJ e de CSLL, em razão de ajuste na base de cálculo com utilização de prejuízos fiscais acumulados de períodos anteriores;

.a exigência do IRRF decorre de suposta constatação de pagamento sem causa, mediante dedução de custos advindos da contabilização da nota fiscal reputada inidônea;

.em face disso, foi caracterizado ilícito contra a ordem tributária que ensejou a qualificação da multa para 150% (cento e cinquenta por cento);

.a fiscalização aplicou a taxa SELIC na cobrança dos juros de mora.

“III. RAZÕES DA INSUBSISTÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO”

“III.I. DEVER DE DILIGÊNCIA DA FISCALIZAÇÃO NA COLHEITA DE ELEMENTOS QUE REPRESENTEM A VERDADE DOS FATOS OCORRIDOS / IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO AO AUTUADO DE MULTA POR IRREGULARIDADE DE ATO DE TERCEIROS.”

.o pretense crédito tributário se sustentaria na descabida alegação de que uma única nota fiscal escriturada pelo autuado seria inidônea, ensejando a caracterização de pagamento sc/ causa;

.no entanto, os procedimentos que culminaram na determinação de inidoneidade da nota fiscal foram realizados recentemente, decorridos quase cinco anos da operação;

.diante desse lapso de tempo, o procedimento fiscal se baseia em meras conjecturas, e estaria desnortado dos princípios da legalidade e tipicidade;

.somente em 17/07/2004 foi conferida a situação de "INAPTA" ao CNPJ da empresa emitente da nota fiscal. No entanto, o serviço prestado ao autuado e os respectivos pagamentos ocorreram em 2003;

.somente foi constatada irregularidade em uma única nota fiscal dentre todas as despesas pesquisadas, o que denota sua boa fê, além de que não pode ser responsabilizada por atos de terceiros;

.que informou a fiscalização, no curso da ação fiscal, que "os cheques nºs 007740 , 007741 e 007743, sacados pelo Hospital Socor contra o Banco Bradesco S/A (agência 2931-9 - conta 255), teriam sido pagos em razão de trabalho efetuado pelo economista Dr. Fernando Ciccarini, que se apresentava como representante da empresa Megatrends”;

.informou também que "referidos cheques foram emitidos e retirados na empresa pelo Sr. Dalmo Júlio Ciccarini, que foi apresentado como irmão do Sr. Fernando, e sacados diretamente no banco”;

.a seu ver, o auto de infração não seria válido porque a fiscalização não teria tomado providências para apurar as declarações prestadas pela fiscalizada;

.recorre a doutrina e jurisprudência administrativa, transcrevendo excertos de obra atribuída ao jurista Geraldo Ataliba e ementa de acórdão do Conselho de Contribuintes;

.não haveria sequer uma única prova direta, mas apenas indícios interpretados pela fiscalização;

.não tem o dever de agir como órgão fiscalizador, nem tem legitimidade para tanto, por falta de capacidade técnica para aquilatar idoneidade ou não de notas fiscais;

.tem que se preocupar com a efetiva prestação do serviço e com o pagamento, sendo que a legislação tributária impõe ao tomador do serviço apenas a obrigação de obter do prestador o documento (nota fiscal) comprobatório da operação/prestação.

.não há determinação de que deve verificar a idoneidade do documento que se apresenta perfeitamente regular pelo prestador/fornecedor;

.recorre a doutrina, citando excerto de obra atribuída a Carlos Maximiliano, para externar entendimento de que não tem competência técnica, nem poder de polícia, não sendo de sua alçada a fiscalização tributária que é competência privativa do Estado;

.diz que somente com a comprovação inequívoca de que as operações não teriam ocorrido que se pode decretar a inidoneidade de documentos fiscais, a teor de jurisprudência administrativa emanada de ementa de acórdão do Conselho de Contribuintes, que transcreve;

.sustenta que no presente caso, os pagamentos teriam sido devidamente comprovados com a compensação dos cheques;

.a declaração de inidoneidade baseada, a seu ver, em meras ilações, somente prevaleceria se ela não tivesse desmentido os indícios nos quais se fundamentou a fiscalização;

.requer que seja aplicada a regra do princípio do art. 112 do CTN: “in dubio pro contribuinte”;

“III.II. INAPLICABILIDADE DA MULTA DA FORMA COMO PRETENDIDA PELO FISCO.”

“III.II.I INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO AO CONFISCO E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.”

.recorre à doutrina, transcrevendo excerto de obra atribuída a Sacha Calmon Navarro Coelho, para corroborar seu entendimento de que a multa não pode violar o princípio constitucional do não confisco e que é obrigatória a observância da capacidade contributiva;

.pede, na hipótese de o tributo ser considerado devido, o decote da multa do auto de infração.

“III.II.II. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE / RAZOABILIDADE.”

.recorre à doutrina e à jurisprudência judicial, transcrevendo excerto de obra atribuída a Luiz Roberto Barroso, e excerto de ementa de acórdão do STF, para pedir a supressão ou redução

da multa a seu patamar mínimo, em face de alegada ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade e proporcionalidade.

“III.II.III MULTA QUALIFICADA / INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA SUA APLICAÇÃO / INEXISTÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZATIVAS DA REPRESENTAÇÃO PARA FINS PENAS.”

