



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

Processo nº 12448.729489/2015-10
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1401-003.301 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de março de 2019
Matéria IRRF. SERVIÇOS NÃO COMPROVADOS.
Embargante PEG CRED PROMOTORA DE VENDAS E PARTICIPACOES S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2011

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO ENTRE EMENTA E RAZÃO DE DECIDIR. CABIMENTO.

A ementa tem que refletir as razões de decidir do voto vencedor. Os embargos são cabíveis para sanar contradição entre a ementa e as razões de decidir. Embargos acolhidos para retificar o texto da ementa e sanar a contradição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos, sem efeitos infringentes, para sanar a contradição indicada no acórdão, nos termos do voto do Relator. Declarou-se impedido de participar do julgamento o conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, substituído pela Conselheira Andréa Machado Milan (Conselheira Suplente Convocada).

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva- Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Abel Nunes de Oliveira Neto Carlos André Soares Nogueira, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Andréa Machado Millan

(Conselheira Suplente Convocada), Letícia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Embargos de declaração opostos pela PFN em face do Acórdão de nº 1401-002.734, que deu provimento em parte ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte para a exclusão do lançamento do IRRF quanto aos pagamentos efetuados.

Por sua vez, o Recurso Voluntário fora interposto pelo Contribuinte em face do Acórdão proferido pela DRJ em Florianópolis SC, que julgou a sua impugnação administrativa Procedente em Parte.

As exigências tributárias referem-se à cobrança de Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF, ano-calendário 2011, acrescida de multa de ofício de 150% e juros de mora, sob o entendimento de que a contribuinte teria efetuado pagamentos sem causa ou operações não comprovadas, tendo como base legal o art.674 do RIR/99.

O relatório da decisão recorrida assim resume o Termo de Verificação Fiscal e também descreve os argumentos da impugnação:

Do TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL (fls.1.990 a 2.069), extrai-se, resumidamente (eventuais destaques pertencem ao original):

I – Breve exposição dos fatos motivadores dos lançamentos

[...]

No ano-calendário de 2011 o contribuinte optou pela forma de tributação com base no lucro real, período de apuração trimestral e, de acordo com a DIPJ/2012 – ND 0001078328 que foi transmitida a RFB, informou como sendo o total de sua receita bruta auferida naquele ano com a prestação de serviços o montante de R\$ 87.561.927,94, enquanto o total de despesas informadas como sendo decorrentes de serviços prestados por pessoas jurídicas alcançou a cifra de R\$ 70.104.740,32, ou seja, correspondeu à quase integralidade das despesas operacionais declaradas no ano que foi de R\$ 72.323.073,08.

Ocorre que, no curso do procedimento administrativo, restou demonstrado pelo fisco que daquele total de R\$ 70.104.740,32 o contribuinte não logrou comprovar, por intermédio de documentos hábeis e idôneos, a efetiva prestação de serviços referentes a consultorias e assessorias que atingiram a quantia de R\$ 67.681.115,37. De fato, ao longo do ano-calendário de 2011 a empresa PegCred Promotora de Vendas e Participações S/A contabilizou e pagou por despesas que foram descritas nas notas fiscais como sendo decorrentes de consultorias/assessorias prestadas pelas pessoas jurídicas Omaha Consultores Ltda.[...] - [Nota do Relator: são relacionadas várias empresas] -mas, apesar de terem sido disponibilizadas cópias de instrumentos particulares celebrados entre as partes, cópias de notas fiscais de serviços, cópias de documentos intitulados de relatórios de produção, cópias de documentos referentes a operações de crédito e efetuados os respectivos pagamentos não logrou comprovar, com base na documentação que foi apresentada ao fisco, a efetiva prestação dos serviços de consultorias/assessorias que estão descritos no documentário fiscal e contratos celebrados.

Cumpre ressaltar que somente para a empresa Omaha Consultores Ltda. foi desembolsada quantia equivalente a R\$ 43.890.723,22 (...). Motivado pelo fato

dessa empresa ter recebido a maior parcela do montante pago pela fiscalizada o agente, no curso da ação fiscal, adotou o procedimento de verificar inicialmente os valores que foram registrados na conat de resultado 5.1.1.02.02.0013 – OMAHA CONSULTORES LTDA. e, posteriormente, os montantes escriturados nas demais contas correspondentes àquelas outras 14 (quatorze) empresas.

[...]

TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

Diante das irregularidades que foram apuradas no curso da ação fiscal decorrentes da não comprovação da efetiva prestação da quase totalidade dos serviços que foram escriturados, pagos e informados pela empresa na DIPJ/2012 – linha 04 – sob a rubrica de prestação de serviço por pessoa jurídica e, considerando que tal montante de R\$ 67.681.115,37 passível de ser glosado equivale, em termos percentuais, a mais de 90% de todas as despesas operacionais que foram informadas pela empresa no ano-calendário de 2011, ou seja, R\$ 72.323.073,08 o agente promoveu o arbitramento do lucro da pessoa jurídica pois, diante dessa situação fática, é incabível a preservação da apuração pelo Lucro Real, que pressupõe uma escrituração regular. A manutenção de escrituração com observância das leis comerciais e fiscais impõe que os registros contábeis e fiscais tenham respaldo em documentação hábil e idônea que comprove de modo efetivo os lançamentos realizados, visto que é necessário que a regularidade da determinação do montante tributável seja passível de verificação por parte da Administração Tributária. Nos autos de infração foram compensados os valores retidos a título de IRF (cód.1708) e CSLL (cód 5952), conforme informações constantes da DIRF que foi transmitida pelo Banco BVA, CNPJ 32.254.138/0001-03.

[...]

■ IMPOSTO DE RENDA NA FONTE

Como consequência lógica das irregularidades apuradas pelo fisco impõe-se, ainda, o lançamento do Imposto de Renda na Fonte que é devido nos casos de pagamento efetuados quando não for comprovada a operação ou a sua causa. Ante a não comprovação, por intermédio de documentos hábeis e idôneos, da efetiva prestação dos serviços que foram contabilizados e pagos pelo contribuinte, devido o lançamento do IRF à alíquota de 35% sobre tais pagamentos, devidamente reajustados, em razão da ausência de nexo de causalidade entre os referidos pagamentos e as operações correspondentes aos serviços com consultorias/assessorias que não foram comprovadas.

[Nota do Relator: Foram feitas várias intimações a várias empresas, também para a Fiscalizada, cujas repostas das empresas e conclusões da autoridade autuante são por demais extensas, de forma que creio que os fatos serão melhor assimilados já quando da decisão a ser proferida no Voto, quando será feita uma análise detalhada e individual das situações e das respostas]

[...]

III – INFRAÇÕES APURADAS E TRIBUTAÇÃO – IRPJ, CSLL, PIS, COFINS

III.1 – INFRAÇÕES APURADAS

- **NÃO COMPROVAÇÃO DA EFETIVA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS E DE SUA NECESSIDADE, USUALIDADE E NORMALIDADE PARA A ATIVIDADE OPERACIONAL DESEMPENHADA PELA EMPRESA – IRPJ, CSLL, PIS e COFINS**

• **PAGAMENTOS SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU SUA CAUSA - IRRF**

[...]

■ **IMPOSTO DE RENDA NA FONTE**

Por todos os fatos que foram constatados no curso do procedimento administrativo e que estão narrados neste termo de verificação fiscal impõe-se, como consequência lógica, o lançamento do Imposto de Renda na Fonte que é devido nos casos de pagamento efetuados quando não for comprovada a operação ou a sua causa. Ante a não comprovação, por intermédio de documentos hábeis e idôneos, da efetiva prestação dos serviços que foram contabilizados e pagos pelo contribuinte, devido o lançamento do IRF à alíquota de 35% sobre tais pagamentos, devidamente reajustados, em razão da ausência de nexo de causalidade entre os referidos pagamentos e as operações correspondentes aos serviços com consultorias/assessorias que não foram comprovadas. Como parte integrante deste termo de verificação fiscal o agente anexou demonstrativo das bases de cálculo do imposto que correspondem aos pagamentos efetuados pela empresa, devidamente reajustados nos termos da legislação em vigor, e que foram caracterizados como sem comprovação da operação ou causa. Cabe ressaltar que ao demonstrar as respectivas bases de cálculo, o agente se valeu das próprias informações que foram disponibilizadas pelo contribuinte nas conciliações de pagamentos por ele realizadas a partir dos extratos bancários da empresa.

[...]

IV – ENQUADRAMENTOS LEGAIS

[...]

IV.II) IR Fonte (pagamentos sem comprovação da operação ou causa)

Art. 674. Está sujeito à incidência do imposto, 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 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61).

§ 1º A incidência prevista neste artigo 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 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, § 1º).

§ 2º Considera-se vencido o imposto no dia do pagamento da referida importância (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, § 2º).

§ 3º O rendimento será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, § 3º).

[...]

Mediante o processo administrativo 12448.729489/2015-10 foi promovido o lançamento do Imposto de Renda na Fonte, cujas bases de cálculo, devidamente reajustadas, estão demonstradas nas planilhas que integram este termo e correspondem aos pagamentos realizados pelo contribuinte e cuja operação não foi comprovada.

OBS: Por fim cumpre observar que em razão das irregularidades que foram constatadas no curso da fiscalização foi qualificada a multa de ofício no percentual de 150%, exigida juntamente com os impostos e contribuições devidos, nos termos do inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/ de 1996, fato esse que motivou a formalização de representação para fins penais.

DA IMPUGNAÇÃO

Após tomar a ciência dos autos de infração a Interessada apresentou sua Impugnação, onde após fazer um breve relato da autuação fiscal, manifesta-se inconformada com tal procedimento, uma vez que “...toda a documentação devidamente apresentada à fiscalização com relação a todas as atividades de prestação de serviços – e inclusive admitido pela d. Fiscalização – foi interpretada como insuficiente para comprovação das operações realizadas..” e prossegue, em resumo:

- em razão dessa glosa generalizada de despesas que representavam mais de 90% das despesas e custos do exercício, a fiscalização desclassificou a escrita contábil da IMPUGNANTE, desconsiderando a tributação pelo lucro real e recalculando o IRPJ e a CSLL com base no lucro arbitrado, e aplicando o IRRF com fundamento no art.674 e 675 do RIR/99;*
- crê que a autoridade fiscal não compreendeu a natureza da atividade da IMPUGNANTE, de forma que entende ser necessário uma breve exposição de seus negócios;*
- descreve seu objeto social, que sua atividade tipificada como de “correspondente não bancário” é submetida à regulação do BACEN;*

Eis o seu objeto social, que descreveu:

‘a prestação de serviços de controle de crediários, levantamentos cadastrais, assessoria e consultoria comercial e econômico-financeira, emissão de carnes e outros títulos de crédito, inclusive de inadimplentes, organização e estruturação de sistemas de processamento dados, consultoria em marketing, intermediação e controle de negócios em geral, participação em outras sociedades, de qualquer ramo de atividade, nacionais e estrangeiras.’

- em consequência da complexidade e sofisticação de determinadas operações e determinados clientes, era mais econômico para a empresa organizar seu negócio mediante a contratação de terceiros, profissionais altamente qualificados, com dedicação não exclusiva, organizados através de pessoas jurídicas; tudo suportado por contratos;*
- que não conseguiria desenvolver tais soluções sem o suporte das prestadoras de serviços contratadas, não só pelo conhecimento técnico requerido, mas também pela visão profunda do mercado financeiro que tais empresas traziam, proporcionando, assim, à IMPUGNANTE diversificar suas atividades, que eram a de oferecer ao mercado os produtos financeiros de seus clientes, especialmente o Banco BVA S/A, incrementando a respectiva carteira de clientes, explorando nichos de mercado nos quais a IMPUGNANTE não teria conhecimento técnico para atar sozinha, aumentando assim o seu faturamento; estas empresas apresentavam relatórios gerenciais e tudo suportado por notas fiscais;*
- que todos os documentos que estão nos autos e já apresentados no decorrer da fiscalização – extratos bancários dos pagamentos que fez a estas empresas (que relaciona), contratos, notas fiscais, relatórios de produção e recolhimento de tributos na fonte – FORMAM UM CONJUNTO PROBATÓRIO suficiente para evidenciar os serviços adquiridos pela IMPUGNANTE;*
- preliminarmente: da nulidade por manifesto erro na indicação da disposição legal infringida;*

- *que o auditor fiscal não teria apontado a norma legal infringida; por sua vez o artigo 674 (que transcreve) e 675 do RIR/99, que fundamenta o lançamento do imposto de renda retido na fonte, não indica a exata infração; o RIR não é lei, apenas um decreto normativo;*

- ***da nulidade da autuação por violação ao disposto na Portaria MF nº 187/93;***

- *que o auditor ao considerar inidôneos os documentos apresentados, deveria, então, agir conforme orientação da Portaria MF 187/93, que transcreve, onde ali se indicam os pressupostos necessários e indispensáveis à declaração de inidoneidade, não respeitados pela autoridade fiscalizadora;*

- ***do direito: da dedutibilidade das despesas decorrentes dos contratos de prestação de serviços e da aplicação do art.299 do RIR/99***

- *neste tópico discorre longamente sobre o alcance do artigo, que trata das condições em que uma despesa é dedutível (dedutibilidade atrelada à necessidade da empresa e se a despesa é usual e normal;*

- *que necessitava dos serviços das empresas pois não contava em seus quadros com pessoas especializadas com expertise suficiente; cita vários doutrinadores com excertos sobre as características das despesas dedutíveis;*

- *da leitura do Termo Fiscal, a Impugnante conclui que a autoridade autuante não teria acatado sua documentação, pois esta teria estranhado o fato de que a Impugnante atendia formalmente apenas a um único cliente e que não aceitou nenhum dos documentos apresentados durante a fiscalização pela simples alegação subjetiva de quem se diz “não estar convencido”; transcreve excertos de doutrinadores;*

- *de forma que deve “saltar aos olhos o ABSURDO” pretendido pela autoridade autuante neste caso, quando pretende glosar nada menos que 100% das verbas de prestação de serviços pagas a 14 pessoas jurídicas, todas independentes entre si...”;*

- *e para demonstrar de forma mais cabal o ABSURDO que aqui se denuncia, a IMPUGNANTE apresenta por amostragem, carta de cliente para o qual prestou serviços (doc.07); através dessa carta, os clientes confirmam não apenas a intermediação realizada pela IMPUGNANTE, mas também a participação das empresas terceirizadas;*

- ***Da Inaplicabilidade do §1º do artigo 61 da Lei 8.981/93 ao presente caso e a análise de jurisprudência do CARF sobre o tema***

- *ante tudo exposto, estamos diante de uma situação que não permite a pecha de tratar-se de um “pagamento sem causa”. Na verdade estamos diante de um quadro em que o Autuante simplesmente não quer aceita a causa demonstrada, e embora não apenas não consiga, mas nem tenha tentado provar diversamente, o Autuante “glosa a causa” para daí então justificar a glosa da despesa (por falta de causa) e penalizar o contribuinte com mão pesada através do lançamento do IR Exclusivo de Fonte, à alíquota de 35%, aplicada sobre uma base de cálculo reajustada, ou seja, na prática para cobrar da IMPUGNANTE o montante exorbitante equivalente a simplesmente 53,84% [= 35% x 1/(1 – 35%)] do valor das “despesas cuja causa foi glosada,” acrescidos ainda de multa e juros;*

- *é sabido o caráter excepcional que tem o dispositivo da legislação que prevê a incidência do artigo 61 da Lei 8.981/95, que tem como foco primário sancionar as saídas de caixa das empresas sem explicação (como n o caso dos pagamentos*

a beneficiário não identificado), ou pagamentos a beneficiários identificados mas sem explicação, ou no caso de remuneração indireta a executivos;

- como se sabe, é norma que visa, de um lado, desestimular e coibir abusos na “fabricação de despesas” pelas empresas (muitas vezes através das chamadas “notas frias”) e de outro, garantir que haja tributação sobre benefícios que se tenta escamotear;

- nenhuma das justificativas acima faz sentido no caso concreto, pois como provamos, não se tratam de “despesas fabricadas”, nem se tentou escamotear nada, os beneficiários estão mais que devidamente apontados e os mesmos submeteram à tributação as verbas auferidas;

- que Neicyr de Almeida (Imposto de Renda das Empresas – Questões Controvertidas) corrobora este entendimento quando afirma:

“...o comando legal consubstanciado no art.61 da Lei 8.981/95 não transferiu a terceiros o ônus da prova acerca da materialidade do dispêndio; pelo contrário, exigiu do agente fiscal que assegurasse, sem hesitação, que o direcionamento dos recursos não guardava qualquer correlação com algo recebido em trocas.”

- transcreve ementas de julgados do CARF, para concluir que não podem as autoridades administrativas, a seu bel prazer, desconsiderar as operações realizadas com suporte documental robusto e idôneo, para arbitrar eventual IR/Fonte devido pelo contribuinte;

- as autoridades fiscalizadoras simplesmente não tem competência, autonomia ou permissão legal para desconsiderar a vasta documentação apresentada pela Impugnante à Fiscalização;

- Da impossibilidade de presunção no lançamento e o princípio da verdade material

- que não poderia a Fiscalização, em hipótese alguma, utilizar-se de recursos presuntivos e meros indícios para concluir, de forma equivocada, que os pagamentos efetuados pela IMPUGNANTE não teriam causa;

- que a Fiscalização, em diversas passagens dos TVF, utilizou-se indevidamente de recursos presuntivos para desconsiderar as despesas incorridas pela IMPUGNANTE, mas em nenhum momento comprovou, de forma irrefutável, a sua inexistência, o que seria imprescindível para a legitimidade do lançamento;

- se a documentação apresentada pela IMPUGNANTE não era, na concepção da Fiscalização, satisfatória, deveria ela não apenas expor claramente os motivos que a levaram a concluir dessa forma, mas também provar a impossibilidade de sua existência, e não simplesmente desconsiderá-la por um “estranhamento” e/ou uma “insatisfação” em relação ao que lhe foi exposto e apresentado; no mais discorre sobre o princípio da verdade material;

- da ilegalidade do arbitramento do lucro

- após transcrever o enquadramento legal do Auto, reitera que sempre atendeu as intimações, fornecendo todos os documentos necessários, e que em nenhum momento a autoridade autuante colocou sob suspeição a correção e a higidez da escrituração contábil mantida pela IMPUGNANTE;

- portanto, a única razão para a imposição à IMPUGNANTE do arbitramento do seu lucro tributável seria a glosa rasa e generalizada de mais de 90% de suas despesas/custos, de sorte que, eliminado tal proceder inexistiria qualquer outra motivação para se manter tal medida;

- caracterização dos custos/despesas como pagamento sem causa resultaria em um absurdo bis-in-idem

- reitera que as verbas em questão, relativas à remuneração de terceiros pela prestação de serviços, foram devidamente submetidas à incidência de IR, CS, PIS e COFINS, seja sob a forma de retenção na fonte por parte da IMPUGNANTE quando da realização do pagamento, seja posteriormente pelas próprias empresas beneficiárias quando contabilizaram tais verbas como 'receita';

- ainda assim, o Auto pretende arrecadar o equivalente a 53,84% a título de IR, sem considerar ainda os encargos de multa e juros;

- a autoridade autuante poderia ter concedido um crédito pelos impostos que foram, sabidamente, (a) retidos na fonte e (b) recolhidos pelas empresas prestadoras de serviços;

- da inaplicabilidade da multa agravada lançada

- que a autoridade autuante, de forma sucinta, aplicou à IMPUGNANTE a multa de 150%, mas para isto se pressupõe que a contribuinte tenha agido de forma dolosa; deve a autoridade tipificar claramente a conduta praticada, algo que não foi feito;

- desta maneira, desnecessário dizer que o proceder da autoridade autuante impede que o contribuinte se defenda; traz ementas de julgados do CARF;

- conclusões e pedidos

requer seja nulo o presente lançamento tendo em vista a ofensa ao art.97, I e V do CTN e aos artigos 5º, II e 150 da CF/88; se não reconhecida a nulidade, seja julgado improcedente o lançamento pelas questões de fato e de direito apontadas;

- que seja afastada a majoração da multa de ofício;

- requer-se, ainda, o reconhecimento da inexigibilidade de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, com base em julgado do CARF.

No mesmo procedimento fiscal foi lavrado auto de infração para cobrança de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em razão do arbitramento do lucro, os quais foram objeto de outro processo (12448.729486/2015-86).

Em 17 de junho de 2016 a DRJ em Florianópolis - SC julgou a impugnação parcialmente procedente, por força do cancelamento da qualificação da multa de ofício, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011

Normas Processuais. Nulidade. Improcedência. Não há que se falar em nulidade do auto de infração quando o mesmo possui todos os elementos necessários à compreensão inequívoca da exigência, detalhados em Relatório

de Fiscalização, que é parte integrante do Auto, e dos fatos que o motivaram e o adequado enquadramento legal da infração fiscal.

O cerceamento ao direito de defesa somente se caracteriza pela ação ou omissão por parte da autoridade lançadora que impeça o sujeito passivo de conhecer os dados ou fatos que, notoriamente, impossibilitem o exercício de sua defesa.

Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem dos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade quer do lançamento, quer do procedimento fiscal que lhe deu origem.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2011

Pagamentos sem comprovação da operação/causa. Tributação na Fonte. 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, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

Multa de Ofício Qualificada. Duplicação do Percentual da Multa de Ofício. Ausência de Motivação. Cancelamento. A aplicação da penalidade qualificada requer que a conduta da Fiscalizada esteja associada alguma das condições previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, quando aí, sim, seria cabível a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (com a nova redação do artigo dada pela Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007). Se a Fiscalização não demonstra, de maneira explícita, uma eventual conduta, em tese, dolosa por parte da Fiscalizada, não pode prevalecer a multa qualificada, devendo-se proceder ao seu cancelamento, mantendo-se a multa de ofício em seu patamar típico, de 75%.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Cientificada em 1º de julho de 2016 (fl. 5.910), a contribuinte apresentou recurso voluntário em 2 de agosto de 2016 (fl. 5.917), afirmando que, uma vez afastada a prática de qualquer conduta dolosa pela contribuinte e inclusive reconhecida a idoneidade do conjunto probatório apresentado, seria lógico e natural que o passo seguinte fosse a efetiva análise das evidências materiais apresentadas na impugnação, que certamente conduziram ao cancelamento da autuação fiscal, porém não foi isso que ocorreu.

Em seu recurso, a Recorrente aponta o que entende serem equívocos da decisão recorrida, tais como não considerar que o Sr. Benedito Ivo Lodo Filho exercia atribuições diferentes como diretor e como prestador de serviços, bem como que a Omaha é empresa constituída há mais de 20 anos e, ao longo desse período, prestou serviços para outras empresas conforme documentos anexos ao recurso, sendo portanto sua expertise inquestionável. Observa também que "*a Recorrente não possuía expertise, nem disponibilidade*

técnica para executar todos os trabalhos contratados pelos seus clientes" e por isso precisava de serviços como os prestados pela Omaha. Ressalta, por fim, que se trata de serviços intelectuais com resultado imaterial e que todo o conjunto probatório apresentado faz prova a seu favor.

Sustenta, ademais, que a DRJ considerou todos os documentos hábeis e idôneos, apenas não aceitou a causa demonstrada, ou seja, "glosou a causa". Observa que a caracterização dos valores como pagamento sem causa resultaria em um absurdo bis in idem já que as verbas foram submetidas à incidência de IR, CSLL, PIS e Cofins, seja sob a forma de retenção na fonte por parte da Recorrente quando da realização do pagamento, seja posteriormente pelas próprias empresas beneficiárias quando contabilizaram tais verbas como receita. Por fim, ressalta que o lançamento foi baseado em presunção, e observa que se a documentação apresentada pela Recorrente não era, na concepção da Fiscalização, satisfatória, deveria ela não apenas expor claramente os motivos que a levaram a concluir dessa forma, mas também provar a impossibilidade de sua existência, e não simplesmente desconsiderá-la por um "estranhamento" e/ou uma "insatisfação" em relação ao que lhe foi exposto e apresentado..

Às Fls. 6060/6077 dos autos – Acórdão de nº 12448.729489/201510 da 1401002.734 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano-calendário:

2011

IRRF LANÇADO SOB A ALEGAÇÃO DE QUE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO FOI COMPROVADA. LANÇAMENTO INSUBSISTENTE. SERVIÇOS INTELECTUAIS QUE PRODUZEM RESULTADO IMATERIAL. PROVA DA PRESTAÇÃO PRODUZIDA PELO CONTRIBUINTE E NÃO INFIRMADA PELA FISCALIZAÇÃO.

Não subsiste o lançamento do IRRF com base no artigo 61 da Lei 8.981/1995 (art. 674 do RIR/99) quando a fiscalização se limita a questionar a efetividade dos serviços prestados. Tal argumento até pode ser base para a glosa da despesa, mas não para o lançamento do IRRF.

A prova da prestação de serviços intelectuais como a estruturação de operações de crédito se faz mediante a apresentação dos respectivos contratos, dos relatórios de produção, de documentos que comprovem a existência das operações estruturadas e das notas fiscais. Se, mesmo diante de tais evidências, o fisco insiste que os serviços não foram efetivamente prestados, é dele o ônus de desconstituir tais provas, não sendo admissível presumir que os serviços não existiram pelo simples fato de se tratar de pessoas ligadas à fonte pagadora.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011.

MULTA QUALIFICADA. DUPLICAÇÃO DO PERCENTUAL DA

MULTA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO.

CANCELAMENTO.

A aplicação da penalidade qualificada requer que a conduta esteja associada a alguma das condições previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Se a Fiscalização não demonstra, de maneira explícita, uma eventual conduta,

em tese, dolosa por parte da Fiscalizada, não pode prevalecer à multa qualificada, devendo-se proceder ao seu cancelamento, mantendo-se a multa de ofício em seu patamar típico, de 75%.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário, excluindo o lançamento do IRRF quanto aos pagamentos efetuados a Omaha Consultores Ltda., Antônio Luiz de Oliveira P. Pascoal ME, YKK Serviços de Cobrança Ltda., BPW Consultoria Empresarial e Assessoria Financeira, Antônio C. Conversano Serviços Planejamento Fin., RL de Souza Brandão Cobranças, Mônica Moreno Digitação e Processamento Ltda., JPRH Serviços de Cobrança Ltda. e V de Albuquerque Palmeira Cobrança e negar provimento ao recurso de ofício. Vencido o conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa.

Isto porque, segundo entendimento da Turma julgadora:

- (...) “para a maior parte dos serviços, foram apresentadas cópias de instrumentos particulares celebrados entre as partes, cópias de notas fiscais de serviços, cópias de documentos intitulados "relatórios de produção", cópias de documentos referentes a operações de crédito e prova dos respectivos pagamentos”;
- (...) "A análise da documentação apresentada como prova dos serviços que ensejaram os pagamentos feitos pela Recorrente realmente não permite concluir que os serviços foram efetivamente prestados;
- (...) "Não se questiona que os beneficiários estão identificados. Assim, é fato que o lançamento ocorreu com base no § 1º do art. 61, ou seja, porque a autoridade autuante entendeu que não restou comprovada a operação ou sua causa;
- (...) "A causa das operações, em alguns casos, também está comprovada, já que, à exceção de alguns pagamentos foram apresentados contratos e relatórios cuja veracidade não foi contestada”.

Às fls. 6079/6084 – dos autos EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos pela PFN, alegando em síntese:

- (...)“contradição, em face do Acórdão nº 1401-002.734, de 25 de julho de 2018, proferido por este Colegiado, sob o seguinte fundamento: a ementa do julgado está em evidente contradição com a tese firmada no voto condutor do acórdão ora embargado”;

- (...)“a razão para o provimento do recurso voluntário foi o entendimento de que, no caso do IRRF, a causa da operação pode ser comprovada com a apresentação dos documentos contratuais, sendo impertinente ao Fisco questionar a efetividade da operação, isto é, se os serviços respectivos foram ou não prestados”;
- (...)“em nenhum momento do voto condutor do acórdão, analisa-se, especificamente, se os serviços objeto dos contratos infirmados pelo Fisco foram efetivamente prestados ou não, até porque a tese que prevaleceu foi justamente no sentido da impertinência do questionamento da autoridade fiscal quanto à efetividade das operações na hipótese do IRRF”.

Às fls. 6087/6089 dos autos - Exame de Admissibilidade de Embargos de Declaração – da 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, admitindo os Embargos de Declaração com as seguintes considerações:

- a) “Entendeu a decisão embargada que, embora a análise da documentação apresentada como prova dos serviços que ensejaram os pagamentos feitos pela Recorrente realmente não permita concluir que os serviços foram efetivamente prestados, [...] tal circunstância não é capaz de levar, além da glosa das despesas, ao lançamento de IRRF, [...] porque ausentes os requisitos legais para tanto”;
- b) E de que “seria do Fisco o ônus de desconstituir tais provas [a prova da prestação de serviços intelectuais], não sendo admissível presumir que os serviços não existiram pelo simples fato de se tratar de pessoas ligadas à fonte pagadora — fundamento, este, que, não constou do voto condutor da decisão embargada;
- c) E que, até mesmo, contraria o que ali havia sido dito a respeito daqueles mesmos documentos apresentados como prova dos serviços, de que : “a análise da documentação apresentada como prova dos serviços que ensejaram os pagamentos feitos pela Recorrente realmente não permite concluir que os serviços foram efetivamente prestados. Resta saber se tal circunstância é capaz de levar, além da glosa das despesas, ao lançamento de IRRF. Se o fisco entende que tais operações/causas não existiram (ou seja, que os serviços respectivos não foram efetivamente prestados) ele está, como defende a Recorrente, a “glosar a causa”, o que até pode ser base para a glosa da despesa, mas não para o lançamento do IRRF, porque ausentes os requisitos legais para tanto”.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Relator Daniel Ribeiro Silva.

Como bem analisado no despacho de admissibilidade dos presentes embargos, há uma clara contradição entre a tese vencedora adotada por esta TO, e trecho da ementa do acórdão.

E tal fato é facilmente constatado quando se verifica uma das conclusões que o voto da nobre e brilhante Conselheira Relatora chegou quanto à análise da documentação apresentada:

A análise da documentação apresentada como prova dos serviços que ensejaram os pagamentos feitos pela Recorrente realmente não permite concluir que os serviços foram efetivamente prestados.

A tese defendida pela então Conselheira Relatora é a de que o artigo 61, §1º, da Lei 8.981/1995, impõe a responsabilidade da fonte pagadora pelo pagamento do imposto de renda (que deveria ter sido retido na fonte) relacionado a:

(i) pagamentos a beneficiário não identificado;

(ii) pagamentos ou entrega de recursos a terceiros ou sócios, acionistas ou titulares, na hipótese de não ser comprovada a operação ou a sua causa.

Desta feita, não se questionou que os beneficiários estão identificados. Assim, é fato que o lançamento ocorreu com base no § 1º do art. 61, ou seja, porque a autoridade autuante entendeu que não restou comprovada a operação ou sua causa.

E segue concluindo que, a causa das operações, em alguns casos, também está comprovada, já que, à exceção de alguns pagamentos foram apresentados contratos e relatórios cuja veracidade não foi contestada.

Portanto, entendeu a Relatora que *a causa das operações está comprovada (i.e., execução de serviços de cobrança ou de estruturação de operações bancárias, conforme o caso), o que se questiona na verdade é a existência da operação em si. De fato, a fiscalização não coloca em dúvida a natureza dos pagamentos mas sim questiona se foram prestados os serviços para os quais foi realizado o pagamento.*

E nesse sentido arrematou concluindo que:

Se o fisco entende que tais operações/causas não existiram (ou seja, que os serviços respectivos não foram efetivamente prestados) ele está, como defende a Recorrente, a "glosar a causa", o que até pode ser base para a glosa da despesa, mas não para o lançamento do IRRF, porque ausentes os requisitos legais para tanto.

De fato, a tese vencedora apresenta clara contradição com parte da ementa formalizada, senão vejamos:

IRRF LANÇADO SOB A ALEGAÇÃO DE QUE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO FOI COMPROVADA. LANÇAMENTO INSUBSISTENTE. SERVIÇOS INTELECTUAIS QUE PRODUZEM RESULTADO IMATERIAL. PROVA DA PRESTAÇÃO PRODUZIDA PELO CONTRIBUINTE E NÃO INFIRMADA PELA FISCALIZAÇÃO.

Não subsiste o lançamento do IRRF com base no artigo 61 da Lei 8.981/1995 (art. 674 do RIR/99) quando a fiscalização se limita a questionar a efetividade dos serviços prestados. Tal argumento até pode ser base para a glosa da despesa, mas não para o lançamento do IRRF.

A prova da prestação de serviços intelectuais como a estruturação de operações de crédito se faz mediante a apresentação dos respectivos contratos, dos relatórios de produção, de documentos que comprovem a existência das operações estruturadas e das notas fiscais. Se, mesmo diante de tais evidências, o fisco insiste que os serviços não foram efetivamente prestados, é dele o ônus de desconstituir tais provas, não sendo admissível presumir que os serviços não existiram pelo simples fato de se tratar de pessoas ligadas à fonte pagadora.

De fato, a tese infirmada no Acórdão embargado perpassa pelo ônus do Fisco em comprovar a inexistência efetiva das operações, ainda mais quando há identificação do beneficiário e da causa.

Entretanto, am momento algum concluiu que os serviços foram efetivamente prestados, pelo contrário, afirma que *da análise da documentação apresentada como prova dos serviços que ensejaram os pagamentos feitos pela Recorrente realmente não permite concluir que os serviços foram efetivamente prestados.*

Assim é que, entendo que devem ser acolhidos os presentes embargos, sem efeitos infringentes, para sanar a contradição indicada, com a correção do texto da ementa do Acórdão embargado, que passa a ter a seguinte redação:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano-calendário: 2011

IRRF LANÇADO SOB A ALEGAÇÃO DE QUE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO FOI COMPROVADA. LANÇAMENTO INSUBSISTENTE. BENEFICIÁRIOS E CAUSA PARCIALMENTE COMPROVADAS.

Não subsiste o lançamento do IRRF com base no artigo 61 da Lei 8.981/1995 (art. 674 do RIR/99) quando a fiscalização se limita a questionar a efetividade dos serviços prestados. Tal argumento até pode ser base para a glosa da despesa, mas não para o lançamento do IRRF.

Se o fisco entende que tais operações/causas não existiram (ou seja, que os serviços respectivos não foram efetivamente prestados) ele está, como defende a Recorrente, a "glosar a causa", o que até pode ser base para a glosa da despesa, mas não para o lançamento do IRRF, porque ausentes os requisitos legais para tanto.

Se, mesmo diante das evidências apresentadas pelo contribuinte, que identificam beneficiário e a causa, o fisco insiste que os serviços não foram efetivamente prestados, é dele o ônus de desconstituir tais provas, não sendo admissível presumir que os serviços não existiram pelo simples fato de se tratar de pessoas ligadas à fonte pagadora.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011.

MULTA QUALIFICADA. DUPLICAÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. CANCELAMENTO.

A aplicação da penalidade qualificada requer que a conduta esteja associada a alguma das condições previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Se a Fiscalização não demonstra, de maneira explícita, uma eventual conduta, em tese, dolosa por parte da Fiscalizada, não pode prevalecer à multa qualificada, devendo-se proceder ao seu cancelamento, mantendo-se a multa de ofício em seu patamar típico, de 75%.

Face ao exposto, oriento meu voto no sentido de acolher os embargos, sem efeitos infringentes, para sanar a contradição indicada no acórdão.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva