



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10830.004857/2005-01
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-001.805 – 1ª Turma
Sessão de 19 de novembro de 2013
Matéria IRPJ e outros
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CONSTRUTORA SIMOSOLTA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999, 2000

OMISSÃO DE RECEITA. PASSIVO FICTÍCIO. A configuração do passivo fictício não se dá com a data do efetivo recebimento da obrigação pelo credor, mas sim no encerramento do período de apuração, quando se constata que o resultado apresenta valores no passivo referentes a obrigações já quitadas. Inexistente obrigação registrada na contabilidade do contribuinte ao final do período de apuração ausente prova capaz de desconstituir a presunção da fiscalização, correto o lançamento.

IRRF. INCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO A TERCEIRO E NÃO COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU DE SUA CAUSA. Nos casos em que a autuação tem como fundamento a utilização de documentação inidônea para comprovação de custos ou despesas, a não comprovação da efetiva prestação do serviço justifica o lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento ao Recurso da Fazenda Nacional. Em relação a multa isolada, a Conselheira Susy Gomes Hoffmann votou pelas conclusões.

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR - RELATOR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros OTACÍLIO DANTAS CARTAXO (Presidente à época), MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, JOSÉ RICARDO DA SILVA, FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ, VALMAR FONSECA DE MENEZES, VALMIR SANDRI, JORGE CELSO FREIRE DA SILVA, JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR, PAULO ROBERTO CORTEZ (Suplente Convocado), SUSY GOMES HOFFMANN (Vice-Presidente).

Relatório

Trata-se de Recursos Especiais interpostos pela Fazenda Nacional (fls.1590/1608) e pelo Contribuinte (fls.1789/1819) contra o acórdão nº 103-22.889 proferido pelos membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes que, por maioria de votos, acordaram em:

(a) acolher a preliminar de decadência do direito de constituir o crédito tributário para os fatos geradores ocorridos até o 3º trimestre de 2000, inclusive, para os itens 001, 002 e 006 do auto de infração (art. 150, § 4º do CTN);

(b) acolher a mesma preliminar para os fatos geradores até o 3º trimestre de 1999, inclusive, para os itens 004 e 005 do auto de infração (art. 173 do CTN),

(c) dar provimento parcial ao recurso para excluir da tributação as verbas autuadas a título de: 1) "juros", no item 002 do auto de infração; 2) "passivo fictício", item 003, do auto de infração, 3) reduzir a multa de lançamento "ex officio" majorada, de 150% (cento e cinquenta por cento) ao seu percentual normal de 75% (setenta e cinco por cento), em relação aos itens 001, 002, 006 e 007 do auto de infração, 4) ajustar os prejuízos fiscais compensáveis, item 007 do auto de infração, em função do decidido neste acórdão, 5) ajustar as exigências reflexas da CSLL, PIS e COFINS em função do decidido em relação ao IRPJ e 6) excluir a exigência do IRF.

O presente processo é decorrente de Auto de Infração lavrado em 06/10/2005 para constituição de crédito tributário de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, relativamente aos anos de 1999 a 2004, em razão da constatação das seguintes infrações, conforme fatos descritos no auto de infração às fls. 47/142:

“(001) OMISSÃO DE RECEITAS - PCM - PLANO COMUNITÁRIO MUNICIPAL.

(...)

(002) DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITA CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS.

Art. 42- LEI 9.430/96 (LUCRO REAL TRIMESTRAL 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004).

(...)

(003) — OMISSÃO DE RECEITAS — PASSIVO FICTÍCIO

003.1 DA MANUTENÇÃO NO PASSIVO DE OBRIGAÇÕES JA PAGAS.

62. Constatamos a existência de registros contábeis indicando a manutenção de obrigações já pagas, identificadas nas PLANILHAS - INFRAÇÃO 003.

63. Os fornecedores nessa situação são os seguintes:

- DARK OIL do Brasil Ltda, CNPJ 00.479.759/0001-07;
- CDC Central Distribuidora de Cimento Ltda., CNPJ 72.964.109/0001-50;
- AUTO POSTO PIMENTA Ltda., CNPJ 53.668.398/0001-03;
- AUTO POSTO MONTREAIMÉ LTDA, CNPJ 03.877.613/0001-08;
- RVM RETALHISTA DE COMBUSTÍVEIS S/A, CNPJ 69.193.530/0001-08;
- ESCHER GALLO & CIA LTDA, CNPJ 03.602.639/0001-35;

64. Conforme apurado e relatado em Relatórios de diligências efetuadas nesses fornecedores, não foram encontradas irregularidades na efetividade das operações, porém trataram-se de transações feitas à vista, com pagamento no ato, ou a prazo.

65. Embora na diligenciada as referidas Notas Fiscais tenham sido quitadas a vista ou dentro do prazo concedido, na Construtora Simoso a situação era a seguinte:

- As compras à vista (PLANILHAS - INFRAÇÃO 003) eram contabilizadas como se fossem compras a prazo, permanecendo em seu passivo exigível por longo prazo de tempo;
- No caso das compras a prazo (RVM - PLANILHAS - INFRAÇÃO 003), estas permaneciam em aberto em seu passivo mesmo após a sua liquidação;

66. Como a Construtora Simoso Ltda. contabilizou estas compras como sendo (à prazo, mantendo-as em aberto após o período de apuração do IRPJ e da CSLL em que foram pagas, podemos presumir, com respaldo no artigo 281, inciso III do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000 de 26/03/1.999 (RIR/99), tratar-se de compras pagas com recursos provenientes de omissão de receitas.

67. Em 29/06/2005, a fiscalizada foi intimada a comprovar o efetivo pagamento das referidas notas fiscais constantes das PLANILHAS - INFRAÇÃO 003, não logrando êxito em efetuar essa comprovação dos pagamentos nas datas consignadas em sua contabilidade.

68. Considerando que os fornecedores contabilizaram as Notas Fiscais elencadas nas PLANILHAS - INFRAÇÃO 003 e declararam tratar-se de vendas à vista ou vendas a prazo com efetivo recebimento em data

bastante anterior ao contabilizado pela fiscalizada e que esta manteve tais obrigações no passivo exigível da empresa, após o encerramento dos respectivos períodos de apuração, ficando constatada a existência de "PASSIVO FICTÍCIO", caracterizando-se como OMISSÃO DE RECEITAS, com fundamento no art. 281, inciso III do RIR/99.

003.2 DA MANUTENÇÃO NO PASSIVO DE OBRIGAÇÕES INEXISTENTES

69. Constatamos a existência de registros contábeis indicando a manutenção de obrigações cuja exigibilidade não foi comprovada, identificadas nas PLANILHAS - INFRAÇÃO 003, para a empresa:

- PAULITEC CONSTRUÇÕES LTDA., CNPJ 49.437.809/0001-74

70. Em diligência junto à empresa Paulitec Construções Ltda., esta negou a existência dos direitos creditórios junto à Construtora Simoso Ltda., fato este corroborado por sua escrituração contábil.

71. Intimada, em 29/06/2005, a fiscalizada não logrou êxito em esclarecer a real natureza das operações e tampouco comprovou a existência daquelas obrigações junto Paulitec Construções Ltda.

72. Como fato, temos a manutenção, no passivo da Construtora Simoso Ltda, dos débitos constantes das PLANILHAS - INFRAÇÃO 003, pretensamente devidos à Paulitec Construções Ltda., cuja exigibilidade não foi comprovada, o que também autoriza a presunção legal de omissão de receitas, com fundamento no artigo 281, inciso III, do RIR/99.

73. Essa infração gerou autuações reflexas para as contribuições PIS, COFINS e CSLL.

(...)

(004) GLOSA DE DESPESAS – PAGAMENTO SEM CAUSA – “NOTAS FRIAS”.

Falta de comprovação da operação, indedutibilidade. Pagamento a beneficiário não identificado. Despesas registradas com base em “notas fiscais frias”.

74. Dentre as notas fiscais que estavam registradas no já mencionado sistema "SIA", com vencimentos para 31/12/2000, encontramos Notas Fiscais emitidas pelas seguintes empresas: IPANEMA Representações e Serviços Ltda., LIDERANÇA JORNALÍSTICA Ltda., REPRESENTAÇÕES ARARY S/C Ltda., SCM Representações Ltda., /PLANALTO IMÓVEIS S/C LTDA. E INCORPAVI - Incorporação e Pavimentação e Locação Ltda.

75. Das empresas arroladas, as cinco primeiras tinham seu endereço localizado na cidade de Araras - SP, e tinham em comum o sócio-proprietário, Sr. Sebastião Carlos Mazzon, CPF 148.118.208-00, atualmente residindo naquela cidade. Cabe destacar que nos sistemas da

Receita Federal do Brasil, o cadastro do CNPJ das empresas IPANEMA Representações e Serviços Ltda., REPRESENTAÇÕES ARARY S/C Ltda., SM Representações Ltda. e PLANALTO IMÓVEIS S/C LTDA. registra a situação de "INAPTAS" pelo motivo "OMISSAS NÃO LOCALIZADAS". No caso específico da LIDERANÇA JORNALÍSTICA Ltda., esta sequer foi cadastrada no CNPJ (CNPJ INEXISTENTE).

76. A sexta empresa, INCORPAVI - Incorporação e Pavimentação e Locação Ltda. tem como endereço cadastral a cidade de Bauru - SP.

004.1 - DAS EMITENTES DE NOTAS FISCAIS LOCALIZADAS NO MUNICÍPIO DE APARAS - SP

77. Entre os anos-calendário 1999 e 2000, a fiscalizada se utilizou de Notas Fiscais emitidas pelas cinco empresas situadas em Araras - SP, no montante total de R\$ 2.762.464,45, com a finalidade de reduzir seus lucros e retirar recursos do caixa oficial da empresa.

78. Procurada pelos auditores fiscais da Receita Federal do Brasil, em seus respectivos endereços na cidade de Araras- SP, foi constatado, através das diligências, que nenhuma delas chegou a operar nos endereços constantes nas Notas Fiscais e nos cadastros da Receita Federal, conforme Termos de Diligência lavrados especificamente para cada empresa diligenciada.

79. Constatou-se ainda, através das diligências efetuadas, que as Notas Fiscais emitidas pelas empresas IPANEMA Representações e Serviços Ltda., LIDERANÇA JORNALÍSTICA Ltda., REPRESENTAÇÕES APART S/C Ltda., SM Representações Ltda. e PLANALTO IMÓVEIS S/C LTDA. são ideologicamente falsas, pois referidas empresas:

- não existiam de fato;
- Não possuíam, portanto, capacidade técnica e material para fornecer os serviços nelas descritos;
- Conforme declarações prestadas pelo próprio sócio proprietário e responsável legal pelas empresas (Sr. Sebastião Carlos Mazzon, CPF 148.118.208-00), tomadas a termo, nunca foram prestados tais serviços, seja como pessoa física, seja através de suas empresas, bem como os valores constantes das notas fiscais nunca foram pagos pela Simoso, e nunca recebidos pelas mesmas ou pelos seus sócios;
- Encontram-se na situação "omissa não localizada", nos cadastros da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

80. No Termo de Depoimento prestado pelo sócio proprietário e responsável pelas cinco empresas de Araras às 11:00 do dia 19/04/2005, assinado na presença dos Auditores Fiscais responsáveis pela diligência, este afirmou que:

- a- Realmente era sócio proprietário e responsável pelas referidas empresas;
- b- Tinha como sócia a esposa, falecida há cerca de dois anos;
- c- A empresa Construtora Simoso prestava vários serviços à Prefeitura Municipal de Araras, SP, bem como realizou empreendimentos imobiliários do tipo loteamento na cidade;
- d- Por trabalhar como corretor de imóveis na cidade de Araras e por ser conhecido e ter um bom relacionamento com os funcionários da Prefeitura local, iniciou contatos com funcionários da referida construtora;
- e- Entregou, a pedido dos representantes da Construtora, várias Notas Fiscais em branco, de todas as empresas das quais participava na sociedade (IPANEMA Representações e Serviços Ltda., LIDERANÇA JORNALÍSTICA Ltda., REPRESENTAÇÕES ARARY S/C Ltda., SCM Representações Ltda. e PLANALTO IMÓVEIS S/C LTDA.);
- f- Especificamente, com relação as referidas Notas Fiscais de prestação de serviços, afirmou que nunca realizou quaisquer serviços para a citada construtora, bem como nunca recebeu qualquer valor da mesma, sejam os valores nominais das Notas Fiscais ou mesmo parte deles;
- g- Era contatado, frequentemente, por telefone, sempre em horário noturno (por volta das 22:30 horas), pelo Sr. Diamantino Antonio, que representava a Construtora Simoso;
- h- O Sr. Diamantino comunicava-o sempre no período noturno, que no dia seguinte um emissário da empresa iria procurá-lo para colher assinaturas em faturas e duplicatas, as quais vinham sempre em branco e, por confiar na tradição da referida construtora, assinava os documentos que eram trazidos e levados pelos emissários da Construtora Simoso;
- i - Nunca esteve na sede da empresa Construtora Simoso desconhece seu endereço e que os contatos eram realizados sempre h noite, por telefone, pelo Sr. Diamantino Antonio, sabendo inclusive que este residia na cidade de Campinas - SP, e por vezes por um tal de Jackson;
- j- Na verdade foi usado por gente da Construtora Simoso, não tendo tirado nenhum proveito da situação;
- k- Não ficou com nenhuma das vias das referidas Notas Fiscais que eram preenchidas no escritório da Construtora Simoso;
- l- Não possui mais nenhum documento das empresas de que era responsável e sócio;
- m- Afirmou não possuir livros contábeis e fiscais das referidas empresas e que não fazia escrita por ser prestador de serviços;

n- Em determinada ocasião recebeu a visita de um auditor da Simoso, do qual não se lembra o nome, que afirmou que os procedimentos adotados estavam corretos e que não teria nenhuma outra consequência;

o - FINALIZANDO, reafirmou que os valores contidos nas citadas Notas Fiscais nunca foram recebidos por ele, nem por sua esposa, ou pelas empresas emitentes. As referidas empresas, de que era sócio, nunca prestaram nenhum serviço à Construtora Simoso. Nunca recebeu quaisquer valores em retribuição h emissão das mencionadas Notas Fiscais. Foi usado pela Construtora Simoso.

81. Cabe destacar que parte dos pretensos pagamentos das Notas Fiscais deram entrada no CAIXA EX da empresa, conforme pode ser verificado nas PLANILHAS - INFRAÇÃO 004 e PLANILHA - INFRAÇÃO 006.

004.2 - DAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA INCORPAVI - INCORPORAÇÃO E PAVIMENTAÇÃO E LOCAÇÃO LTDA (SEDE EM BAURU-SP).

82. No período de 11/2003 a 03/2004, a fiscalizada se utilizou de Notas Fiscais emitidas pela INCORPAVI - Incorporação e Pavimentação e Locação Ltda., no montante total de R\$ 1.250.558,80, com a finalidade de reduzir seus lucros e retirar recursos do caixa oficial da empresa.

83. Através de 'Diligência efetuada na cidade de Bauru, com o objetivo de verificar a existência da empresa INCORPAVI - Incorporação e Pavimentação e Locação Ltda., bem como a veracidade das transações comerciais de que tratam as Notas Fiscais relacionadas nas PLANILHAS - INFRAÇÃO 004, constatou-se:

- No endereço descrito como sendo da empresa a existência de um imóvel do tipo residencial, de padrão "humilde", a exemplo de todo o bairro, que se encontrava fechado, sem ninguém para prestar informações. Perguntado ao vizinho, o mesmo informou tratar-se de um residência onde morava uma senhora e sua filha e que nos últimos seis anos jamais houvera empresa estabelecida naquele endereço;
- Após intensas buscas, conforme relato do Termo de Diligência Fiscal de 20/04/2005, foi encontrado o Sr. Anisio Ferraz (CPF 557.657.348-04), sócio da INCORPAVI, na Multi Service Vigilância Ltda., empresa de vigilância de Bauru na qual ele é funcionário;
- Afirmou o Sr. Anisio ter exercido em anos anteriores a profissão de moto taxista quando ficou conhecendo um freguês de nome Paulo Roberto Soares, para quem efetuou o transporte pessoal com certa frequência e exclusividade, em várias datas e lugares, dentro da cidade de Bauru;

. O freguês Paulo lhe propôs que participasse de um negócio que lhe adviria algum dinheiro, bastando que lhe fornecesse os documentos

pessoais e assinasse um documento, não sabendo exatamente do que se tratava;

- O Sr. Anisio disse desconhecer a existência da empresa INCORPAVI e também não saber onde ficava o endereço da empresa, bem como quaisquer talonários ou livros fiscais;

84. Finalmente, através dos trabalhos de Diligência Fiscal promovidos pela Delegacia da Receita Federal de Bauru, verificou-se que a INCORPAVI - Incorporação e Pavimentação Locação Ltda. foi constituída exclusivamente com fins espúrios, concluindo-se que as notas fiscais emitidas em favor da fiscalizada não refletem as operações comerciais nelas descritas, configurando-se no que se denominou chamar de "NOTAS FRIAS".

004.3 - DAS JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS PELA FISCALIZADA

85. Em 29/06/2005, foi lavrado Termo de Intimação, solicitando-se a fiscalizada, em relação as Notas Fiscais emitidas pelas empresas com endereço em Araras - SP e pela INCORPAVI:

- Comprovar a necessidade e a efetiva prestação dos serviços descritos nas notas fiscais relacionadas em anexo;

- Comprovar o efetivo pagamento dos fornecimentos constantes das notas fiscais acima mencionadas. Se o pagamento foi efetuado por cheque, apresentar microfilme dos cheques (frente e verso), utilizados para sua liquidação.

86. Em resposta datada de 26/08/2005, a fiscalizada, quanto as empresas situadas em Araras:

- Afirma, através de seu representante legal, que todos os serviços constantes nas referidas Notas Fiscais foram prestados, porém, não apresentou documentação hábil e idônea que comprovasse tal afirmativa;

- Alegou que teria feito o pagamento das Notas Fiscais através de saques da conta corrente 1634-3, mantida no Banco Banespa, feitos em nome dos sócios e da diretoria, porém, não apresentou comprovação quanto a essa alegação;

87. Assim sendo, quanto as empresas situadas em Araras, a fiscalizada não logrou comprovar a efetiva prestação dos serviços descritos nas citadas notas fiscais e nem tampouco comprovou o efetivo pagamento dos serviços pretensamente prestados.

88. Ainda na resposta datada de 26/08/2005, a fiscalizada informa, quanto à empresa INCORPAVI:

"As despesas vinculadas a essa empresa, por ocasião da denúncia espontânea apresentada 06/10/2004, foram oferecidas à tributação

conforme demonstra o quadro de apuração do PCM, no quarto trimestre de 2003 e no primeiro de 2004, já em poder desta fiscalização."

004.4 - DA CONCLUSÃO

91. Constatamos a ocorrência de inúmeros registros contábeis, suportados por documentos inidôneos, fornecidos por empresas inexistentes de fato, o que se convencionou chamar de "notas frias", conforme relatórios de diligências anexos, que relatam a situação de cada uma das empresas emitentes dos referidos documentos. Os pagamentos dessas "Notas Frias" efetuadas com recursos escriturados na contabilidade oficial da fiscalizada configuram-se como PAGAMENTOS SEM CAUSA e a BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS.

92. Os documentos nesta situação são os dispostos nas PLANILHAS - INFRAÇÃO 004.

93. A vista do exposto, estamos glosando as despesas acima e lançando, o IRPJ e a CSLL, sobre os valores glosados, juntamente com seus acréscimos legais, com a multa de ofício de 150%, prevista no artigo 957, inciso II, tendo em vista o evidente intuito de fraude.

94. Por se tratar de PAGAMENTO SEM CAUSA, far-se-á também o lançamento do IRRF (Imposto de Renda Retido na Fonte) à alíquota de 35% sobre a base de cálculo reajustada, conforme previsto no artigo 674, e 725 do RIR/99.

(...)

(005) GLOSA DE DESPESAS - PAGAMENTO SEM CAUSA - "NOTAS DE FAVOR".

Falta de comprovação da operação, indedutibilidade. Pagamento a beneficiário não identificado. Despesas registradas com base em "notas fiscais de favor".

(...)

(006) - OMISSÃO DE RECEITAS - "CAIXA 2". RECEITAS CONTROLADAS PARALELAMENTE A. CONTABILIDADE ATRAVÉS DE CAIXA 2.

(...)"

O contribuinte apresentou Recurso Especial de divergência com fundamento no artigo 7º, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela MF 147 de junho de 2007, contra a parte do acórdão que: (i) não reconheceu a denúncia espontânea e (ii) manteve a qualificação da multa.

Primeiramente, apresentou argumento relativo à denúncia espontânea e afirmou que, no caso, não havia impedimento para o recolhimento dos tributos com os benefícios do art. 138 do CTN, razão pela qual inaplicável a multa de ofício. Trouxe como paradigma os acórdãos nº 104-22.145 e 108-06.937.

Ademais, contestou a manutenção da multa aplicada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), afirmando que a aplicação da multa qualificada exige prova da existência da fraude produzida pelo Fisco, o que não é caso dos autos. Nesse ponto trouxe como paradigma os acórdãos nº 101- 95.141 e 101-92.454.

Em sede de exame de admissibilidade (fls. 1935/1943), foi negado seguimento ao Recurso Especial do Contribuinte, sob o fundamento de que os acórdãos apresentados como paradigmas não demonstraram a divergência de interpretação de lei tributária entre Câmaras do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

A Fazenda Nacional apresentou Recurso Especial com fundamento no artigo 7º, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela MF 147 de junho de 2007.

Insurgiu-se a Procuradoria da Fazenda Nacional contra a decisão que, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso quanto: (i) redução da multa qualificada, (ii) passivo fictício e (iii) exclusão do IRRF.

Primeiramente, quanto à multa qualificada afirmou que o acórdão recorrido contrariou o disposto no artigo 44, II, da Lei 9.430, de 1996, pois, no caso, o contribuinte, ao não informar seu faturamento ao Fisco, procurou impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade tributária, da ocorrência do fato gerador do tributo, agindo, portanto, com evidente intuito de fraude.

Ademais, quanto a existência do passivo fictício decorrente da constatação de irregularidades da contabilidade da contribuinte, pois foram registradas operações com pagamento à prazo, enquanto em diligência apurou-se que o pagamento de tais operações foi à vista, afirmou que o acórdão recorrido contrariou o disposto no art. 281 do RIR/99, bem como do art. 40 da Lei nº 9.430/96.

Transcreveu trecho do voto que, nesse contexto, merece reforma:

“Para que prospere a autuação a título de omissão de receita caracterizada pela manutenção no passivo da obrigação já paga, não basta que da nota fiscal conste que a compra foi à vista, sendo essencial a prova de que a obrigação foi liquidada antes da data do encerramento do período de apuração.

Inexistindo, como inexiste no caso essa prova, não pode prosperar a exigência.

De outra parte, não podem ser tidas como inexistentes obrigações decorrentes de contrato, ainda que esse contrato seja de sociedade em conta de participação, contraídas pela sócia oculta perante a sócia ostensiva.”

Concluiu, desse modo, que no caso foi comprovada a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou com exigibilidade não comprovada, pois enquanto a contabilidade

evidenciava operação a prazo, a contabilidade de seus fornecedores indicava pagamento à vista.

Assim, afirmou que tendo em vista que a lei autoriza o Fisco a presumir a ocorrência de omissão de receitas a partir da não comprovação pelo contribuinte da existência de seu passivo na data do encerramento do período, no caso, foi correto o lançamento.

Por fim, quanto ao IRRF, na parte em que o acórdão recorrido excluiu o lançamento relativo às aplicações em que houve identificação do terceiro beneficiado, a Procuradoria da Fazenda Nacional afirmou que o acórdão recorrido contrariou o artigo 61, § 1º da Lei 8.981, de 1995.

Nesse ponto, trouxe trecho do voto que merece reforma:

"A matriz legal da incidência em causa é o art. 61 d a Lei nº 8.981/95, que estabelece sobre todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado e sobre os pagamentos efetuados a terceiros ou sócios, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

No caso, todos os beneficiários estão identificados, tanto que são nomeados, um a um, pela autoridade fiscal.

Para concluir pela não identificação dos beneficiários e possibilitar a incidência, o voto vencido desenvolve raciocínio de que não comprovada a realização das operações, os valores constante dos cheques emitidos supostamente para quitá-los tiveram destinação diversa. Foram direcionados a beneficiários não identificados ou se constituíram em pagamento sem causa'.

Vê-se assim que, com base na não comprovação das operações, se rejeita a identificação dos beneficiários e se presume que os recursos tiveram destinação diversa, procedimentos não autorizados pela norma de incidência.

Nessas condições, não pode prosperar a exigência."

Nesse ponto, argumentou que embora o contribuinte tenha identificado o beneficiário, não houve comprovação da efetiva operação ou sua causa.

Assim, concluiu que nos termos do artigo 61, § 1º da Lei 8.981, de 1995, basta a não comprovação da operação ou a sua causa quando existem pagamentos efetuados a terceiros, para que haja incidência do IRRF.

Por fim, cumpre ressaltar que o contribuinte apresentou desistência ao direito de discutir determinadas matérias, pois optou pelo parcelamento especial instituído pela Lei nº 11.941/2009. As matérias alcançadas pela desistência referem-se aos seguintes itens do auto de infração: item 001 – omissão de receita – PCM – Plano Comunitário Municipal (reconhecida a multa aplicada no percentual de 150%), item 002 – depósitos bancário de origem não comprovada, item 005 – glosa de despesas – pagamento sem causa “notas de favor”, item 006 – omissão de receitas – “caixa 2”.

Desse modo, as matérias que permanecem em debate referem-se aos itens 03, 04 e 05 do auto de infração, ou seja, passivo fictício e IRRF.

É o relatório.

Voto

O Recurso preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Primeiramente, cumpre delimitar a matéria em debate em razão da desistência, apresentada pelo contribuinte, em relação à discussão de determinadas matérias em razão da adesão ao parcelamento especial instituído pela Lei 11.941/09.

Desse modo, a matéria que permanece em discussão e deverá ser analisada refere-se ao lançamento relativo à omissão de receita em razão da existência de passivo fictício e imposto de renda retido na fonte decorrente de pagamento sem causa.

No tocante ao passivo fictício, no caso dos autos, a fiscalização concluiu pela sua existência em razão da constatação de incongruência entre as informações das notas fiscais de determinadas operação (pagamento à vista) e as informações escrituradas pelo contribuinte (pagamento à prazo). Nesse contexto, em razão do exposto, a fiscalização entendeu que o contribuinte mantinha em seu passivo obrigações que já não existiam.

Em havendo a figura do passivo fictício na contabilidade do contribuinte, o fiscal fica autorizado a presumir que o montante do passivo inexistente é consequência de uma omissão do registro de receita, devendo lavrar o respectivo auto de infração para constituir o crédito tributário e, passando ao contribuinte autuado, a prova da improcedência da presunção – artigo 281 do Decreto nº 3.000/99 (Lei nº 9.430/96).

Dispõe o mencionado artigo:

“Art. 281. Caracteriza-se como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a ocorrência das seguintes hipóteses (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12, § 2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 40):

(...)

III - a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada.”

A configuração do passivo fictício não se dá com a data do efetivo recebimento da obrigação pelo credor, mas sim no encerramento do período de apuração, quando se constata que o resultado apresenta valores no passivo referentes a obrigações já quitadas.

No caso dos autos, em diligências realizadas junto aos fornecedores, a Fiscalização verificou que as obrigações de que trata o presente item foram em sua quase totalidade quitadas à vista.

Assim, tendo em vista que a data de quitação (e de contabilização, portanto) ocorreu sempre antes do encerramento do período de apuração, não haveria, no caso, razão para sua manutenção no passivo. O acórdão recorrido entendeu que a Nota Fiscal paga com a informação paga à vista não seria prova suficiente de que o passivo realmente era inexistente; ocorre que, diante de tal forte indício, a fiscalização intimou a empresa a provar que os pagamentos realmente foram realizados nas datas contabilizadas, no entanto esta não logrou êxito em fazê-la.

Ora, a fiscalização não partiu de uma simples presunção do pagamento do passivo contabilizado, ao contrário, diligenciou junto aos fornecedores e encontrou lá uma prova de que estes pagamentos já tinham ocorrido, o que a levou a abrir a oportunidade ao contribuinte para que este descaracterizasse tal prova, através de intimação para que este demonstrasse os pagamentos feitos segundo sua contabilidade, e como consequência destruir completamente a informação constante nas notas Fiscais. Não o fez!!!

Do exposto, diante da inexistência da obrigação registrada na contabilidade do contribuinte ao final do período de apuração e da ausência de prova capaz de desconstituir a presunção da fiscalização, correto o lançamento.

Quanto ao Imposto de Renda Retido na Fonte, da mesma forma, é correto o lançamento.

Dispõe o artigo 61 da lei 8981/95:

“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.”

Nesse ponto, a autuação teve como fundamento a utilização de documentação inidônea para comprovação de custos ou despesas. A interessada registrou despesas com prestação de serviços e apresentou como comprovantes notas fiscais emitidas por empresas inexistentes de fato.

Assim, em que pese a identificação dos beneficiários, restou comprovado que não houve a efetiva prestação dos serviços descritos nas notas fiscais. Além deste fato, que pela quantidade de provas trazidas pela fiscalização é indubitável, restou claro durante a fiscalização, seja pelos elementos de prova produzidos em diligências juntos aos fornecedores, seja pela ausência de contraprova do contribuinte, que os pagamentos contabilizados também não foram realizados aos emitentes das “Notas Frias”.

Deste modo temos contabilizações de pagamentos realizados à beneficiários que não receberam tais pagamentos. Assim, se não são esses os reais beneficiários dos pagamentos contabilizados, nada mais lógico que concluir que outros os são, por causas

diversas das descritas nas notas frias e na contabilidade. Intimada a esclarecer os reais beneficiários destes pagamentos e a verdadeira causa, a fiscalizada nada demonstrou.

Por essas razões, entendo que os fatos aqui descritos se subsumem perfeitamente à norma autorizadora do artigo 61, da lei 8981/95, e que é procedente o lançamento em relação ao IRRF.

Por todo o exposto, dou provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, para manter o Auto de Infração em relação ao lançamento relativo ao passivo fictício e em relação ao IRRF objetos deste Recurso especial.

(documento assinado digitalmente)

JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR – relator.