.entende que a descrição contida no TVF, em que a fiscalização justifica que agravou a multa para 150%, “tendo em vista que consideramos crime contra a ordem tributária”, já seria uma condenação, por si só;

.a seu ver, a fiscalização somente poderia ter feito referência a existência de indícios de materialidade e autoria, como faz a autoridade policial judiciária ao fazer indiciamento de citada pessoa, e não a existência de crime;

.não haveria na situação, a seu ver, qualquer comprovação de circunstâncias que autorizariam o agravamento da penalidade;

.em nenhum momento teria havido intuito de sonegação e, a seu ver, sua defesa comprovaria que não teria havido dolo ou sonegação nas operações realizadas;

.argumenta que se a despesa de fato não existisse, sequer haveria tributo a pagar, pois que a glosa não teria alterado o resultado tributável negativo para apuração de CSLL e IRPJ, em face de que possuía prejuízo fiscal superior ao valor glosado;

.não teria havido dolo, o que estaria caracterizado pela contabilização e pelo pronto atendimento às intimações da fiscalização, que teria se baseado sempre nos próprios lançamentos contábeis;

.sustenta que a fiscalização se contradiz ao qualificar a multa ante o argumento do intuito doloso de impedir o conhecimento do fato gerador da obrigação tributária, ao passo que ela própria teria reconhecido que o autuado teria colocado à sua disposição todos os livros contábeis e fiscais;

.recorre à jurisprudência administrativa, transcrevendo ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes, sustentando que o entendimento da segunda instância administrativa é no sentido de que apenas a certeza do evidente intuito de agir contra a lei permite e determina a majoração da multa de ofício;

.requer, na hipótese de não prevalecer a improcedência do auto de infração, a supressão da multa ou a sua redução para o patamar mínimo (vinte por cento), conforme art. 61, da Lei nº 9.430, de 1996;

.requer, ainda, em qualquer caso, que seja ordenado o cancelamento de qualquer representação para fins penais.

“III.IV. ILEGALIDADE DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC”

.contesta a aplicação, a título moratório, de uma taxa de referência calculada e divulgada unilateralmente pelo Banco Central do Brasil — BACEN, com base na variação do custo do dinheiro, que tem natureza remuneratória;

.referida taxa, a seu ver, pode ser direcionada e até mesmo manipulada pelo BACEN;

.sua utilização fere princípios da isonomia, segurança jurídica e moralidade pública;

.repudia, de logo, possível argumentação de que a Lei nº 9.065, de 1995 ou o novo Código Civil, legitimariam a aplicação da SELIC. Isso porque, segundo alega, a lei ordinária não poderia alterar a natureza das coisas conforme dispõe o art. 110 do CTN, e porque referida lei não encontraria respaldo no art. 161, § 1º, do CTN, pois o artigo se referiria aos juros que possuam natureza moratória e não remuneratória;

.a taxa SELIC seria inconstitucional e estaria sendo condenada pela jurisprudência, "sob o fundamento de violação ao art. 166, § 1º do CTN" (sic), de acordo com jurisprudência de tribunais superiores, que transcreve;

.alude, ainda a cobrança de juros de 1% ao mês, e ao art. 12, § 3º da Constituição Federal, que limita a cobrança de juros a 12% (doze por cento) ao ano.

“IV. DIREITO DE PRODUÇÃO DE PROVAS.”

.recorre à doutrina, transcrevendo excerto de obra atribuído a Vladimir Passos de Freitas, para corroborar possibilidade do requerimento de produção de provas;

.requer: “abertura da fase probatória, na qual se produzirá prova testemunhal, depoimento do agente que promoveu a conferência, documental, entre outras.” (sic);

.ênfatiza que tais provas deverão ser admitidas sob pena de violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, o que implicará na nulidade do procedimento.

“V. PEDIDOS.”

.que seja julgada procedente a impugnação, declarada a insubsistência/nulidade do auto de infração;

.supletivamente, pede a redução da multa qualificada, bem como o conseqüente reconhecimento de inexistência de justificativas a embasar a representação para fins penais;

.requer que todas as intimações sejam encaminhadas para os procuradores habilitados, com endereço profissional na Rua Juiz de Fora, nº 115, conj. 1406/1410, Barro Preto, CEP 30180.060, Belo Horizonte — MG.

Como mencionado, a DRJ em Belo Horizonte/MG manteve integralmente o lançamento, expressando seu entendimento com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2003

CUSTOS OU DESPESAS NÃO COMPROVADAS. GLOSA DE DESPESAS.

Cabível o lançamento de ofício do ajuste de base de cálculo do imposto se o contribuinte, regularmente intimado, não logra comprovar, com arrimo em documentação hábil e idônea, a efetividade da realização, o recebimento e a utilização dos alegados serviços tornados.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL

Cabível o lançamento de ofício do ajuste de base de cálculo da contribuição se o contribuinte, regularmente intimado, não logra comprovar, com arrimo em documentação hábil e idônea, a efetividade da realização, o recebimento e a utilização dos alegados serviços tomados.

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

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, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 29/10/2009, a Contribuinte apresentou em 13/11/2009 o recurso voluntário de fls. 344 a 363, onde reitera os mesmos argumentos de sua impugnação, conforme descrito nos parágrafos anteriores.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a Contribuinte questiona lançamento realizado para a redução de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL no ano-calendário de 2003, e também para a constituição de crédito tributário relativo ao Imposto de Renda na Fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado ou sem causa.

As autuações foram motivadas por uma despesa operacional contabilizada em 22/08/2003, no valor de R\$ 50.000,00, cuja nota fiscal foi considerada inidônea.

Houve glosa desta despesa, resultando na redução do prejuízo fiscal e da base negativa de CSLL. A mesma saída de recursos da empresa ensejou a exigência do IR-fonte.

FATOS QUE MOTIVARAM A GLOSA DA DESPESA E O IR-FONTE

Para melhor compreender os fatos e as conclusões do trabalho de auditoria, é importante transcrever as informações contidas no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 15 a 20:

(...)

Em prosseguimento foram lavrados os termos: Termo de Intimação Fiscal nº 002, no dia 18/03/2008 no qual foram intimados a apresentar documentos comprobatórios da apuração do PIS Não cumulativo e da Cofins, Termo de Ciência e de Continuação do procedimento Fiscal no dia 29/04/2008, Termo de Intimação Fiscal nº 003 no dia 09/06/2008, para apresentação do LALUR, Termo de Intimação Fiscal nº 004 no dia 13/06/2008, para apresentação de diversas Notas Fiscais de valores lançados como despesas e ainda a comprovar a efetiva prestação destes serviços e efetivo pagamento dos valores relacionados naquele termo.

No dia 16 de junho de 2008 a fiscalizada apresenta os documentos solicitados, com exceção da nota Fiscal nº 4907 de emissão da empresa SERMAS LTDA., no valor de R\$ 50.000,00.

No dia 24/06/2008, foi lavrado o Termo de intimação Fiscal nº 005, onde intimamos a fiscalizada a apresentar cópia do Razão de diversos fornecedores que estavam sob análise e ainda reintimamos a apresentar a Nota Fiscal emitida pela SERMAS LTDA. e comprovar o efetivo pagamento.

No dia 30/06/2008, foi lavrado o Termo de Intimação Fiscal nº 006, onde intimamos a fiscalizada a apresentar documentos que comprovem a efetiva prestação dos serviços e o efetivo pagamento à empresa SERMAS e ainda cópia, frente e verso, dos respectivos cheques fornecidos pela instituição financeira.

A fiscalizada solicitou um prazo de 30 (trinta) dias para apresentar estes documentos, alegando ser este o prazo solicitado pelo banco para entregar os documentos bancários.

No dia 04/08/2008 a fiscalizada apresenta cópia do extrato bancário da conta corrente nº 255-0, Agência 2931-9, do período de 01/07/2003 a 30/09/2003, período em que foram compensados os cheques de nº 7740 no dia 01/09/2003, 7741 no dia 01/08/2003 e 7743 no dia 14/07/2003, nos valores de R\$ 15.000,00, R\$ 15.000,00 e R\$ 20.0000,00, respectivamente. Estes cheques foram utilizados para pagamento do valor da Nota Fiscal nº 04907 de emissão da empresa SERMAS LTDA.

No dia 06/08/2003 a fiscalizada recebeu pelo correio, via AR, o Termo de Constatação e de Reintimação Fiscal nº 001, onde foram descritas as intimações anteriores acerca da Nota Fiscal emitida pela empresa SERMAS, ficando a empresa reintimada a apresentar cópia dos cheques entregues em pagamento desta Nota Fiscal.

No dia 08/08/2003 a fiscalizada recebeu pelo correio, via AR, o Termo de intimação Fiscal nº 007, onde a intimamos a apresentar os dados cadastrais da pessoa física ou jurídica que recebeu os cheques dados em pagamento da Nota Fiscal emitida pela empresa SERMAS.

No dia 13/08/2009 a fiscalizada apresenta a cópia da Nota Fiscal nº 004907 emitida pela empresa SERMAS LTDA. e ainda cópia fornecida pela instituição bancária dos cheques nº 007740 e 007743.

Solicitou ainda prorrogação do prazo, por mais 30 (trinta) dias, para apresentação do terceiro cheque utilizado para pagamento da Nota Fiscal nº 004907, quando lhe foi concedido mais 15 (quinze) dias.

Da análise da cópia do cheque nº 007740, emitido no dia 14 de julho de 2003, no valor de R\$ 15.000 pelo Hospital Socor S/A, constatamos que:

1. o cheque é nominal ao próprio Hospital Socor S/A;
2. o cheque foi endossado pelo próprio Hospital Socor S/A;
3. pelo carimbo da instituição financeira constatamos que foi sacado em dinheiro, no caixa, no dia 01/set/2003;
4. no verso do cheque consta o nome do sr. Dalmo Júlio Ciccarini, carteira de identidade nº 3.999.074;

Com relação ao cheque nº 007743, emitido no dia 14 de julho de 2003, no valor de R\$ 20.000,00 pelo hospital Socor S/A, constatamos que:

- 1. o cheque é nominal ao próprio Hospital Socor S/A;*
- 2. o cheque foi endossado pelo próprio Hospital Socor S/A;*
- 3. pelo carimbo da instituição financeira constatamos que foi sacado em dinheiro, no caixa, no dia 14/jul/2003;*
- 4. no verso do cheque não consta o nome da pessoa que sacou o dinheiro.*

No dia 21/08/2008 apresenta cópia do cheque nº 007741, emitido no dia 14 de julho de 2003, no valor de R\$ 15.000,00 pelo Hospital socor S/A, onde constatamos que:

- 1. o cheque é nominal ao próprio Hospital Socor S/A;*
- 2. o cheque foi endossado pelo próprio Hospital Socor S/A;*
- 3. pelo carimbo da instituição financeira constatamos que foi sacado em dinheiro, no caixa, no dia 01/ago/2003;*
- 4. no verso do cheque não consta o nome da pessoa que sacou o dinheiro.*

No dia 02/09/2008, a fiscalizada entregou uma DECLARAÇÃO onde afirma que:

- 1. “os cheques nº 007740, 007741 e 007743 foram pagos em razão de trabalho realizado pelo economista Dr. Fernando Ciccarini, que se apresentava como representante da empresa Megatrends;*
- 2. que os referidos cheques foram retirados na empresa pelo Sr. Dalmo Júlio Ciccarini, que foi apresentado como irmão do Sr. Fernando e sacados diretamente no banco;*
- 3. que, inobstante o trabalho realizado pelo referido economista, a empresa recebeu como documento comprobatório da referida contratação realizada a nota fiscal de nº 4907 da empresa SERMAS LTDA;*
- 4. e que para fins de comprovação de que os cheques foram passados às pessoas informadas, o contribuinte irá requerer ao Banco Bradesco, que informe os dados do sacador dos referidos cheques”.*

