



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n° 10830.004864/2005-02
Recurso n° 152.265 Voluntário
Matéria IRRF - Ex(s): 1999 a 2000
Acórdão n° 103-22.890
Sessão de 28 de fevereiro de 2007
Recorrente CONSTRUTORA SIMOSO LTDA.
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP

IRF – PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU SEM CAUSA – A efetuação do pagamento e pressuposto material para a ocorrência da incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, conforme o disposto no art. 61 da Lei nº 8.981/95. As transferências de valores do caixa 2 para a empresa não preenchem os requisitos necessários para fazer surgir o fato gerador desta obrigação tributária.

MULTA ISOLADA – NÃO RETENÇÃO DO IMPOSTO – Instituída que foi a penalidade pela Lei nº 10.426 de 24/04/2002, não pode ser aplicada a fatos geradores anteriores à edição da lei que a instituiu.

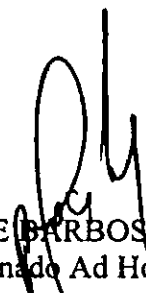
JUROS DE MORA – NÃO RETENÇÃO DO IMPOSTO – A fonte pagadora não se sujeita ao pagamento de juros de mora quando a não retenção do imposto é verificada após a data para entrega da declaração anual de ajuste.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CONSTRUTORA SIMOSO LTDA.,

ACORDAM os membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DECLARAR a decadência do direito de constituir o crédito tributário para os fatos geradores ocorridos até 30/09/2000 e, no mérito, DAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto (Relator), Aloysio José Percínio da Silva e Flávio Franco Corrêa que negaram provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Paulo Jacinto do Nascimento


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
Presidente


ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE
Redator Designado Ad Hoc

Formalizado em: 27 JUN 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Márcio Machado Caldeira e Alexandre Barbosa Jaguaribe. Ausente momentaneamente, por motivo justificado o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho.



Relatório

Por bem resumir a controvérsia, adoto o Relatório da decisão recorrida que transcrevo a seguir:

1. *Contra o interessado foi lavrado auto de infração de IRRF, pertinente aos períodos de apuração seguintes: 01/10/1999 a 31/12/1999, 01/01/2000 a 31/03/2000, 01/04/2000 a 30/06/2000, 01/07/2000 a 30/09/2000, 01/10/2000 a 31/12/2000, 01/01/2001 a 31/03/2001, 01/04/2001 a 30/06/2001, 01/07/2001 a 30/09/2001, 01/10/2001 a 31/12/2001, 01/01/2002 a 31/03/2002, 01/04/2002 a 30/06/2002, 01/07/2002 a 30/09/2002, 01/10/2002 a 31/12/2002, 01/01/2003 a 31/03/2003, 01/04/2003 a 30/06/2003, 01/07/2003 a 30/09/2003, 01/10/2003 a 31/12/2003, 01/01/2004 a 31/03/2004, 01/04/2004 a 30/06/2004. Dai também decorreu a lavratura de autos de infração em que se lhe exigiu multa e juros isolados.*

2. *Consta da "Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)" às fls. 35/52:*

3. *A presente ação fiscal fundamenta-se em demanda judicial para apuração de tributos devidos pelo fiscalizado e destina-se a instruir o processo judicial n.º 2003.61.002370-9, da 1.ª Vara Federal de São João da Boa Vista/SP, onde consta denúncia sobre a existência de CAIXA 2 na empresa CONSTRUTORA SIMOSO LTDA, CNPJ 48.169.536/0001-61.*

DA AÇÃO FISCAL

4. *Em 01/06/2004, através do "MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO", (processo judicial n.º 2033.61.27.002370-9), foram retidos os seguintes documentos do contribuinte:*

Livros Diário de 1999 a 05/2004;

Notas fiscais, Recibos e outros comprovantes de pagamentos efetuados pela empresa no período de 01/1999 a 05/2004, controlados paralelamente à contabilidade através do "CAIXA 2", documentos estes apreendidos pela fiscalização do INSS;

Listagens denominadas "CONTA CORRENTE" – "CAIXA CARLOS" e "EDGARD", onde parte dos pagamentos dos documentos referidos no tópico anterior eram relacionados.

5. *A ação fiscal teve início em 06/10/2004, às 10:20hs., mediante lavratura de Termo de Recusa.*

6. *Através de missiva datada de 05/10/2004 e protocolada na Agência da Receita Federal em Mogi Guaçu em 07/10/2004, a fiscalizada informou a este Serviço de Fiscalização (SEFIS) que teria encontrado "inconsistências" sobre a apuração dos tributos federais e, que teria retificado suas declarações e efetuado recolhimento sobre bases de cálculo de tributos e contribuições que julgou ter omitido anteriormente.*

7. Cabe tecer sobre os procedimentos adotados pela fiscalizada os seguintes comentários:

que tais recolhimentos foram efetuado de forma extemporânea e posteriormente ao início da Ação Fiscal de que trata este Mandado de Procedimento Fiscal, conforme exaustivamente detalhado no Termo de Constatação lavrado em 25/10/2004;

que as infrações de omissão admitidas pelo próprio contribuinte não foram objeto de declaração espontânea por parte da fiscalizada anteriormente ao início da Ação Fiscal, fazendo com que os recolhimentos a elas referentes fujam, dessa forma, do benefícios concedidos por lei através do art. 138 do CTN e do art. 47 da Lei 9.430/96

que os recolhimentos pretensamente efetuados sob a instituição da espontaneidade foram feitos de forma a não contemplar nenhum percentual de multa, nem mesmo a multa de mora prevista no Art. 61 da Lei 9.430/96;

que a fiscalizada adotou procedimentos que ferem o ordenamento jurídico, conforme detalhado em Termo de Embaraço à Fiscalização lavrado em 29/10/2004 e em Representação Fiscal para Fins Penais de que trata o processo administrativo 10830.006333/2004-65, datada de 29/10/2004 e protocolado em 08/11/2004.

8. Em 19/10/2004, documentos que haviam sido apreendidos pela fiscalização do INSS (Notas Fiscais, Recibos e outros comprovantes de pagamentos efetuados pela empresa no período de 01/1999 a 05/2004, controlados paralelamente à contabilidade através do "CAIXA 2"), foram repassados à Secretaria da Receita Federal, através do Termo de Entrega de Documentos lavrados naquela data;

9. Em 25/10/2004, foi lavrado Termo de Constatação, através do qual pontuou-se detalhadamente os procedimentos adotados pela fiscalizada na data de 06/10/2004 com a finalidade de eximir-se ilegalmente da aplicação de penalidade cabível sobre as infrações fiscais por ela praticadas.

10. Em 27/10/2004, a fiscalizada manifestou sua inconformidade quanto à lavratura de Termo de Recusa em 06/10/2004.

11. Em 29/10/2004, após coligir elementos probantes que fundamentam a prática em tese de procedimentos ilegais por parte da fiscalizada durante os momentos iniciais da Ação Fiscal, foi lavrado Termo de Embaraço à Fiscalização. Dentre os documentos apreendidos para a lavratura desse Termo encontram-se os formulários "Controle Diário de Entrada e Saída de Veículos Particulares" do dia 06/10/2004, os quais corroboram a comprovação da prática de Embaraço à Fiscalização por parte dos responsáveis pela fiscalizada e a presença fiscal às 9:08 do mesmo dia 06/10/2004.

12. Ainda em 29/10/2004, foi lavrada Representação Fiscal para Fins Penais, protocolada em 08/11/2004, através da qual informou-se formalmente ao Ministério Público sobre a prática de procedimentos

ilegais por parte dos representantes da fiscalizada, cujo processo administrativo tem o número 10830.006333/2004-05.

13. Em 08/11/2004, quando do comparecimento à sede da empresa para dar ciência a seus representantes do Termo de Embaraço à Fiscalização, foi lavrado Termo de Constatção, através do qual constatou-se a demissão do vigia da empresa, Sr. Adilson Bezerra Regis, funcionário que atendeu o Auditor Fiscal às 9:08 do dia 06/10/2004 na portaria da empresa e fez contatos com a diretoria (Olivo e Antonia) e com o procurador, Sr. Diamantino Antonio, demonstrando que as pessoas procuradas encontravam-se na empresa naquele momento. Referido vigia foi demitido 6 (seis) dias após o início da Ação Fiscal.

14. Em 02/12/2004, a fiscalizada manifestou sua inconformidade quanto à lavratura dos Termos de 25/10/2004 [sobre a obstrução aos trabalhos da fiscalização], 29/10/2004 [sobre a Representação Fiscal para Fins Penais] e 08/11/2004 [sobre a demissão do vigia que teria recebido a fiscalização].

15. Em 16/12/2004, foi lavrado Termo de Intimação solicitando-se a seguintes informações quanto à movimentação financeira encontrada na conta corrente n.º 13.001634-4, da agência 0047 do BANESPA:

Informar os nomes e os números das contas contábeis em que foram contabilizadas as movimentações da conta bancária em questão;

Caso não tenha sido contabilizada, comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos depósitos e/ou créditos nas referidas contas bancárias.

16. Em 07/10/2005, a fiscalizada respondeu ao Termo de Intimação lavrado em 16/12/2004, destacando as seguintes informações quanto à movimentação financeira ocorrida na conta corrente n.º 13.001634-4, mantida na agência 0047 do BANESPA:

"A movimentação da conta em referência não constava da escrituração contábil, pois ela referia-se a ingressos provenientes de contratos firmados com os municípios aderentes ao Plano Comunitário Municipal – PCM, aprovado por lei de cada Prefeitura, contratos esses vinculados ao contrato firmado pela empresa com as Prefeituras. A execução das obras é fiscalizada pela Prefeitura, pois tais obras implementam a pavimentação asfáltica e o saneamento básico, que na realidade são de responsabilidade do Poder Público. Esses têm as seguintes características:

Contratos de longo prazo, com relevante cunho social, sem qualquer garantia;

Alto índice de repactuação das condições contratuais originais, tanto no tocante ao valor da prestação, como nas condições de pagamento;

Períodos de vigência variáveis, dispersos e até indeterminados;

Elevado índice de inadimplência.



Em razão dessas incertezas, optou-se pela abertura de conta bancária para segregação desses valores, de forma a permitir a apuração do efetivo resultado dessas operações, que, ao término do recebimento de cada empreendimento, seus resultados seriam trazidos para a contabilidade." (GRIFOU-SE)

17. Ainda em 07/01/2005, a fiscalizada acrescenta em sua resposta as seguintes justificativas para a origem dos recursos que possibilitaram a movimentação financeira ocorrida na conta corrente nº 13.001634-4, mantida na agência 0047 do BANESPA:

"Como esclarecido no tópico precedente, a origem dos recursos provém dos recebimentos dos contratos denominado PCM." (GRIFOU-SE)

18. Durante os procedimentos de auditoria e, como resultado do confronto dos documentos apreendidos com a escrituração contábil, identificamos que a fiscalizada apresentava desvios de recursos para alimentar o "CAIXA 2", por intermédio do qual os pagamentos eram efetuados. Os comprovantes de pagamentos (saídas do "CAIXA 2") são esclarecedores da condição da informalidade, constando em grande parte deles as expressões "por fora", "caixa 2", "sem vínculo empregatício", "II", conforme cópias das "Comunicações Internas"

001 - PAGAMENTOS SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS

19. Conforme disposto no TERMO DE INTIMAÇÃO lavrado às 09:00 Hs. do dia 09/08/2005, observamos que o "CAIXA 2" da empresa era composto de 2 caixas distintos, ambos não contabilizados: "cód_banco 130001634-3", e "cód_banco CAIXA EX".

"Constatamos que o caixa "cód_banco 130001634-3", doravante denominado "CAIXA 2 BANESPA", é o controle da conta-corrente mantida no banco BANESPA, ag. 0047 – Mogi-Mirim, c/c no 0047-13-001634-3, não contabilizada pela empresa, a qual já foi objeto de TERMO DE INTIMAÇÃO lavrado em 02/02/2005, com resposta apresentada pelo contribuinte em 21/02/2005;

Constatamos que o caixa "cód_banco CAIXA EX", doravante denominado CAIXA EX, é o controle do caixa 2, mantido pela fiscalizada na forma de dinheiro, cheques ou outros créditos, cuja contabilização não foi encontrada na escrituração da empresa (livros Diário e Razão), sendo a justificação ou identificação desses valores um dos objetos do presente TERMO DE INTIMAÇÃO."

20. No mesmo TERMO a fiscalização elaborou 3 planilhas, "ANEXO III - Transferências dos Recursos do CAIXA EX aos sócios", "ANEXO IV - Transferências dos Recursos do CAIXA 2 BANESPA aos sócios", e "ANEXO V - Demonstrativo de pagamentos a serem comprovados e feita a identificação de seus beneficiários", tendo o fiscalizado sido INTIMADO A:

"Informar se foram contabilizados em sua escrituração (Livros Diário e Razão) as transferências de recursos apontados nas planilhas "Demonstrativo das transferências dos Recursos do CAIXA EX aos

sócios" (ANEXO III) e "Demonstrativo das transferências dos Recursos do CAIXA 2 BANESPA aos sócios" (ANEXO IV) e se sobre as mesmas foi efetuada a retenção e o regular recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte;

Identificar os beneficiários dos pagamentos listados no ANEXO V, bem como a operação a que se referem ou a sua causa, informando e demonstrando se os mesmos foram contabilizados em sua escrituração (Livros Diário e Razão);"

21. Em resposta datada em 20/09/2005, o fiscalizado informou o seguinte:

"Antes de oferecer resposta direta ao referido item, a intimada pede licença para observar que os valores indicados nos referidos Anexos (III e VI (a fiscalização observa que, na realidade é Anexo IV)) têm origem nos recursos já tributados na denúncia espontânea oferecida pela empresa, cujos dados já estão em poder dessa fiscalização.

Dessa forma, os valores questionados, no rigor da própria legislação de regência, correspondem a lucros distribuídos que não são tributados.

Além disso, no Anexo IV, há evidentes imprecisões! De fato, os valores tidos como sacados da conta do Banespa, sob o título "CONST. SIMOSO" ou "CONST. SIMOSO LTDA", ora são debitados ao sócio Olivo Simoso e ora permanecem centrados na primeira coluna, que tem o título de "Transferência à Diretoria". A intimada não conseguiu identificar claramente tais valores porque não constam do Anexo I, não constam nos extratos da conta do Banespa e não constam do Controle do "Caixa EX". Dessa forma, a intimada não sabe como foi composto o Anexo IV.

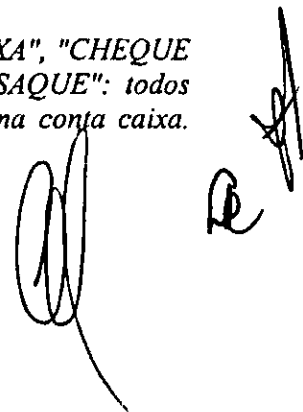
Sem embargo, valores tidos como destinados à empresa - "CONST. SIMOSO" ou "CONST. SIMOSO LTDA", não podem ser debitados aos sócios. ASSIM, NÃO PODEM SER TRIBUTADOS NA FONTE. IGUALMENTE, NÃO PODEM SER TRIBUTADOS NAS PESSOAS FÍSICAS.

Diante do exposto, no tocante a tais valores, para oferecer resposta definitiva, a intimada requer seja complementada à r. intimação.

Quer a intimada ressaltar que os próprios termos utilizados na descrição dos eventos, no rigor do aludido Anexo V, afastam a insinuação de que teria havido "pagamentos a beneficiários a identificar".

Apenas a título de exemplo, a intimada destaca os seguintes termos utilizados:

"SAQUE CAIXA", "CONST. SIMOSO/SAQUE DE CAIXA", "CHEQUE EMITIDO TRANSE. P/ CAIXA", "CONST. SIMOSO/SAQUE": todos traduzem saída de recursos do Banco para ingresso na conta caixa. Não há, portanto, pagamento.



"PENDÊNCIAS /APLIC. DPF": corresponde à aplicação financeira no próprio Banco. Não há, portanto, pagamento.

"SAÍDA DE TRANFERÊNCIA": traduz transferência movimentação de aplicação financeira. Não há, portanto, pagamento.

"CONST. SIMOSO": traduz saída do Banco e ingresso na empresa intimada. Não há, portanto, pagamento.

Diante do exposto, a intimada vê-se impossibilitada de oferecer a resposta solicitada, já que os próprios elementos apontados por essa fiscalização inviabilizam a tese oficial da "existência de pagamentos a beneficiários não identificados".

E para que não reste nenhuma dúvida sobre a inexistência dos vislumbrados "pagamentos", a intimada requereu ao Banco Banespa as cópias dos cheques correspondentes aos valores indicados no referido Anexo V. Dessa forma, neste ponto, a intimada requerer (sic) nova dilação de prazo de 20 (vinte) dias, na expectativa de que nesse prazo o Banco disponibilize as cópias dos respectivos cheques."

22. A fiscalização observa que não é verdadeira a afirmação de que "os valores questionados correspondem a lucros distribuídos", uma vez que os registros de tais supostos lucros distribuídos não foram encontrados em sua contabilidade, a qualquer título. Além do mais, o próprio histórico dos valores, encontrados nas listagens do CAIXA 2, bem como os documentos apreendidos, que constam do Volume ANEXO 1, demonstram que os valores debitados se referem a despesas pessoais do Sr. OLIVO Simoso da Sra. Antonia Simoso (cartões de crédito, mensalidades de clubes, despesas com veículos, telefones, energia elétrica, aquisição de bens, etc.), não havendo qualquer referência a "lucros distribuídos".

23. Com referência aos valores tidos como "CONST. SIMOSO" ou "CONST. SIMOSO LTDA.", que ora são debitados ao sócio Olivo Simoso e ora na coluna "Transferência à Diretoria", tal distinção foi efetuada pela fiscalização com base nos documentos apreendidos (cujas cópias já foram entregues ao contribuinte, junto com o mesmo termo), os quais constam do Volume ANEXO 1.

24. Não é verdadeira também a afirmação do fiscalizado, de que "tais valores não constam do Anexo I, não constam nos extratos da conta do Banespa e não constam do controle do "Caixa EX", pois a simples consulta a esses documentos demonstrará que constam.

25. Com relação à descrição dos eventos do ANEXO V, não é verdadeira a afirmação de que os termos utilizados traduzem "saída de recursos do Banco para ingresso na conta caixa", uma vez que não foram encontrados, nas contas CAIXA da contabilidade oficial da empresa (cujos arquivos magnéticos encontram-se em poder da fiscalização) e no CAIXA EX, as entradas dos valores na conta caixa, coincidentes em datas e valores. Dessa forma, torna-se desnecessária a apresentação de cópia dos cheques, ficando então indeferida a prorrogação de prazo solicitada pelo fiscalizado, por se mostrar inócua.

26. Encontramos, porém, ingressos, coincidentes em datas e valores, nas contas "OLIVO SIMOSO" (contas 2.1.1.02.0002 em 1999 e 2.1.1.91.0002 em 2000 a 2004) e "ANTONIA T C SIMOSO" (conta 2.1.1.91.0003 em 2000 a 2004), conforme cópias das contas em anexo, extraídas dos livros RAZÃO da fiscalizada (cujos arquivos magnéticos encontram-se em poder da fiscalização). Esses valores, então, saíram do CAIXA 2 BANESPA (ANEXOS IV e V), para o sócio identificado, e ingressaram na contabilidade da SIMOSO, como empréstimos dos sócios. Dessa forma, serão considerados como valores pagos ao sócio identificado, e não como a beneficiário não identificado, sendo que foram excluídos da PLANILHA "Demonstrativo do Imposto de Renda Retido na Fonte Sobre Pagamentos Sem Causa ou a Beneficiários Não Identificados", em anexo.

27. Com relação às saídas para aplicação financeira, tem razão o contribuinte, e elas, quando identificadas nos extratos da conta BANESPA 0047-13-001634-3 como aplicação financeira, assim serão consideradas.

28. Dessa forma, os valores constantes na coluna "Transferências à Diretoria", constante dos ANEXOS III e IV, e aqueles constantes do ANEXO V, com exceção daqueles que ingressaram nas contas "OLIVO SIMOSO" e "ANTONIA T C SIMOSO" e aqueles referentes a aplicações financeiras, serão tributados exclusivamente na fonte, uma vez que a empresa não identificou a causa e tampouco os beneficiários, apesar de intimada a fazê-lo, conforme o ENQUADRAMENTO LEGAL disposto a seguir. Tais valores estão consolidados na PLANILHA "Demonstrativo do Imposto de Renda Retido na Fonte Sobre Pagamentos Sem Causa ou a Beneficiários Não Identificados", sendo que o rendimento é considerado líquido, cabendo o reajustamento da base de cálculo, sendo a alíquota do IRRFonte, de 35%.

[...]

002 - MULTA ISOLADA SOBRE PAGAMENTOS A SÓCIOS

29. Com relação aos pagamentos comprovadamente destinados aos sócios, a empresa ficou sujeita à multa isolada pela falta de retenção, calculados desde a data prevista para o recolhimento do imposto que deveria ser retido até a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual da pessoa física beneficiária, na forma do PN Cosit n.º 1/02 e ENQUADRAMENTO LEGAL disposto a seguir.

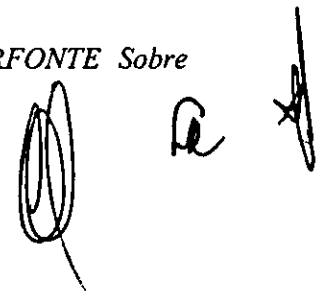
30. Tais valores foram calculados com base nas seguintes planilhas:

"Demonstrativo de Transferências dos Recursos do CAIXA EX e do CAIXA 2 BANESPA ao Sr. OLIVO";

"Demonstrativo de Transferências dos Recursos do CAIXA EX e do CAIXA 2 BANESPA à Sra. ANTONIA";

"Demonstrativo de Multas e Juros Isolados do IRRFONTE Sobre Valores Pagos ao Sócio OLIVO SIMOSO";

"Demonstrativo de Multas e Juros Isolados do IRRFONTE Sobre Valores Pagos à Sócia ANTONIA SIMOSO";



[...]

003 - JUROS ISOLADOS SOBRE PAGAMENTOS A SÓCIOS

31. *Com relação aos pagamentos comprovadamente destinados aos sócios, a empresa ficou sujeita aos juros isolados pela falta de retenção, calculados desde a data prevista para o recolhimento do imposto que deveria ser retido até a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual da pessoa física beneficiária, na forma do PN Cosit no 1/02 e ENQUADRAMENTO LEGAL disposto a seguir.*

32. *Tais valores foram calculados com base nas seguintes planilhas:*

"Demonstrativo de Transferências dos Recursos do CALXA EX e do CALXA 2 BANESPA ao Sr. OLIVO";

"Demonstrativo de Transferências dos Recursos do CALXA EX e do CALXA 2 BANESPA à Sra. ANTONIA";

"Demonstrativo das Taxas de Juros SELIC";

"Demonstrativo de Multas e Juros Isolados do IRRFONTE Sobre Valores Pagos ao Sócio OLIVO SIMOSO";

"Demonstrativo de Multas e Juros Isolados do IRRFONTE Sobre Valores Pagos à Sócia ANTONIA SIMOSO";

[...]

DISPOSIÇÕES FINAIS

33. *Foi aplicada sobre as infrações apuradas a multa qualificada de 150%, prevista no inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, por entendermos configurado evidente intuito de fraude. Cópias dos documentos que instruem a lavratura destes Autos de Infração serão encaminhadas ao Ministério Público Federal com a finalidade de instruir o processo judicial n.º 2003.61.27.002370-9, da 1ª Vara Federal de São João da Boa Vista - SP.*

[...] (destaques do original)

3. *A autuação somou, incluídos juros e multa (150%), a importância de R\$ 19.310.591,57.*

4. *O contribuinte foi cientificado de referida autuação em 07/10/2005 (fl. 34) e apresentou impugnação, seguida de documentação, em 07/11/2005 (fls. 482/503, exposição dos fatos, direitos alegados e pedidos). Nesta, argumenta:*

4.1. *Que não haveria razão para separar a autuação de IRRF em dois autos; uma parte nos autos sob n.º 10830.004857/2005-01, outra parte nestes autos sob n.º 10830.004864/2005-02, certo que os fatos que ensejaram a formalização da exigência são comuns e que, portanto, a teor do art. 9º, § 1º, do Decreto n.º 70.235/72, deveria ser juntados.*

[...] *"a comprovação do ilícito depende dos mesmos elementos de prova", o que exige a reunião dos autos no mesmo processo. (fl. 483)*



4.2. Tanto assim seria que, para a corrente autuação (10830.004864/2005-02), nem houve a emissão de MPF-F específico, fazendo-se proveito daquele emitido no âmbito dos autos sob n.º 10830.004857/2005-01. Aliás, se o entendimento for contrário a este, a presente exigência seria nula por vício de forma (ausência de MPF-F).

4.3. Por tais razões,

[...] a Impugnante requer que o presente Processo Administrativo do Imposto de Renda na Fonte seja apensado ao Processo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, a fim de ser proferida decisão conjunta sobre tais matérias, posto que o juízo sobre elas depende da apreciação integrada dos argumentos levantados contra as duas exigências – o IRRF e o IRPJ. (fl. 484)

4.4. Tecnicamente, a autuação presente não cuidaria de IRRF, “mesmo porque na hipótese não há retenção na fonte, pois a base de cálculo, como ocorreu no caso presente, deve ser reajustada justamente pela ausência da retenção na fonte” (fl. 485).

4.5. O termo “pagamento a beneficiário não identificado”, referido pelo art. 61 da Lei n.º 8.981/95, “não é fato gerador do imposto de renda por absoluta ausência de materialidade de incidência. Pagamento não traduz acréscimo patrimonial; pelo contrário, representa decréscimo patrimonial” (fl. 486).

4.6. Desta última consideração, deduz o contribuinte, que o art. 61 da Lei n.º 8.981/95 mais se prestaria à imposição de uma espécie de penalidade.

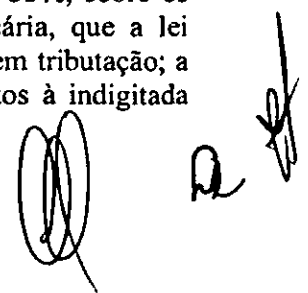
4.7. Daí, também, se constataria nos autos a imposição de dupla penalidade, a multa de ofício de 150% e esta última versada no art. 61 da Lei n.º 8.981/95.

4.8. A multa qualificada de 150% não poderia incidir em substrato presumido, como seria a hipótese de pagamento a beneficiário não identificado.

4.9. A denúncia espontânea, desde o início referida nos autos do processo administrativo sob n.º 10830.004857/2005-01, afastaria a aplicação do art. 61 da Lei n.º 8.981/95, entendido este dispositivo como penalidade.

4.10. A autuação seria improcedente, pois a partir de 1996, a legislação consideraria “os recursos vinculados à omissão de receita” [assim anotada nos autos do processo sob n.º 10830.004857/2005-01], “espontaneamente tributadas pelo contribuinte, como ocorreu no caso presente, ou tributadas de ofício”, “automaticamente distribuídos aos sócios” e livres de “ser tributadas na pessoa física” (fls. 487/488).

4.11. Haveria triplíce incidência tributária: “A primeira representada pela correta tributação na pessoa jurídica das receitas omitidas; a segunda, perpetrada pela tributação na fonte, a ordem 35%, sobre os mesmos valores traduzidos nas saídas da conta bancária, que a lei considera automaticamente direcionados aos sócios e sem tributação; a terceira pela ausência da admissão dos custos correlatos à indigitada



tributação na fonte, que tem como pressuposto os pagamentos que, sua vez, representam os custos vinculados às receitas omitidas" (fls. 488/489).

4.12. Porque o IRRF teria fato gerador "instantâneo e diário" (fl. 490; destaques do original), "estão atingidos pela decadência os lançamentos correspondentes aos anos de 1999 e 2000, uma vez que o auto de infração foi lavrado em 07/10/2005" (fl. 490), e, mesmo sob a ótica do art. 173 do CTN, haveria de se considerar a decadência.

4.13. Se o fato gerador do IRRF é "instantâneo e diário" (fl. 490; destaques do original), não poderia ter sido "apurado mensalmente, com manifesto erro de direito, suficiente para determinar a nulidade do questionado auto de infração" (fl. 490).

4.14. Pondera que "até as aplicações financeiras foram equiparadas a pagamentos a terceiros" (fl. 491), circunstância que não caberia na hipótese de pagamento a beneficiário não identificado.

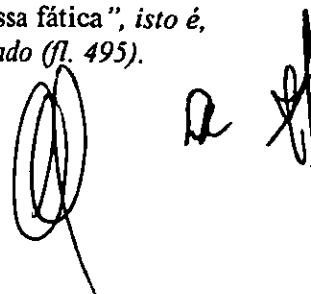
4.15. As rubricas "débito saque diretoria", "despesas diversas saque diretoria" e "saque diretoria" não seriam suficientes a firmar a hipótese de pagamento a beneficiário não identificado. Ao contrário disso, "cópias dos cheques sacados comprovam que a Construtora Simoso era a destinatária desses recursos" (fl. 491).

4.16. Haveria divergência entre, de um lado, a fiscalização do INSS, e, d'outro tanto, a fiscalização da SRF, no tocante à atribuição da precisa qualificação jurídica às saídas de numerário seja do nomeado "CAIXA EX", seja do chamado "CAIXA 2 BANESPA", circunstância esta que lesaria seu pleno direito de defesa.

[...] uma vez que a primeira Junta Fiscalizadora, representada pelos agentes responsáveis pela fiscalização das contribuições devidas à Previdência Social, qualificou os valores denominados de "saques à diretoria" como retiradas a título de pró-labore, e a segunda Junta Fiscalizadora, composta pelos agentes responsáveis pela fiscalização do Imposto de Renda, enquadrou tais valores na rubrica de "pagamentos a beneficiários não identificados". (fl. 491; destaques do original)

4.17. A subsistência da presunção estampada no caput do art. 674 do RIR/99 (art. 61, caput, da Lei nº 8.981/95) demandaria "prova cabal" (fl. 493) da existência de efetivo pagamento, o que não teria acontecido nos autos. Por outra, o pagamento, em si mesmo, não seria o fato probando, mas senão o fato auxiliar (indiciário), que deveria, este sim, ser provado pelo Fisco.

4.18. Se é a própria fiscalização que aduz, nos autos sob nº 10830.004857/2005-01, que a contribuinte "simulava pagamentos, através da emissão de cheques nominais à própria emitente, sacados contra bancos controlados na contabilidade oficial da empresa, [...]" (fl. 494), então "a conclusão de que os recursos foram direcionados a terceiros é uma presunção que colide com a sua premissa fática", isto é, de se tratar de pagamento a beneficiário não identificado (fl. 495).



4.19. Reitera resposta ofertada ao Termo de Intimação do dia 09/08/2005, oportunidade em que se lhe solicitou:

"Informar se foram contabilizados em sua escrituração (Livros Diário e Razão) as transferências de recursos apontados nas planilhas "Demonstrativo das transferências dos Recursos do CAIXA EX aos sócios" (ANEXO III) e "Demonstrativo das transferências dos Recursos do CAIXA 2 BANESPA aos sócios" (ANEXO IV) e se sobre as mesmas foi efetuada a retenção e o regular recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte;

Identificar os beneficiários dos pagamentos listados no ANEXO V, bem como a operação a que se referem ou a sua causa, informando e demonstrando se os mesmos foram contabilizados em sua escrituração (Livros Diário e Razão);" (fl. 38)

4.20. Pergunta: "por que não se aguardou a apresentação da cópia dos cheques sacados para se formar a convicção com base nesse documentos?" (fl. 498). Tais cópias de cheques, oportunamente juntadas e acompanhadas de descrição analítica dos eventos a que se refeririam, na ótica do contribuinte, "desmonta definitivamente a cerebrina tese fiscal da existência de pagamentos a terceiros não identificados" (fl. 498; destaques do original).

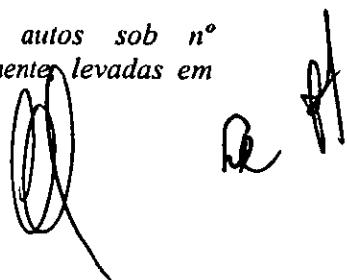
4.21. Reputa tautológico o questionamento da fiscalização para que ele, contribuinte, demonstrasse se os recursos saídos do "CAIXA EX" e do "CAIXA 2 BANESPA" estariam contabilizados, certo que, desde o início, já se assentira que não estavam, tanto que os recursos aí movimentados, ainda nas palavras do contribuinte, foram ofertados à tributação em denúncia espontânea.

4.22. A tributação com fundamento no art. 61 da Lei nº 8.981/95, ao se considerar a alíquota de 35% e, ainda, o fato do reajustamento da base de cálculo, afastaria a exigência de multa de ofício no patamar de 150%. Quando muito, cabível seria a multa moratória. Isso tudo, sem dizer do fato da inaplicabilidade de multa "centrada em presunção" (fl. 499).

4.23. A exigência de multa isolada, bem como de juros isolados, para o caso de pagamento aos sócios (Sr. Olivo Simoso e Sra. Antonia Tereza Campaldi Simoso), conforme discriminado às fls. 98/101, seria incabível para fatos geradores havidos antes que editada a Lei nº 10.426/2002, que, em seu art. 9º, passou a disciplinar a incidência de referida multa.

4.24. Os recursos originários do "Caixa 2", primeiro, já teriam sido ofertados à tributação via denúncia espontânea; segundo, já que, enfim, tributados pela fiscalização, deste fato não poderia haver reflexos nas pessoas físicas (Sr. Olivo Simoso e Sra. Antonia Tereza Campaldi Simoso). Daí, também, a imprestabilidade da multa de ofício de 150% que consta de autuações nas pessoas físicas sócias na impugnante.

4.25. Que suas argumentações levantadas nos autos sob nº 10830.004857/2005-01 sejam, aqui e no que pertinente, levadas em consideração.



A Delegacia de Julgamento proferiu o Acórdão DRJ/CPS n.º 12.332/2006 (fls. 1.288/1.313) negando provimento ao pleito em decisão consubstanciada na seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Período de apuração: 06/10/1999 a 28/05/2004

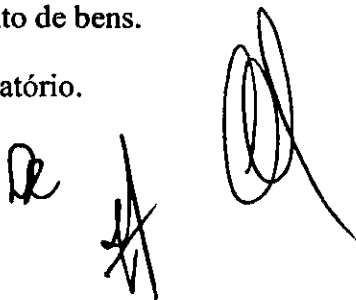
Ementa: MPF. FATOS. JUNÇÃO DE AUTUAÇÕES. Não se confunda: pressuposto fático autorizador do procedimento fiscal (emissão de MPF-F, no caso), com pressuposto fático que constitui a infração tributária. Obviamente, o pressuposto fático para o início da fiscalização (emissão do MPF-F) se dá em momento anterior ao conhecimento de qualquer pressuposto fático suficiente à constituição da infração tributária. Aberta a fiscalização adequadamente (com emissão do MPF-F), no presente caso (IRRF), foram, no curso da fiscalização, identificados pressupostos fáticos distintos. É dizer: [1] correta a formulação de exigência de IRRF em autos separados, segundo o pressuposto fático infracional-tributário em atenção; [2] inexistente qualquer nulidade na circunstância de um só MPF-F servir de suporte para a identificação de tantas e quantas diferentes espécies de infrações tributárias. OMISSÃO DE RECEITA. ANO-CALENDÁRIO DE 1996 EM DIANTE. TRATAMENTO NA PESSOA JURÍDICA E REFLEXOS PARA OS SÓCIOS. Vigeu, sim, mas para os anos-CALENDÁRIO de 1993 a 1995 a regra segundo a qual a "receita omitida" era tributada em separado pelo IRPJ e Contribuições, e "considerada automaticamente recebida pelos sócios, acionistas ou titular de empresa individual, sem prejuízo da incidência do imposto da pessoa jurídica" (RIR/94, art. 673). Presentemente, os fatos geradores estão, todos, além de 01/01/1996, isto é, a receita omitida deve compor a base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Cofins e da Contribuição ao PIS (art. 24, caput e § 2º da Lei nº 9.249) e, agora, não há presunção de automática distribuição aos sócios. Daí porque a fiscalização teve de prosseguir nos trabalhos para averiguar se os sócios foram, d'alguma forma, beneficiados pela saída de numerário não contabilizado. Eis a pertinência do enquadramento do art. 61 da Lei nº 8.981/95 quando, constatada essa saída à margem da contabilidade, não se confirma a destinação aos sócios, nem a terceiro e causa identificada. A outro turno, no que tange ao quantum que, de fato, beneficiou os sócios, diga-se que é verdade que lucros ou dividendos "não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior", mas tão-somente aqueles "calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado" (art. 10 da Lei nº 9.249/96; destacou-se). Porém, como a fiscalização anotou, as saídas não correspondiam a lucros contabilizados. INSS E SRF. NATUREZA JURÍDICA ATRIBUÍDA AOS PAGAMENTOS. DISCREPÂNCIA. Tirante melhor juízo – nos limites permitidos pelos autos –, a fiscalização da Secretaria da Previdência Social, ao se deparar com a impossibilidade, via contabilidade do contribuinte, de identificar a real remuneração dos segurados a serviço deste, anota todo pagamento

havido sob o gênero “pró-labore”. Já a SRF, distingue entre pagamentos a beneficiários identificados (os sócios na pessoa jurídica Construtora Simoso Ltda.) e pagamentos a beneficiários não identificados e/ou sem causa, circunstância que mais opera a benefício do direito de defesa do contribuinte – sem que isso desmereça a autuação da Secretaria da Previdência Social, a qual, de todo modo, cabe na presunção legal da Lei nº 8.212/91, art. 33, § 3º. CAIXA 2. DESTINAÇÃO. REGISTRO CONTÁBIL. É pertinente perguntar se os recursos mantidos à margem da contabilidade (“Caixa 2”) retornaram a esta mesma contabilidade, pois, se assim for, descaberia a incidência do IRRF à escusa de beneficiário não identificado e sem causa. FONTE. MULTA E JUROS ISOLADOS. O disposto no art. 9º da Lei nº 10.426/02 contém disposição de caráter interpretativo, muito embora, para os fatos geradores ocorridos a partir da vigência desse diploma legal, sua citação prefira à citação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, na fundamentação legal dos lançamentos da penalidade em tela (SCI nº 39, de 03/11/2004). ESPONTANEIDADE. Se o contribuinte não está sob os auspícios da espontaneidade, qualquer atitude sua só surtirá efeito prático contra a autuação por ocasião da execução da decisão administrativa que haja decidido pela manutenção do crédito tributário lançado. FRAUDE. MULTA. DECADÊNCIA Presente nos autos elementos objetivos que permitem firmar juízo positivo sobre a presença de fraude, duas conseqüências: [1] a multa de ofício aplicável, de saída, é a de 150% (Lei nº 9.430/96, art. 44, inciso II; [2] o prazo decadencial para a formalização do ato-norma de lançamento só se inicia após a formalização e ciência ao contribuinte do ato-norma (notificação) preparatório “indispensável ao lançamento”, o qual, justamente, constitui o fato da fraude. Não se descure de que tal ato-norma (notificação) preparatório “indispensável ao lançamento”, constitutivo da fraude, também tem contra si prazo decadencial de 5 (cinco) anos contados “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. No caso, a fiscalização produziu a tempo o ato-norma constitutivo da fraude.

Devidamente cientificada (fl. 1.344), a interessada recorre a este Colegiado (fls. 1.347/1.377), reiterando em essência as razões argüidas na peça impugnatória.

Tendo em vista o valor do crédito tributário constituído, foi formalizado processo de arrolamento de bens.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro LEONARDO DE ANDRADE COUTO, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade e dele conheço.

001) IRRF – Pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados:

A tributação correspondente a esse item teve por objeto a análise de documentos apreendidos no domicílio da interessada. Verificou a Fiscalização a existência de uma conta bancária não escriturada e arquivos magnéticos com registro de operações efetuadas também à margem da escrituração regular.

Foram constatados assim dois sistemas da movimentação de recursos fora da contabilidade. A conta bancária (denominada pelo Fisco de “caixa 2 Banespa”) e o denominado “caixa ex”. Tanto a origem como a destinação dos recursos movimentados nesses dois sistemas foi objeto de intimação para esclarecimentos quanto à natureza desses valores.

A origem dos recursos foi tratada no processo administrativo 10830.004857/2005-01. No que se refere ao “caixa dois Banespa” gerou as infrações descritas nos itens 001 e 002 daqueles autos. Em relação ao denominado “caixa ex” verificou-se que a maior parte dos recursos aportados foram transferidos do “caixa dois Banespa”. Quanto ao restante, sem origem comprovada, gerou a infração descrita no item 006 daquele processo.

No procedimento fiscal de que tratam os presentes autos, foi verificada a destinação dos recursos naqueles dois sistemas, principalmente aqueles valores identificados como destinados aos sócios. A Fiscalização apurou que parte desses recursos foi comprovadamente entregue aos sócios, com destinação final identificada. Quanto a esses, a autoridade fiscal entendeu-os caracterizados como pro labore, sendo exigido apenas a multa e os juros de mora isolados pela não retenção do imposto de renda.

Para os demais valores o Fisco entendeu que não restou efetivamente comprovada de que maneira foram aplicados. Em se tratando de pagamentos sem causa ou a beneficiário são identificados, foi lavrado auto de infração para cobrança do IRRF, nos termos do art. 61 da Lei nº 8.981/95.

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.

§ 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.

Em sua defesa, pleiteia o sujeito passivo em preliminar a apensação destes autos ao processo do IRPJ cadastrado sob o nº 10830.004857/2005-01, por envolverem matérias correlatas. De fato, o presente Auto de Infração ainda que não se possa denominar como reflexo tem origem no mesmo procedimento que gerou a autuação do IRPJ. Não ficou devidamente esclarecido o motivo dos autos distintos. De qualquer forma, a apensação ou juntada é decisão de caráter eminentemente administrativo que independe de manifestação da autoridade julgadora. Registre-se, outrossim, que não vislumbro possibilidade de decisões contraditórias tendo em vista que o Relator dos recursos é o mesmo e não haveria motivo para que o vínculo entre as matérias fosse desconsiderado.

A alegada ausência de MPF traduz um argumento contraditório, pois a própria recorrente admite a vinculação entre as matérias, tanto é assim que solicita a apensação dos processos. Tratando-se de infrações vinculadas ao mesmo procedimento, não há necessidade de MPF específico, nos termos do art. 9º da Portaria SRF nº 3.007/2001.

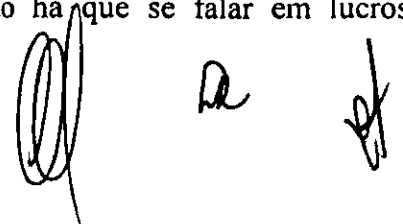
Em função da contagem do prazo decadencial ser influenciada pela existência ou não da fraude, a análise da decadência será feita após a definição quanto ao percentual de multa de ofício aplicado.

O suposto erro na configuração do fato gerador não ocorreu, no meu entender. O Demonstrativo do IRRF elaborado pela autoridade fiscalizadora (fls. 68/84) indicou nas três primeiras colunas cada uma das operações e a data do pagamento em que se considera ocorrido o fato gerador, de acordo com a norma e permitindo claramente a identificação da matéria tributada. A consolidação mensal foi utilizada apenas para efeito de cálculo, sem nenhum prejuízo ao sujeito passivo. Lembremos que para o caso em tela a alíquota do IRRF é única (35%) não havendo diferença na apuração do imposto se aplicada em cada operação ou num grupo delas, mensalmente consolidadas. O mesmo se aplica à multa e aos juros de mora, também sem variação dentro do mesmo mês.

Em outra argumentação, a recorrente afirma que os valores autuados representariam lucros a serem considerados automaticamente distribuídos. Sendo assim, não poderiam estar submetidos à tributação do art. 61 da Lei nº 8.981/95. A meu ver, a reclamação parte de uma premissa equivocada. Na peça recursal consta que: *"A tributação das receitas omitidas, de ofício, ou no contexto de uma denúncia espontânea, como ocorreu no caso presente, tem como consequência a distribuição automática aos sócios do lucro apurado..."* (fl. 1355).

Na verdade, tecnicamente falando a tributação de que tratam os presentes autos não envolve receita omitida. No início deste voto foi mencionado que a origem dos recursos foi tratada no processo do IRPJ. Naqueles autos, foram auditados os depósitos feitos na conta bancária não escriturada e os demais valores que alimentaram a escrituração paralela. Ali sim, a matéria tributada (itens 001, 002 e 006 daquele processo) envolvia omissão de receita que, corretamente, não gerou nenhuma repercussão na tributação dos sócios.

Neste procedimento avaliou-se a destinação dos recursos principalmente no que tange à realização de pagamentos inclusive aos sócios. Não há que se falar em lucros distribuídos.



Essa distinção vai de encontro à adução de que a presente tributação representaria uma tríplice incidência sobre o mesmo fato econômico que deveria ser dirimida com a admissão dos custos correspondentes às receitas omitidas tributadas. Não ocorre tal circunstância por serem tributações distintas com fatos geradores diferenciados.

A incidência do IRRF envolve o pagamento e não a receita omitida ou a despesa incorrida. Além disso, a situação do sujeito passivo perante os dois tributos é totalmente distinta. Para o IRPJ o sujeito passivo é contribuinte da exação, pois tem relação pessoal e direta com a situação que constituiu o fato gerador. No caso do IRRF, o sujeito passivo é responsável pelo tributo. Não é contribuinte, pois este seria o beneficiário do pagamento, mas sua obrigação decorre de disposição legal.

Tratam-se, portanto, de incidências tributárias que não se confundem, sendo improcedente qualquer alegação de tríplice tributação. Em relação aos custos, não há previsão legal para que sejam deduzidos.

Na peça recursal o sujeito passivo defende que não foi comprovada a existência dos pagamentos que motivaram a autuação. Teriam sido presumidos pela Fiscalização.

Importa definir o que seja pagamento, principalmente no que se refere à movimentação da conta corrente bancária envolvendo, por óbvio, a saída de recursos. De imediato, descarta-se quaisquer movimentações envolvendo aplicações financeiras ou outras transferências, o que foi executado pela Fiscalização.

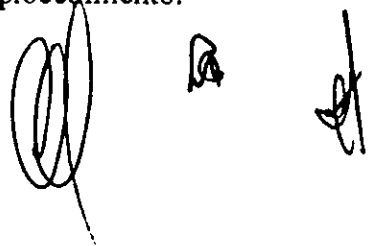
Quanto às demais retiradas, tendo-se em mente que a função da conta corrente bancária é por em prática um serviço de caixa no interesse do correntista, não há outro modo de definir as saídas desse “caixa” senão como uma forma de pagamento, seja em espécie ou cheque emitido que se caracteriza, fundamentalmente, como meio de pagamento.

Portanto, não existe presunção da existência de pagamentos que, efetivamente, ocorreram. O que se analisou no procedimento foi a natureza dos pagamentos para efeito de incidência ou não do IRRF. Esse mesmo trabalho foi executado em relação ao denominado “caixa ex”.

Na descrição do procedimento fiscal, ao mencionar “pagamentos simulados” (fl. 55), a autoridade fiscalizadora referiu-se ao fato de que esses pagamentos não correspondiam à operação indicada. Tanto é assim que no trecho transcrito na peça recursal a Fiscalização afirma que: “ *Tais cheques, ao invés de serem compensados pelos fornecedores, como seria a praxe comercial, eram sacados pela fiscalizada à boca do caixa, em espécie,.....* ” .

Quanto à natureza, a interessada cita alguns exemplos de movimentação que não se caracterizariam como pagamento (fl. 1.363). Com exceção dos valores tidos como “transferência” ou aplicações financeiras” que foram devidamente excluídos, não foi comprovada a destinação a que se refere a reclamante. Não há registro contábil indicando a saída de recursos do Banco para a empresa seja via caixa ou outra forma de ingresso, até porque a conta bancária não foi escriturada.

O que foi comprovada é a saída de recursos da conta corrente bancária para o “caixa ex”. Nesse caso, tais valores não foram tributados neste procedimento.



Não posso concordar com a afirmativa, até certo ponto imprudente, no sentido de que a destinação dos recursos a terceiros é conclusão decorrente da criatividade imaginativa da Fiscalização. A interessada foi devidamente intimada a esclarecer a destinação desses recursos e não o fez. Em contrapartida, a autoridade fiscalizadora foi meticulosa nas averiguações excluindo da tributação do IRRF os valores que foram comprovadamente transferidos aos sócios, exigindo e relação a eles apenas a multa de ofício isolada e os juros de mora.

Pelo exame do texto legal e do até aqui exposto, verifica-se que as circunstâncias previstas na norma estão perfeitamente tipificadas no presente caso. Relativamente a diversas retiradas efetuadas na escrituração paralela, incluindo-se aí o “caixa dois Banespa” e o “caixa ex”, apesar de regularmente intimada a interessada não esclareceu a natureza dos pagamentos efetuados.

Em relação ao entendimento diverso quanto à matéria entre a Previdência Social e a Receita Federal, esta autoridade julgadora não tem competência regimental para apreciar trabalho de outros Órgãos. A alegada contradição não pode servir de subsídio para criticar o procedimento de que tratam os presentes autos, até porque não há elemento insofismável que garanta a correção da tese previdenciária.

Não há procedência na arguição de que o art. 61 da Lei nº 8.981/95 tenha natureza penal pelo fato de pagamento não ser renda. Ainda que o texto legal mencione “pagamento”, o fato gerador do tributo deve ser visto também sob a ótica do beneficiário que recebe os recursos. Apenas pela questão da responsabilidade legal, esse ônus incide sobre a fonte pagadora que efetua o pagamento.

Com base no exposto, voto por negar provimento ao recurso.

No que tange à multa de ofício, o caso em exame consiste na comprovada utilização de recursos movimentados à margem da escrituração para a realização de diversas operações de interesse ou não da empresa. Ora, a organização de um sistema de movimentação de recursos totalmente ao arrepio da formalidade não pode revelar outro intento que não o de esconder da Administração a ocorrência de situações com implicações tributárias. Não apenas a infração, mas a intenção de fraudar o Fisco está perfeitamente caracterizada. Cabível, portanto, o percentual exasperado.

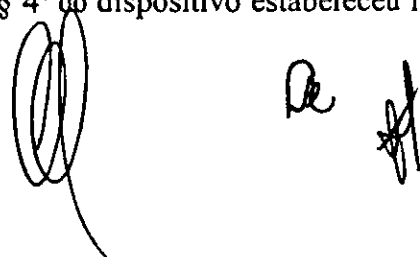
Quanto à decadência, pauto minha linha de raciocínio no sentido de que esse prazo foi definido como regra geral no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(.....) (grifo acrescido)

Por outro lado, dentre as modalidades de lançamento definidas pelo CTN, o art. 150 trata do lançamento por homologação. Nesse caso, o § 4º do dispositivo estabeleceu regra específica para a decadência:



Art. 150. 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, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(.....)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (grifo acrescido)

Assim, o próprio texto do § 4º do art. 150 do CTN estabelece duas situações que excepcionariam o prazo ali previsto. Numa delas quando a lei fixar prazo distinto para homologação. Noutra, se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No primeiro caso, sem embargo da discussão em relação à natureza da lei a que alude o dispositivo, não haveria dúvida quanto ao prazo decadencial aplicável. Porém, nas situações de dolo, fraude ou simulação, inexistente disposição literal normativa tratando daquele prazo. Não se pode conceber que esse fato implique na ausência de prazo decadencial para os casos em tela. Haveria uma perpetuação da relação jurídico-tributária absolutamente hostil ao princípio da segurança jurídica.

Sob esse prisma, o entendimento mais lógico para essa hipótese retorna ao prazo originalmente tido como geral, previsto no art. 173, inciso I, do CTN. Nessa linha caminhou a jurisprudência deste colegiado:

PRAZO DECADENCIAL - FRAUDE. DOLO - CONLUIO - SIMULAÇÃO - O Código Tributário Nacional, como norma complementar à Constituição, é o diploma legal que detém legitimidade para fixar o prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários pelo Fisco. Inexistindo regra específica, no tocante ao prazo decadencial aplicável aos casos de fraude, dolo, simulação ou conluio, deverá ser adotada a regra geral contida no artigo 173 do CTN, tendo em vista que nenhuma relação jurídico-tributária poderá protelar-se indefinidamente no tempo, sob pena de insegurança jurídica (3ª Câmara do Primeiro CC - Acórdão 103-20.512)

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – CASO DE DOLO OU FRAUDE – Uma vez tipificada a conduta fraudulenta prevista no § 4º do art. 150 do CTN, aplica-se à regra do prazo decadencial e a forma de contagem fixada no art. 173, quando a contagem do prazo de cinco anos tem como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (1ª Câmara do Primeiro CC – Acórdão 101-94.668)

Conforme exposto, entendo ter ficado demonstrado o intuito fraudulento que justificou a aplicação da multa qualificada. Dessa forma, cabível a submissão do caso ao art. 173, I, do CTN, para efeito de contagem do prazo decadencial.

Nessa regra, ocorreu a decadência para os fatos geradores até 30/11/1999, inclusive.

2) Multa isolada sobre pagamento a sócios:

Essa cobrança envolve os valores que comprovadamente foram entregues aos sócios. Tais valores forma caracterizados como pro labore e, nesse caso, é exigida a multa de ofício isolada pela ausência de retenção na fonte sobre os pagamentos.

Na mesma linha que no item anterior, a recorrente alega que esses valores têm a natureza de lucros distribuídos não podendo sofrer a incidência a que foram submetidos. Transcrevo aqui o que já foi explanado acima:

A meu ver, a reclamação parte de uma premissa equivocada. Na peça recursal consta que: " A tributação das receitas omitidas, de ofício, ou no contexto de uma denúncia espontânea, como ocorreu no caso presente, tem como consequência a distribuição automática aos sócios do lucro apurado...." (fl. 1355).

Na verdade, tecnicamente falando a tributação de que tratam os presentes autos não envolve receita omitida. No início deste voto foi mencionado que a origem dos recursos foi tratada no processo do IRPJ. Naqueles autos, foram auditados os depósitos feitos na conta bancária não escriturada e os demais valores que alimentaram a escrituração paralela. Ali sim, a matéria tributada (itens 001, 002 e 006 daquele processo) envolvia omissão de receita que, corretamente, não gerou nenhuma repercussão na tributação dos sócios.

Neste procedimento avaliou-se a destinação dos recursos principalmente no que tange à realização de pagamentos inclusive aos sócios. Não há que se falar em lucros distribuídos.

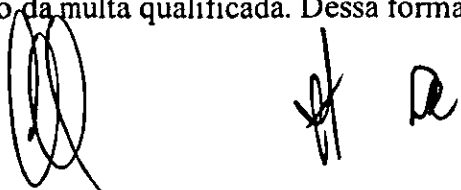
A retroatividade da punição parece-me estar caracterizada. De fato, ainda que a ausência de retenção na fonte sempre tenha sido tratada como irregularidade, não existia na legislação uma penalidade específica para essa infração, até o advento da Medida Provisória nº 16/2001 que em seu art. 9º estabeleceu a incidência da multa isolada de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, nos casos de falta de retenção do IRRF.

Publicada a MP em 27/12/2001, a penalidade nela estabelecida vale para os períodos de apuração posteriores. Assim, inaplicável a multa aos fatos geradores até 30/11/2001, inclusive.

Quanto ao percentual, os valores que serviram de base de cálculo para a multa foram efetivamente entregues aos sócios e utilizados para os mais diversos fins conforme documentação acostada aos autos.

O caso em exame consiste na comprovada utilização de recursos movimentados à margem da escrituração para suprimento aos sócios da pessoa jurídica. Não apenas a infração, mas a intenção de fraudar o Fisco está perfeitamente caracterizada. Cabível, portanto, o percentual exasperado.

No que se refere à decadência, conforme exposto, entendo ter ficado demonstrado o intuito fraudulento que justificou a aplicação da multa qualificada. Dessa forma,



cabível a submissão do caso ao art. 173, I, do CTN, para efeito de contagem do prazo decadencial.

Nessa regra, teria ocorrido a decadência para os fatos geradores até 30/11/1999. Entretanto, esse período seria abrangido pela irretroatividade da aplicação da multa.

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso para excluir da tributação os valores correspondentes aos fatos geradores até 30/11/2001, inclusive.

3) Juros isolados sobre pagamentos a sócios:

Sob a argumentação de que essa exigência teria idêntica conformação com a multa isolada, a recorrente aduz nesse item as mesmas razões de defesa apresentadas contra referida multa.


A circunstância da retroatividade da penalidade não é aqui aplicável, pois os juros de mora têm previsão legal anterior aos fatos geradores objetos da autuação, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/96.

Registre-se que não ocorreu a incidência de taxa Selic sobre a multa de ofício. São exigências distintas calculadas sobre o imposto que deixou de ser recolhido.

De resto, pelas mesmas razões de mérito expostas no item anterior, deve ser mantida a exigência em sua integralidade.

Sala das Sessões - DF, em 28 de fevereiro de 2007

Leonardo de Andrade Couto
LEONARDO DE ANDRADE COUTO



Voto Vencedor

Conselheiro ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, Redator Designado Ad Hoc

Designado redator substituto, transcrevo o voto vencedor elaborado pelo redator substituído, Cons. Paulo Jacinto do Nascimento:

“Discordo do voto proferido pelo eminente relator pelas seguintes razões:

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimento de fiscalização no curso do qual se constatou a falta de recolhimento do imposto de renda na fonte sobre pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados, feitos com recursos oriundos do ‘CAIXA 2’ da empresa, composto por dois caixas distintos, ambos não contabilizados, um, denominado ‘CAIXA 2 BANESPA’, controlava a conta-corrente existente no banco Banespa, também não contabilizada e o outro, denominado ‘CAIXA EX’, controlava o caixa 2, mantido em dinheiro e cheques.

Verificando a destinação dada aos recursos desses dois sistemas, a fiscalização apurou que parte deles se destinou à própria empresa e, não restando comprovada de que maneira foram aplicados, entendeu caracterizada a ocorrência de pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados, tributando-os com base no art. 61 da Lei nº 8.981/95.

Ocorre que, a simples transferência dos valores dos sistemas do ‘caixa 2’ para a empresa não constitui, por si só, fato gerador do imposto de renda na fonte, caracterizado por pagamentos a beneficiários não identificados, pois não é aí que reside o fato gerador, uma vez que neste momento o beneficiário, que é a própria empresa, se acha perfeitamente identificado. O fato gerador somente surgirá se a empresa proceder a pagamentos sem identificar o beneficiário ou sem justificar a operação ou a sua causa.

Para a caracterização do fato gerador haveria de se perquirir a destinação dada aos valores transferidos, ou seja, se estabelecer o nexo causal entre os valores recebidos e o destino a eles dado.

Entretanto, não foi isso que fez a fiscalização, contentando-se em lançar o valor total transferido na data da transferência, onde, com certeza, não ocorreu o fato gerador da obrigação tributária.

Seria necessário que a fiscalização buscasse os elementos comprobatórios de que os recursos saídos do ‘caixa 2’ para a empresa foram por esta destinados a beneficiários não identificados, pois a simples indicação de que os valores saíram do ‘caixa 2’ para a empresa não caracteriza o fato gerador.

É indubitoso que a empresa realizou pagamentos com os recursos advindos dos sistemas de ‘caixa 2’. No entanto, a fiscalização não trouxe aos autos elementos convincentes para demonstrar que esses pagamentos se destinaram a pessoas não identificadas, ou que foram pagamentos sem a devida comprovação da operação ou sua causa.



Faltante a prova dos pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados, resta inequívoco que o lançamento teve como fato gerador as transferências dos recursos do 'caixa 2' para a empresa, hipótese não contemplada no art. 61 da Lei nº 8.981/95 e, por esta razão, não pode prosperar a exigência.

De outra parte, embora haja afastado a multa isolada aplicada pela não retenção do imposto relativo aos pagamentos feitos aos sócios, o voto vencido manteve, equivocadamente, a exigência dos juros de mora, pois como a constatação da não retenção se deu após a data prevista para a entrega do ajuste anual, o destinatário da exigência já era o contribuinte e não mais a fonte pagadora, da qual, por essa razão, nada mais podia ser exigido.

Aliás, o PN COSIT nº 01, de 24 de setembro de 2002, expressamente determina que a fonte pagadora somente se sujeita ao pagamento dos juros de mora e da multa de ofício pela não retenção do imposto se esta for verificada antes do prazo para a entrega da declaração de ajuste anual.

Diante disso, além da exigência da multa isolada, já afastada pelo voto vencido, dou provimento ao recurso para afastar as demais exigências, quais sejam, o imposto de renda na fonte sobre pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados e os juros de mora pela não retenção do imposto sobre os pagamentos feitos a sócios”.

Acolho, na íntegra, o voto acima transcrito.

É como voto.

Sala das Sessões – DJ, em 28 de fevereiro de 2007

ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE