



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

Processo nº 10865.722857/2011-29
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-002.707 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de dezembro de 2015
Matéria IRRF
Recorrente SOMAR - COOPERATIVA DE ENERGIA ELETRICA E DESENVOLVIMENTO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2009

PAGAMENTOS REALIZADOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU PAGAMENTOS SEM CAUSA.

A pessoa jurídica que entregar recursos a terceiros ou sócios, acionistas ou titulares, contabilizados ou não, cuja operação ou causa não comprove mediante documentos hábeis e idôneos, sujeitar-se-á à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, a título de pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.

PAGAMENTO SEM CAUSA. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Cabível a multa qualificada de 150% quando estiver perfeitamente demonstrado nos autos que o agente envolvido subtraiu recursos da pessoa jurídica, utilizado-se de empresa prestadora de serviço, cuja causa ou a operação não foi comprovada.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Assinado Digitalmente

EDUARDO TADEU FARAH – Relator

Assinado Digitalmente

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR (Presidente), EDUARDO TADEU FARAH, IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, MARIA ANSELMA CROSCRATO DOS SANTOS (Suplente convocada), CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, CARLOS CESAR QUADROS PIERRE, MARCELO VASCONCELOS DE ALMEIDA e ANA CECILIA LUSTOSA DA CRUZ.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração de fls. 3/5, integrado pelos demonstrativos de fls. 6/7, pelo qual se exige a importância de R\$ 1.384.701,27, a título de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, acrescida de multa de ofício de 150% e juros de mora, relativo ao ano-calendário 2008.

De acordo com o Termo de Verificação de Infração Fiscal – TVIF (fls. 10/27), a ação decorreu do trabalho investigatório realizado na empresa “Joule Serviços Elétricos Ltda”, inscrita no CNPJ nº 07.966.480/0001-99. A citada empresa recebera recursos no montante de aproximadamente 2,6 milhões da cooperativa “Somar”, mediante transferências bancárias (TED) efetuadas na conta/corrente nº 217596-6 do Unibanco, Ag. 0024, não sendo constatada a devida contraprestação do serviço que a contribuinte alegou ter sido prestado pela Joule. (fl. 25).

Cientificada do lançamento, a interessada apresentou tempestivamente impugnação, alegando, conforme se extrai do relatório de primeira instância, *verbis*:

Ausência dos pressupostos do fato gerador A autuação ora questionada tem como fundamento o art. 674 do RIR de 1999, sob acusação de pagamento “SEM CAUSA” ou “OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA” recursos financeiros destinados à pessoa jurídica Joule Serviços Elétricos Ltda. Porém, nenhuma dúvida foi colocada pelo Fisco, acerca do destinatário dos recursos, ao contrário, após longa diligência e durante o procedimento de fiscalização restou comprovado que o destinatário dos recursos é a Joule. Portanto, é absolutamente equivocada a autuação centrada no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995.

A regra de incidência prevista no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995 tem como pressuposto a cobrança via fonte pagadora, de Imposto de Renda que seria devido por pessoa física, cuja exigência restaria frustrada, pela constatação de duas condutas omissivas do pagador (cuja prova é ônus do Fisco), que estão previstas na referida Lei: 1) a não identificação do beneficiário do pagamento; 2) a não comprovação da natureza da causa do pagamento.

A menção “entrega de recursos financeiros a terceiros ou sócios, acionistas ou titular” só pode ter como pressuposto, a entrega para pessoa física, hipótese também confirmada na referência final aos “salários indiretos” ou frange benefits de que trata o § 2º do art. 74 da Lei nº 8.383.

O § 3º do art. 61 acima mencionado, completa a prova no sentido de que o dispositivo presume ocorrência de pagamentos para pessoa física, e não para pessoa jurídica, ao fazer referência a “rendimento de que trata este artigo” e reajustamento do respectivo “rendimento bruto”, onde a expressão “rendimento” tem conteúdo semântico preciso, pois na legislação tributária sempre esteve para nominar a renda da pessoa física, enquanto a legislação, com relação aos ingressos na pessoa jurídica, refere-se a “receita”.

No caso concreto, além de estarem identificados os beneficiários, e a causa de cada remessa, os fatos considerados geradores do tributo correspondem a transferências bancárias efetuadas pela cooperativa para pessoa jurídica, nenhuma foi efetuada para pessoa física.

Além da ausência dos pressupostos do fato gerador, mesmo que fosse possível exigir IR-Fonte sobre os alegados pagamentos a pessoa jurídica, o auto de infração contém erro insanável que macula a exigência fiscal. Eis que, da leitura do dispositivo legal em que foi baseado o lançamento, verifica-se que há limites e condições para sua aplicação, sendo a primeira delas a identificação do fato econômico, certo e determinado, que tipifica a existência de pagamento efetivamente realizado a terceiro, cuja causa ou beneficiário não se encontram adequadamente identificados. Nesse caso, a prova do pagamento cabe ao Fisco, que não observou com a devida acuidade essa regra e lavrou o AI sem esgotar as verificações elementares, sem, ao menos, comprovar os pagamentos que alegou não ter causa.

A empresa foi constituída para comercializar a energia elétrica gerada pelas denominadas PCH – Pequena Central Hidrelétrica e CGH – Centrais Geradoras Hidrelétricas. Para a perfeita consecução dos seus objetivos sociais descritos em seu estatuto, necessita contratar terceiros para a prospecção e identificação de potenciais hidrelétricos e bacias hidrográficas. Assim como para a elaboração de projetos de viabilidade econômicofinanceira, elétrico, mecânico e ambiental. Foi nesse contexto que a Joule foi contratada.

O item 4.2 do contrato de prestação de serviço firmado com a Joule prevê que a contratada poderá receber adiantamentos que serão, ao final, deduzidos do valor de seu crédito. A Joule recebeu muitos adiantamentos no período autuado, em função dos custos e despesas necessárias à prospecção e identificação das bacias hidrográficas e intermediação e indicação de terceiros para aquisição das terras a serem desapropriadas e alagadas para a instalação das futuras PCH(s) e CGH(s).

Todavia o auditor adotou o raciocínio equivocado de que o instrumento particular da prestação do serviço não tem validade perante terceiros e portanto não produz efeito para o Fisco, aduzindo que tal instrumento está desacompanhado dos elementos que comprovariam sua veracidade. Quais seriam esses elementos? No contrato, estão identificadas as partes envolvidas, o objeto, o preço e condições e assinado pelas partes. Portanto, quais outros elementos, além dos citados, comprovaria a sua veracidade? Não há motivos para desqualificar o contrato ajustado entre a impugnante e a Joule.

Comprovada a causa do envio de recursos à Joule, deve ser cancelada a exigência fiscal.

A efetividade das operações foram atestadas pelo próprio Fisco, em diligências.

Registre-se que as pesquisas foram devidamente acompanhadas e autorizadas pelos órgãos competentes, como a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica em que a Cooperativa figura como parte interessada, conforme comprovam os documentos anexos. No caso, tendo em vista que a ANEEL não permite que a mesma empresa participe de projetos de geração e de comercialização de energia, os projetos aparecem em nome da Somar e a comercialização é feita pela Cemirim.

As diligências efetuadas no curso do procedimento fiscal só confirmam a participação da Joule na identificação e aquisição das glebas das terras com potencial para instalação de PCH(s) e CGH(s) e que os serviços, efetivamente, foram realizados pela Joule e consistiam na prospecção e identificação de áreas com potencial hídrico, por esse motivo, muitos dos recursos utilizados nas aquisições das terras que serão alagadas e utilizadas para a instalação de pequenas usinas hidroelétricas foram pagos pela Joule, justamente com os “adiantamentos” feitos pela cooperativa, para esse fim, e para a cobertura de custos e despesas necessários à implementação dos projetos.

Os adiantamentos estavam previstos no referido contrato particular e o fechamento das contas dar-se-ia quando da entrega das obras, já que a Joule emitiria a Nota Fiscal mediante elaboração de relatório informando a aplicação dos numerários que dão embasamento à conta de “adiantamentos” da Cooperativa.

É preciso ressaltar que a identificação da área de potencial hídrico era atividade da Joule e, esta indicava para a cooperativa autuada os vendedores das terras, ou o corretor responsável, como é o caso do Sr. José das Graças Moura (diligência - fl. 750). Esta por sua vez, adquiria a área de terras mediante uma terceira empresa, a Solutio, embora pagos com os recursos transferidos diretamente pela Joule, razão pela qual alguns diligenciados disseram que desconheciam a empresa Joule.

O próprio Fisco atesta que os recursos financeiros remetidos pela Joule serviram para aquisição de áreas de terra em nome de terceiros e identifica não só o beneficiário (vendedor das terras) como a causa do negócio jurídico.

O Fisco partiu da premissa equivocada de que restou comprovado que a Joule serviu de ponte, uma espécie de empresa-veículo, pela qual transitaram recursos procedentes das cooperativas Cemirim e Somar sem nenhuma causa negocial, atribuindo à cooperativa autuada a indevida exigência de IRRF a despeito da comprovação da causa dos pagamentos/adiantamentos feitos a Joule.

Os argumentos trazidos são suficientes para desqualificar a pretendida exigência tributária, pois restou comprovada a efetividade das operações realizadas na forma demonstrada, inclusive quando da fiscalização na Joule em que esta ratificou as informações prestadas pela impugnante, de que muitos dos valores repassados se referem a adiantamentos por conta de custos e despesas inerentes à prestação dos serviços contratados.

Além disso, o fato de os créditos relativos aos adiantamentos não estarem contabilizados na Joule, não é problema da cooperativa autuada, que cumpriu rigorosamente com todas as obrigações fiscais no registro de suas operações.

Descabida também foi a conclusão do Fisco de que os sócios da Joule não possuiriam capacidade técnica para realizar serviços na área elétrica, eis que os sócios não precisam ter qualificação técnica para realizar serviço de prospecção e identificação das áreas com potencial hídrico. Há total desacerto e excesso de subjetivismo nas conclusões que levaram à lavratura do auto de infração.

Portanto, a empresa Joule não pode ser desqualificada da forma engendrada pelo Fisco, que utilizou premissas falsas e conclusões eivadas de subjetivismo que não podem ser levadas em consideração em atividade estritamente vinculada à lei como é o caso do lançamento, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN). Vale lembrar que a desconconsideração da pessoa jurídica tem regramento específico no Código Civil, art. 50, sendo que uma das condições para procedimento com tantas implicações é a instauração de processo judicial, do que não se tem notícias. Erro na identificação do sujeito passivo e impróprio reajustamento da base de cálculo. Registre-se a impropriedade na eleição do sujeito passivo para formalização do lançamento em questão, e por consequência, o inadequado reajustamento da base de cálculo do imposto. A cooperativa fez pagamentos/adiantamentos à Joule Serviços elétricos Ltda, repasses que tem causa comprovada no contrato de prestação de serviços firmado com a impugnante.

A acusação do fisco tem a ver com o destino dos recursos financeiros à Joule, tanto que, no item IV do resultado das diligências na fiscalização da Joule, o auditor fiscal registrou, que após análise dos extratos bancários enviados pelas instituições financeiras, verificou que os sócios da Joule, habitualmente realizavam “saques na boca do caixa” de vultosos valores. Note-se que o ponto central da acusação do

Fisco resume-se na empresa beneficiária (Joule), nunca na cooperativa indevidamente autuada. Poderia estar ali a hipótese de ocorrência de pagamento a beneficiário não identificado, nunca na impugnante, evidenciando o erro na eleição do sujeito passivo na autuação ora impugnada.

Além de indevida a autuação na cooperativa é contraditória a acusação feita pelo Fisco, pois indica que há comprovação de que os recursos financeiros foram feitos pela Joule, não pela cooperativa, e serviram para aquisição de áreas de terra em nome de terceiros. A contradição é evidente pois é o próprio Fisco que identifica, não só o beneficiário, mas também a causa do negócio.

Multa de ofício. Caráter de penalidade. Inexistência de conduta dolosa. Na remota hipótese de se manter o lançamento, é preciso registrar que há outro vício que macula a pretensão do Fisco – a impossibilidade de aplicação da nova multa de ofício, agravada em 150%, sobre regra que tem nítido caráter de penalidade.

A exigência prevista no art. 61 da Lei nº 8981, de 1995, matriz legal do art. 674 do RIR de 1999, calculada mediante aplicação da alíquota de 35% sobre pagamentos a beneficiários não identificados, ou sem causa, não têm cunho tributário, mas sim, caráter penal (multa de 35%), tanto que somente é exigível por meio de lançamento de ofício, não podendo ser cumprida de forma voluntária pelo contribuinte. Sobre a penalidade aplicada, travestida de tributo, não pode ser aplicada outra penalidade, como pretendeu o Fisco.

Novo abuso foi praticado pelo Fisco, que agravou a multa de ofício aplicada ao percentual de 150% diante da acusação de “prática dolosa com evidente intuito de fraude”, caracterizada na imaginada conduta de “suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório mediante as condutas descritas às fls. 42, no termo de verificação fiscal, em que foram citados os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. No entanto, não basta a citação do texto legal! Essa exasperada penalidade pressupõe demonstração inequívoca de conduta dolosa do contribuinte, sendo ônus do Fisco demonstrar os procedimentos tidos como fraudulentos.

Não houve por parte da contribuinte qualquer conduta dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária a ocorrência do fato gerador do imposto ou condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária. Não havendo o elemento doloso necessário à caracterização da fraude prevista no referido art. 72, a multa aplicada com base no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 deve ser prontamente afastada.

Taxa Selic. Incidência sobre multa de ofício. Não é possível incidir a taxa Selic sobre a multa de ofício, por impropriedade dessa imposição e pela ausência de fundamentação legal. A taxa Selic tem por objetivo remunerar, diante de atraso, receita esperada pela Fazenda Pública, daí sua vocação para incidir unicamente sobre o tributo (o principal), não sobre a multa que não é esperada.

Por essa mesma razão não pode incidir sobre a multa de ofício, o que não tem sido observado pela administração tributária.

Para instrução processual a contribuinte juntou os documentos que fazem as fls. 1287 a 1323

A 3ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP julgou improcedente a impugnação apresentada, conforme ementas abaixo transcritas:

PAGAMENTO SEM CAUSA. OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA.

Estão sujeitos à incidência do imposto de renda, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, os pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros, contabilizados ou não, quando não for identificada a sua causa.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraudar o Fisco, mediante simulação, aplica-se a multa qualificada, de 150%.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Não compete à autoridade julgadora se manifestar sobre eventos futuros e incertos, não presentes no lançamento, como é o caso da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

A pessoa jurídica que efetua pagamento sem causa, cuja tributação é exclusiva na fonte, é o sujeito passivo da obrigação tributária.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Intimada da decisão de primeira instância em 13/06/2012 (vide AR de fl. 1345), a contribuinte apresentou, em 12/07/2012, o recurso de fls. 1346/1382, sustentando, essencialmente, os mesmos argumentos defendidos em sua impugnação, sobretudo:

... nulidade da decisão recorrida, por cerceamento ao direito de defesa, alegando que a autoridade julgadora teria deixado de apreciar os argumentos de fato e de direito expressos no item 4 da impugnação, intitulado “Critério Equivocado na Determinação do Fato Gerador – Data dos Registros Contábeis não é Fato Gerador do IRRF – ausência de comprovação dos pagamentos”. Nesse item a contribuinte defendeu que uma das condições para a aplicação do art. 61 da Lei no 8.981, de 1995, é que o fisco comprove a efetividade do pagamento, o que não teria sido observado. Como exemplo citou o pagamento indicado pelo auditor fiscal no valor de R\$21.588,10, efetuado em 17/08/2008, o qual não constaria dos extratos bancários da Joule Serviços Elétricos Ltda. Reproduz precedente administrativo sobre o assunto.

2. Da mesma forma, a recorrente alega a autoridade julgadora de primeiro grau ignorou os argumentos trazidos no item 7 de sua impugnação, intitulado “Impossibilidade da Desconsideração da Pessoa Jurídica da Joule na Forma Engendrada pelo Fisco”.

O processo em apreço foi julgado na sessão plenária de 13 de março de 2013 e os membros da Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF, por meio do Acórdão nº 2202-002.223, resolveram acolher a preliminar de nulidade da decisão recorrida arguida pela recorrente, determinando o retorno dos autos à autoridade julgadora de primeira instância para que seja proferida nova decisão. A conclusão do voto foi no seguinte sentido (fl. 1399):

Diante do exposto, voto por ACOLHER a preliminar de nulidade da decisão de recorrida argüida pela recorrente, determinando o retorno dos autos à autoridade julgadora de primeira instância para que seja proferida nova decisão na devida forma, se manifestando expressamente quanto aos argumentos apresentados pela contribuinte no item 4 (“Critério Equivocado na Determinação do Fato Gerador – Data dos Registros Contábeis não é Fato Gerador do IRRF – ausência de comprovação dos pagamentos” fls. 1262 a 1265) da impugnação apresentada.

Apreciando novamente a impugnação apresentada, a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto (SP) manteve integralmente o lançamento, proferindo o Acórdão no 14-43.318 (fls. 1408/1425), de 30/07/2013, assim ementado

PAGAMENTO SEM CAUSA.

Estão sujeitos à incidência do imposto de renda, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, os pagamentos ou recursos entregues a terceiros, contabilizados ou não, quando não for comprovada a sua causa.

ÔNUS DA PROVA.

Constatado que a contribuinte efetuou pagamentos, cabe-lhe, quando intimada, comprovar sua causa.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraudar o Fisco, mediante simulação, aplica-se a multa qualificada, de 150%.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, tem previsão legal.

SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

A pessoa jurídica que efetua pagamento sem causa, cuja tributação é exclusiva na fonte, é o sujeito passivo da obrigação tributária.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada do Acórdão de primeira instância, em 14/08/2013 (vide AR de fl. 1430), a contribuinte apresentou, em 11/09/2013, tempestivamente, o recurso de fls. 1433/1470, no qual, após breve relato dos fatos, reitera os termos de sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro EDUARDO TADEU FARAH, Relator

O recurso reúne os requisitos de admissibilidade.

Cuidam os autos de exigência de Imposto de Renda exclusivamente na fonte, tendo em vista pagamento sem causa ou cuja operação não foi comprovada, com fundamento no art. 61 da Lei nº 8.981/1995.

Em seu apelo, alega a suplicante que está ausente o pressuposto fundamental para o fato gerador do IRRF, pois além de estarem identificados o beneficiário e a causa de cada remessa, todos os fatos tomados como base de cálculo são transferências bancárias efetuadas pela Cooperativa comprovadamente para pessoa jurídica, e nenhuma para pessoa física.

De pronto, penso que não tem relevância para o deslinde da controvérsia a discussão a respeito da transferência bancária efetuada pela pessoa física ou pessoa jurídica. Na visão deste julgador, o que realmente importa é analisar se estão efetivamente identificados o beneficiário e a causa de cada remessa, para que possa ser aplicado ao caso o art. 61 da Lei nº 8.981/1995. Assim, como a preliminar se confunde com o mérito, com ele será tratada.

Pois bem, o referido art. 61 da Lei nº 8.981/1995 prevê uma hipótese de incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, para os pagamentos efetuados por pessoas jurídicas a beneficiários não identificados. A autoridade fiscal demonstrou, de forma exaustiva, que os pagamentos relacionados à fl. 168, embora contabilizados, não foram comprovadas as causas. Nesse sentido, transcrevo excertos extraídos do Termo de Informação Fiscal (fls. 29/43):

12. Esta Auditoria-fiscal identificou que 99% dos créditos efetuados nas contas correntes da JOULE foram por "TEDs" recebidas da CEMIRIM e da SOMAR - cooperativas de energia elétrica sediadas em Mogi Mirim/SP. Como resultado dessas constatações, alguns procedimentos, verificações e comprovações pertinentes foram realizados, todos mediante diligências.

13. Concomitantemente, no dia 04/08/2010, esta fiscalização compareceu ao endereço da empresa acima qualificada, constante da ficha cadastral do Sistema Informatizado da Secretaria da Receita Federal do Brasil, onde constatou e relatou o que segue no Termo de Comparecimento nº 0122/10/05-A, de 05/08/2011, transcrito abaixo:

No endereço indicado como MATRIZ, Rua das Tulipas, 65 - INOCOOP - Mogi Mirim -SP reside a cunhada e um sobrinho, viúva do irmão do Sr. Fernando Gabrelon, sócio-proprietário da empresa fiscalizada. Abaixo, fotos tiradas no local, por volta das 15:40 de 04/08/2010.

(...)

No mesmo dia 04/08/2010, momentos depois, comparecemos ao endereço atual da fiscalizada, Rua Júlia Gardinalli Bazuco nº. 84 - Jardim Paulista - Mogi Mirim/SP, onde constatamos o que segue: Abaixo, fotos tiradas do atual endereço da empresa.

- Aparentemente no local não são desenvolvidas quaisquer atividades comerciais ou profissionais, não existindo quaisquer instalações destinadas a este fim. Não foram observadas condições mínimas para a operação de uma empresa que durante os anos-calendário 2006 a 2008 movimentou em bancos a quantia de R\$ 10.380.620,24;*

- O Sr. Fernando informou que a empresa não tem funcionários, quem executa todos os trabalhos são os próprios sócios, ele e o filho Kaê Fernando. Executam trabalho denominado "Prospecção" e que seus principais clientes são: "SOMAR" e "CEMIRIM";*

- Ressalte-se: os sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil indicam "GFIP SEM MOVIMENTO", ratificando, assim, a informação de que a empresa NÃO TEM FUNCIONÁRIOS REGISTRADOS:*

(...)

- É de se ressaltar que no endereço cadastral da empresa e nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como no endereço indicado pelo sócio proprietário, existem construções (casas) com características específicas de residência;*

- A conclusão ante as observações realizadas é de que se trata de bairro residencial de classe média baixa, afastado do centro, próximo da Rodovia Mogi Mirim a Mogi Guaçu, com construções de baixo padrão e que o Sr. Fernando Gabrelon leva uma vida humilde, simples e despojada de quaisquer extravagâncias, uma vida própria de pessoas pertencentes à classe média.*

(...)

26. Diante de sucessivas recusas de recebimento das correspondências enviadas ao endereço cadastral da empresa, esta Fiscalização tentou cientificar os sócios-proprietários, reencaminhando o Termo de Intimação Fiscal nº 0122/10/14 para o endereço residencial do Sr. Fernando Gabrelon. Para o endereço residencial do Sr. Kaê Fernando Soliguetti Gabrelon foi enviado o Termo de Intimação Fiscal nº 0122/10/15, lavrado em 13/06/2011.

27. No período compreendido entre 15/08/11 e 31/10/11, além destas infrutíferas tentativas de intimar o contribuinte, outros dois Termos de Intimação, de números 0122/10/16 e 017, foram encaminhados ao fiscalizado, tendo ambos idêntico resultado, com retorno ao remetente com as informações de "mudou-se" e "desconhecido" no Aviso de Recebimento.

(...)

30. Após análise dos extratos bancários enviados pelas instituições financeiras, esta Fiscalização verificou que os sócios da JOULE, habitualmente realizavam "saques na boca do caixa" de vultosos valores. Além disso, efetuaram pagamentos por intermédio de "TED" e "DOC", parte deles com identificação dos respectivos beneficiários, a seguir discriminados, que foram objeto de diligências fiscais em que se questionou a razão dos aludidos recebimentos.

31. Dos 15 (quinze) contribuintes diligenciados, treze responderam que nunca efetuaram negócios com a JOULE e que a desconhecem, esclarecendo que os valores recebidos foram por conta e ordem de terceiros (Srs. José Carlos Fernandes e Flávio Júnio Bacarolli) ambos integrantes do Conselho de Administração da CEMIRIM e da SOMAR.

32. Um contribuinte atualmente é uma massa falida.

33. O único diligenciado que alegou ter prestado serviços elétricos à JOULE foi o Sr. Wanderlei Crepaldi - CPF nº 104.695.708-22, o qual mantém uma relação de parentesco com o Sr. Flávio Júnio Bacarolli, seu cunhado. Suas afirmações ficaram somente no campo das alegações, não tendo apresentado quaisquer documentos que comprovassem a prestação de serviços alegada.

34. Os documentos reunidos no curso das diligências realizadas evidenciaram que os integrantes do Conselho de Administração da CEMIRIM e da SOMAR adquiriram bens móveis e imóveis em seus próprios nomes ou em nome da empresa Solutio, da qual são sócios, efetuando os respectivos pagamentos com recursos advindos da empresa Joule, conforme relatado a seguir:

(...)

De acordo com as informações e os documentos analisados no curso da presente Ação Fiscal, constatou-se:

> QUE, no período compreendido entre 2006 e 2008, a fiscalizada Joule recebeu recursos no montante aproximado a 9,5 milhões de reais das cooperativas CEMIRIM e SOMAR, por intermédio de transferências bancárias (TED e DOC) efetuadas nas contas-correntes nº 02-011218-4, da Agência 0046 do Banco Mercantil do Brasil S/A, e nº 217596-6, da Agência 0024 do UNIBANCO;

> QUE a JOULE SILENCIOU, quando intimada a apresentar cópia autenticada ou original de todos os potenciais e ou projetos, com seus cronogramas estabelecidos entre as partes, apresentados por ela e aceitos pelas empresas CEMIRIM - Cooperativa de Eletricidade e Desenvolvimento da Região de Mogi Mirim e SOMAR Cooperativa de Energia Elétrica e Desenvolvimento; que originaram os recebimentos de numerários no período de jan/2006 a dez/2008;

(...)

> QUE a JOULE não possui funcionários registrados nem sede administrativa;

> QUE os sócios da JOULE, senhores Fernando Gabrelon e Kaê Fernando, NÃO possuem qualificação técnica para realizar serviços na área elétrica;

> QUE os sócios da JOULE, senhores Fernando Gabrelon e Kaê Fernando, apresentaram, nos anos-calendário de 2006 a 2009, Declarações de Ajustes do Imposto de Renda da Pessoa Física à Receita Federal do Brasil com os seguintes rendimentos:

(...)

> QUE os Contratos apresentados pelas Diligenciadas - CEMIRIM e SOMAR - e denominados "Instrumento Particular de Contrato de Prestação de Serviços", firmados entre as Cooperativas e a empresa fiscalizada JOULE, suposta prestadora de serviços elétricos, além de estarem desacompanhados dos elementos que comprovariam a veracidade de seus conteúdos, não foram levados a registro público, motivo pelo qual não operam efeitos perante terceiros, consoante artigo 221 da Lei nº 10.406 de 10/01/2002 (Novo Código Civil);

> QUE dos 15 (quinze) contribuintes diligenciados que receberam recursos da fiscalizada, treze responderam que nunca efetuaram negócios com a JOULE e que a desconhecem, esclarecendo que os valores recebidos foram por conta e ordem de terceiros (Srs. José Carlos Fernandes e Flávio Júnio Bacarolli), ambos integrantes do Conselho de Administração da CEMIRIM e da SOMAR;

Pelo que se vê, a autoridade fiscal foi bastante criteriosa e logrou demonstrar que os pagamentos à Joule devem ser considerados sem causa, em razão da não apresentação das provas da efetividade dos serviços que teriam sido prestados em cumprimento do Contrato de Prestação de Serviços. A autoridade autuante também identificou que integrantes do Conselho de Administração da Cemirim e da Somar, adquiriram bens móveis e imóveis, em seus próprios nomes ou em nome da empresa Solutio, da qual são sócios, efetuando os respectivos pagamentos com recursos advindos da Joule (fls. 38/40).

Em seu recurso a contribuinte tenta invalidar a linha de argumentação esboçada pela autoridade recorrida, carreando, para tanto, os documentos de fls. 1287/1323. Entretanto, compulsando-se os documentos juntados (recorte de jornal, Despacho da Aneel, correspondência da Aneel, Licença Ambiental da Somar, entre outras), penso que não são hábeis à comprovar a efetiva prestação de serviços. Na verdade, todos os documentos

carreados referem-se à contribuinte e não tem qualquer vinculação com a prestação de serviço da Joule.

No que tange à alegação de que a causa dos pagamentos está devidamente comprovada no contrato de prestação de serviços de fl. 105, penso que o documento juntado como única prova da prestação de serviços à recorrente é absolutamente ineficaz para comprovar a causa da operação. Nesse passo, ainda que houvesse o registro público do Contrato de Prestação de Serviço (o que não ocorreu, diga-se), entendo que tal fato é absolutamente irrelevante, diante de todos os elementos constantes dos autos.

No que diz respeito à alegação de que a autoridade fiscal utilizou critério equivocado na determinação do fato gerador, já que se valeu da data dos registros contábeis e não do pagamento, verifico, pois, que as datas dos pagamentos foram informadas pela própria recorrente, consoante se extrai dos históricos dos registros contábeis de fl. 168, bem como das informações bancárias às fls. 167/171. Em relação ao valor de R\$ 21.588,10, constata-se que de fato houve a saída via “fundo fixo”, conforme se depreende da escrituração regular da recorrente (fl. 168). Na verdade, o registro contábil indica que foi feito um adiantamento a um determinado beneficiário e se verifica que não houve comprovação da operação que deu causa a esse pagamento, é evidente que o recurso foi subtraído da disponibilidade da empresa, portanto penso que restou também configurado o pagamento sem causa, da mesma forma a ensejar a formalização da exigência, com fundamento no art. 61 da Lei nº 8.981/1995.

Quanto à alegação de impossibilidade da desconsideração da pessoa jurídica da Joule, já que os valores repassados se referem à adiantamentos por conta de custos e despesas inerentes à prestação dos serviços contratados, devidamente lançados nos registros contábeis da recorrente, entendo que o caso dos autos não se trata de desconsideração de pessoa jurídica, mas, essencialmente, de que os documentos juntados não são hábeis à comprovar a efetiva prestação de serviço e/ou causa da operação.

Ademais, não se vislumbra qualquer erro na eleição do sujeito passivo, já que foi a recorrente que efetivamente pagou à Joule. Em verdade, como não foi apresentada documentação hábil e idônea que comprovasse de forma irrefutável o serviço prestado, restam somente alegações que, por si só, não tem o condão de modificar o sujeito passivo da obrigação tributária.

Ante a esses argumentos, entendo que os pagamentos efetuados a Joule não possuíam qualquer causa negocial.

Qualificação da Multa

No que tange à aplicação da multa qualificada de 150%, entendo ser perfeitamente cabível sua imposição, quando estiver perfeitamente demonstrado nos autos que o agente envolvido na prática da infração tributária conseguiu o objetivo desejado. Com efeito, por todos os elementos que consta dos autos, verifica-se que a Joule Serviços Elétricos Ltda. não efetuou qualquer transação comercial e/ou prestou serviços à recorrente, servindo apenas de empresa veículo para aquisição de bens móveis e imóveis, pelos integrantes do Conselho de Administração da contribuinte, em seus próprios nomes ou em nome da empresa Solutio, da qual são sócios.

Assim, por tudo o que já foi aqui visto, contra os quais a recorrente não conseguiu desconstituir, tenho para mim que está configurada a hipótese de evidente intuito de fraude a autorizar a imposição da multa qualificada.

Sobre a alegação de impossibilidade de aplicação de duas penalidades sobre o mesmo fato, entendo ser possível cumular as duas incidências, já que à alíquota de 35% refere-se ao imposto de renda incidente sobre pagamento sem causa ou cuja operação não foi comprovada, na forma do art. 61 da Lei nº 8.981/1995, e a multa de ofício representa uma penalidade aplicada em razão de a contribuinte ter se enquadrado no art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Quanto ao caráter confiscatório da multa aplicada, cumpre esclarecer que não compete a este Órgão declarar a ilegitimidade da norma legalmente constituída. A legalidade de dispositivos aplicados ao lançamento deve ser questionada, exclusivamente, perante o Poder Judiciário. O exame da obediência das leis tributárias aos princípios constitucionais (vedação ao confisco e da proporcionalidade) é matéria que não deve ser abordada na esfera administrativa, conforme se infere da Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Em relação à incidência dos juros sobre a multa de ofício, penso que o § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996 ao se referir aos juros que incidem sobre os débitos com a União, incluiu o tributo e a multa de ofício, já que a multa também é um débito com a Fazenda Pública. Esse é o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme ementa abaixo:

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic. (Acórdão CSRF nº 9101-01.191 – Sessão de 17 de outubro de 2011)

No âmbito do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça assentou serem devidos os juros de mora sobre a multa de ofício, conforme se depreende do julgado da Segunda Turma do STJ:

TRIBUTÁRIO. MULTA PECUNIÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. LEGITIMIDADE.

1. É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário. (STJ Segunda Turma Acórdão REsp 1.129.990/PR, Relator Min. Castro Meira DJe de 14/09/2009)

Assim, há previsão legal para a incidência de juros Selic sobre a multa de ofício.

Ante ao exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Assinado Digitalmente
Eduardo Tadeu Farah

Processo nº 10865.722857/2011-29
Acórdão n.º **2201-002.707**

S2-C2T1
Fl. 9

CÓPIA