Com relação à empresa SERMAS LTDA., CNPJ nº 20.968.244/0001-70, temos as seguintes considerações:

- 1. Conforme cadastro do CNPJ da Receita Federal do Brasil esta empresa está “INAPTA”;*
- 2. Consta no sistema da RFB que as DIPJs a partir do ano-calendário de 2003 foram entregues como INATIVA;*

3. a empresa SERMAS foi intimada a comprovar a efetiva prestação dos serviços e apresentar todos os documentos comprobatórios;

4. No dia 02/07/2008 compareceu a esta Repartição, a Sra. Patrícia Kelli de Souza Sollero, CPF nº 033.304.996-99, e apresentando uma procuração do Sr. Henares Sollero, CPF nº 055.703.366-73, diretor presidente da empresa SERMAS LTDA., declara, que: “nunca prestamos qualquer tipo de prestação ou relação comercial c/ o Hospital Socor S/A, CNPJ: 17.312.612/0001-12”. (destaque acrescido)

Do exposto CONSTATAMOS que:

1. A Nota Fiscal nº 4907 de suposta emissão da empresa SERMAS LTDA., CNPJ nº 20.968.244/0001-70, no valor de R\$ 50.000,00, foi utilizada para acobertar despesas e conseqüente saída de recursos da empresa tendo sido contabilizada indevidamente como despesa operacional na conta 4.1.02.001.025 como Serviços de Terceiros — PJ, reduzindo incorretamente o lucro da empresa sob fiscalização;

2. O valor de R\$ 50.000,00 está sendo considerado como pagamento sem causa, sujeito à incidência do imposto de Renda exclusivamente na fonte, a teor do artigo 61, § 1º, da Lei nº 8.981, de 1995.

Sobre o pagamento de R\$ 50.000,00, considerado sem causa, cabe mencionar o artigo 674 do RIR/99, que repete o artigo 61 da Lei nº 8.981, de 1995 e seus parágrafos, que dizem:

(...)

Assim sendo, o valor do pagamento sem causa será considerado líquido e reajustado da seguinte forma:

(...)

Neste ato está sendo lavrado o Auto de Infração — IRPJ e CSLL, glosando o valor de R\$ 50.000,00 contabilizado como despesa, mas que não gerou nenhum valor tributável, uma vez que a fiscalizada possui prejuízo fiscal superior ao valor glosado, conforme LALUR - Livro de Apuração do Lucro Real e também inferior à base de cálculo negativa da CSLL.

Constatamos ainda que no Livro de Apuração do Lucro Real do ano-calendário de 2003 a fiscalizada lançou na Parte B como Prejuízo do Exercício o valor de R\$ 194.195,21, que está incorreto tendo em vista que na Parte A do LALUR foi apurado Prejuízo Fiscal do exercício de R\$ 162.038,72, que estamos considerando para fins de apuração do Auto de Infração, conforme planilhas em anexo. A fiscalizada agiu da mesma forma para fins de apuração da Base de Cálculo da CSLL, e conseqüentemente estamos adotando o mesmo procedimento.

Neste ato, o contribuinte fica também intimado a efetuar as correções necessárias no Livro de Apuração do Lucro Real, tendo em vista o parágrafo anterior.

Está sendo lavrado também o Auto de Infração — Imposto de Renda na Fonte, tendo como base de cálculo os valores definidos acima pela constatação de pagamento sem causa.

Ainda, tendo em vista que consideramos crime contra a ordem tributária nos termos do art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, estamos majorando a multa de ofício para 150%, conforme art. 44, inc. II da Lei nº 9.430, de 1996, e protocolizando nesta data a Representação Fiscal para Fins Penais.

A Delegacia de Julgamento fez uma análise minuciosa dos fatos narrados pela Fiscalização, bem como dos argumentos apresentados pela Contribuinte. Vale transcrever as principais observações contidas na decisão recorrida com relação à glosa da despesa:

Ainda que toda a linha de argumentação do defendente de que os pagamentos foram efetuados em retribuição ao trabalho do economista Sr. Fernando Ciccarini, e que este se apresentava como representante da empresa Megatrends, não tenha substância para o deslinde da lide, mesmo porque tal linha não é comprovada por nenhum documento hábil e idôneo, não se pode descuidar que em nenhum momento o defendente faz alusão à qual teria sido a natureza dos serviços tomados, nem demonstra qual teria sido, especificamente, sua utilidade, necessidade e usualidade para a consecução de seus objetivos sociais.

Porém, se somente isso já não justificasse a glosa da despesa apropriada, agrava a situação o fato de o desembolso estar sendo capeado por uma nota fiscal de prestação de serviços de emissão da empresa Sermas Ltda., e não por um documento de emissão do sr. Fernando Ciccarini, que seria o suposto prestador do serviço; nem por um documento de emissão da empresa Megatrends, de quem o autuado diz que ele se apresentava como representante.

Instado, pela primeira vez, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 004, em 11/06/2008 (fl. 88), a apresentar à fiscalização a nota fiscal nº 4907, de emissão da Sermas Ltda., no valor de R\$ 50.000,00 (Cinquenta mil reais), o contribuinte, no item “2” do expediente de sua lavra, intitulado “Justificativa e Esclarecimentos acerca do Termo de Intimação Fiscal nº 005”, à fl. 99, informou à fiscalização em 26/06/2008, que não teria localizado a referida nota fiscal em seus arquivos e que também não teria logrado êxito em localizar novamente a empresa em seu endereço, o que o teria impossibilitado de apresentar a nota fiscal requerida. Ademais disso, asseverou, ainda, no item 3 desse mesmo expediente retrocitado: “... que o trabalho desenvolvido por esta empresa foi de assessoria jurídica.” (grifamos)

Ademais disso, examinando a cópia dessa nota fiscal que foi posteriormente apresentada, verifica-se que foi grafado, expressamente, como discriminação dos serviços: que se refeririam a “prestação de serviços diversos e assessoria” (fl. 155). Todavia, nenhum contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, especificando a natureza, valor, tempo, etc., muito menos, nenhum relatório, planilha, dossiê, fotos, gráficos, petição, nada, enfim, foi apresentado como tendo sido resultado desses trabalhos.

Já, em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal nº 007 (fl. 144), de 06/08/2008, o contribuinte fiscalizado, por meio do expediente de fl. 154, recepcionado pela fiscalização em 01/09/2008, informou que, de fato, a aludida nota fiscal nº 4907 de emissão da empresa Sermas, referia-se, isso sim, à documentação comprobatória que teria recebido do economista, Sr Fernando Ciccarini, que era quem teria efetivamente prestado serviços. Informou, ainda, que pagou por meio de três cheques (n.ºs. 007740, 007741 e 007743, nos valores de R\$ 15.000,00; R\$ 15.000,00 e R\$ 20.000,00). Estes cheques teriam sido sacados pelo contribuinte contra o Banco Bradesco e teriam sido retirados na empresa pelo Sr. Dalmo Júlio Ciccarini, que teria sido apresentado como irmão do Sr. Fernando Ciccarini, e teriam sido sacados diretamente no banco.

Por oportuno, releva ressaltar que o conjunto dessas informações desvela, no mínimo, soberbas discrepâncias, além de que, não se pode descuidar que um “economista” não é habilitado para prestar serviço de “assessoria jurídica”.

Prosseguindo, a fiscalização, no entanto, constatou que os três cheques foram emitidos de forma nominativa ao próprio Hospital Socor S/A, endossados pelo próprio Hospital Socor S/A, sacados em dinheiro no caixa do banco nas datas de 14/07/2003, 01/08/2003 e 01/09/2003, respectivamente, sendo que em um deles consta no verso o nome do Sr. Dalmo Júlio Ciccarini e nos dois demais não constam quaisquer observações acerca da provável identificação da pessoa que havia sacado o dinheiro no caixa do banco.

A propósito de o contribuinte fiscalizado, por meio do expediente de fl. 154, recepcionado em 01/09/2008, ter manifestado que “para fins de comprovação de que os cheques foram passados às pessoas informadas o contribuinte irá requerer ao Banco Bradesco S/A, que informe os dados dos sacadores dos referidos cheques”, nenhuma informação nesse sentido foi posteriormente apresentada à fiscalização.

A empresa Sermas Ltda, foi intimada em 20/06/2008 (fl. 156), a prestar esclarecimentos e apresentar elementos de sua escrituração contábil que comprovassem a nota fiscal apresentada pelo contribuinte fiscalizado. No entanto, prestou declaração à fiscalização de que nunca prestou serviço nem teve qualquer relação comercial com a pessoa jurídica fiscalizada.

Como se vê, em nenhum momento o contribuinte fiscalizado logrou comprovar, de forma insofismável, se esses serviços efetivamente foram tomados, quem os executou, qual a sua natureza, quem efetivamente recebeu os valores dos cheques, etc.

Depreende-se, pois, pela extensa lista de procedimentos efetuados pela fiscalização, que a caracterização como inidônea da documentação contabilizada pelo contribuinte como despesa e a conseqüente glosa não se prenderam unicamente a inaptidão do CNPJ da pessoa jurídica Sermas, mesmo porque é inconteste que o próprio fiscalizado tem consciência do procedimento inapropriado adotado de registrar despesa, que reduziu o resultado tributável, capeada por nota fiscal de emissão de pessoa jurídica alheia à situação jurídica (Sermas), eis que os supostos serviços teriam sido não só tomados, mas como também prestados por outrem (economista Fernando Ciccarini), na sua versão.

Vê-se que realmente a Contribuinte não conseguiu comprovar que os R\$ 50.000,00 sacados de sua conta bancária correspondiam a uma despesa operacional da empresa, embora tenha sido intimada várias vezes para tanto.

Os documentos apresentados não esclarecem se os alegados serviços foram efetivamente tomados, quem os executou, qual a sua natureza, quem efetivamente recebeu os valores dos cheques, etc.

Ao contrário disso, tais documentos evidenciam, inclusive, incoerências que mais comprometem os argumentos da Recorrente, já que, de acordo com ela própria, o prestador dos serviços não seria nem mesmo o emitente da nota fiscal apresentada para a comprovação da despesa.

Na análise do IR-fonte, a Delegacia de Julgamento teceu ainda outros comentários que também evidenciam a correção do trabalho fiscal:

Releva repisar que na hipótese dos presentes autos, os “Termos de Intimação Fiscal” nº 004, de 11/06/2008 (fl. 88); nº 005, de 23/06/2008 (fl. 96); nº 006, de 30/06/2008 (fl. 107); nº 007, de 06/08/2008 (fl. 144); bem como o “Termo de Constatação e de Reintimação Fiscal” nº 001, de 05/08/2008 (fl. 142), evidenciam que o contribuinte fiscalizado foi intimado, reiteradamente, a apresentar documentos que comprovassem o valor lançado em conta de despesa; a informar e comprovar o efetivo pagamento dos valores registrados, bem como a comprovar a efetiva prestação dos serviços especificados na nota fiscal.

No entanto, seja no curso da ação fiscal, seja na fase impugnatória, não logra comprovar, com documentação hábil e idônea, a efetividade da realização, do recebimento e da utilização dos alegados serviços, para asseverar a “causa” dos pagamentos, nem logra infirmar os resultados dos procedimentos investigatórios que constatarem indícios graves, precisos e convergentes, em relação à empresa Sermas Ltda, que teria emitido a nota fiscal nº 4907 (fl. 93), para capear a suposta prestação dos serviços.

Referida empresa (Sermas Ltda), tida como pretensa prestadora de serviços, reiteradamente intimada, por meio dos “Termos de Intimação Fiscal” de 20/06/2008 encaminhado à pessoa jurídica (fl. 156); e de 20/06/2008, encaminhado ao sócio gerente (fl. 159), que ostentava status de “INAPTA”, pelo motivo de “Omissa não localizada” (fl. 162), prestou declaração formal e expressa de que não prestou quaisquer serviços, nem manteve quaisquer relações comerciais com o autuado.

A propósito, o contribuinte fiscalizado não comprovou nem sequer que os cheques foram entregues à Sermas Ltda, que supostamente emitiu a nota fiscal que foi utilizada para capear a apropriação da despesa e a saída de numerário de sua conta bancária, apegando-se à alegação de que os cheques foram entregues a outrem (Sr. Dalmo Júlio Ciccarini), que seria irmão do economista Sr. Fernando Ciccarini, que teria sido o prestador efetivo de serviços de assessoria jurídica (fl. 154). No entanto, nem mesmo essa variante logrou comprovar, haja vista que, ainda que conste o nome do Sr. Dalmo Júlio Ciccarini no verso de um dos cheques, todos eles foram emitidos em forma nominativa para o próprio Hospital Socor S/A, bem como endossados pelo Hospital Socor S/A e, em dois deles, não constam quaisquer nomes de quem teria sido a pessoa que recebeu o dinheiro no banco.

(...)

Apreciado o contexto da inidoneidade do documento utilizado para acobertar saídas de recursos da empresa, cuida-se da fundamentação específica atinente à incidência do imposto de renda na fonte sobre pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros, dentre outros relacionados, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

Pois bem, como resultado dos trabalhos a fiscalização constatou a existência de saídas de recursos da conta bancária do fiscalizado, a que se atribuía conotação de pagamentos a pretenso prestador de serviço, sem comprovação de sua efetividade e cujos reais destinatários não foram aqueles indicados na escrita contábil. Tal como explicitado, foi promovida a saída de numerário, transmutada em pagamento.

Então, em sendo as saídas reputadas como pagamentos efetuados sem causa, ou operação não comprovada, a fiscalização efetuou o lançamento de ofício do Imposto de Renda na Fonte – IRF, exclusivo na fonte, a alíquota de 35% com o reajustamento da base de cálculo, visto ser presunção legal que o valor pago seja líquido de IRF.

Além das razões já apreciadas até aqui, o defendente se apegua, em síntese, a contrapor ausência de amparo legal para aplicação do art. 61, §§ 1º a 3º, da Lei nº 8.981/95 (art. 674 do RIR/99), pois que não seria caso de pagamento sem causa, nem de operação não comprovada, além de que não teria restado caracterizado o intuito de tirar proveito em detrimento do fisco.

De plano cumpre reforçar que, essencial para se comprovar que determinado pagamento arrima-se em “causa” legítima, é demonstrar que ele se destinou a solver obrigação com fornecedor, credor de dívida de qualquer espécie, prestador de serviço, prestamista, etc., que de fato entregou bem, ou na hipótese dos autos, prestou serviços que são necessários à consecução dos objetivos sociais da pessoa jurídica.

Essencial é que se demonstre a efetividade da prestação do serviço alegadamente contratado e que a documentação comprobatória seja hábil e idônea, revestida de todas as características prelecionadas na legislação comercial, societária e tributária.

(...)

Portanto, 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.

Ora, no Auto de Infração e no “Termo de Verificação Fiscal”, a fiscalização assevera, considerando a inidoneidade do documento fiscal, que a contrapartida do lançamento contábil de despesa na conta “4.1.02.001.025 – Serviços de Terceiros – PJ” foi em conta de bancos, ou seja, que a conta creditada registra efetiva saída de numerário da empresa sob a chancela de pagamentos de numerário à empresa citada, denotando, pois, que o contribuinte está efetuando desembolso em favor de terceiros, sem causa e sem comprovação da operação

Minudencia, ainda, que ao ser intimado a identificar e comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, o beneficiário, as causas e as operações que ensejaram os pagamentos ou a entrega de recursos pela empresa, o contribuinte/defendente não teria logrado fazê-lo a contento.

(...)

Diante de tudo quanto foi exposto na fundamentação desse voto, levando em conta que no Processo Administrativo Fiscal, alegar sem provar é o mesmo que nada alegar e que, precipuamente, não foram comprovados satisfatoriamente os dispêndios inquinados, afigura-se procedente a exigência do IRRF, haja vista que também na fase impugnatória, além da impropriedade e insubsistência das razões de discordância expendidas, também não foram apresentados quaisquer elementos comprobatórios hábeis para arrimar tais razões.

Em sede de recurso voluntário, a Contribuinte apenas repetiu os argumentos de sua impugnação, e não trouxe qualquer elemento de prova que pudesse refutar os sólidos fundamentos da decisão recorrida, os quais adoto nesta decisão, para também manter a glosa da despesa e a exigência do IR-fonte sobre o pagamento sem causa.

Quanto à glosa da despesa, deve a Contribuinte efetuar as correções no LALUR, para a regularização do valor do Prejuízo Fiscal e da Base de Cálculo Negativa da CSLL, nos termos em que foi intimada pela decisão de primeira instância.

QUESTÕES RELATIVAS À PROVA

Em relação às questões sobre o direito de produção e juntada posterior de provas, às alegações de violação do devido processo legal e da ampla defesa, e aos apelos para o benefício da dúvida previsto no art. 112 do CTN, cabe primeiramente esclarecer que o processo administrativo fiscal não define uma fase probatória específica, como ocorre no processo civil.

Contudo, isto não implica dizer que a legislação que regula o PAF não preveja o contraditório ou a possibilidade do direito de defesa.

O fato é que o crédito tributário não configura direito disponível, e por isso o processo administrativo-fiscal recebe influxos do princípio inquisitorial, para a busca da verdade material em todas as suas etapas.

De acordo com o Decreto nº 70.235/1972, que regula o processo administrativo fiscal:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

(...)

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

(...)

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Vê-se que há toda uma dinâmica na produção da prova, e que o exercício do contraditório e da ampla defesa apenas é diferido para um determinado momento, quando o Contribuinte pode suscitar as questões que entende pertinentes e apresentar as provas que dispõe.

Mesmo assim, constata-se que ao longo da auditoria fiscal, que é uma etapa tipicamente inquisitorial, a Contribuinte foi várias vezes instada a apresentar livros e documentos, e, principalmente, a prestar os esclarecimentos de seu interesse, relativamente à operação em pauta, mas, como já mencionado, ela não trouxe, nem na fase procedimental, nem na fase litigiosa, elementos capazes de comprovar que os referidos R\$ 50.000,00 sacados de sua conta bancária correspondiam a uma despesa operacional da empresa.

Frise-se, nesse sentido, que a escrituração faz prova a favor do Contribuinte na medida em que os fatos nela registrados estejam comprovados por documentos hábeis (RIR/99, art. 923), o que, no caso, não ocorreu.

Não restou caracterizado, portanto, qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa, no que diz respeito à produção da prova.

O benefício da dúvida também não serve para suprir o ônus probatório que incumbe à Contribuinte. Como ela deduziu valores a título de despesa operacional, competia a ela comprovar a natureza dos gastos, sob pena de eles serem glosados como despesa e ainda considerados como pagamento sem causa, para fins de incidência do IR-fonte.

MULTA E JUROS SELIC - AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AO CTN

Quanto às ponderações sobre os princípios constitucionais e sua observância pela Administração Tributária na aplicação da lei, precisamos, primeiramente, não deixar de reconhecer a dinâmica no processo de interpretação e produção de normas individuais e concretas.

Os estudos de hermenêutica revelam, inclusive, a impossibilidade de uma aplicação mecânica de normas, como às vezes se pretende que a Administração Pública o faça, porque o trabalho com as palavras somente é possível mediante processos de interpretação.

Deste modo, quem aplica sempre interpreta, e interpreta à luz da lei maior, como é o caso do sistema jurídico brasileiro, que consagra a supremacia da Constituição. É assim que as normas jurídicas concretas, no caso a caso, fazem repercutir os princípios e regras constitucionais.

Mas isso não implica dizer que o processo de interpretação das leis está livre de limites, porque o Direito, visando a própria estabilidade das relações jurídicas, formaliza e delimita este processo.

A grande amplitude no trabalho de interpretação das leis está, na verdade, a cargo do Poder Judiciário, especialmente quando se pretende questionar o fundamento de validade de norma que foi validamente inserida no ordenamento, partindo de uma abstrata conjugação de princípios, como os referentes à ampla defesa, contraditório, devido processo legal, vedação ao confisco, capacidade contributiva, razoabilidade, proporcionalidade, etc.

Do contrário, estaria instituído um verdadeiro caos jurídico, na medida em que os Agentes e Órgãos da Administração, ainda que judicantes, pudessem, sob a justificativa de uma determinada interpretação, negar aplicação a qualquer norma emanada do Poder Legislativo ou das instâncias superiores da própria Administração Pública.

Correto, portanto, uma visão mais restrita por parte da Administração Pública na apreciação de argumentos relativos à inconstitucionalidade/ilegalidade de lei.

Assim, no que toca às alegações sobre os percentuais previstos para as multas de ofício, cujo acolhimento implicaria no afastamento de norma legal vigente (art. 44 da Lei 9.430/96), por suposta inconstitucionalidade, cabe ressaltar que falece aos órgãos de julgamento administrativo competência para provimento dessa natureza, que está a cargo do Poder Judiciário, exclusivamente.

Oportuno lembrar que apenas de modo excepcional, havendo prévia decisão por parte do Supremo Tribunal Federal, e cumpridos os requisitos do Decreto nº 2.346/97 ou do art. 103-A da Constituição, o que não ocorre no presente caso, é que a Administração Pública deixaria de aplicar a norma legal.

O mesmo se pode dizer da aplicação da taxa “Selic”. Não compete a esse órgão administrativo de julgamento afastar a aplicação de norma legal em pleno vigor.

O art. 161 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, estabelece que *o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora...*, e no seu parágrafo primeiro determina que *se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês*.

Portanto, a taxa de juros de mora a ser exigida sobre os débitos fiscais de qualquer natureza para com a Fazenda Pública pode ser definida em percentual diferente de 1%. Basta que uma lei ordinária assim determine.

Neste contexto, o artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, assim dispõe:

Artigo 61 – Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria de Receita Federal cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

E o § 3º do art. 5º da Lei nº 9.430/1996, por sua vez, estabelece que:

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Deste modo, incumbe a esse órgão julgador cumprir a norma legal que se encontra em pleno vigor, aplicando-a às situações concretamente verificadas, não lhe cabendo a apreciação da alegada inconstitucionalidade ou ilegalidade da taxa SELIC.

Apenas vale frisar que essa mesma taxa de juros é garantida aos contribuintes nos casos de restituição de indébitos. O tratamento, portanto, é isonômico, ou seja, tanto vale para a cobrança, quanto para a devolução de valores, o que reforça a justiça de sua aplicação.

Registro ainda que tanto a apreciação de inconstitucionalidade de lei, quanto o cabimento da aplicação dos juros Selic configuram matérias já sumuladas no âmbito deste órgão:

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Súmula CARF nº 4: *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.*

QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO PARA A EXIGÊNCIA DO IR/FONTE - ELEVAÇÃO DE 75% PARA 150%.

Finalmente, apenas quanto à qualificação da multa para a exigência do IR-fonte, que elevou o percentual da multa de ofício de 75% para 150%, entendo que devem ser acolhidos os apelos da Recorrente.

Registro inicialmente que o ato de realizar pagamento não deve, via de regra, configurar pressuposto material para a incidência do imposto sobre a renda, posto que o dispêndio/gasto traz em si uma idéia, em princípio, oposta ao conceito de renda, que está relacionada à noção de acréscimo patrimonial.

Mas esse argumento só apresenta coerência na medida em que se refere à renda daquele que realiza o pagamento.

Contudo, o IR-fonte aqui examinado pressupõe a renda de um terceiro, normalmente o beneficiário do pagamento.

Não se trata, portanto, de um novo tributo, ou de uma penalidade, mas do próprio imposto sobre a renda que é exigido exclusivamente na fonte em razão de algumas circunstâncias específicas.

Quanto a isso, a Delegacia de Julgamento fez os seguintes comentários:

Portanto, se constatou que o contribuinte efetuou desembolsos sem lograr comprovar a que título ou qual a causa dos pagamentos, a fiscalização estava diante da perfeita subsunção do fato real, ocorrido e provado, à hipótese emanada da norma do art. 61, da Lei nº 8.891, devendo, de ofício, constituir o crédito tributário correspondente.

(...)

Nesse caso, o sujeito passivo não obteve uma vantagem econômica resultante do fato que deu origem à tributação, mas acaba sendo inserido na relação jurídico tributária preexistente por transferência ou substituição. Em qualquer dos casos, denomina-se responsabilidade tributária.

Repisando, pois, a responsabilidade tributária ocorre quando pessoa diversa daquela que criou a situação que deu origem à obrigação for chamada a responder, total ou supletivamente, em virtude de disposição legal, ao cumprimento da mesma.

Nesses termos, o presente lançamento de ofício do IRRF está calcado na responsabilidade tributária definida no art. 128 do CTN, que a legislação do imposto de renda, por força do art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, atribuiu à pessoa jurídica de efetuar a retenção, do imposto, incidente exclusivamente na fonte, justamente por que, nas hipóteses especificadas no caput e no § 1º do artigo (pagamento a beneficiário não identificado e pagamento ou entrega de recursos a terceiros ou sócio sem comprovação da operação ou de sua causa), a administração tributária não teria como exercer controle se o rendimento viria a ser oferecido à tributação na declaração de rendimentos do beneficiário.

Realmente, a Contribuinte não conseguiu demonstrar efetivamente a situação jurídica que ensejou os saques de sua conta bancária no valor de R\$ 50.000,00, fato que validou tanto a glosa da despesa, quanto a exigência do IR-fonte.

Mas o problema da multa qualificada de 150% é de outra ordem. É que esta multa possui as características de uma norma penal, onde os aspectos subjetivos da conduta adquirem relevância.

Além dos fatos que relatou, a Fiscalização utilizou o seguinte fundamento para a qualificação da multa:

Ainda, tendo em vista que consideramos crime contra a ordem tributária nos termos do art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, estamos

majorando a multa de ofício para 150%, conforme art. 44, inc. II da Lei nº 9.430, de 1996, e protocolizando nesta data a Representação Fiscal para Fins Penais.

Não se pode, contudo, afirmar genericamente ou presumir que a Contribuinte tenha “dolosamente” tentado impedir que a autoridade fazendária tomasse conhecimento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda exclusivo na fonte ou de suas condições pessoais (Lei nº 4.502/1964, art. 71).

Em primeiro lugar, porque a operação estava contabilizada.

Além disso, trata-se de uma única operação não comprovada durante todo o ano-calendário de 2003, no valor de R\$ 50.000,00, que figura entre custos num montante de R\$ 16.244.349,89, conforme consta da DIPJ apresentada à Receita Federal (fls. 209).

A meu ver, não restou constatado nenhum artifício contábil engendrado para dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo, uma fraude na contabilidade, ou algo semelhante. A Contribuinte apenas não conseguiu justificar adequadamente um valor contabilizado como despesa operacional.

Não bastassem estes fatos, a Contribuinte ainda apurou prejuízo no período, o que minora os benefícios que uma fraude dessa espécie lhe traria (criação de despesa fictícia).

No caso, não verifico a configuração da hipótese da qualificadora, que, além do fato tributário, também exige a comprovação do evidente intuito de fraude, conforme a redação do art. 44, II, da Lei 9.430/1996, vigente à época dos fatos.

Nesse passo, afasto a qualificadora.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, para reduzir a multa aplicada sobre o IR-fonte, de 150% para 75%.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa