



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

Processo nº 10845.004698/98-87
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2102-002.254 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2012
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF
Recorrente MEDIFAR COMERCIAL LTDA.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 1996, 1997

PAF. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. MATÉRIA DEFINITIVA

Determina-se a definitividade do crédito, pela falta de alegações no recurso acerca das razões que o constituíram.

CABIMENTO DO LANÇAMENTO. FALTA DE PROVAS.

Mantém-se o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais em relação ao qual o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não faça prova em contrário, mediante documentação hábil e idônea, acerca dos fundamentos de fato e direito que suportam a autuação.

FALTA DE COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DO PROCESSO.

Nos termos estabelecidos pelo regimento deste Conselho, tratando-se de processo cujo objeto é reflexo de outro processo que trata de tributação de pessoa jurídica, deve ser reconhecida a incompetência da Segunda Seção de Julgamento..

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em CONHECER em parte do recurso voluntário, negando provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Ainda reconhecer a incompetência desta Turma para processar e julgar a infração 3 (PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS), pois se trata de matéria de competência das Turmas da Primeira Seção do CARF, determinando que os presentes autos sejam para lá encaminhados para conclusão do julgamento.

Assinado digitalmente.

Documento assinado digitalmente conforme Lei nº 11.367-2006, art. 101

Autenticado digitalmente em 10/09/2012 por RUBENS MAURICIO CARVALHO, Assinado digitalmente em 10/09/

2012 por RUBENS MAURICIO CARVALHO, Assinado digitalmente em 11/09/2012 por GIOVANNI CHRISTIAN NUNES

CAMPOS

Impresso em 16/10/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Giovanni Christian Nunes Campos - Presidente.

Assinado digitalmente.

Rubens Maurício Carvalho - Relator.

EDITADO EM: 06/09/2012

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Atilio Pitarelli, Carlos André Rodrigues Pereira Lima, Giovanni Christian Nunes Campos, Núbia Matos Moura, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti e Rubens Maurício Carvalho.

Relatório

Para descrever a sucessão dos fatos deste processo até o julgamento na Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), adoto de forma livre o relatório do acórdão da instância anterior de fls. 652 a 660:

Em decorrência da ação fiscal direta junto ao estabelecimento da empresa supra qualificada, a fiscalização apurou, no período de janeiro de 1995 a dezembro de 1996, a falta de retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte sobre :

- 1) Rendimentos do trabalho sem vínculo empregatício: valores referentes aos honorários advocatícios e comissões de vendedores;
- 2) Remunerações indiretas: cotas de capital e um terreno, adquiridos pelos seus sócios, mas pagos pela própria empresa; e
- 3) Pagamentos a beneficiários não identificados: comissões a vendedores não identificados, bem como outros pagamentos sem identificação dos beneficiários.

Em consequência, com fundamento nos arts. 1º, 2º, 3º e 7º, II, da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988; arts. 1º e 3º da Lei n.º 8.134, de 27 de dezembro de 1990, arts. 4º, 5º, par. único, 74, inciso II, da Lei n.º 8.383, de 30 de dezembro de 1991; e arts. 7º, 8º e 61 e §§, da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995, foi lavrado o Auto de Infração de fl. 01, do qual a empresa tomou **ciência em 02/12/1998**, para a constituição do crédito tributário correspondente, no montante de R\$ 2.081.540,24 (Dois milhões, oitenta e um mil, quinhentos e quarenta reais e vinte e quatro centavos), referentes ao imposto, multa de ofício e juros de mora, calculados até 30/10/1998.

A exigência foi objeto de impugnação tempestiva, fls. 621 a 631, na qual a autuada reconhece sua condição de responsável pela falta de retenção e recolhimento do imposto, porém insurge-se contra o lançamento efetuado argumentando que as *“conclusões da digna autuante não estão fundadas no bom direito, principalmente no tocante aos denominados benefícios indiretos e à aplicação açodada e equivocada do artigo 61 da Lei n.º 8.961/95, que daria respaldo à tributação dos pagamentos sem causa ou a beneficiários não identificados”*.

Alega que a autuante *“confundiou operações de empréstimo com remuneração indireta”* e que *“... os pagamentos a terceiros, em nome dos sócios, constituem genuínos empréstimos ou mútuos da pessoa jurídica em favor de seus sócios.*

Podiam até tais pagamentos serem considerados como adiantamentos por conta de lucros futuros”.

Assinala que esses pagamentos não podem ser considerados como “salário indireto”, na exata definição do PN/COSIT 11/92, que § 1º do art. 61 da Lei n.º 8.981/95 “não pode mudar a natureza do negócio realizado” porque o art. 110 do CTN veda essa alteração.

No tocante à exigência relativa ao IR. Fonte sobre pagamento a beneficiário não identificado, aponta que, embora o art. 61 da Lei n.º 8.981/95 trate de tributação exclusiva na fonte, na prática ele pode atingir também a omissão de receita presente nos pagamentos não identificados”.

Expõe que, “no caso vertente, o artigo 61 citado está sendo utilizado para atingir uma omissão de receita já tributada em outro auto de infração” pois, nos anos- calendários de 1995 e 1996, a empresa foi autuada por omissão de receita nos seguintes valores: R\$ 2.257.083,04 em 1995 e R\$ 3.081.509,07 em 1996. No ano de 1995, além da tributação na pessoa jurídica de 100% da receita tida como omitida, tributou-se o mesmo valor (100% da receita) na fonte à alíquota de 35%.

Noticia que a receita tida como omitida foi apurada e dimensionada da seguinte forma: “no exame dos Livros Registros de Saídas constatamos que diversas Notas fiscais de venda foram registradas no referido livro em valores inferiores, caracterizando omissão de receita ...”

Sublinha que as diferenças encontradas nos dois anos resultam do confronto entre as notas fiscais emitidas e os valores lançados no livro de saída. Na apuração dos valores tributados no presente auto de infração, os denominados “pagamentos a beneficiários não identificados”, ... o fisco tomou os cheques emitidos pela empresa.

Afirma que a receita não-declarada constitui a fonte dos recursos carreados para as contas bancárias e que as duas autuações – sobre a receita omitida e sobre pagamentos não identificados – alcançam o mesmo fato, isto é, incidem sobre os valores provenientes das receitas não declaradas. Caso persista qualquer dúvida sobre esse ponto, requer a realização de diligência para colmatar as lacunas do trabalho fiscal.

No que diz respeito à falta de retenção do imposto sobre trabalho sem vínculo, reconhece sua falta. Entretanto, avisa que está contatando os beneficiários dos pagamentos para saber se eles incluíram os rendimentos em suas respectivas declarações de rendimentos, protestando pela apresentação desses documentos em momento oportuno.

Requer sejam acolhidas as suas razões de defesa, restando afastadas as exigências tributadas com esteio no artigo 61 da Lei n.º 8.981/95, posto ter ficado comprovado que nas duas hipóteses – benefício indireto aos sócios e pagamentos a beneficiários não identificados – o trabalho fiscal está equivocado.

Diante desses fatos, as alegações da impugnação e demais documentos que compõem estes autos, o órgão julgador de primeiro grau, ao apreciar o litígio, em votação unânime, julgou procedente em parte o lançamento, retirando da base de cálculo o valor de R\$2.773,46, mantendo parcialmente o crédito consignado no auto de infração, considerando que os demais argumentos da recorrente não foram acompanhadas de provas suficientes e

fundamentos legais, para desconstituir os fatos remanescentes postos nos autos que embasaram o lançamento, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/12/1996

Ementa: FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. RENDIMENTO DO TRABALHO SEM VÍNCULO DE EMPREGO. PAGAMENTOS S/CAUSA OU FEITOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. PAGAMENTO DE OBRIGAÇÕES DOS SÓCIOS.

Sujeitam-se ao imposto renda na fonte as remunerações do trabalho sem vínculo empregatício, os pagamentos sem causa ou feitos a beneficiários não identificados, bem como os referentes às obrigações dos sócios suportadas pela empresa.

REAJUSTAMENTO DOS RENDIMENTOS.

Se a fonte pagadora dos rendimentos assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário, a importância paga será considerada líquida e o tributo recairá sobre o rendimento reajustado.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, de fls. 677 a 691, cujo conteúdo se resume no seguinte:

INFRAÇÃO 1- FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE TRABALHO SEM VÍNCULO. Reconhece a Autuada que esta retenção, efetivamente, não foi efetuada. Está contatando os beneficiários dos pagamentos para saber se eles incluíram os rendimentos em suas respectivas declarações de rendimentos. Se não tiver êxito nessa empreitada, providenciará o recolhimento do imposto devido.

INFRAÇÃO 2- REMUNERAÇÃO INDIRETA DOS SÓCIOS DA EMPRESA. Para enfrentar essa equivocada autuação, a Impugnante, logo de saída, afirmou que a autuante havia confundido operações de empréstimo com remuneração indireta, uma vez que as duas operações identificadas pelo Fisco não têm nenhuma relação com qualquer tipo de remuneração, muito menos com remuneração indireta. Asseverou que os pagamentos efetuados a terceiros, em nome dos sócios, constituem genuínos empréstimos ou mútuos da pessoa jurídica em favor de seus sócios.

Diante dessa lacônica apreciação, a Recorrente, certa que as razões de impugnação, acima compendiadas, são suficientes para demonstrar que os pagamentos efetuados pela empresa das quotas de capital e do terreno adquiridos pelos sócios representam efetivos empréstimos, reitera, aqui, os argumentos que as sustentam. Todavia, ainda que não fossem empréstimos, a autuação não podia ser feita no contexto das ditas remunerações indiretas por um motivo bem simples: tais operações, além de perfeitamente comprovadas, como expressamente reconhece o próprio Fisco - ver a descrição da infração acima transcrita -, têm causa também expressamente identificadas, o que impede o enquadramento no § 1º do artigo 61 da Lei nº 8.981/91. Confira-se, a propósito, a sua redação:

"§ 1º A incidência prevista no caput [IRFONTE sobre pagamento a beneficiários não identificados] 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 A hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991."

Como visto, as operações apuradas pelo Fisco estão comprovadas - o registro contábil faz prova em favor da autuada - e têm causas definidas. Vale dizer, a aquisição de quotas e o financiamento para a aquisição de um terreno, nas condições constantes da descrição da infração acima destacada. O empréstimo para aquisição do terreno, conforme constatado pelo próprio Fisco (ver a descrição contida no próprio auto de infração), está lançado na declaração de rendimentos do sócio. Não estando, portanto, configurada a vislumbrada "remuneração indireta", também essa exigência deve ser afastada.

INFRAÇÃO 3 - PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS. Repisou os mesmos argumentos trazidos na sua impugnação dirigida à DRJ.

Dando prosseguimento ao processo este foi encaminhado para o julgamento de segunda instância administrativa.

É O RELATÓRIO.

Voto

Conselheiro Rubens Maurício Carvalho.

ADMISSIBILIDADE

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Assim sendo, dele conheço.

INFRAÇÃO 1- FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE TRABALHO SEM VINCULO.

À fl. 691 do presente Recurso, acerca dessa infração, assim se manifestou o Recorrente:

3- FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE TRABALHO SEM VINCULO

Reconhece a Autuada que esta retenção, efetivamente, não foi efetuada. Está contatando os beneficiários dos pagamentos para saber se eles incluíram os rendimentos em suas respectivas declarações de rendimentos. Se não tiver êxito nessa empreitada, providenciará o recolhimento do imposto devido

Dessa forma, diante do conformismo do contribuinte acerca dessa cobrança, declaro definitiva a exigibilidade da Infração 1 no âmbito deste processo administrativo fiscal..

2- REMUNERAÇÃO INDIRETA DOS SÓCIOS DA EMPRESA.

Insiste o recorrente que os pagamentos efetuados a terceiros, em nome dos sócios, constituem genuínos empréstimos ou mútuos da pessoa jurídica em favor de seus sócios.

Ocorre que até o presente momento não encontramos nenhuma prova destes empréstimos, especialmente a devolução destas quantias, o que poderia caracterizar e provar o alegado.

É imperioso ressaltar que, no que diz respeito ao ônus da prova na relação processual tributária, a idéia de *onus probandi* não significa, propriamente, a obrigação, no sentido da existência de dever jurídico de provar, tratando-se antes de uma necessidade ou risco da prova, sem a qual não é possível se obter o êxito na causa. Sob esta perspectiva, a pretensão da Fazenda deve estar fundada na ocorrência do fato gerador, cujos elementos configuradores se supõem presentes e comprovados, atestando a identidade de sua matéria fática com o tipo legal. Se um desses elementos se ressentir de certeza, ante o contraste da impugnação, incumbe à Fazenda, o ônus de comprovar a sua existência. Da mesma forma, o sujeito passivo, não tem a obrigação de produzir as provas, tão só incumbe-lhe o ônus. Contudo, à medida que ele se omite na produção de provas contrárias às que ampararam a exigência fiscal, compromete suas possibilidades de defesa.

Assim sendo, é imprescindível que as provas e argumentos sejam carreados aos autos, no sentido de refutar o procedimento fiscal, se revistam de toda força probante capaz de propiciar o necessário convencimento e, conseqüentemente, descaracterizar o que lhe foi imputado pelo fisco.

Em se tratando de uma questão de prova, incumbe o seu ônus a quem alega ou aproveita. É princípio consagrado em direito “quem alega tem que provar”. *Allegatio et non probatio quasi non allegatio* (alegar e não provar é quase não alegar).

Em sede de recurso, não foram apresentados elementos de prova para contestar os argumentos utilizados pelo relator do voto do acórdão da DRJ acerca da dessa infração, apenas foi solicitada novamente que fosse aceita a tese dos empréstimos e, subsidiariamente de erro no enquadramento legal.

De outro lado, o acórdão recorrido, foi minucioso acerca da impossibilidade legal e fática para que seja aceita a tese da defesa, impedindo o cancelamento do lançamento, conforme se vê nos seguintes excertos do julgado de primeira instância que transcrevo livremente:

(...)

O art. 61, §1º, da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995, encontra-se assim redigido:

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

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

Por sua vez, o citado § 2º do art. 74, da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, assim determina, *in verbis*:

“Art. 74 – Integrarão a remuneração dos beneficiários:

.....
II – as despesas com benefícios e vantagens concedidos pela empresa a administradores, diretores, gerentes e seus assessores, pagos diretamente ou através da contratação de terceiros, tais como:

.....
§ 2º - A inobservância do disposto neste artigo implicará a tributação dos respectivos valores, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e três por cento.

Verifica-se, pois, que os fatos descritos no termo de verificação enquadram-se, perfeitamente, à hipótese de incidência prevista no art. 61, acima transcrito. Assim, sem a devida comprovação, não pode ser aceita a argumentação de que os tais pagamentos referentes à aquisição de quotas de capital e terreno se referem a operações de empréstimo.

Dessa forma pela coaduno-me ao entendimento supra e pela ausência de provas dos alegados empréstimos ou mútuos, mantenho essa infração.

INFRAÇÃO 3 - PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS.

Essa infração de IRRF é decorrentes de processo reflexo do IRPJ, senão vejamos:

Às fls. 634 a 651, constam os Acórdãos da DRJ, referentes ao processos de números 10845.004700/98-27 e 10845.004699/98-40 que tratam nos mesmos períodos dos lançamentos de IRPJ, Cofins, PIS e CSLL, cujas ementas indicam:

Processo 10845.004700/98-27

Assunto: Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do Fato Gerador: 07/1996, 08/1996, 09/1996, 10/1996, 11/1996 e 12/1996

IRPJ. OMISSÃO DE RECEITAS. Comprovada a inexistência de devolução de mercadorias, contabilizadas pela empresa, fica caracterizada a ocorrência de omissão de receitas.

MULTA AGRAVADA. Configurado, em tese, o evidente intuito de fraude, cabe a aplicação da multa agravada.

PIS, COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - 0 decidido no lançamento principal deve prevalecer na análise dos lançamentos reflexos.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Processo 10845.004699/98-40

Assunto: Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do Fato Gerador: 31/01/1995, 28/02/1995, 31/03/1995, 30/04/1995, 31/05/1995, 30/06/1995, 31/07/1.995, 31/08/1995, 30/09/1995, 31/10/1995, 30/11/1995, 31/12/1995, 01/1996, 02/1996, 03/1996, 04/1996, 05/1996, 06/1996, 07/1996, 08/1996, 09/1996 e 12/1996

IRPJ. OMISSÃO DE RECEITAS. Notas fiscais contabilizadas em valor menor do que o devido, caracterizam omissão de receitas.

IRFON - 0 tributo deve ser exigido com base na legislação em vigor.

PIS, COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - 0 decidido no lançamento principal deve prevalecer na análise dos lançamentos reflexos.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Fl. 680, do Recurso:

De fato, com incidência sobre os mesmos recursos financeiros, o Fisco lavrou **vários autos de infração por omissão de receita**, apurando a inacreditável cifra de R\$ 4.637.291,14, sendo: IRPJ - R\$ 1.603.273,14, PIS - R\$ 88.677,04, COFINS - R\$ 258.979,99, IRFON - R\$ 2.031.873,63 e CSLL de R\$ 654.487,34. Em outras palavras, computados todos os autos de infração (IPPJ reflexos e mais o de IRFONTE do artigo 61 da Lei 8.981/95 - R\$ 4.637.291,14 + 2.081.540,24, respectivamente) a exigência total alcançou a absurda cifra de R\$ 6.781.831,38, que supera inúmeras vezes o patrimônio da autuada. Além disso, inacreditavelmente, foram lavrados dois autos de IRFONTE: um por reflexo da exigência vinculada à omissão de receita, e outro por "pagamentos não identificados" - os dois, como se verá a seguir, apresentam valores bem próximos.

De outro lado o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Ricarf), determina:

ANEXO II - DA COMPETÊNCIA, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DOS COLEGIADOS

TÍTULO I - DOS ÓRGÃOS JULGADORES

CAPÍTULO I - DA COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DOS RECURSOS

(...)

Das Seções de Julgamento

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

I - Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ);

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);

III - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

IV - demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ;

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Ou seja, essa Turma é incompetente para processar e julgar o recurso voluntário dessa Infração 3.

CONCLUSÃO

Posto isso, voto para:

- I. **INFRAÇÃO 1- FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE TRABALHO SEM VINCULO:** Declarar a definitividade da exigibilidade no âmbito do processo administrativo fiscal;
- II. **INFRAÇÃO 2- REMUNERAÇÃO INDIRETA DOS SÓCIOS DA EMPRESA:** Negar provimento ao Recurso e
- III. **INFRAÇÃO 3 - PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS:** Reconhecer a incompetência desta Turma para processar e julgar, pois trata de matéria de competência das Turmas da Primeira Seção do CARF, determinando que os presentes autos sejam encaminhados à Secretaria da Câmara para as providências cabíveis de devolução deste processo para que seja redistribuído à Seção de Julgamento competente.

Assinado digitalmente.

Rubens Maurício Carvalho - Relator.

Processo nº 10845.004698/98-87
Acórdão n.º **2102-002.254**

S2-C1T2
Fl. 629

CÓPIA