



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

Processo n° 13896.723083/2016-99
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.733 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2019
Matéria GLOSA DE DESPESAS
Recorrente SOG - OLEO E GAS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011,2012,2013

PRAZO DECADENCIAL. DOLO. INÍCIO DA CONTAGEM.

Havendo dolo na conduta do sujeito passivo, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN.

GLOSA DE DESPESAS.

Considera-se matéria não impugnada, não se instaurando o litígio, a acusação fiscal de que o contribuinte reduziu indevidamente o lucro líquido, mediante a apropriação de despesas não necessárias e de despesas não comprovadas, quando a peça de defesa não traz qualquer irresignação do impugnante sobre o tema, nem mesmo em relação à apuração dos tributos devidos.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/96, quando restar demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, nas hipóteses tipificadas no art. 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64.

IRRF E GLOSA DE DESPESAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM.

Não se configura bis in idem a cobrança simultânea de IRRF e de IRPJ, uma vez que se trata de fatos geradores distintos e não há vedação legal à simultaneidade entre as respectivas cobranças.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS DE ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. APÓS ENCERRAMENTO DO EXERCÍCIO. CABIMENTO.

Cabível a multa exigida isoladamente, quando a pessoa jurídica sujeita ao pagamento mensal do IRPJ, determinada sobre a base de cálculo estimada, deixar de efetuar o seu recolhimento dentro do prazo legal de vencimento, por expressa previsão legal. A referida multa é aplicável quando a falta é

detectada após o encerramento do exercício de apuração da base de cálculo destes tributos, por interpretação lógica do disposto no artigo 44, II, b da Lei 9.430/96.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS.

A partir do advento da MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos: i) negar conhecimento ao recurso voluntário do responsável tributário Augusto Ribeiro Mendonça Neto e ii) negar provimento ao recurso voluntário da contribuinte, com exceção das alegações tratadas nos itens "glosa de despesas e exigência de IRRF relativo a pagamento sem causa" e "aplicação concomitante da multa de ofício com a multa isolada (ano-calendário de 2013)", às quais foi negado provimento por voto de qualidade, vencido o Relator acompanhado pelos Conselheiros Lucas Bevilacqua Cabianca, Junia Roberta Gouveia Sampaio e Eduardo Morgado Rodrigues, sendo designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Evandro Correa Dias.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias- Redator designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Paulo Mateus Ciccone, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Evandro Correa Dias, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Eduardo Morgado Rodrigues (Suplente

Convocado), e Edeli Pereira Bessa (Presidente). Ausente o conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, substituído pelo conselheiro Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata-se de julgamento de Recurso Voluntário interposto face v. acórdão que julgou improcedente a impugnação da Recorrente e de seu coobrigado responsável solidário, conforme muito bem explanado no relatório do v. acórdão recorrido.

Antes de colacionar o relatório do v. acórdão recorrido, apresentarei um resumo:

O trabalhos fiscais forma encerrados parcialmente no PAF 13896.723.262/2015-45, e nos presentes autos, a fiscalização apurou fatos dos períodos correspondentes aos anos-calendário de 2012 e 2013, assim como fatos do ano-calendário de 2011, que ainda não haviam sido identificados quando do encerramento parcial do outro processo.

O sujeito passivo adotou o regime tributário do Lucro Real, com apuração trimestral do IR e da CSLL para os anos – calendários de 2010 e 2011. E, apuração anual do IR e da CSLL para os anos-calendário de 2012 e 2013.

No período sob fiscalização o sujeito passivo adotou o regime tributário do Lucro Real, com apuração trimestral do IR e da CSLL nos anos-calendário 2011 e apuração anual do IR e da CSLL nos anos-calendário de 2012 e 2013.

A Fiscalização decidiu autuar a Recorrente por: 1 - glosa de despesas relativas a serviços que não existiram de fato, contratados entre empresas pertencentes ao mesmo grupo familiar e empresas simuladas de acusados na operação Lava Jato, visando repassar propina para vencer licitação de contratos junto a Petrobrás e 2 - exigência de IRRF sobre pagamentos sem causa.

As despesas consideradas não dedutíveis e os pagamentos supostamente sem causa decorreram da desclassificação de negócios jurídicos: (a) serviços tidos por não prestados (fictícios) tomados pelos consórcios INTERPAR e CMMS, (controlados pela SOG que detinha 33,33% de participação nos dois consórcios), junto às empresas Setec, IS Marketing, Akyzo, Riomarine, Gfd, Credencial, Gifer, Cib; (B) contrato de prestação de serviços e de fornecimento de tecnologia entabulado entre a recorrente (SOG) e a SETEC; e (C) contratos celebrados com empresa Gráfica Atitude, (D) contratos celebrados com empresa pertencente a familiares de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto (MSML), e (E) contratos celebrados com a empresa Toyo-Setal.

Em prosseguimento aos trabalhos fiscais encerrado parcialmente no PAF 13896.723.262/2015-45, a fiscalização apurou fatos dos períodos correspondente aos anos-

calendário de 2012 e 2013, assim como fatos do ano-calendário de 2011, que ainda não haviam sido identificados quando do encerramento parcial.

O total do auto de infração de IRPJ foi de R\$ 37.881.325,53, de CSLL foi de R\$ 13.637.277,15, e de IRRF foi de R\$ 76.462.115,69.

Objeto Social do Sujeito Passivo

O sujeito passivo é empresa organizada sob a forma de sociedade anônima de capital fechado cujo objeto social abrange: a) prestação de serviços de engenharia, arquitetura e a elaboração de projetos relacionados à exploração, refino e transporte de petróleo, seus derivados, gás e biocombustíveis, bem como destinados à indústria petroquímica, fertilizantes, infra-estrutura e indústria da construção civil; b) comercialização, importação, exportação, inspeção, diligenciamento e revenda, em nome próprio ou através de terceiros, de equipamentos, máquinas e materiais; c) construção de gasodutos e de unidades industriais para as atividades relacionadas à exploração e refino de petróleo e gás; d) participação em outras sociedades como sócia ou acionista; e) prestação de serviços na área de Energia Nuclear, Termelétrica, Eólica, Solar, Pequenas Centrais Hidrelétricas, Subestações de Energia e Indústria da Construção Civil, execução de obras de construção civil, hidráulica, elétrica e de outras semelhantes, instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos, montagem eletromecânica e outros serviços relacionados à indústria da construção civil e f) gerenciamento, acompanhamento, fiscalização e diligenciamento da execução de obras de engenharia.

O sujeito passivo adotou o regime tributário do Lucro Real, com apuração trimestral do IR e da CSLL para os anos – calendários de 2010 e 2011. E, apuração anual do IR e da CSLL para os anos-calendário de 2012 e 2013.

No período sob fiscalização o sujeito passivo adotou o regime tributário do Lucro Real, com apuração trimestral do IR e da CSLL nos anos-calendário de 2010 e 2011 e apuração anual do IR e da CSLL nos anos-calendário de 2012 e 2013.

Controle Societário

De acordo com o informado na Ficha 60 das DIPJs do período sob fiscalização, o controle societário da empresa era detido pelas empresas Lineal Participações S.A. (58%), e Latinvest Participações S.A. (48%).

A Ata da Assembléia Geral Extraordinária do sujeito passivo, realizada em 20/01/15, informa que em 13/01/15 a acionista Lineal Participações S.A. adquiriu a totalidade das ações de propriedade da Latinvest Participações S.A., passando a deter a integralidade do capital social do sujeito passivo.

Grupo Ribeiro de Mendonça

A Lineal Participações S.A., empresa controladora do sujeito passivo durante o período sob fiscalização e atualmente detentora da integralidade do seu capital social, é por sua vez controlada direta e indiretamente por pessoas de um mesmo grupo familiar, integrantes da família Ribeiro de Mendonça.

Luciana Ribeiro de Mendonça e Roberta Ribeiro de Mendonça Funicello são filhas de Roberto Ribeiro de Mendonça. Carolina Folegatti Ribeiro de Mendonça e Karin Folegatti Ribeiro de Mendonça são filhas de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto. Augusto, Roberto e Maria Stela são irmãos.

A partir das Fichas Jucesp e das informações declaradas em DIPJs a fiscalização montou o Anexo I, o qual demonstra as participações societárias detidas pela família Ribeiro de Mendonça em 31/12/13.

Destaca-se, no Anexo I, as participações societárias de Roberto Ribeiro de Mendonça e Augusto Ribeiro de Mendonça Neto na empresa PEM Engenharia, a qual por sua vez controlava praticamente a totalidade do capital da Tipuana Participações Ltda., Projotec Projetos e Tecnologia Ltda. e Setec Tecnologia Ltda.

DA OPERAÇÃO LAVA JATO

O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Embora a investigação tenha avançado para outras organizações criminosas, o nome inicial se consagrou.

No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobrás.

Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa.

As empreiteiras - Em um cenário normal, empreiteiras concorreriam entre si, em licitações, para conseguir os contratos da Petrobras, e a estatal contrataria a empresa que aceitasse fazer a obra pelo menor preço. Neste caso, as empreiteiras se cartelizaram em um “clube” para substituir uma concorrência

real por uma concorrência aparente. Os preços oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal. O cartel tinha até um regulamento, que simulava regras de um campeonato de futebol, para definir como as obras seriam distribuídas. Para disfarçar o crime, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a distribuição de prêmios de um bingo.

Funcionários da Petrobras - As empresas precisavam garantir que apenas aquelas do cartel fossem convidadas para as licitações. Por isso, era conveniente cooptar agentes públicos. Os funcionários não só se omitiam em relação ao cartel, do qual tinham conhecimento, mas o favoreciam, restringindo convidados e incluindo a ganhadora dentre as participantes, em um jogo de cartas marcadas. Segundo levantamentos da Petrobras, eram feitas negociações diretas injustificadas, celebravam-se aditivos desnecessários e com preços excessivos, aceleravam-se contratações com supressão de etapas relevantes e vazavam informações sigilosas, dentre outras irregularidades.

Operadores financeiros - Os operadores financeiros ou intermediários eram responsáveis não só por intermediar o pagamento da propina, mas especialmente por entregar a propina disfarçada de dinheiro limpo aos beneficiários. Em um primeiro momento, o dinheiro ia das empreiteiras até o operador financeiro. Isso acontecia em espécie, por movimentação no exterior e por meio de contratos simulados com empresas de fachada. Num segundo momento, o dinheiro ia do operador financeiro até o beneficiário em espécie, por transferência no exterior ou mediante pagamento de bens.

Acesso Público às Denúncias do MPF e Compartilhamento de Documentação Probatória com a RFB

O Ministério Público Federal - MPF tornou pública a consulta a alguns dos processos judiciais formalizados no âmbito da Operação Lava Jato, fornecendo para tanto a respectiva chave de acesso. Desta forma, duas denúncias oferecidas pelo MPF contra Augusto Ribeiro de Mendonça Neto e outros se tornaram públicas, permitindo consulta também a toda a documentação probatória apresentada pelo MPF, assim como aos acordos de colaboração premiada firmados com Augusto Ribeiro de Mendonça Neto e outros.

Além do acesso público à documentação probatória juntada às denúncias oferecidas pelo MPF o compartilhamento com a RFB dos Acordos de Colaboração Premiada homologados pela Justiça Federal, entre eles aqueles firmados com Augusto Ribeiro de Mendonça Neto e Julio Gerin de Almeida Camargo, foi deferido pelo Juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, conforme decisão datada de 16/06/15, e encaminhado pelo Ministério Público Federal por meio do Ofício nº 5216/2015 - PRPR datado de 26/06/15.

Ainda, o acesso ao processo que controla o Acordo de Leniência celebrado pela SOG – Óleo e Gás S.A., Setec Tecnologia S.A., e pessoas físicas vinculadas a essas empresas, com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, também foi compartilhado com a RFB, conforme Ofício nº 4688/2015/CADE, de 31/08/15.

Os documentos referidos foram juntados a este processo administrativo fiscal que controla os autos de infração resultantes desta ação fiscal.

Inaptdão e Baixa de Ofício de Fornecedores

Augusto Mendonça declarou nos Termos de Colaboração que para vencer concorrência fraudulenta destinada a executar obras para a Petrobrás, na Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR, o Consórcio Interpar, integrado pela SOG, Mendes Junior Trading e Engenharia S.A., doravante denominada simplesmente “Mendes Junior”, e MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., doravante denominada simplesmente “MPE”, comprometeu-se a pagar propinas para funcionários de alto escalão daquela estatal, compreendendo Paulo Roberto Costa, Diretor de Abastecimento, e Renato Duque, Diretor de Serviços e Pedro Barusco, Gerente de Engenharia e funcionário subordinado a Renato Duque.

Augusto Mendonça ficou responsável pela negociação das propinas, ainda no curso do procedimento licitatório, com a concordância dos responsáveis pela Mendes Junior e MPE, e também pela operacionalização do pagamento das mesmas. A negociação e pagamento dos valores destinados a Paulo Roberto Costa foram tratados com José Janene, ex-deputado federal já falecido, e Alberto Youssef, pessoa indicada por José Janene. A negociação e pagamento dos valores destinados a Renato Duque e Pedro Barusco foram tratados diretamente com os mesmos. Posteriormente esses indicaram Dario Teixeira para operacionalizar os pagamentos dos valores que lhe eram destinados.

Com o propósito de operacionalizar o pagamento dessas propinas o Consórcio Interpar firmou contrato de prestação de serviços com a Setal Engenharia Construções e Perfurações S.A., denominação anterior da Setec Tecnologia S.A., doravante denominada simplesmente “Setec”, empresa do grupo empresarial de Augusto Mendonça. Os serviços contratados, de consultoria, assessoria, etc, pela Setec ao Consórcio Interpar teriam servido tão somente para justificar o pagamento de valores pelo Consórcio Interpar à Setec.

A fiscalização relata que as propinas negociadas no âmbito da Diretoria de Abastecimento da Petrobrás foram pagas pela Setec a empresas indicadas por Alberto Youssef: M.O. Consultoria Comercial e Laudos Estatísticos Ltda.-EPP, RCI Software e Hardware Ltda. e Empreiteira Rigidez Ltda. As propinas negociadas no âmbito da Diretoria de Serviços da Petrobrás

foram pagas pela Setec a empresas indicadas por Dario Teixeira que, segundo declarou Augusto Mendonça, o mesmo veio a saber mais tarde que pertenceriam a Adir Assad ou interpostas pessoas do mesmo: SM Terraplenagem Ltda., Power To Ten Engenharia Ltda., Legend Engenheiros Associados Ltda., Soterra Terraplenagem e Locação de Equipamentos Ltda. e Rock Star Marketing Ltda. Os pagamentos da Setec a essas empresas também foram amparados em contratos de prestação de serviços fictícios que a Setec celebrou com as mesmas. Ou seja, da mesma forma que a Setec não teria prestado serviços ao Consórcio Interpar, as empresas indicadas por Alberto Youssef e Dario Teixeira também não teriam prestados qualquer serviço à Setec. Os serviços contratados, de consultoria, aluguel de equipamentos e serviços de terraplenagem, não teriam sido prestados pelas empresas à Setec. A respeito dos pagamentos às empresas vinculadas a Adir Assad, Augusto Mendonça retificou declarações anteriores e afirmou que parte dos recursos, no valor equivalente a US\$ 6 milhões (seis milhões de dólares) não foram destinados ao pagamento de propinas para Renato Duque, da Diretoria de Serviços, mas depositados em empresa de sua propriedade sediada no exterior.

Augusto Mendonça declarou que em razão de a Setec ter contas bancárias bloqueadas à época, o Consórcio Interpar efetuou os pagamentos destinados à Setec para as contas bancárias de titularidade da Projotec Projetos e Consultoria Ltda., CNPJ nº 07.187.473/0001-99, doravante denominada simplesmente “Projotec”, e Tipuana Participações Ltda., CNPJ nº 01.568.303/0001-78, doravante denominada simplesmente “Tipuana”, empresas integrantes do grupo empresarial de Augusto Mendonça. Na sequência, a Setec instruiu a Projotec e a Tipuana para que repassassem os valores recebidos para as empresas indicadas por Alberto Youssef e Dario Teixeira. Ou seja, os valores devidos pelo Consórcio Interpar à Setec foram pagos diretamente à Projotec e Tipuana e estas, por sua vez, efetuaram os pagamentos às empresas indicadas por Alberto Youssef e Dario Teixeira.

Na RFB foram desenvolvidas diversas ações fiscais relativas a empresas envolvidas nas operações Saqueador, Monte Carlo e Lava Jato da Polícia Federal. No que diz respeito a esta fiscalização, foram declaradas inaptas e/ou posteriormente baixadas de ofício a inscrição no CNPJ das seguintes empresas, conforme Atos Declaratórios Executivos - ADE e respectivos processos administrativos-fiscais indicados a seguir, confirmando as declarações de Augusto Mendonça de que os contratos de prestação de serviços celebrados pela Setec com as mesmas eram fictícios, nunca tendo ocorrido qualquer prestação de serviços à Setec:

[...] Quadro apontando as empresas fictícias/declaradas inaptas. pag 7.

Rock Star Marketing Ltda.

Não foi localizada no respectivo endereço informado no CNPJ.

Reiteradamente intimada não apresentou qualquer documento, livro contábil ou resposta a esclarecimentos demandados pela fiscalização.

Os sócios, constituídos por pessoas físicas, também não foram localizados nos endereços informados no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF. Intimados por edital a prestar esclarecimentos e fornecer documentos não se manifestaram.

Em decorrência a inscrição da empresa no CNPJ foi declarada inapta, conforme ADE da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri nº 38, de 04/09/13, publicado no Diário Oficial da União de 05/09/13.

SM Terraplenagem Ltda.

Não foi localizada no respectivo endereço informado no CNPJ.

Os sócios, constituídos por pessoas físicas que também eram os mesmos sócios da empresa Rock Star Marketing Ltda. foram intimados inicialmente a regularizar a situação cadastral da empresa. Um dos sócios não foi localizado no endereço informado no CPF. O outro sócio respondeu informando que a empresa estava funcionando normalmente no local do seu domicílio fiscal, informação desmentida pela constatação “in loco” realizada por Auditor-Fiscal da RFB. Intimado a fornecer esclarecimentos e a apresentar documentos sobre a empresa não se manifestou.

Em decorrência a inscrição da empresa no CNPJ foi declarada inapta, conforme ADE da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri nº 12, de 08/09/11, publicado no Diário Oficial da União de 09/09/11.

Posteriormente, a inscrição da empresa no CNPJ foi baixada em função de a fiscalização também ter constatado que o contribuinte não dispunha de patrimônio e capacidade operacional necessários à realização do seu objeto social. A baixa, com efeitos a partir de 01/01/08, foi formalizada por meio do ADE da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri nº 31, de 29/08/14, publicado no Diário Oficial da União de 01/09/14.

Power To Ten Engenharia Ltda

Não foi localizada no respectivo endereço informado no CNPJ.

A empresa, conforme Ficha Jucesp, era controlada unipessoalmente por um sócio pessoa física que, intimado a prestar esclarecimentos e a fornecer documentos não se manifestou.

Em decorrência a inscrição da empresa no CNPJ foi declarada inapta, conforme ADE da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri n° 40, de 04/09/13, publicado no Diário Oficial da União de 05/09/13.

Posteriormente, a inscrição da empresa no CNPJ foi baixada em função de a fiscalização também ter constatado que o contribuinte não dispunha de patrimônio e capacidade operacional necessários à realização do seu objeto social. A baixa, com efeitos a partir de 03/03/08, foi formalizada por meio do ADE da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri n° 37, de 29/10/14, publicado no Diário Oficial da União de 30/10/14.

Soterra Terraplenagem e Locação de Equipamentos Ltda. – EPP

Não foi localizada no respectivo endereço informado no CNPJ.

A empresa, conforme Ficha Jucesp, era controlada unipessoalmente por um sócio pessoa física que, intimado a prestar esclarecimentos e a fornecer documentos não foi localizado no endereço informado no CPF. Esse sócio também figurava como sócio das empresas Rock Star Marketing Ltda. e SM Terraplenagem Ltda.

Em decorrência a inscrição da empresa no CNPJ foi declarada inapta, conforme ADE da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri n° 35, de 04/09/13, publicado no Diário Oficial da União de 05/09/13.

Posteriormente, a inscrição da empresa no CNPJ foi baixada em função de a fiscalização também ter constatado que o contribuinte não dispunha de patrimônio e capacidade operacional necessários à realização do seu objeto social. A baixa, com efeitos a partir de 01/01/09, foi formalizada por meio do ADE da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri n° 26, de 29/08/14, publicado no Diário Oficial da União de 01/09/14.

Legend Engenheiros Associados Ltda

Não foi localizada no respectivo endereço informado no CNPJ.

Os sócios, constituídos por pessoas físicas, não atenderam às reiteradas intimações da fiscalização para apresentar esclarecimentos e documentos.

Em decorrência a empresa foi intimada por meio do Edital de Intimação n° 24, de 02/05/14, da Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo, publicado no Diário Oficial da União de 07/05/14, a regularizar sua situação cadastral no CNPJ sob pena de sua inscrição nesse cadastro ser baixada de ofício.

Em face do não atendimento ao referido Edital de Intimação a inscrição da empresa no CNPJ foi baixada. A baixa, com efeitos a partir de 03/07/14, foi formalizada por meio do ADE da

Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo n° 190, de 27/06/14, publicado no Diário Oficial da União de 03/07/14.

Empreiteira Rigidez Ltda

Não foi localizada no respectivo endereço informado no CNPJ.

Os sócios, constituídos por pessoas físicas, não foram localizados para atender às intimações da fiscalização para apresentar esclarecimentos e documentos.

Foi constatada falta de capacidade operacional ou financeira da empresa ou de seus sócios para realizar seu objeto social.

Em decorrência a empresa foi intimada por meio do Edital de Intimação n° 03, de 06/03/15, da Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, publicado no Diário Oficial da União de 18/03/15, a regularizar sua situação cadastral no CNPJ sob pena de sua inscrição nesse cadastro ser baixada de ofício.

Em face do não atendimento ao referido Edital de Intimação a inscrição da empresa no CNPJ foi baixada. A baixa, com efeitos a partir de 27/07/15, foi formalizada por meio do ADE da Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo n° 336, de 22/05/15, publicado no Diário Oficial da União de 27/05/15.

RCI Software e Hardware Ltda

Não foi localizada no respectivo endereço informado no CNPJ.

Os sócios da empresa eram 4 pessoas físicas, das quais duas não foram localizadas para atender às intimações da fiscalização para apresentar esclarecimentos e documentos. Um dos demais sócios foi eficazmente intimado pela fiscalização para dar declarações e não compareceu ou justificou sua ausência, nada esclarecendo. Finalmente, o sócio remanescente, conforme Ficha Cadastral da Jucesp, prestou declarações à fiscalização e negou que tivesse sido sócio da empresa, que conhecesse os demais sócios, assim como não reconheceu como sua a assinatura que figurava em seu nome nos documentos societários.

Foi constatada falta de capacidade operacional ou financeira da empresa ou de seus sócios para realizar seu objeto social.

Em decorrência a empresa foi intimada por meio do Edital de Intimação n° 03, de 06/03/15, da Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, publicado no Diário Oficial da União de 18/03/15, a regularizar sua situação cadastral no CNPJ sob pena de sua inscrição nesse cadastro ser baixada de ofício.

Em face do não atendimento ao referido Edital de Intimação a inscrição da empresa no CNPJ foi baixada. A baixa, com efeitos a partir de 27/07/15, foi formalizada por meio do ADE da

Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo n° 336, de 22/05/15, publicado no Diário Oficial da União de 27/05/15.

IS Marketing Comunicação Ltda.

Por meio do TIF n° V-62, lavrado em 18/05/16, fiscalização intimou a empresa a apresentar, entre outros elementos, documentação pertinente ao contrato de prestação de serviços celebrado com o Consórcio Interpar em 01/08/13.

Por intermédio da correspondência datada de 09/06/16, recebida em 16/06/16, por via postal, a IS Marketing atendeu parcialmente ao demandado no TIF n° V-63.

Relativamente aos valores do Consórcio Interpar que, supostamente, deveriam remunerar a IS Marketing para executar os objetivos definidos no contrato de prestação de serviços, a empresa informou que: "Os valores recebidos do referido consórcio, retida a taxa administrativa da ora manifestante, foram distribuídos, por determinação do consórcio contratante, a título de premiação, às empresas e pessoas físicas.

Com suporte nos valores informados pela IS Marketing, dos R\$ 4.600.000,00 recebidos pela empresa do Consórcio Interpar, foram distribuídos R\$ 4.527.732,44, sendo R\$ 4.513.232,44 a 11 pessoas jurídicas e 5 pessoas físicas e R\$ 14.500,00 a beneficiários não identificados. O restante, no montante de R\$ 72.267,56 foi retido pela IS Marketing como efetiva remuneração pelos seus serviços, a título de "taxa de administração", completamente dissociado do previsto contratualmente.

Akyzo - Assessoria e Negócios Ltda

Por meio do TIF lavrado em 15/07/15 a empresa foi intimada a fornecer informações relativas a todos os contratos de prestação de serviços executados nos anos-calendário de 2010 a 2013 compreendendo, entre outros quesitos, a apresentação de cópia dos contratos celebrados, notas fiscais emitidas, comprovantes de recebimento dos respectivos valores, cópia da documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços, identificação dos profissionais envolvidos e respectiva qualificação técnica.

Após diversas reintimações, por meio do Termo de Constatação e Reintimação Fiscal 03, lavrado em 16/11/15, a fiscalização fez constar que decorridos 4 meses desde a ciência do TIF lavrado em 15/07/15 a Akyzo não atendeu a praticamente nada do solicitado, excetuando-se o fornecimento de cópia de seu contrato social. Nesse ínterim a empresa insistiu em questionar a forma pela qual estava sendo intimada e se absteve de atender ao conteúdo da intimação. Em decorrência foi reintimada a apresentar os esclarecimentos e documentos elencados no mencionado TIF.

Por meio do Termo de Constatação e Reintimação Fiscal 04, lavrado em 18/02/16, a fiscalização reintimou pela 4ª vez a

Akyzo a apresentar os elementos listados no TIF lavrado em 15/07/15, registrando que até aquele momento, decorridos 6 meses desde o início do procedimento fiscal, a empresa havia apresentado apenas cópia do contrato social, cópia do Livro Registro de Empregados e cópia dos Livros Diário. A fiscalização fez constar que o não atendimento à reintimação no prazo de 10 dias resultaria "na descaracterização das operações efetuadas pela empresa, por falta de comprovação e demonstração da efetiva capacidade operacional, sem prejuízo das demais penalidades previstas na legislação".

GFD Investimentos Ltda

No curso do procedimento fiscal os auditores responsáveis representaram pela baixa de ofício da inscrição da GFD no CNPJ tendo em vista, resumidamente, que: a) a empresa não foi encontrada no domicílio declarado à RFB; b) falsidade ideológica na identificação dos reais sócios quotistas; c) fraude na integralização do capital social inicial; d) inexistência de pessoa habilitada a responder pela empresa perante a RFB e e) inabilitação técnica da empresa para cumprir seu objeto social.

Por meio do Ato Declaratório Executivo nº 490, da DERAT em São Paulo, datado de 21/07/15 e publicado no D.O.U de 23/07/15, foi baixada de ofício a inscrição da GFD no CNPJ pela constatação da sua inexistência de fato.

Credencial Construtora Empreendimentos e Representações Ltda. - EPP

Por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal lavrado em 15/07/15 a Credencial foi intimada a apresentar documentação pertinente a todos os serviços executados no período correspondente aos anos calendário de 2010 a 2013. Entre esses documentos foi solicitada a apresentação do acervo técnico dos trabalhos realizados, com informação dos projetos, especificações técnicas, montagens, instalações, construções, manutenções, tempo de duração da obra, etc. e o currículo profissional dos indivíduos que executaram a prestação dos serviços. Por meio das correspondências datadas de 07 e 31/08/15 a Credencial forneceu parte da documentação solicitada. Por meio do TIF nº 01, lavrado em 10/12/15, a fiscalização solicitou documentação complementar a qual foi fornecida pela Credencial por meio da correspondência datada de 25/01/16.

A fiscalização concluiu que a Credencial não reunia as mínimas condições técnicas, operacionais e de pessoal para prestar os serviços contratados. Enfatizou em suas conclusões que "não nos parece crível que uma empresa que faturou nos anos de 2010 a 2015 um valor total de R\$ 36.646.617,93 possa ter prestado esses serviços sem dispor de um quadro de funcionários qualificados, como podemos comprovar consultando a base de dados da RFB, onde não constam qualquer recolhimento de contribuição previdenciária ou informação, desde a constituição da empresa, de movimentação de segurados através da entrega

das GFIP - Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, ou mesmo retenções de imposto de renda na fonte declarada através de DIRF - Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte, relativo à prestação de serviços por empregados ou prestadores de serviços pessoa física (autônomos), e também em todas as DIPJ -Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica, destes anos calendários, estas empresas declararam não possuir nenhum funcionário ou custos referentes às despesas com pessoal, e também não existe informações que estas empresas tenham contratado uma outra Pessoa Jurídica que poderia ter fornecido mão de obra temporária ou terceirizada. Também não conseguimos através da análise da contabilidade identificar custos ou despesas para a geração das receitas declaradas, muito pelo contrário, quase a totalidade dos recursos auferidos pela empresa são distribuídos aos seus sócios ou transferidos para terceiros não identificados. Quase todos os documentos apresentados pela empresa para a comprovação da real prestação dos serviços não foram produzidos pela CREDENCIAL, no muito estes documentos apenas contem carimbos com a marca da empresa, e foram produzidos pelos próprios tomadores de serviços, tais como catálogos de peças e equipamentos, editais, especificações, contratos de terceiros, etc."

Gifer Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda

Por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal lavrado em 15/07/15 a Gifer foi intimada a apresentar documentação pertinente a todos os serviços executados no período correspondente aos anos calendário de 2010 a 2013. Entre esses documentos foi solicitada a apresentação, na hipótese de ter prestado serviços de consultoria/assessoria, cópia de relatórios técnicos, estudos, memoriais, planilhas, pareceres, atas de reunião, relatórios de viagem, comprovantes de viagem efetuadas pelos prestadores e demais documentos que se prestassem a comprovar de forma cabal a efetiva prestação dos serviços. Foi solicitada também cópia da documentação identificando o pessoal técnico disponibilizado pela prestadora de serviços para a realização de trabalhos de consultoria/assessoria, assim como da respectiva qualificação técnica, indicando se possuíam registro no CRA - Conselho Regional de Administração ou em qualquer outra entidade fiscalizadora do exercício regular de suas profissões. Por meio de correspondência sem data a Gifer forneceu parte da documentação solicitada. Por meio do TIF nº 01, lavrado em 11/12/15, a fiscalização solicitou documentação complementar a qual foi fornecida pela Gifer por meio da correspondência datada de 25/01/16.

Após análise da documentação apresentada a fiscalização observou, primeiramente, que o somatório do valor das notas fiscais emitidas, vinculadas ao contrato celebrado com o Consórcio CMMS, totaliza R\$ 4.405.013,00 e não R\$ 5.000.000,00, correspondendo a uma diferença no montante

de R\$ 594.987,00 (R\$ 5.000.000,00 - R\$ 4.405.013,00 = R\$ 594.987,00). Em segundo lugar as notas fiscais fazem menção a três contratos diferentes, referências SE/063/2010, SE/A01/2012 e SE/A02/2012, enquanto que no Anexo C a Gifer não informou qualquer referência para o contrato que teria sido celebrado com o Consórcio CMMS. Apesar de intimada a fazê-lo a Gifer não apresentou cópia do(s) suposto(s) contrato(s) celebrado(s) com o Consórcio CMMS. Desta forma não foi possível a fisclização apurar qual o objeto do(s) contrato(s), obrigações das partes contratantes, valores envolvidos e prazos de pagamento. Ou seja, as informações da Gifer no memorial apresentado, de que se refere à venda de um conceito para o Consórcio CMMS, não pode ser constatada de forma independente.

Não foi apresentada pela Gifer, apesar de intimada a fazê-lo, a identificação e qualificação técnica dos profissionais envolvidos no desenvolvimento da prestação de serviços. A empresa, conforme consulta aos sistemas administrados pela RFB (GFIP e DIRF), não declarou a existência de funcionários ou a contratação de prestadores de serviços pessoa jurídica no período correspondente aos anos-calendário de 2011 a 2013. O único profissional identificado foi Luiz Fernando Rossini Pugliesi, CPF nº 255.024.728-09, sócio da Gifer, cuja formação profissional é a advocacia. Considerando-se que a natureza dos supostos serviços prestados é eminentemente técnica, na área da engenharia de processamento e refino de petróleo e derivados, pois envolveriam a implantação na Refinaria de Paulínia da Petrobrás - REPLAN de uma denominada UHDT - Unidade de Hidrotratamento para processamento de diesel com alto teor de enxofre, a fiscalização entendeu ser inverossímil que não tenham sido identificados profissionais com a correspondente habilitação e experiência técnica no assunto, com capacitação para desenvolver os serviços ao Consórcio CMMS.

Toyo Setal Empreendimentos Ltda

Conforme o Anexo I a este termo, demonstrando as participações societárias da família Ribeiro de Mendonça em 31/12/13, a Toyo Setal é uma joint-venture controlada de forma paritária e indireta pela SOG e pela empresa japonesa Toyo Engeneering Corporation.

Por meio do TIF nº V-41, lavrado em 14/12/15, do qual a Toyo Setal tomou ciência por via postal em 16/12/15, a fiscalização intimou a empresa a fornecer, no prazo de 20 (vinte) dias, documentação pertinente a notas fiscais, faturas, avisos de lançamento emitidos para diversas contrapartes no período de 10/05/12 a 31/12/13, entre elas para a SOG, assim como cópia de contratos, comprovantes de recebimento, documentação comprobatória da prestação de serviços ou de fornecimento de mercadorias, identificação e qualificação dos profissionais que prestaram referidos serviços e outros documentos.

Por meio da correspondência datada de 01/02/16 a Toyo Setal forneceu parte da documentação solicitada, esclarecendo que no período de referência (10/05/12-31/12/13) manteve relacionamento comercial apenas com a SOG e o Consórcio SPS. Não apresentou nenhuma documentação comprobatória da efetiva prestação de serviços à SOG/Consórcio SPS, assim como aquela pertinente à identificação e qualificação dos profissionais responsáveis pela execução dos mesmos.

A Toyo Setal foi intimada a apresentar a documentação comprobatória da efetiva prestação de serviços à SOG em diversas oportunidades, conforme o subitem 3.8.3 do TVF. Apenas após ser intimada nesse sentido pela terceira vez, por meio do TIF nº V-55, a Toyo Setal apresentou alguns documentos com esse intuito por intermédio da correspondência datada de 28/02/16.

A fiscalização entendeu que os documentos encaminhados pela Toyo Setal para comprovar a efetiva prestação de serviços à SOG, descritos nas notas fiscais relacionadas no subitem 3.8.3.1 do TVF, não lograram êxito. No que se refere às notas fiscais nº 7, 8 e 27, nenhuma documentação comprobatória foi fornecida. No que se refere às demais notas fiscais de prestação de serviços, os esclarecimentos prestados demonstrando como foram calculados os valores das mesmas deixam claro que se referem a encontros de contas entre a Toyo Setal e a SOG, envolvendo também uma terceira empresa, a EBR. Não se referem a prestação de serviços como informado nos documentos fiscais.

Contratos de Administração de Recursos Financeiros de Setec com Tipuana e Projotec

A Setec, empresa do grupo empresarial de Augusto Mendonça, celebrou em 01/01/08, por tempo indeterminado, contratos de administração de recursos financeiros com suas empresas coligadas Tipuana e Projotec. Cópias dos referidos contratos, juntados no processo que controla os Autos de Infração lavrados em decorrência da presente fiscalização, foram fornecidos pelas respectivas empresas no âmbito de ações fiscais desenvolvidas junto às mesmas.

Por meio dos contratos a Tipuana e a Projotec prestavam serviços de administração de recebimentos e pagamentos em nome da Setec, isto é, o fluxo financeiro de determinados recebimentos destinados à Setec eram pagos à Tipuana e ou à Projotec, assim como o fluxo de determinados pagamentos a encargo da Setec eram efetuados pela Tipuana e ou pela Projotec. Como remuneração pelos serviços os contratos estipulavam que a Tipuana e a Projotec fariam jus “à receita financeira obtida no mercado financeiro com os recursos financeiros por ela administrados” em decorrência dos contratos.

A fiscalização afirma que os mencionados contratos servem para amparar o fato de determinados pagamentos de despesas e custos com a prestação de serviços tomados pelo Consórcio

Interpar e pela SOG da Setec cujos comprovantes foram fornecidos à fiscalização, foram em parte efetuados a favor de contas bancárias de titularidade da Tipuana e ou da Projetec, por conta e ordem da Setec e não diretamente à Setec. Da mesma forma, os pagamentos dos supostos serviços que teriam sido prestados à Setec pelas empresas RCI, M.O. Consultoria, Empreiteira Rigidez, SM Terraplenagem, Legend, Power To Ten, Soterra e Rock Star, foram pagos pela Tipuana e Projetec por conta e ordem da Setec e não diretamente pela Setec.

Confirmando a utilização da Tipuana e da Projetec para a realização de pagamentos, transcrevem-se declarações prestadas por Augusto Mendonça:

a) no Termo de Colaboração nº 06, na data de 29/10/14:

*“QUE na realidade os pagamentos feitos em nome da **SETEC** se deram mediante contas titularizadas pelas empresas **TIPUANA** e **PROJETEC**, ambas do declarante, uma vez que a **SETEC** tinha a conta corrente bloqueada à época;” (grifo nosso)*

b) no Termo de Colaboração nº 07, na data de 30/10/14:

*“QUE para gerar a saída de recursos do consórcio, a **SETEC** e a **PEM ENGENHARIA** fizeram contratos simulados com as seguintes empresas: **LEGEND**, **SOTERRA**, **POWER**, **SM TERRAPLENAGEM** e **ROCKSTAR**; QUE essas empresas eram pagas na sua grande maioria por transferências bancárias por conta e ordem da **SETEC**, das contas das empresas **TIPUANA** E **PROJETEC**, e as empresas destinatárias disponibilizavam reais em espécie ou remetiam os valores ao exterior;”*

A fiscalização consultou no sistema GFIP, que a Tipuana não declarou a existência de um único empregado no período 2010 a 2013. A Projetec, por sua vez, declarou a existência de um empregado no período de jan/2010 a jan/2012 e nenhum trabalhador no período de fev/2012 a dez/2013. O funcionário declarado pela Projetec possuía a ocupação funcional com o código 2524, correspondente a "profissionais de recursos humanos".

INFRAÇÕES APURADAS

Custos e Despesas Não Comprovados

Despesas do Consórcio Interpar com Serviços Não Prestados

Despesas do Consórcio Interpar com Setec Tecnologia S.A

Como declarado por Augusto Mendonça no âmbito do Acordo de Colaboração Premiada firmado com o Ministério Público Federal - MPF, para viabilizar o pagamento de propinas a agentes públicos o Consórcio Interpar, liderado pelo sujeito passivo, celebrou um contrato de prestação de serviços ideologicamente falso com a Setal Engenharia Construções e Perfurações S.A., CNPJ nº 61.413.423/0001-28, denominação

anterior da Setec Tecnologia S.A., doravante denominada simplesmente “Setec”, o qual foi posteriormente complementado por dois aditivos.

Planilha juntada por Augusto Mendonça no processo penal nº 5012331-04.2015.4.04.7000, relaciona todas as notas fiscais e documentos emitidos pela Setec ao Consórcio Interpar, vinculados aos referidos contratos, assim como os valores dos rendimentos brutos e líquidos pagos, datas de emissão desses documentos, datas dos pagamentos, empresa beneficiária dos valores, no caso Tipuana ou Projotec por conta e ordem da Setec, e banco e conta-corrente em que os recursos foram depositados.

Cópia do contrato de prestação de serviços celebrado pelo Consórcio Interpar com a Setec, dos respectivos aditivos, das notas fiscais e avisos de lançamento emitidos pela Setec ao Consórcio Interpar e dos comprovantes de pagamento do Consórcio Interpar à Setec, a favor de contas titularizadas pela Projotec e Tipuana, foram juntados ao processo administrativo fiscal que controla os autos de infração resultantes desta ação fiscal.

O sujeito passivo foi intimado a comprovar a efetiva prestação de serviços que lhe teriam sido prestados, ou aos consórcios de empresas de que participou no período sob fiscalização, por diversas empresas, incluindo-se a Setec, conforme item 7 e subitens 7.4 e 7.5 do Termo de Início da Ação Fiscal. Foi reintimado por meio do item 2 e subitens 2.4 e 2.5 do TIF nº 02 e por meio do item 2 do TIF nº 03, nada apresentando a esse respeito.

Em razão do exposto, a fiscalização entendeu provado que as despesas contabilizadas pelo Consórcio Interpar em decorrência dos pagamentos à Setec basearam-se em contratos de prestação de serviços simulados, não tendo ocorrido qualquer prestação de serviços pela Setec ao Consórcio Interpar, justificando a plena glosa dessas despesas.

Despesas do Consórcio Interpar com IS Marketing Comunicação Ltda

Por meio do TIF nº 26, lavrado em 04/05/16, a fiscalização intimou a SOG a apresentar documentação e esclarecimentos relativos a pagamentos efetuados à IS Marketing, compreendendo aqueles realizados pela própria SOG e/ou consórcios dos quais participou no período sob fiscalização.

Por meio da correspondência datada de 13/05/16 a SOG encaminhou parte da documentação solicitada, esclarecendo que o contrato com a IS Marketing havia sido celebrado pelo Consórcio Interpar. Não apresentou nenhuma documentação comprobatória de que os serviços haviam sido prestados, assim como a identificação e qualificação dos profissionais que os teriam executado. Limitou-se a informar que os documentos encaminhados à fiscalização já haviam sido enviados ao

Ministério Público Federal do Paraná, "fazendo parte do processo de leniência da empresa Sog Óleo e Gás S/A".

Nos Termos de Declaração n° 05 e 06, prestados na data de 22/03/16 por Augusto Mendonça, o mesmo afirmou que a IS Marketing foi utilizada para gerar caixa dois para a Setec e para a PEM Engenharia, mediante a emissão de notas fiscais sem a respectiva prestação de serviços às empresas. Acrescentou que na sequência os recursos poderiam ser devolvidos em espécie à Setec/PEM Engenharia ou a IS Marketing efetuava o depósito dos mesmos nas contas no exterior indicadas pelos ex-funcionários da Petrobrás Renato Duque e Pedro Barusco, e pelo operador Mario Goes. Não soube informar os valores pagos individualmente a Renato Duque e a Pedro Barusco.

Augusto Mendonça afirmou nos termos de declaração ora referidos, os pagamentos efetuados pelo Consórcio REPAR, referindo-se ao Consórcio Interpar, à IS Marketing, à exemplo do que ocorreu com os pagamentos efetuados pela Setec e PEM Engenharia, empresas das quais Augusto Mendonça era dirigente e sócio, também se prestavam a gerar "caixa dois" para o Consórcio Interpar viabilizar o pagamento de propinas a ex-funcionários da Petrobrás.

Despesas do Consórcio Interpar com Akyzo

Por meio do TIF n° 14, lavrado em 28/10/15, intimamos a SOG a apresentar documentação e esclarecimentos relativos a pagamentos efetuados a diversas empresas, entre as quais a Akyzo, compreendendo aqueles realizados pela própria SOG e/ou consórcios dos quais participou no período sob fiscalização.

Por meio da correspondência datada de 13/11/15 a SOG forneceu parte da documentação solicitada, encaminhando cópia da nota fiscal emitida pela Akyzo ao Consórcio Interpar e do respectivo comprovante de pagamento. Os serviços discriminados na nota fiscal referiam-se a "assessoria técnica comercial e consultoria de engenharia, executado no município do Rio de Janeiro, para a obra da carteira de gasolina e de coque e HDT da Refinaria Getúlio Vargas -REPAR, conforme contrato s/n° de 12/04/12". Os demais elementos solicitados, entre os quais a documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços contratados, não foram apresentados.

Por meio do TIF n° 17, lavrado em 11/12/15, a fiscalização reintimou o sujeito passivo a apresentar os demais elementos relativos aos pagamentos efetuados à Akyzo. Decorrido o prazo fixado pela fiscalização, o sujeito passivo nada apresentou, tendo sido mais uma vez reintimado a fazê-lo por meio do TIF n° 24, lavrado em 18/02/16. Por meio da correspondência datada de 01/03/16 a SOG informou que não conseguiu localizar os documentos solicitados, nada apresentando no que se refere à documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços contratados ao Consórcio Interpar, nem a pertinente à identificação e qualificação dos profissionais que a teriam executado.

Despesas da SOG com Editora Gráfica Atitude Ltda

Augusto Mendonça relatou ao Ministério Público Federal o pagamento de cerca de R\$ 2.400.000,00 (valores brutos) destinados ao Partido dos Trabalhadores - PT mediante a celebração, pela SOG e Setec Tecnologia S.A., de contratos de prestação de serviços ideologicamente falsos com a Editora Gráfica Atitude Ltda., CNPJ nº 08.787.393/0001-37, controlada pelo Sindicato dos Empregados de Estabelecimentos Bancários de São Paulo/SP e o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, ambos com notória vinculação ao Partido dos Trabalhadores - PT.

Como narra a denúncia do MPF contra Augusto Mendonça a esse respeito, a qual não foi refutada pelo acusado, conforme já apontado no subitem 2.5.2 do TVF, ao menos em duas ocasiões Renato Duque solicitou a Augusto Mendonça que procurasse João Vaccari Neto, então tesoureiro do Partido dos Trabalhadores - PT, para que tratasse com o mesmo sobre a forma como seriam destinados recursos derivados de propinas ao Partido dos Trabalhadores - PT.

Em decorrência da primeira solicitação, no primeiro semestre de 2010, com Renato Duque ainda ocupando a Diretoria de Serviços da Petrobrás, a Setec celebrou contrato de prestação de serviços de comunicação fictícios com a Editora Gráfica Atitude Ltda. no valor de R\$ 1.200.000,00, mediante o qual pagou esse montante, após deduzidos impostos retidos na fonte, em 10 parcelas mensais no ano de 2010 e início de 2011.

Relativamente ao contrato celebrado entre a SOG e a Editora Gráfica Atitude, Augusto Mendonça informou que no primeiro semestre de 2013 manteve conversas com Renato Duque, o qual já não ocupava mais a Diretoria de Serviços da Petrobrás, a respeito do pagamento de propinas que estavam atrasadas, decorrentes de contratos e aditivos celebrados pela SOG com a Petrobrás. Nessa ocasião Renato Duque solicitou a Augusto Mendonça que procurasse novamente João Vaccari Neto, tesoureiro do Partido dos Trabalhadores - PT, “para com ele tratar sobre os recursos espúrios que deveriam ser transferidos ao Partido dos Trabalhadores - PT”, como narra o MPF na denúncia esse respeito apresentada contra Augusto Mendonça.

Segundo Augusto Mendonça, em reunião mantida com João Vaccari Neto este último solicitou que transferisse parte das propinas ao PT, mediante a realização de novo pagamento de R\$ 1.200.000,00 à Editora Gráfica Atitude Ltda.

A fiscalização entendeu que para ocultar e dissimular a origem desses valores a SOG e a Editora Gráfica Atitude firmaram em 01/07/13 contrato de prestação de serviços de comunicação para que fossem veiculados durante seis meses na “Revista do Brasil”, de propriedade da Editora, “conteúdo noticioso e opinativo sobre temas relacionados com o desenvolvimento e proteção da indústria nacional no Brasil, no tocante à área de extração de petróleo e na conversão em seus derivados”

Ainda a esse respeito a fiscalização destacou que Augusto Mendonça declarou no Termo de Colaboração Complementar nº 05, na data de 31/03/15, página 2, que a SOG/Setal não possuía qualquer interesse comercial em publicar anúncios na revista, tendo efetuado os pagamentos apenas ante o pedido de João Vaccari e ao fato de que seriam baixados dos valores de vantagens indevidas prometidas à Diretoria de Serviços da Petrobrás (TVF fl. 63).

O sujeito passivo foi intimado a apresentar cópia de contratos, notas fiscais, comprovantes de pagamentos e a comprovar a efetiva prestação de serviços que lhe teriam sido prestados, ou aos consórcios de empresas de que participou no período sob fiscalização, por diversas empresas, incluindo-se a Editora Gráfica Atitude Ltda., conforme item 7 e seus subitens do Termo de Início da Ação Fiscal. Foi reintimado por meio do item 2 e subitens do TIF nº 02. Por meio da correspondência datada de 22/07/15, recebida em 23/07/15, o sujeito passivo apresentou cópia do contrato celebrado com a Editora Gráfica Atitude, notas fiscais emitidas pela mesma e os comprovantes dos pagamentos efetuados, que foram realizados em parte pela própria SOG e parte pela coligada Projotec, com recursos remetidos pela SOG à mesma. Não foi apresentada qualquer documentação comprobatória da efetiva prestação de serviços pela Editora Gráfica Atitude à SOG, confirmando mais uma vez as declarações de Augusto Mendonça a respeito da falsidade ideológica do contrato celebrado.

Em razão do exposto, a fiscalização entendeu provado que as despesas contabilizadas pela SOG em decorrência dos pagamentos à Editora Gráfica Atitude basearam-se em contrato de prestação de serviços simulados, não tendo ocorrido qualquer prestação de serviços pela Editora Gráfica Atitude à SOG, justificando a plena glosa dessas despesas.

Despesas do Consórcio CMMS com Serviços Não Prestados

*Por intermédio dos Termos de Colaboração nº 1, 2, 5 e 7, prestados em 29 e 30/10/14, e do Termo de Colaboração Complementar nº 04, datado de 10/03/15, Augusto Mendonça forneceu informações sobre o pagamento de propinas relativamente às obras na REPLAN - Refinaria de Paulínia, contratadas pela Petrobrás com o Consórcio Mendes Junior - MPE - SOG, liderado pela Mendes Junior, ao qual nos referimos simplesmente como **Consórcio CMMS**.*

Segundo declarações de Augusto Mendonça o contrato celebrado pelo Consórcio CMMS com a Petrobrás, para realização de obras na REPLAN, estava inserido no “esquema” de cartel e foi resultado de negociações no âmbito do “CLUBE”, que era formado pelas empresas que combinavam entre si e com funcionários da Petrobrás o direcionamento do resultado de licitações mediante a promessa de pagamento de propinas a esses agentes públicos (fl. 66 do TVF).

Augusto Mendonça declarou ainda que, relativamente ao contrato firmado pelo Consórcio CMMS para obras na REPLAN, ficou como responsável pelo pagamento de propinas e por operacionalizar os pagamentos, conforme trecho do Termo de Colaboração nº 07.

Em outros trechos do Termo de Colaboração nº 07, páginas 4 e 5, reproduzidos a seguir, Augusto Mendonça declarou que o montante de propinas pagas foi de aproximadamente R\$ 20 milhões e que para operacionalizar os pagamentos o Consórcio CMMS firmou contratos simulados com empresas que Augusto Mendonça indicou. Prossegue informando que não se recordava do nome das empresas, comprometendo-se a fornecê-las, e que provavelmente se tratava de contratos de prestação de serviços sem execução real. Augusto Mendonça declarou também que essas empresas emitiram notas fiscais no valor aproximado de R\$ 20 milhões em favor do Consórcio CMMS o qual transferiu os recursos para as contas das empresas. Declarou que não se recordava do nome do responsável por tais empresas e que muito provavelmente houve a participação de Alberto Youssef, por meio de suas empresas, na operacionalização de tais pagamentos (fl. 67 do TVF).

Ainda, no Termo de Colaboração nº 07, página 5, Augusto Mendonça declarou que toda negociação e o pagamento das propinas se deu sob o conhecimento de Marco Aurélio e Alberto Vilaça, representantes, respectivamente, da MPE e da Mendes Junior no Consórcio CMMS e no “CLUBE”.

No Termo de Colaboração Complementar nº 04, Augusto Mendonça Declarou, à página 2, que houve promessas e pagamentos de vantagens indevidas, relativas às obras do Consórcio CMMS na REPLAN - Refinaria de Paulínia, para as Diretorias de Abastecimento e de Serviços da Petrobrás. Relativamente à Diretoria de Abastecimento essas questões foram tratadas diretamente por Augusto Mendonça com José Janene e Alberto Youssef e que José Janene mencionou que representava os interesses de Paulo Roberto Costa, Diretor de Abastecimento. Relativamente à Diretoria de Serviços os acordos foram feitos por Augusto Mendonça diretamente com Renato Duque, Diretor de Serviços, e Pedro Barusco. Informou também que embora todas essas promessa de vantagens e negociações tenham sido realizadas diretamente por ele, Augusto Mendonça, todos os detalhes sobre as mesmas foram comunicados e contaram com o aval dos representantes das demais empreiteiras participantes do Consórcio CMMS, no caso Alberto Vilaça, da Mendes Junior, e Marco Aurélio, da MPE (fl. 75 do TVF).

Retificando declaração anterior, Augusto Mendonça disse que ficou acertado o pagamento de R\$ 30 milhões pelo Consórcio CMMS para os representantes das Diretorias de Abastecimento e de Serviços da Petrobrás, ao passo que anteriormente havia mencionado que esse valor era de aproximadamente R\$ 20 milhões (Termo de Colaboração nº 07).

Augusto Mendonça declarou que os pagamentos para a Diretoria de Abastecimento seriam operacionalizados por intermédio de Alberto Youssef, por meio da assinatura de contratos com empresas indicadas por esse último. Informou lembrar-se de pagamentos efetuados para a empresa GFD (CNPJ nº 10.806.670/0001-53), com a qual conseguiu levantar pagamento realizado em Janeiro de 2012 no valor de R\$ 2,7 milhões. Augusto Mendonça declarou ainda que os pagamentos para a GFD foram efetuados pelo próprio Consórcio CMMS, possivelmente mediante a celebração de contratos “de fachada” entre o consórcio e a GFD, com o posterior fornecimento de notas frias e a realização de transferências bancárias.

Augusto Mendonça declarou que para operacionalizar os pagamentos destinados à Diretoria de Serviços da Petrobrás, ou seja, a Renato Duque e Pedro Barusco, foram utilizados os préstimos de Mario Goes, pessoa da confiança de Pedro Barusco e indicado pelo mesmo. Informou que foram celebrados contratos de fachada entre a Riomarine, empresa de Mario Goes, e o Consórcio CMMS, transferindo-se valores para as contas de Mario Goes em seguida à emissão de notas frias por esse último. Augusto Mendonça declarou que nenhum serviço foi prestado por Mario Goes ao Consórcio CMMS, ou a qualquer das empresas que o integravam, no interesse das obras da REPLAN, ao contrário do que foi consignado nos respectivos instrumentos contratuais. Informou também que os representantes das empreiteiras integrantes do Consórcio CMMS tinham ciência e anuíram com tais pagamentos.

Augusto Mendonça declarou que como a empresa Mendes Junior era a líder do Consórcio CMMS, toda a operacionalização dos pagamentos de vantagens indevidas a agentes da Petrobrás efetivada pelo consórcio foi capitaneada pelos executivos da Mendes Junior. Declarou que como líder do consórcio a Mendes Junior tem a obrigação de guardar ao menos por 5 anos a documentação pertinente aos pagamentos e contratos celebrados pelo Consórcio CMMS.

Augusto Mendonça declarou que, conseguiu efetuar a partir de informações que possuía na Setal, um levantamento parcial dos pagamentos realizados pelo Consórcio CMMS para operacionalizar o pagamento de propinas. Disse ter encontrado, além de pagamentos efetuados pela GFD e Riomarine, pagamentos realizados com a finalidade de pagar propinas à: a) Credencial Construtora Empreendimentos e Representações, CNPJ nº 06.227.244/0001-98, no valor total aproximado de R\$ 12 milhões; b) Gifer Consultoria, CNPJ nº 10.896.162/0001-03, no montante total aproximado de R\$ 4,4 milhões e c) CIB Consultoria e Serviços Ambientais, CNPJ nº 06.072.379/0001-21, no montante total aproximado de R\$ 2,7 milhões, apresentando na ocasião tabela com referências a esses pagamentos. Augusto Mendonça declarou também que não houve a prestação de qualquer serviços por essas empresas ao Consórcio CMMS, tendo sido utilizadas apenas para justificar o

repassa de vantagens indevidas aos agentes da Petrobrás já mencionados.

Despesas do Consórcio CMMS com Riomarine Oil e Gás Engenharia e Empreendimentos Ltda.

A Riomarine é objeto do TDPF 07.1.09.00-2015.00283-0 conduzido pela Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro II. No âmbito dessa ação fiscal foi obtida documentação pertinente aos pagamentos recebidos pela Riomarine do Consórcio CMMS, os quais foram juntados no processo administrativo fiscal que controla os autos de infração lavrados em decorrência da presente fiscalização.

A fiscalização reproduziu no TVF na fl. 96 trechos da correspondência da Riomarine dirigida à RFB, onde a referida empresa afirma que os serviços ao Consórcio CMMS não foram executados.

Além da declaração explícita da Riomarine de que os serviços não foram prestados pela empresa ao Consórcio CMMS, mencionamos as demais declarações nesse sentido apontadas no TVF: a) por Augusto Mendonça nos subitens 4.1.4.1 e 4.1.4.2; b) por Mário Góes no subitem 4.1.4.3.7. Intimada de forma reiterada a apresentar cópia da documentação comprobatória da prestação dos serviços a Mendes Júnior, na qualidade de empresa líder do consórcio, nada apresentou, conforme apontado no subitem 4.1.4.3.9 do TVF.

A fiscalização, então, concluiu que as despesas contabilizadas pelo Consórcio CMMS em decorrência dos pagamentos à Riomarine basearam-se em contratos de prestação de serviços simulados, não tendo ocorrido qualquer prestação de serviços pela Riomarine ao Consórcio CMMS, justificando a plena glosa das despesas.

Despesas do Consórcio CMMS com GFD Investimentos Ltda.

Como relatado a GFD Investimentos foi objeto de ação fiscal desenvolvida por servidores da RFB que concluíram pela inexistência de fato da empresa, a qual teve sua inscrição no CNPJ baixada de ofício por esse motivo.

Além dessa constatação a GFD Investimentos é objeto de farta citação por diversas fontes independentes que são unânimes em afirmar que a empresa, controlada de fato por Alberto Youssef, um dos principais operadores do esquema de lavagem de dinheiro para viabilizar o pagamento de propinas no âmbito da operação Lava Jato, se prestava a produzir contratos de prestação de serviços ideologicamente falsos e a emitir notas fiscais igualmente inidôneas, para operacionalizar parte da estrutura de pagamentos ilícitos.

Despesas do Consórcio CMMS com Akyzo Assessoria & Negócios Ltda

Como exposto no subitem 3.5 do TVF, a Akyzo foi objeto de diligência fiscal com o objetivo de apresentar documentação pertinente a todos os serviços prestados no período de 2010 a 2013 e não logrou fazê-lo. Foi intimada e reintimada em diversas oportunidades e apresentou tão somente cópia do seu contrato social, livros diários e a qualificação profissional de seus sócios. Não forneceu nenhum elemento comprovando eventuais serviços que tivesse prestado no período nem comprovação dos recebimentos auferidos, entre outros itens. Da mesma forma, conforme apontado no subitem 4.1.4.3.9 do TVF, a Mendes Júnior, na qualidade de empresa líder do Consórcio CMMS, suposto tomador dos serviços, nada forneceu comprovando que os mesmos tivessem sido prestados.

Despesas do Consórcio CMMS com Credencial Construtora Empreendimentos e Representações Ltda

Como apontado no subitem 3.7 do TVF a Credencial foi objeto de ação fiscal conduzida por servidores da RFB a qual concluiu que a empresa não reunia as mínimas condições técnicas, operacionais e de pessoal para prestar os serviços contratados.

Nesse sentido foram as declarações de Augusto Mendonça ao MPF/PR no Termo de Colaboração Premiada nº 04, como apontado no subitem 4.1.4.1 do TVF, as quais foram corroboradas no Termo de Declaração nº 01 prestado por Augusto Mendonça à RFB, como apontado no subitem 4.1.4.2 do TVF. Augusto Mendonça declarou no Termo de Colaboração Premiada que não houve a prestação de quaisquer serviços pela Credencial ao Consórcio CMMS, tendo sido a empresa utilizada apenas para justificar o repasse de vantagens ilícitas (propinas) aos agentes da Petrobrás.

Conforme apontado no subitem 4.1.4.3.9 do TVF, a Mendes Júnior, na qualidade de empresa líder do Consórcio CMMS, suposto tomador dos serviços, não forneceu documentação comprovando que os mesmos tivessem sido prestados pela Credencial, apesar de intimada a fazê-lo de forma reiterada.

Despesas do Consórcio CMMS com Gifer Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda

Como apontado no subitem 3.8 do TVF a Gifer foi objeto de ação fiscal conduzida por servidores da RFB pertinente aos serviços prestados pela empresa no período correspondente aos anos-calendário de 2010 a 2013. Após análise do material apresentado pela Gifer, particularmente no que se refere aos serviços supostamente prestados ao Consórcio CMMS, a fiscalização concluiu que não foi apresentado nenhum elemento comprobatório crível de que os serviços tenham sido efetivamente prestados ao Consórcio CMMS como demonstramos no referido subitem.

Nas declarações de Augusto Mendonça ao MPF/PR no Termo de Colaboração Premiada nº 04, como apontado no subitem 4.1.4.1 do TVF, o mesmo informou que não houve a prestação de

quaisquer serviços pela Gifer ao Consórcio CMMS, tendo sido a empresa utilizada apenas para justificar o repasse de vantagens ilícitas (propinas) aos agentes da Petrobrás. Essas informações foram corroboradas por Augusto Mendonça no Termo de Declaração nº 02 prestado à RFB, como apontado no subitem 4.1.4.2 do TVF.

Conforme apontado no subitem 4.1.4.3.9 do TVF, a Mendes Júnior, na qualidade de empresa líder do Consórcio CMMS, suposto tomador dos serviços, não forneceu documentação comprobatória de que os mesmos tivessem sido prestados pela Gifer, apesar de intimada a fazê-lo de forma reiterada.

Despesas do Consórcio CMMS com CIB Consultoria e Serviços Ambientais Ltda

Nas declarações de Augusto Mendonça ao MPF/PR no Termo de Colaboração Premiada nº 04, como apontado no subitem 4.1.4.1 do TVF, o mesmo informou que não houve a prestação de quaisquer serviços pela CIB Consultoria ao Consórcio CMMS, tendo sido a empresa utilizada apenas para justificar o repasse de vantagens ilícitas (propinas) aos agentes da Petrobrás. Essas informações foram corroboradas por Augusto Mendonça no Termo de Declaração nº 03 prestado à RFB, como apontado no subitem 4.1.4.2 do TVF.

Conforme apontado no subitem 4.1.4.3.9 do TVF, a Mendes Júnior, na qualidade de empresa líder do Consórcio CMMS, suposto tomador dos serviços, foi intimada a apresentar cópia da documentação comprobatória da efetiva prestação de serviços pela CIB Ambiental ao Consórcio CMMS. Em resposta apresentou documentos que foram analisados pelos servidores responsáveis pela ação fiscal junto à Mendes Júnior os quais concluíram que a mesma não comprovava, por si só, a efetiva prestação dos serviços.

Despesas da SOG com Setec Tecnologia S.A

O sujeito passivo foi intimado a apresentar cópia de contratos, notas fiscais, comprovantes de pagamentos e a comprovar a efetiva prestação de serviços que lhe teriam sido prestados, ou aos consórcios de empresas de que participou no período sob fiscalização, por diversas empresas, incluindo-se a Setec, conforme item 7 e seus subitens do Termo de Início da Ação Fiscal e nada apresentou relativamente à Setec.

Reintimado a fazê-lo por meio do item 2 e subitens do TIF nº 02, o sujeito passivo apresentou por intermédio da correspondência datada de 22/07/15, recebida em 23/07/15, o seguinte: a) relações de pagamentos que a SOG efetuou à Setec no período de 2010 a 2013, a título de adiantamentos, compreendendo créditos em contas bancárias de titularidade da Setec, Projetec e Tipuana e informando que os pagamentos à Projetec e Tipuana foram por conta e ordem da Setec; b) comprovantes de pagamento e c) cópia das notas fiscais emitidas pela Setec à SOG, a título de prestação de serviços e que teriam sido

utilizadas para “dar baixa” nos adiantamentos, conforme expressão utilizada pelo sujeito passivo. Nada apresentou relativamente a contratos celebrados entre a SOG e Setec, documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços pela Setec à SOG e identificação e qualificação dos profissionais que teriam executados referidos serviços.

Analisando a documentação fornecida a fiscalização constatou também: a) a falta de apresentação de alguns comprovantes de pagamento efetuados pela SOG e relacionados nas planilhas apresentadas, totalizando R\$ 8.547.435,84 e b) que o valor dos adiantamentos pagos pela SOG à Setec, diretamente à mesma e por conta e ordem da Setec, totalizaram R\$ 105.186.230,58 no período de 2010 a 2013, conforme relações fornecidas, e que o valor das notas fiscais emitidas pela Setec à SOG nesse mesmo período, para “dar baixa” nos adiantamentos, totalizou o valor bruto de R\$ 55.218.627,97 e valor líquido de R\$ 51.822.682,35, conforme relações fornecidas. Restaria, portanto, um saldo de adiantamentos pagos pela SOG à Setec, sem a contrapartida da emissão de notas fiscais pela Setec à SOG, de R\$ 53.363.548,25 em 31/12/13, conforme cálculos da fiscalização (R\$ 105.186.230,58 - R\$ 51.822.682,35 = R\$ 53.363.548,25).

Em decorrência a fiscalização lavrou em 14/08/15 o TIF nº 06, do qual o sujeito passivo tomou ciência em 18/08/15, intimando-o a: a) apresentar os comprovantes de pagamento faltantes; b) apresentar cópia de contrato celebrado entre SOG e Setec; c) apresentar a documentação comprobatória da prestação de serviços pela Setec à SOG; d) esclarecer como foi dada “baixa contábil” no valor do saldo dos adiantamentos efetuados pela SOG à Setec, para os quais não haviam sido emitidas notas fiscais da Setec para a SOG até a data de 31/12/13, apresentando a respectiva documentação comprobatória e e) informar o saldo contábil do valor em aberto dos adiantamentos efetuados à Setec nas datas de 31/12/09, 31/12/10, 31/12/11, 31/12/12 e 31/12/13, assim como cópia do razão da respectiva conta contábil desse período.

Por meio do TIF nº 08, lavrado em 26/08/15, o sujeito passivo foi intimado a informar as datas de contabilização como custo/despesa, e os respectivos valores declarados em DIPJ como tal, relativamente às notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela Setec para o sujeito passivo relacionadas no Anexo I ao TIF, as quais haviam sido encaminhadas à fiscalização por meio da correspondência datada de 22/07/15. As informações solicitadas foram atendidas mediante a correspondência datada de 03/09/15.

Analisando a documentação recebida a fiscalização constatou existirem divergências de valores e necessidade de apresentação de esclarecimentos adicionais relativamente às operações de adiantamentos realizados pela SOG à Setec e sua respectiva “baixa” contábil. Esses questionamentos foram objeto do TIF nº 12, lavrado em 19/10/15.

Relativamente aos serviços que a Setec teria prestado ao sujeito passivo foram apresentados dois contratos: a) Contrato de Prestação de Serviços com Fornecimento de Tecnologia em Engenharia, celebrado em 26/05/08 e aditado em 27/05/10; e b) Contrato de Licença de Uso de Marca e Outras Avenças, celebrado em 02/05/13.

Contrato de Prestação de Serviços

O contrato em referência foi celebrado quando a razão social das partes era distinta da atual. A SOG denominava-se “SOG - Sistemas em Óleo e Gás S.A.”, e a Setec denominava-se “Setal Engenharia Construções e Perfurações S.A.”. O objeto contratual, conforme cláusula 3, compreendia “Serviços especializados e fornecimento de tecnologia em engenharia e suporte técnico nas áreas de materiais, processos, mecânica, civil, elétrica, instrumentação, tubulação, e diligenciamento de compras inclusive com orientação, treinamento e aplicação de softwares específicos para cada atividade”. O prazo contratual, conforme cláusula 5, foi estabelecido em 24 (vinte e quatro) meses, podendo ser renovado pelas partes, o que ocorreu mediante o aditamento datado de 27/05/10, estendendo o prazo contratual por igual período.

O sujeito passivo foi intimado em diversas oportunidades a comprovar a efetiva prestação de serviços pela Setec e por diversas outras empresas, assim como a apresentar documentação comprobatória identificando os técnicos disponibilizados pelas prestadoras de serviços com essa finalidade. Nesse sentido citamos os subitens 7.4 e 7.5 do Termo de Início da Ação Fiscal, os subitens 2.4 e 2.5 do TIF nº 02, o item 6 do TIF nº 06 e o item 2 do TIF nº 09. Nada apresentou a esse respeito com exceção da documentação encaminhada por meio da correspondência datada de 16/09/15, em atendimento ao item 2 do TIF nº 09, consistindo em cópia da folha mensal de pagamento dos funcionários da Setec no período de janeiro de 2010 a julho de 2013. Referida documentação não foi aceita pela fiscalização como prova da efetiva prestação de serviços pela Setec à SOG, mas apenas como evidência de que em algum momento determinada pessoa integrou a folha de pagamentos da Setec e em determinado mês auferiu certo montante a título de rendimento.

Importante aspecto a ser destacado é a cláusula contratual que dispõe sobre a remuneração dos serviços a serem prestados pela Setec à SOG. A cláusula 6.1 do contrato estabelecia que o preço fosse definido e acordado mensalmente e determinado em função da utilização dos recursos tecnológicos e suporte técnico provido pela Setec. Todavia, ficava desde o início determinado que o valor mínimo mensal a ser faturado pela Setec à SOG era de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), independentemente dos recursos utilizados pela Setec. Ou seja, SOG concordou em pagar à Setec um mínimo de R\$ 24 milhões (vinte e quatro milhões de reais) no período de 2 anos qualquer que fossem os serviços prestados pela Setec. O contrato foi aditado

prorrogando seu prazo por 2 anos adicionais. Em decorrência, entende-se que SOG concordou em pagar à Setec o mínimo de R\$ 48 milhões (quarenta e oito milhões de reais), durante o período de 4 anos, quer a Setec lhe prestasse serviços ou não.

Adicionalmente, nas palavras de Augusto Mendonça e de executivo da SOG, já apontadas no TVF, que a Setec era uma empresa que em 2005 estava tecnicamente quebrada e não conseguia viabilizar sequer sua participação em licitações, em razão de suas deficiências cadastrais.

Reproduze-se, ainda, trecho do depoimento de Carlos Alberto Rodrigues, que exerceu a diretoria financeira da SOG no período de 2006 a 2012, à Justiça Federal do Paraná em 21/05/15, na condição de testemunha (TVF fl. 111):

“Testemunha: Quando a gente fez essa movimentação societária da companhia para tirar ela do problema financeiro a SOG Óleo e Gás, ela foi criada, é uma empresa limpa, para executar contratos de plantas industriais, as empresas que eram do passado, que praticamente estavam quebradas, essas empresas ficaram sob a gestão do Augusto Mendonça, e na minha área financeira eu prestava serviço para essas empresas do Augusto Mendonça, essas empresas ficaram como se fosse empresa de pessoa física dele, entendeu? E a gente prestava, a área financeira prestava serviço para essas empresas, ou seja, a gente recebia nota fiscal do Augusto Mendonça endereçada à SETEC, a AP Engenharia e efetuava pagamentos. Eu não tinha nenhum conhecimento da onde vinha a nota fiscal, se era empresa de fachada ou não, mesmo porque não cabe, existe um certo procedimento que quando a nota fiscal chega na área financeira, aprovada, com contrato legalmente constituído, a gente efetua o pagamento.”

A fiscalização entendeu que a falta de comprovação da efetiva prestação de serviços pela Setec à SOG; a remuneração irrealista pactuada; o fato de a Setec ser uma empresa tecnicamente quebrada desde ao menos 2005; que a Setec não possuía quadro de pessoal técnico para desempenhar as atividades previstas no contrato celebrado; que a SOG em termos práticos se caracteriza como uma sucessora da Setec; o fato de que a SOG e a Setec eram administradas pela mesma pessoa ou seja, por Augusto Mendonça; que no dizer do ex-diretor financeiro da SOG era a SOG que prestava serviços às demais empresas do Augusto Mendonça e não o contrário; e o fato de que o controle societário da SOG e da Setec pertence à família de Augusto Mendonça, este último incluído, demonstram que o contrato de prestação de serviços constitui uma simulação entre as partes contratantes com o objetivo de respaldar contabilmente, de forma parcial, a transferência de recursos da SOG para a Setec.

Por isso, a fiscalização considerou que todas as despesas contabilizadas pelo sujeito passivo em razão das notas fiscais

de prestação de serviços emitidas pela Setec devam ser glosadas, uma vez que não foi comprovada a efetiva prestação dos mesmos ao sujeito passivo.

Contrato de Licença de Uso de Marca e Outras Avenças

O referido contrato, celebrado entre a SOG e a Setec é datado de 02/05/13. Os considerandos (i) a (iv) desse instrumento historicam que por força de contrato de compra e venda de ações celebrado em 15/04/08 a SOG foi autorizada a utilizar a marca SETAL gratuitamente pelo prazo de 3 anos e que findo esse prazo a SOG permaneceu utilizando essa marca sem remunerar a Setec. Em decorrência, em 02/05/13 as partes desejando disciplinar o uso da marca SETAL pela SOG pactuaram que, resumidamente: a) A SOG deveria indenizar a SETEC com a quantia de R\$ 14.068.961,13 pelo uso desautorizado da marca SETAL no período de 16/04/11 a 30/04/13; b) Esse montante seria quitado mediante a compensação do crédito titulado pela SOG contra a Setec no mesmo valor e c) A partir da data do contrato a SOG pagaria à Setec a quantia mensal de R\$ 740.000,00 pelo uso da marca SETAL.

A fiscalização constatou que inicialmente, na sua constituição em meados de 2005, a SOG utilizava a marca SETAL em sua razão social, cuja denominação era Setal Óleo e Gás S.A. Posteriormente, conforme aprovado nas Assembléias Gerais Ordinária e Extraordinária realizadas em 19/05/08, a razão social foi alterada para SOG Sistemas em Óleo e Gás S.A. Em 2010, conforme aprovado na Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária realizada em 27/04/10, adotou a denominação atual de SOG - Óleo e Gás S.A. Ou seja, desde 19/05/08 a SOG não utiliza a marca SETAL em sua razão social.

Na avaliação da fiscalização o contrato de licenciamento de uso de marca foi apenas mais uma simulação entre a SOG e a Setec desta feita com o objetivo de a) Reduzir contabilmente o saldo do valor dos adiantamentos efetuados pela SOG à Setec na data de 02/05/13 e b) Respaldar o pagamento à Setec da quantia mensal de R\$ 740.000,00 brutos.

A fiscalização afirmou:

Além de a SOG não utilizar a marca SETAL em sua razão social desde meados de 2008, a marca SETAL estava extremamente prejudicada no mercado, em razão da deterioração da empresa reconhecida pelo próprio Augusto Mendonça como apontamos no subitem 4.1.7.1 anterior. A SETAL estava tecnicamente quebrada, com a participação em licitações inviabilizada pelas deficiências cadastrais da empresa. Ou seja, a mais valia propiciada pelo uso da marca desde os idos de 2008 já era questionável. No próprio considerando do contrato de licenciamento há o reconhecimento de que o uso da marca SETAL pela SOG havia sido autorizado de forma gratuita pelo prazo de 3 anos, ou seja, até Abril de 2011, razão pela qual não fazia o menor sentido empresarial pagar indenização retroativa

de cerca de R\$ 14 milhões pelo uso da marca pelo período de 2 anos, a partir de Abril de 2011 e aceitar pagar remuneração mensal a partir de Abril de 2013. Está claro para a fiscalização que a SOG se viu sem mais alternativas factíveis que justificassem a baixa contábil dos adiantamentos efetuados à Setec e que esta, por sua vez, não possuía condições financeiras de restituí-los. Uma das soluções encontradas para a “baixa” parcial do saldo de adiantamentos, dentre outras, foi criar passivo fictício para a SOG, representado pela indenização por uso indevido da marca SETAL.

A fiscalização verificou que nas informações relativas ao ano-calendário de 2013 a SOG informou que as Notas Fiscais da Setec de nº 20 a 27, no valor bruto de R\$ 740.000,00 cada uma, emitidas a partir de 27/05/13, foram contabilizadas como despesas pelo Licença de Uso da Marca Setal na conta nº 3.5.6.6.356611.

Todavia, anteriormente, por meio da correspondência datada de 23/07/15, a SOG havia encaminhado cópia das notas fiscais emitidas pela Setec relativas à prestação de serviços e que teriam servido para dar “baixa” em adiantamentos efetuados “conforme contrato”, como informa a planilha relacionando as notas fiscais encaminhadas.

Examinando-se as notas fiscais nº 20 a 27, que teriam sido emitidas em conexão com o uso da marca SETAL pela SOG, como contabilizado, observado na descrição dos “serviços prestados” informados nas notas fiscais, as mesmas se referiam a supostos boletins de medição de serviços prestados, não guardando nenhuma vinculação com o suposto uso da marca SETAL pela SOG. A fiscalização entendeu se esta mais uma evidência de que o contrato de licença de uso de marca é uma simulação. Ou seja, a Setec continuou emitindo notas fiscais por supostos serviços passíveis de medição, e nem sequer se deu ao trabalho de alterar a descrição das notas fiscais para compatibilizá-las com o contrato de licença de uso de marca.

A fiscalização, então, considerou que todas as despesas contabilizadas pelo sujeito passivo em razão das notas fiscais emitidas pela Setec, relativas ao uso da marca SETAL, deveriam ser glosadas. Da mesma forma as despesas contabilizadas pela SOG relativas à indenização à Setec pelo uso indevido da marca SETAL no período de Abril de 2011 a Abril de 2013 foram glosadas.

Despesas da SOG com MSML - Participações e Consultoria Ltda.

O sujeito passivo foi intimado a apresentar cópia de contratos, notas fiscais, comprovantes de pagamentos e a comprovar a efetiva prestação de serviços que lhe teriam sido prestados, ou aos consórcios de empresas de que participou no período sob fiscalização, por diversas empresas, incluindo-se a MSML - Participações e Consultoria Ltda, doravante denominada simplesmente “MSML”, conforme item 7 e seus subitens do

Termo de Início da Ação Fiscal, e nada apresentou relativamente à MSML.

Por intermédio da correspondência datada de 22/07/15, a contribuinte apresentou planilha listando os pagamentos que teriam sido efetuados à empresa no período 2010 a 2013, acompanhada de notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela MSML para a SOG e de comprovantes de pagamento. Nada apresentou relativamente a contratos celebrados entre a SOG e MSML, documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços pela MSML à SOG e identificação e qualificação dos profissionais que teriam executados referidos serviços.

O sujeito passivo foi reintimado em outras duas oportunidades, por meio do item 2 do TIF nº 09 e item 2 do TIF nº 10, a apresentar a documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços pela MSML assim como a documentação relativa à identificação e qualificação dos profissionais que teriam executado os respectivos serviços. Nada forneceu a esse respeito.

Examinando os comprovantes de pagamento apresentados, relativos às notas fiscais de serviço emitidas pela MSML para a SOG, a fiscalização constatou que se tratavam de cópia de transferências bancárias efetuadas da conta corrente da SOG nº 13774-8, mantida na agência nº 0262 do Itaú Unibanco, para a conta corrente nº 13415-3, mantida por Rafael Ribeiro de Mendonça Lima na agência nº 2958 do referido banco.

A fiscalização Identificou que Rafael Ribeiro de Mendonça Lima era sócio quotista da MSML no período 2010 a 2013, com participação declarada de 0,01% (um centésimo por cento) no capital social da empresa, conforme informado nas respectivas DIPJs apresentadas pela MSML à RFB. Da mesma forma a fiscalização constatou que a principal sócia quotista da MSML, com 99,98% do seu capital social no mencionado período, era Maria Stela Ribeiro de Mendonça, doravante denominada simplesmente “Maria Stela”, genitora de Rafael Ribeiro de Mendonça Lima e sócia quotista da Lineal Participações S.A., doravante denominada simplesmente “Lineal”. Maria Stela exerce atualmente o cargo de Diretor Presidente da SOG.

A Lineal detinha no período 2010 a 2013 participação de 58% no capital da SOG, sendo que atualmente a Lineal detém 100% do capital da SOG. Maria Stela detinha, direta e indiretamente, participação de 21,96% no capital social da SOG no período 2010 a 2012, e 7,57% em 2013.

A MSML foi objeto de diligência fiscal. Por meio do TIF nº V-04, lavrado em 01/07/15, onde foi intimada MSML a apresentar, entre outros elementos, cópia de todas as notas fiscais emitidas no período 2010 a 2013, comprovantes de recebimento dos respectivos valores e cópia da documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços e identificação e qualificação dos profissionais que os executaram.

Por intermédio da correspondência datada de 21/07/15 a MSML apresentou cópia das notas fiscais emitidas. Por meio da correspondência datada de 31/08/15, apresentou cópia dos comprovantes de recebimentos relativos ao período de 01/08/10 a 31/12/13. Nada forneceu relativamente à documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços e identificação e qualificação dos profissionais que os executaram.

Além das cópias de notas fiscais emitidas pela MSML para a SOG e encaminhadas à fiscalização pela SOG, foi identificada na documentação encaminhada pela própria MSML uma nota fiscal adicional que não havia sido listada pela SOG. Na documentação encaminhada pela MSML relativamente à comprovação do recebimento dos valores das notas fiscais emitidas para a SOG, a MSML não apresentou nenhum documento a esse respeito e, portanto, também não comprovou ter recebido da SOG os valores pertinentes a essas notas fiscais.

Devido a não comprovação da efetiva prestação de serviços pela MSML à SOG e da não comprovação de que os pagamentos pertinentes foram pagos pela SOG à MSML a fiscalização glosou as respectivas despesas contabilizadas pela SOG.

Despesas da SOG com Toyo Setal Empreendimentos Ltda

O sujeito passivo foi intimado a apresentar cópia de contratos, notas fiscais, comprovantes de pagamentos e a comprovar a efetiva prestação de serviços que lhe teriam sido prestados, ou aos consórcios de empresas de que participou no período sob fiscalização, por diversas empresas, incluindo-se a Toyo Setal, conforme item 7 e seus subitens do Termo de Início da Ação Fiscal, lavrado em 25/06/15. Decorrido o prazo inicialmente fixado na intimação para fornecimento das informações nada apresentou relativamente à Toyo Setal, tendo sido reintimado a fazê-lo por meio do TIF nº 02, lavrado em 24/07/15.

Por meio do item 3 do TIF nº 03, lavrado em 10/08/15, a fiscalização intimou o sujeito passivo a fornecer esclarecimentos sobre os documentos apresentados, os quais foram listados no Anexo I ao TIF nº 03. Também intimou o sujeito passivo a apresentar a documentação comprobatória relativa a outras despesas com a Toyo Setal no ano-calendário de 2013, identificadas pela fiscalização na contabilidade da SOG, a qual não havia sido fornecida. Da mesma forma a fiscalização pela terceira vez o sujeito passivo a apresentar a documentação comprobatória da efetiva prestação de serviços pela Toyo Setal. Decorrido o prazo fixado na intimação o sujeito passivo nada apresentou.

Considerando-se as informações obtidas na diligência empreendida na Toyo Setal, relatada no subitem 3.8 do termo, e aquelas fornecidas pelo sujeito passivo, no que se refere aos pagamentos efetuados à Toyo Setal pela prestação de serviços, a fiscalização constatou que os mesmos não foram efetivamente prestados pela Toyo Setal à SOG. Como revela o

esclarecimento do sujeito passivo na correspondência datada de 01/03/16 as notas fiscais de prestação de serviços de engenharia, engenharia de detalhamento e gerenciamento, administração e fiscalização de construção civil, para as unidades on site e interligações do Projeto Plansal - Rota Cabiúnas -Ampliação do terminal de Cabiúnas (TECAB), contrato 08020073705, emitidas pela Toyo Setal para a SOG, foi a solução encontrada para providenciar o pagamento do acerto de contas entre essas duas empresas. Os valores desse acerto correspondiam a despesas da SOG pagas pela Toyo Setal e a despesas da Toyo Setal e da Estaleiros do Brasil - EBR pagas pela SOG, como detalhadamente especificado na documentação fornecida pela Toyo Setal durante a diligência realizada, a qual foi juntada no processo administrativo que controla os autos de infração resultantes desta ação fiscal. Não se tratou de efetiva prestação de serviços da Toyo Setal à SOG, o que explica porque apesar de reiteradamente solicitadas a fazê-lo, nenhuma das duas empresas apresentou a documentação comprobatória dos mesmos.

IRRF sobre Pagamentos sem Causa ou Operação Não Comprovada

A fiscalização entendeu, conforme subitens 4.1.2 a 4.1.7 do TVF, que os pagamentos efetuados por: a) Consórcio Interpar à Setec, IS Marketing e Akyzo; b) Consórcio CMMS à Riomarine, GFD Investimentos, Akyzo, Credencial, Gifer e CIB Consultoria e c) SOG à Editora Gráfica Atitude, Setec, MSML e Toyo Setal não tiveram a contrapartida de qualquer prestação de serviços pelas empresas emitentes das notas fiscais. Relativamente aos pagamentos efetuados pelo Consórcio Interpar à Setec, Consórcio CMMS à Riomarine, GFD Investimentos, Credencial, Gifer e CIB Consultoria e pela SOG à Gráfica e Editora Atitude o reconhecimento dessa fraude já havia sido efetuado por Augusto Mendonça, na condição de principal dirigente de fato da SOG, nos Termos de Colaboração que firmou perante o MPF e confirmou em juízo no âmbito dos processos penais em que foi denunciado.

Relativamente aos pagamentos efetuados pela SOG pertinentes às notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela MSML os recursos foram creditados a um terceiro, sócio da MSML.

A fiscalização entendeu que todos os casos relatados referem-se a operações não comprovadas e/ou inexistentes, sem fruição pelo sujeito passivo e consórcios que integrou de qualquer serviço prestado, circunstâncias que caracterizam o pagamento sem causa.

Falta de Recolhimento de IRPJ/CSLL sobre Base de Cálculo Estimada

Considerando-se que os custos e despesas contabilizados a título de serviços prestados, objeto dos subitens 4.1.2 a 4.1.7 do TVF foram deduzidos indevidamente na apuração, com base em

balanços ou balancetes de suspensão ou redução, do Imposto de Renda mensal por Estimativa e da CSLL - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido mensal por Estimativa no ano calendário de 2013, as bases de cálculo mensal do IRPJ e da CSLL estimativa foram recompostas, com as glosas de custos e despesas indevidas, procedendo-se ao lançamento da multa prevista na alínea "b", inciso II, do artigo 44 da Lei 9.430/1996, sobre as parcelas dos pagamentos mensais a título de IRPJ e CSLL estimativa que deixaram de ser efetuados. Os valores foram lançados nas rubricas "Falta de Recolhimento do IRPJ sobre Base de Cálculo Estimada" e "Falta de Recolhimento da Contribuição Social sobre a Base Estimada".

QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

A fiscalização qualificou, nos termos do art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14, da Lei nº 11.488/07, o percentual da multa de ofício aplicável aos tributos apurados em decorrência das infrações custos e despesas não comprovadas e IRRF sobre pagamentos sem causa ou operação não comprovada, uma vez que constada a ocorrência dos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

A fiscalização entendeu que o sujeito passivo, administrado por Augusto Mendonça, seu principal executivo de fato como demonstrado, agindo de forma consciente, deliberada, organizada, meticulosa e reiterada pagou propinas, ou eufemisticamente, "vantagens indevidas", a agentes públicos para assegurar sua participação em licitações promovidas pela Petrobrás e, desse modo, contribuiu para fraudá-las.

Parte dessas ações fraudulentas e criminosas foi reconhecida por Augusto Mendonça nos Termos de Colaboração Premiada firmados perante o MPF e nos Acordos de Leniência celebrados com o MPF e o CADE, subscritos por Augusto Mendonça, por ex e atuais executivos de algumas das empresas de seu grupo empresarial e pelas próprias empresas.

As denúncias oferecidas pelo MPF à Justiça Federal do Paraná contra Augusto Mendonça e outros, pela prática dos crimes de corrupção, lavagem de capitais e quadrilha, são objeto dos processos penais nº 5012331-04.2015.4.04.7000 e 5019501-27.2015.4.04.7000. As denúncias foram aceitas pelo juízo competente e nas manifestações de defesa apresentadas por Augusto Mendonça em ambos os processos o mesmo confirmou todas as acusações, tornando-se réu confesso dos ilícitos que lhe foram atribuídos, como, aliás, também já apontamos anteriormente neste termo.

Em decorrência, as ações desenvolvidas pelo sujeito passivo, quer diretamente ou por intermédio dos consórcios dos quais participa, visando operacionalizar o pagamento das propinas foram reconhecidos em juízo pelo seu principal executivo de fato. Ou seja, as fraudes representadas pela celebração de contratos fictícios de prestação de serviços ou de aluguel de equipamentos,

firmados pelo Consórcio Interpar com a Setec e Auguri, pelo Consórcio CMMS com Riomarine e pela SOG e a Setec com a Editora Gráfica Atitude foram devidamente confirmados por Augusto Mendonça nos referidos processos judiciais.

Destaca-se também que a Setec é empresa do grupo empresarial de Augusto Mendonça e gerida pelo próprio empresário. A Setec é controlada integral da PEM Engenharia, uma das empresas em que Augusto Mendonça mantém participação societária. O Consórcio Interpar celebrou contratos fictícios de prestação de serviços e locação de equipamentos com a Setec para possibilitar o escoamento dos recursos destinados ao pagamento das propinas. A Setec de posse desses recursos celebrou outros contratos fictícios de prestação de serviços e locação de equipamentos com diversas outras empresas de fachada, de forma que os valores fossem redistribuídos aos diversos beneficiários. Temos, nesse caso, uma sucessão de contratos fraudulentos: primeiramente o firmado pelo Consórcio Interpar, liderado pela SOG, com a Setec e, na sequência, os contratos fraudulentos celebrados pela Setec com as empresas de fachada controladas pelos “doleiros” Alberto Youssef e Adir Assad. Essas últimas empresas, objeto de inaptidão e baixa de ofício de suas inscrições no CNPJ: Rock Star, SM Terraplenagem, Power To Ten, Soterra, Legend, Empreiteira Rigidez e RCI Software e Hardware.

A fiscalização Constatou também que parte das propinas foi paga mediante contrato de prestação de serviços fictícios celebrado entre a PEM Engenharia e a SM Terraplenagem, com recursos providos pela Setec à PEM Engenharia, confirmando o declarado por Augusto Mendonça na página 7 do Termo de Colaboração nº 07.

As empresas SOG, Setec e MSML são empresas controladas por membros da família Ribeiro de Mendonça e, portanto, são partes relacionadas entre si. Esse fato, adicionado entre outros, à falta da comprovação da efetiva prestação de serviços à SOG, reforçou o entendimento da fiscalização de que os contratos firmados entre as partes, quando existentes, e as notas fiscais de serviços emitidas pelas supostas prestadoras de serviços para a SOG são documentos ideologicamente falsos. Serviram ao propósito de propiciar aparente ar de legitimidade aos pagamentos efetuados pela SOG e utilizados para dar suporte aos correspondentes lançamentos contábeis. Esse modus operandi é idêntico ao utilizado pela SOG e os Consórcios de que participa (Interpar, CMMS e SPS) para acobertar documentalmente os pagamentos das “vantagens indevidas” efetuados à Setec, Auguri, Riomarine, Energex e Editora Gráfica Atitude e, na sequência, aos pagamentos efetuados pela Setec às empresas comandadas pelos “doleiros” Alberto Youssef e Adir Assad.

A fiscalização entendeu que as condutas descritas se enquadram perfeitamente nas definições legais de sonegação, fraude e conluio como dispõem os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O sujeito passivo, segundo a fiscalização, procurou modificar as características essenciais dos fatos geradores ao tratar os custos e despesas contabilizados e os pagamentos efetuados como legítimos e necessários, com causa e em retribuição a operações comprovadas. Todavia, de acordo com a fiscalização, as operações que originaram os pagamentos não foram comprovadas e os documentos de suporte apresentados eram ideologicamente falsos. Os contratos se referiam a serviços fictícios, fato em grande parte já reconhecido por Augusto Mendonça como apontamos. O sujeito passivo contabilizou as despesas e custos associados a esses pagamentos como dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL a pagar. Em consequência reduziu dolosamente o montante devido desses tributos e, dessa forma, teria cometido fraude na visão da fiscalização.

A fiscalização ainda afirmou que as fraudes foram praticadas mediante ajuste doloso com uma grande diversidade de contrapartes, configurando o conluio. Essas contrapartes, representadas pelas empresas emitentes das notas fiscais de prestação de serviços inidôneas, pois os serviços eram fictícios e nunca teriam sido prestados, colaboraram de forma consciente com o sujeito passivo para viabilizar a execução das fraudes descritas.

RESPONSABILIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA

Nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional - CTN, são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

*Desta forma, entendeu a fiscalização que tendo em vista as ações ilícitas praticadas pelo sujeito passivo, foi constituída com base no acima referido dispositivo legal a sujeição passiva solidária contra **AUGUSTO RIBEIRO DE MENDONÇA NETO** relativamente aos fatos geradores apurados nos anos-calendário de 2010 e 2011. A fiscalização entendeu que Augusto Mendonça era de fato o principal executivo da SOG no período em questão e principal responsável pelas condutas ilícitas do sujeito passivo.*

A Recorrente ofereceu impugnação alegando erro na identificação do sujeito passivo, decadência para o ano-calendário de 2011, impossibilidade de revisão do lançamento de IRRF/IRPJ/CSLL referente ao ano-calendário de 2011 (CTN, art. 146), impossibilidade da exigência concomitante do IRRF por pagamento sem causa e IRPJ/CSLL em razão da glosa de despesas, denúncia espontânea da infração ao ministério público federal e aplicação do regime do art. 138 do CTN, a inviabilidade de exigência de impostos sobre os pagamentos devolvidos na operação “lava jato”, IR sobre pagamentos sem causa não pode ser exigido com amparo em causa meramente ilícita, da Impossibilidade De Exigência Do IR Sobre Pagamento Sem Causa Efetuado Por Terceiros - Erro Na Identificação Do Sujeito Passivo, direito à dedução das

despesas atinentes aos pagamentos indevidos (comissões) a terceiros investigados por corrupção na operação “lava jato”, existência de distinção entre as regras de dedutibilidade de despesas para fins de IRPJ e para fins de CSLL, inviabilidade de exigência de IR por pagamento sem causa face a dedutibilidade das despesas decorrentes do contrato firmado com a SETEC envolvendo a prestação de serviços técnicos e transferência de tecnologia/ uso de marca e dos adiantamentos, inviabilidade De Exigência De IR Na Fonte Por Pagamento Sem Causa No Contrato Firmado Com A Toyo Setal, dedutibilidade das despesas decorrentes do contrato firmado com a MSML participações/inviabilidade de exigência de IR na fonte por pagamento sem causa, necessidade de produção de prova pericial para as despesas incorridas com a SETEC e com a TOYO SETAL.

O co-obrigado Sr. Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, também apresentou impugnação clamando pelo afastamento de sua responsabilidade solidária, fundamentada nos termos do artigo 135, inciso III do CTN.

Em seguida, foi proferido v. acórdão recorrido julgando improcedente a impugnação, registrando a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

A responsabilidade do art. 135, III, do CTN é do tipo solidária, ou seja, se o representante, mesmo que de fato, da contribuinte for colocado no pólo passivo, isto não exclui a contribuinte da responsabilidade dos tributos e multas apurados.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. PRAZO PARA EFETUAR O LANÇAMENTO.

Na hipótese de lançamento por homologação, inexistindo disposição legal diversa à do CTN e ocorrendo a antecipação do pagamento sem prévio exame do Fisco, a decadência de a Fazenda Pública efetuar o lançamento opera-se após cinco anos, contados do fato gerador, sem que aquela tenha se pronunciado. Inexistindo antecipação do pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Em caso de dolo a decadência será regida pelo inciso I do art. 173 do CTN.

DESPESAS NÃO COMPROVADAS.

Para se comprovar uma despesa para o IRPJ ou para a CSLL, de modo a torná-la dedutível, não basta comprovar que ela foi assumida e que houve o desembolso. É requisito essencial para a sua dedutibilidade a comprovação da efetiva prestação do serviço, com documentação hábil e idônea.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DECADÊNCIA. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. A aplicação do disposto no art. 61 da Lei nº. 8.981/95 (art. 674 do RIR/99) decorre, sempre, de procedimentos investigatórios levados a efeito pela Administração Tributária, não sendo razoável supor que o contribuinte, espontaneamente, promova pagamentos sem explicitação da causa ou a beneficiários não identificados e, em razão disso, antecipe o pagamento do imposto à alíquota de 35%, reajustando a respectiva base de cálculo. A incidência em referência sustenta-se na presunção (da lei) de que os pagamentos foram utilizados em operação, passível de tributação, em que, em virtude do desconhecimento do beneficiário ou da sua natureza, desloca-se a responsabilidade pelo recolhimento do tributo correspondente para quem efetuou o pagamento. No caso, a constituição do crédito tributário correspondente só pode ser efetivada com base no art. 149, I, do Código Tributário Nacional, sendo a decadência do direito de se promover tal procedimento disciplinada pelo disposto no art. 173 do mesmo diploma

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU QUANDO REFERIR-SE A OPERAÇÃO OU CAUSA NÃO COMPROVADA.

Se sujeita à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, com alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, assim como pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiro ou sócios, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, ainda que esse pagamento resultar em redução do lucro líquido da empresa.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, parágrafo 1º, da Lei nº 9.430/96, restando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se, em tese, nas hipóteses tipificadas no art. 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Ao se decidir de forma exaustiva a matéria referenciada ao lançamento principal de IRPJ, a solução adotada espraia seus efeitos aos lançamentos reflexos, próprio da sistemática de tributação das pessoas jurídicas.

Processo nº 13896.723083/2016-99
Acórdão n.º **1402-003.733**

S1-C4T2
Fl. 25.253

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, repisando os mesmos argumentos da impugnação e acosta aos autos Laudo Técnico e documentos visando desconstituir a autuação.

Ato contínuo, a D. Procuradoria da Fazenda Nacional ofereceu contra-razões rebatendo todas as alegações feitas pelo sujeito passivo.

Por último e após as contra-razões da PGFN, o coobrigado, Sr. Augusto Ribeiro de Mendonça Neto interpôs Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

Os recurso é tempestivo e preenche todos os requisitos previstos na legislação pertinente, motivo pelo qual, o admito.

Prejudicial de decadência:

Quanto a preliminar de decadência dos créditos relativos aos três primeiros trimestres do ano-calendário de 2011 nos termos do artigo 150, parágrafo quarto do CTN, entendo que o v. acórdão recorrido deve ser mantido, eis que restou comprovado nos autos a existência de operações simuladas por meio de empresas inexistentes, com emissão de notas fiscais inidôneas.

A fiscalização comprovou cabalmente a inexistência das despesas formalmente escrituradas e deduzidas pelo sujeito passivo, sendo que não se constituíam efetivamente em serviços prestados pelos contratados, mas mero repasse de recursos com vistas a viabilizar pagamento de propinas, denominadas pelo autuado de vantagens indevidas a terceiros, situação aliás confessada pelo gestor da Recorrente, Sr. Augusto Mendonça, conforme se extrai dos Termos de Colaboração Premiada.

Vejam D. Julgadores, tão certa era a consciência dos sujeitos passivos arrolados (empresa e gestor) quanto ao verdadeiro objeto dos pagamentos referentes às notas fiscais de contratos de serviços ou compras fictícias, quanto era com relação à impossibilidade de sua dedução como despesas na sua contabilidade, vez que não representavam, de fato, custos da atividade exercida pela empresa, mas sim meros instrumentos de repasse de propinas a terceiros.

Assim, de acordo com o Termo de Colaboração Premiada do gestor da Recorrente, Sr. Augusto Mendonça, não deixa dúvidas de que a autuada tinha consciência de que os pagamentos e as despesas foram criadas por meio de operações simuladas/inexistentes. O fato de ter lançado as pagamentos e despesas em sua contabilidade, visando dar aparência de normalidade do gasto, não afasta o intuito de reduzir ou suprimir o tributo devidamente comprovado nos autos.

O item 6 do TVF descreve e expõe muito bem o dolo do sujeito passivo, quando praticou as operações simuladas, objeto do Auto de Infração.

Qualificamos, nos termos do art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14, da Lei nº 11.488/07, o percentual da multa de ofício aplicável aos tributos apurados em decorrência das infrações descritas nos subitens 4.1 e 4.3 deste,

uma vez que constatamos a ocorrência dos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

[...]

O sujeito passivo, administrado por Augusto Mendonça, seu principal executivo de fato como demonstramos no subitem 2.6 deste, agindo de forma consciente, deliberada, organizada, meticulosa e reiterada pagou propinas, ou eufemisticamente, “vantagens indevidas”, a agentes públicos para assegurar sua participação em licitações promovidas pela Petrobrás e, desse modo, contribuiu para fraudálas.

Parte dessas ações fraudulentas e criminosas foi reconhecida por Augusto Mendonça nos Termos de Colaboração Premiada firmados perante o MPF e nos Acordos de Leniência celebrados com o MPF e o CADE, subscritos por Augusto Mendonça, por ex e atuais executivos de algumas das empresas de seu grupo empresarial e pelas próprias empresas.

[...]

Devemos destacar também que a Setec é empresa do grupo empresarial de Augusto Mendonça e gerida pelo próprio empresário. A Setec é controlada integral da PEM Engenharia, uma das empresas em que Augusto Mendonça mantém participação societária. Como informado no subitem 4.1.2 o Consórcio Interpar celebrou contratos fictícios de prestação de serviços e locação de equipamentos com a Setec para possibilitar o escoamento dos recursos destinados ao pagamento das propinas. A Setec de posse desses recursos celebrou outros contratos fictícios de prestação de serviços e locação de equipamentos com diversas outras empresas de fachada, de forma que os valores fossem redistribuídos aos diversos beneficiários. Temos, nesse caso, uma sucessão de contratos fraudulentos: primeiramente o firmado pelo Consórcio Interpar, liderado pela SOG, com a Setec e, na sequência, os contratos fraudulentos celebrados pela Setec com as empresas de fachada controladas pelos “doleiros” Alberto Youssef e Adir Assad. Essas últimas empresas, objeto de inaptdão e baixa de ofício de suas inscrições no CNPJ, foram abordadas nos subitens 3.2.1 a 3.2.7 deste termo e são as seguintes: Rock Star, SM Terraplenagem, Power To Ten, Soterra, Legend, Empreiteira Rigidez e RCI oftware e Hardware. Constatamos também que parte das propinas foi paga mediante contrato de prestação de serviços fictícios celebrado entre a PEM Engenharia e a SM Terraplenagem, com recursos providos pela Setec à PEM Engenharia, confirmando o declarado por Augusto Mendonça na página 7 do Termo de Colaboração nº 07.

Queremos destacar também os pagamentos efetuados pelo Consórcio SPS, integrado pela SOG, do qual não era a empresa líder, para a Energex, empresa gerida por Augusto Mendonça, que detinha participação praticamente integral no seu capital social. Esses pagamentos, objeto do subitem 4.1.5 deste termo, foram um “ressarcimento” do Consórcio SPS a Augusto

Mendonça, conforme narrativa do próprio nos Termos de Colaboração Premiada. Augusto Mendonça teria pagado propina a um agente público utilizando-se de recursos pessoais mantidos no exterior.

Para reembolsá-lo o Consórcio SPS celebrou com a Energex um contrato fictício de prestação de serviços, realizando os pagamentos dos valores à Energex.

Também ressaltamos que, no âmbito das “vantagens indevidas” pagas em decorrência dos contratos celebrados com a Petrobrás, constatamos os pagamentos efetuados pelo Consórcio CMMS para a Energex, por supostos serviços prestados pela Energex, como apontado no subitem 4.1.6.3 deste termo. Embora todos os envolvidos (SOG, Mendes Junior Trading, empresa líder do Consórcio CMMS, e a Energex) tenham sido intimados a comprovar a efetiva prestação dos serviços, nenhum deles apresentou qualquer documentação nesse sentido. O pagamento dessas vantagens ilícitas pelo Consórcio CMMS a uma empresa controlada por Augusto Mendonça não foi relatado pelo mesmo ao MPF nos Termos de Colaboração Premiada.

A fiscalização constatou também pagamentos efetuados pela SOG à Setec em parte contabilizados como despesas por serviços prestados que não foram comprovados e parte como encargos de amortização pelo uso da marca SETAL pela SOG. A fiscalização demonstrou que esses pagamentos foram acobertados pela celebração de contratos simulados, como apontamos no subitem 4.1.7 deste termo.

Nesse contexto apuramos pagamentos efetuados pela SOG à Setec no montante de R\$ 104,6 milhões no período de 2010 a 2013, conforme tabela apresentada no subitem 4.3.7.1 deste termo. A maior parte desse valor foi contabilizada como adiantamentos da SOG para a Setec. Parte desse montante, cerca de R\$ 21,4 milhões foi devolvida pela Setec à SOG e parte, cerca de R\$ 9,1 milhões permanecia contabilizada como adiantamentos em aberto na data de 31/12/13, conforme informamos no subitem 4.1.7.4 deste termo. Com base nesses números verifica-se que a Setec recebeu cerca de R\$ 83,2 milhões líquidos da SOG no período 2010 a 2013 (R\$ 104,6 MM – R\$ 21,4 MM = R\$ 83,2 MM). Esses valores são em adição aos pagamentos recebidos pela Setec do Consórcio Interpar no período, que totalizaram cerca de R\$ 39 milhões, conforme tabela integrante do subitem 4.1.2 deste termo.

Como reconhecido por Augusto Mendonça no Termo de Colaboração Premiada nº 01, datado de 29/10/14, a Setec era uma empresa que já em 2005 estava tecnicamente quebrada e não conseguia sequer viabilizar sua participação em licitações promovidas pela Petrobrás em função de suas deficiências cadastrais. Declarou que entre 2004 e 2005 foram apresentados 59 pedidos de falência quase simultâneos e que possuía dívida tributária impagável. Declarou que foi a partir daí que tomaram a decisão de criar uma nova companhia, a SOG. Com suporte

nessas declarações verifica-se que de fato a SOG caracteriza-se como uma sucessora da Setec. Nesse mesmo sentido, no subitem 4.1.7.1 deste reproduzimos declaração em

juízo de Carlos Alberto Rodrigues, CPF nº 052.187.66801, referindo-se às empresas do grupo empresarial de Augusto Mendonça, na condição de testemunha em processo penal. Carlos Alberto Rodrigues já trabalhava no grupo empresarial de Augusto Mendonça e no período de 2006 a 2012 exerceu o cargo de diretor financeiro da SOG. Declarou que a SOG foi criada para ser uma empresa “limpa”.

*Declarou, referindo-se às demais empresas do grupo, que “praticamente estavam quebradas” e que **essas empresas ficaram sob a gestão de Augusto Mendonça e que “essas empresas ficaram como se fosse da pessoa física dele”.***

Como também demonstramos no subitem 4.1.7 deste termo a Setec não possuía quadro técnico de pessoal compatível com os supostos serviços prestados, nem a marca SETAL, detida pela Setec, poderia justificar o pagamento pelo licenciamento de seu uso. Além de a marca SETAL não mais ser utilizada pela SOG em sua razão social desde 19/05/08, estava extremamente desgastada em função da deterioração técnica e financeira da Setec. Ainda assim, a SOG pagou à Setec, em termos líquidos, cerca de R\$ 83,2 milhões no período de 2010 a 2013. Desse montante, cerca de R\$ 47,9 milhões foram contabilizados como despesas com serviços prestados e cerca de R\$ 7,8 milhões (R\$ 5,9 MM + R\$ 1,9 MM = R\$ 7,8 MM) como encargos de amortização da marca SETAL, conforme informamos nas tabelas integrantes dos subitens 4.1.7.5 e 4.1.7.6 deste termo e na informação sobre a contabilização de indenização assumida pela SOG pelo suposto uso indevido da marca SETAL no período 2011 a 2013. A referida indenização, no valor total de R\$ 14,1 milhões, foi parcialmente contabilizada como encargos de amortização no ano-calendário de 2013, no montante de aproximadamente R\$ 1,9 milhões.

Por fim, constatamos pagamentos efetuados pela SOG, em 2010 e 2013, em razão das notas fiscais de serviços emitidas pela MSML. Conforme comprovantes fornecidos os pagamentos não foram efetuados à MSML, mas ao seu sócio minoritário Rafael Ribeiro de Mendonça Lima, que detinha 0,01% do capital social.

Como apontamos no subitem 4.1.8 deste termo, a MSML é empresa controlada por Maria Stela Ribeiro de Mendonça, CPF nº 285.855.98808, com 99,98% de seu capital social. Maria Stela, que vem a ser genitora de Rafael, detinha direta e indiretamente participação de 21,96% no capital da SOG no período de 2010 a 2012, e 7,57% em 2013. Intimados a comprovar a efetiva prestação dos serviços a SOG, na qualidade de tomadora, e a MSML, na qualidade de prestadora, não apresentaram documentação a esse respeito. Maria Stela é atualmente Diretora Presidente da SOG.

As empresas SOG, Setec e MSML são empresas controladas por membros da família Ribeiro de Mendonça e, portanto, são partes relacionadas entre si. Esse fato, adicionado entre outros, à falta da comprovação da efetiva prestação de serviços à SOG, reforça a constatação de que os contratos firmados entre as partes, quando existentes, e as notas fiscais de serviços emitidas pelas supostas prestadoras de serviços para a SOG são documentos ideologicamente falsos. Serviram ao propósito de propiciar aparente ar de legitimidade aos pagamentos efetuados pela SOG e utilizados para dar suporte aos correspondentes lançamentos contábeis. Esse modus operandi é idêntico ao utilizado pela SOG e os Consórcios de que participa (Interpar, CMMS e SPS) para acobertar documentalmente os pagamentos das “vantagens indevidas” efetuados à Setec, Auguri, Riomarine, Energex e Editora Gráfica Atitude e, na sequência, aos pagamentos efetuados pela Setec às empresas comandadas pelos “doleiros” Alberto Youssef e Adir Assad.

As condutas descritas se enquadram perfeitamente nas definições legais de sonegação, fraude e conluio como dispõem os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

*O sujeito passivo agiu de forma a impedir que a autoridade fazendária tivesse conhecimento dos fatos geradores dos tributos apurados, caracterizando a sonegação, ao **intencionalmente contabilizar como custos e despesas dedutíveis valores sabidamente correspondentes a serviços que não foram prestados e ao pagamento de vantagens ilícitas e sem causa.***

*O sujeito passivo procurou modificar as características essenciais dos fatos geradores ao tratar os custos e despesas contabilizados e os pagamentos efetuados como legítimos e necessários, com causa e em retribuição a operações comprovadas. Todavia, como demonstramos, as operações que originaram os pagamentos não foram comprovadas e os documentos de suporte apresentados eram ideologicamente falsos. Os contratos se referiam a serviços fictícios, fato em grande parte já reconhecido por Augusto Mendonça como apontamos. O sujeito passivo contabilizou as despesas e custos associados a esses pagamentos como dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL a pagar. **Em consequência reduziu dolosamente o montante devido desses tributos e, dessa forma, cometeu fraude.***

As fraudes foram praticadas mediante ajuste doloso com uma grande diversidade de contrapartes, configurando o conluio. Essas contrapartes, representadas pelas empresas emitentes das notas fiscais de prestação de serviços inidôneas, pois os serviços eram fictícios e nunca foram prestados, colaboraram de forma consciente com o sujeito passivo para viabilizar a execução das fraudes descritas.

As ações praticadas pelo sujeito passivo foram de natureza dolosa, uma vez que realizadas de forma intencional e

planejada. As condutas relatadas foram praticadas extensivamente, envolveram valores vultosos e foram reiteradas.

Em face do exposto justifica-se plenamente a imposição da multa de ofício qualificada sobre o valor de principal dos tributos apurados pela fiscalização objeto dos subitens 4.1 e 4.3 deste termo.

Assim, rejeito a prejudicial de mérito alegada pela Recorrente para que se aplique a contagem da decadência nos termos do artigo 150, parágrafo quarto do CTN, devendo ser aplicado o marco inicial previsto no artigo 173, inciso I do CTN, não ocorrendo a decadência do direito da Fazenda Nacional lançar os créditos.

Da alegação de erro na identificação do sujeito passivo:

O recurso da empresa apresenta argumentação no sentido de que uma vez aplicado o art. 135, inciso III, do CTN, com a responsabilização tributária do gestor/administrador de fato, a obrigação da sociedade empresária, como contribuinte, estaria automaticamente excluída. Ou seja, a Recorrente alega que a responsabilidade tributária prevista do dispositivo acima mencionado seria pessoal e exclusiva, devendo o Auto de Infração ser lavrado face Sr. Augusto Mendonça e não contra a empresa SOG.

A alegação da Recorrente não procede.

Primeiramente, não resta dúvida de que a empresa Recorrente é o sujeito passivo da exação tributária, eis que foi a própria que deduziu as despesas criadas de forma artificialmente e deixou de reter o imposto de renda sobre os pagamentos considerados sem causa pela fiscalização, reduziu a base tributável e se beneficiou da redução do IRPJ.

Ademais, a jurisprudência do STJ vai no sentido de que a responsabilidade prevista no art. 135, inciso III, do CTN, é solidária, ou seja, respondem juntamente com a sociedade empresária os seus dirigentes ou gestores, mesmo que considerados administradores de fato.

Nesse sentido, é oportuno citar o seguinte acórdão, que, além de reconhecer a natureza de responsabilidade solidária do artigo 135, inciso III do CTN, também deixa claro que a sua aplicação não exclui a obrigação da empresa contribuinte, o real sujeito passivo da obrigação tributária (no caso, o ato ilícito era a dissolução irregular):

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA X RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA. CUMULAÇÃO SUBJETIVA DE PEDIDOS/DEMANDAS.***

1. Não se conhece do Recurso Especial em relação à ofensa ao art.535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

2. A controvérsia tem por objeto a decisão do Tribunal de origem, que determinou a exclusão da pessoa jurídica do polo passivo de Execução Fiscal, em decorrência do redirecionamento para o sócio-gerente, motivado pela constatação de dissolução irregular do estabelecimento empresarial.

3. Segundo o sucinto acórdão recorrido, "a responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN, é pessoal, e não solidária nem subsidiária", de modo que, "com o redirecionamento, a execução fiscal volta-se exclusivamente contra o patrimônio do representante legal da pessoa jurídica, a qual deixa de responder pelos créditos tributários".

4. O decisum recorrido interpretou exclusivamente pelo método gramatical/literal a norma do art. 135, III, do CTN, o que, segundo a boa doutrina especializada na hermenêutica, pode levar a resultados aberrantes, como é o caso em análise, insustentável por razões de ordem lógica, ética e jurídica.

5. É possível afirmar, como fez o ente público, que, após alguma oscilação, o STJ consolidou o entendimento de que a responsabilidade do sócio-gerente, por atos de infração à lei, é solidária. Nesse sentido o enunciado da Súmula 430/STJ: "O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente."

6. O afastamento da responsabilidade tributária decorreu da constatação de que, em revisão do antigo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a inadimplência não deve ser considerada ato ilícito imputável ao representante da pessoa jurídica. No que concerne diretamente à questão versada nestes autos, porém, subjaz implícita a noção de que a prática de atos ilícitos implica responsabilidade solidária do sócio-gerente.

7. Merece citação o posicionamento adotado pela Primeira Seção do STJ no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 174.532/PR, segundo os quais "Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei".

8. Isto, por si só, já seria suficiente para conduzir ao provimento da pretensão recursal. Porém, há mais a ser dito.

9. Ainda que se acolha o posicionamento de que a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN -por ser descrita como pessoal -não pode ser considerada solidária, é improcedente o raciocínio derivado segundo o qual há exclusão

da responsabilidade da pessoa jurídica em caso de dissolução irregular.

10. Atente-se para o fato de que nada impede que a Execução Fiscal seja promovida contra sujeitos distintos, por cumulação subjetiva em regime de litisconsórcio.

11. Com efeito, são distintas as causas que deram ensejo à responsabilidade tributária e, por consequência, à definição do polo passivo da demanda: a) no caso da pessoa jurídica, a responsabilidade decorre da concretização, no mundo material, dos elementos integralmente previstos em abstrato na norma que define a hipótese de incidência do tributo; b) em relação ao sócio-gerente, o "fato gerador" de sua responsabilidade, conforme acima demonstrado, não é o simples inadimplemento da obrigação tributária, mas a dissolução irregular (ato ilícito).

12. Não há sentido em concluir que a prática, pelo sócio-gerente, de ato ilícito (dissolução irregular) constitui causa de exclusão da responsabilidade tributária da pessoa jurídica, fundada em circunstância independente.

13. Em primeiro lugar, porque a legislação de Direito Material (Código Tributário Nacional e legislação esparsa) não contém previsão legal nesse sentido.

14. Ademais, a prática de ato ilícito imputável a um terceiro, posterior à ocorrência do fato gerador, não afasta a inadimplência (que é imputável à pessoa jurídica, e não ao respectivo sócio-gerente) nem anula ou invalida o surgimento da obrigação tributária e a constituição do respectivo crédito, o qual, portanto, subsiste normalmente.

15. A adoção do entendimento consagrado no acórdão hostilizado conduziria a um desfecho surreal: se a dissolução irregular exclui a responsabilidade tributária da pessoa jurídica, o feito deveria ser extinto em relação a ela, para prosseguir exclusivamente contra o sujeito para o qual a Execução Fiscal foi redirecionada. Por consequência, cessaria a causa da dissolução irregular, uma vez que, com a exclusão de sua responsabilidade tributária, seria lícita a obtenção de Certidão Negativa de Débitos, o que fatalmente viabilizaria a baixa definitiva de seus atos constitutivos na Junta Comercial!

16. Dito de outro modo, o ordenamento jurídico conteria a paradoxal previsão de que um ato ilícito -dissolução irregular -, ao fim, implicaria permissão para a pessoa jurídica (beneficiária direta da aludida dissolução) proceder ao arquivamento e ao registro de sua baixa societária, uma vez que não mais subsistiria débito tributário a ela imputável, em detrimento de terceiros de boa-fé (Fazenda Pública e demais credores).

17. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1455490/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 25/09/2014)(Grifo nosso)

Assim, de acordo com a jurisprudência do STJ, o artigo 135, inciso III do CTN trata sobre hipótese de responsabilidade solidária dos sócios, administradores, gerentes e gestores da empresa, não se confundindo com o real sujeito passivo da obrigação tributária, que no caso é a empresa Recorrente.

Desta forma, considero correta a indicação no Auto de Infração da empresa SOG como sujeito passivo principal da obrigação tributária e do Sr. Augusto Mendonça como responsável solidário, nos termos do art. 135, inc. III do CTN, inexistindo o alegado vício de erro de sujeição passiva e, portanto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Mais a frente irei analisar a responsabilidade solidária do gestor da Recorrente, Sr. Augusto Mendonça, nos termos do artigo 135, inciso III do CTN.

- Da denúncia espontânea da infração ao Ministério Público Federal e aplicação do regime do art. 138 do CTN:

Os recorrentes pleiteiam a aplicação ao presente caso do instituto da denúncia espontânea uma vez que as infrações apuradas pelo Fisco foram previamente confessadas ao Ministério Público Federal por meio do instituto da delação premiada além de acordo de leniência firmado pela recorrente e homologado pela Justiça Federal.

Vejamos as alegações da Recorrente sobre a denuncia espontânea:

67. Como bem reconheceu a fiscalização, em 22.10.2014 – bem antes da presente autuação e do início da fiscalização – foi celebrado termo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e o Sr. Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, assim como acordo de leniência, também firmado pela recorrente, homologado pelo MM. Juízo da 13ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Paraná.

68. À vista de tais considerações, duas circunstâncias devem ser consideradas no espectro das autuações fiscais: a espontaneidade das informações prestadas e a e políticos.

69. É fácil constatar, portanto, que os recorrentes apresentaram lealmente todas as informações e documentos já contando com o repasse de tais informações à fiscalização fazendária, de modo que remanesceram no aguardo da apuração (que compete à fiscalização – art. 142 do CTN) dos tributos eventualmente devidos em face das operações confessadas perante a autoridade policial. Tudo de conformidade com a parte final do “caput” do art. 138 do CTN.

70. *Não há espaço para dúvidas: a postura da SOG Óleo e Gás S/A e de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto é tipicamente abarcada no regime do art. 138 do CTN, eis que aquele comando estimula a denúncia espontânea da infração com a eliminação da penalidade potencialmente aplicável ao caso concreto, ainda que – como no caso em tela – o montante do tributo dependa de apuração posterior (segundo a parte final do “caput” do art. 138 do CTN).*

71. *O art. 138 do CTN não exige formalidades adicionais, bastando que o contribuinte apresente a denúncia – e o parágrafo único daquele dispositivo cuida de excepcionar do regime de denúncia espontânea apenas a situação em que já tenha se iniciado o procedimento de fiscalização.*

Tais alegações da Recorrente não merecem ser providas, eis que não consta qualquer atitude ou ato da contribuinte visando retificar a declaração, bem como o pagamento relativo aos tributos exigidos nos autos antes de ter iniciado o procedimento de auditoria.

De resto, utilizo os fundamentos constantes no v. acórdão proferido pela C. Terceira Câmara, da Segunda Turma da Primeira Seção, no v. acórdão 1402.003.342, que julgou caso análogo ao em epígrafe.

Os recorrentes contestam a conclusão da decisão recorrida, alegando que ela “não está em consonância com a legislação pátria, à medida que afirma que a denúncia espontânea somente será reputada válida quando estiver acompanhada do pagamento do tributo devido – desconsiderando a possibilidade do contribuinte depositar a quantia devida após a apuração do montante pela fiscalização, hipótese que se aplica ao presente caso”.

Se equivocam os recorrentes.

O instituto da denúncia espontânea, como o próprio nome revela, depende exclusivamente da ação do sujeito passivo, tanto no que se refere à confissão do tributo quanto ao seu pagamento ou depósito, quando este dependa de apuração. Cabe ao contribuinte retificar suas declarações de rendimentos, refazer suas apurações e efetuar o pagamento dos tributos devidos, ou o seu depósito, caso haja dívida quanto ao montante total devido.

No presente caso, o que se verifica é apenas a confissão dos crimes praticados ao Ministério Público Federal e à Justiça Federal, na atuação da recorrente junto à Petrobrás, que, posteriormente, ensejaram apurações por parte do Fisco Federal dos tributos devidos em face das irregularidades a ele comunicadas pelos órgão de investigação e da Justiça.

Poderia, se assim quisesse, o contribuinte ter se antecipado a qualquer procedimento fiscal e adotado as medidas necessárias

para a denúncia espontânea das obrigações tributárias perante o Fisco, retificando suas declarações e pagando ou efetuando o depósito dos tributos devidos.

Nenhuma dessas providências foi tomada pelos recorrentes, de sorte que é inviável a aplicação do instituto previsto no art. 138 do CTN ao presente caso.

Desta forma, como não ocorreu o pagamento dos tributos e contribuições antes do lançamento de ofício voto por rejeitar a preliminar de denuncia espontânea alegada pela Recorrente.

- Glosa de despesas e exigência de IRRF relativo a pagamento sem causa:

Em relação a autuação concomitante de glosa de despesas/custos com a exigência de IRRF devido a pagamento sem causa, este Relator firmou entendimento de que não é possível a exigência das duas autuação ao mesmo tempo.

Este entendimento, também foi abordado pelo Professor José Antônio Minatel em seu artigo publicado na revista Dialética, que foi colacionado na Declaração de Voto do D. Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, no v. acórdão proferido no processo análogo de número - Vejamos a conclusão a que chegou o professor.

“Só depois de esgotadas essas verificações elementares, será possível promover o adequado enquadramento da situação fática à hipótese normativa que lhe corresponda. Essa cautela é recomendada para que se evitem os excessos costumeiramente praticados pelos agentes do Fisco, mormente quando deparam com pagamentos registrados como custo ou despesa na escrituração contábil da empresa fiscalizada, em que os reais beneficiários não se encontram identificados a contento. Nessa específica hipótese, estando a empresa na sistemática do lucro real para tributação de seus resultados pelo Imposto de Renda, o procedimento fiscal culmina, via de regra, com a lavratura de autos de infração para exigência de IRPJ e CSLL, acrescidos de juros moratórios e multa aplicada de ofício (75% ou 150%), sob o fundamento de glosa da dedutibilidade de despesas/custos não comprovados.

Concomitantemente, lavra-se outro auto de infração fundamentado no art. 61 da Lei nº 8.981/95, com exigência do malfadado IRFonte de 35%, acrescido, também, de juros e nova multa aplicada de ofício (75% ou 150%), agora sob o fundamento de que os mesmos gastos, contabilizados como custos/despesas, estão acobertando pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado.

Evidente que há exageros e não se pode compactuar com a sobreposição e penalidades sancionando a mesma conduta.

Com efeito, ante a não comprovação dos gastos contabilizados como custos/despesas, está legitimada a formalização de exigência do IRPJ e da CSLL indevidamente reduzidos, sendo pertinente que essa conduta que ocasionou indevida redução de tributos seja sancionada com a imposição de multa de ofício (75% ou 150%). No entanto, não cabe outra penalidade sobre a mesma constatação fática, sendo indevida a exigência de 35% a título de IRFonte sob o pressuposto de falta de identificação do beneficiário do pagamento da mesma operação que teve a dedutibilidade negada, pois essa exigência tem nítido caráter de penalidade, como já demonstrado.

Mais grave ainda é ver essa penalidade pecuniária de 35% travestida de tributo ser gravada com nova penalidade, uma vez que sobre o valor do IRFonte exigido no auto de infração é calculada nova multa de ofício (75% ou 150%).

Lamentavelmente, lançamentos contaminados com essa grave deformação têm sido confirmados, sem mais reflexão, pelos órgãos encarregados de solucionar os conflitos entre Fisco e contribuinte, como se vê do pronunciamento da 4.ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, aqui reproduzido na parte atinente à matéria em estudo, verbis:

‘PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO – PAGAMENTO EFETUADO A BENEFICIÁRIO SEM CAUSA PAGAMENTOS EFETUADO SEM COMPROVAÇÃO OU CAUSA NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS ARTIGO 61 DA LEI n.º 8.981, DE 1995 CARACTERIZAÇÃO.

A pessoa jurídica que efetuar pagamento a beneficiário não identificado ou não comprovar a operação ou a causa dos pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, bem como não comprovar o pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos ou mercadorias ou a utilização dos serviços, referidos em documentos emitidos por pessoa jurídica considerada ou declarada inapta, sujeitar-se-á à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, a título de pagamento a beneficiário não identificado e/ou pagamento a beneficiário sem causa. O ato de realizar o pagamento é pressuposto material para a ocorrência da incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, conforme o disposto no art. 61 da Lei n.º. 8.981, de 1995’.

Agride a estrutura da regra jurídica do Imposto sobre a Renda a afirmação final contida na ementa de que “o ato de realizar pagamento é pressuposto material para a ocorrência da incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte”. A afirmação estará a salvo se vista a referida incidência com caráter de penalidade, para a qual o ato de realizar pagamento a beneficiário não identificado é que lhe dá tipicidade.

Portanto, é imperioso admitir que há limites e condições para a aplicação da penalidade prevista no art. 61 da Lei nº 8.981/95, a qual, quando cabível, deve ser vista com a mesma natureza da chamada “multa isolada”, sendo certo que sua aplicação por meio de lançamento de ofício (auto de infração) não comporta novo cálculo de multa sobre multa, sendo totalmente inadequada à imposição de multa de ofício de 75% ou 150% sobre o valor da penalidade quantificada em 35% do valor do pagamento sem causa, ou a beneficiário não identificado.

O grifo em quando cabível é para deixar registrado, pedindo vênua pela ênfase em discurso repetitivo, que essa penalidade de 35% do art. 61 da Lei nº 8.981/95 somente pode ser aplicada quando não houver exigência concomitante de tributo (IRPJ e CSLL) sobre a mesma operação, pois, nessa hipótese, a formalização de exigência de cunho tributário com a imposição da penalidade correspondente, que é o objetivo primeiro da administração tributária, absorve a multa isolada prevista para idêntica conduta.

Em conclusão, a imposição da multa isolada de 35% só é adequada para sancionar condutas que impeçam a identificação da causa ou do beneficiário de pagamento, praticada por pessoas jurídicas não submetidas à tributação pelo lucro real ou presumido.”

(Grifei)

Outro entendimento que avalio ser interessante destacar em meu voto relativo a impossibilidade de glosa de despesas/custos concomitantemente com a exigência do IRRF sobre pagamentos sem causa, é o previsto na Declaração de Voto do D. Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa no processo - 13896.723262/2015-45, que vai no sentido de que a aplicação do art. 61 está reservada para aquelas situações em que o fisco prova a existência de um pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado, desde que o mesmo fato/valor que servir de base, não caracterize hipótese de redução do lucro líquido, quer por receita omitida, quer por glosa de custos e/ou despesas, situações tipicamente submetidas a incidência do IRPJ segundo as normas pertinentes à tributação pelo lucro real e ao lucro presumido.

De resto, para fundamentar meu voto utilizo os argumentos do D. Conselheiro Lucas Bevilacqua, proferidos no acórdão 1402-003.342, os quais costumo acompanhar quando esta C. Turma Ordinária julga tal matéria.

O art. 61 da Lei 8.981/95 dispõe que:

*Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, **todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado**, ressalvado o disposto em normas especiais.*

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

§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

Art. 74. Integrarão a remuneração dos beneficiários:

I - a contraprestação de arrendamento mercantil ou o aluguel ou, quando for o caso, os respectivos encargos de depreciação, atualizados monetariamente até a data do balanço:

a) de veículo utilizado no transporte de administradores, diretores, gerentes e seus assessores ou de terceiros em relação à pessoa jurídica;

b) de imóvel cedido para uso de qualquer pessoa dentre as referidas na alínea precedente;

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:

a) a aquisição de alimentos ou quaisquer outros bens para utilização pelo beneficiário fora do estabelecimento da empresa;

b) os pagamentos relativos a clubes e assemelhados;

c) o salário e respectivos encargos sociais de empregados postos à disposição ou cedidos, pela empresa, a administradores, diretores, gerentes e seus assessores ou de terceiros;

d) a conservação, o custeio e a manutenção dos bens referidos no item I.

§ 1º A empresa identificará os beneficiários das despesas e adicionará aos respectivos salários os valores a elas correspondentes.

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

Como se verifica da leitura do dispositivo, sua aplicabilidade está condicionada a identificação ou não do beneficiário, e a depender da comprovação de sua causa ou da operação. Ou seja, entendendo ser inócuo pedido de diligência ou perícia para verificar se houve ou não recolhimento do IR pelos beneficiários do pagamento.

Percebe-se que, a princípio, o recolhimento do imposto não é apto a impedir a incidência do IRRF nestes casos em que não se identifica o beneficiário, causa ou operação.

Fala-se em princípio, pois apesar da redação do dispositivo indicar uma coisa, a interpretação histórica e sistemática nos conduz a outra conclusão. Historicamente, o art. 61 foi introduzido para complementar o disposto no art. 44 da Lei nº 8.541/92, como bem aponta Diego Migueta em aprofundado estudo (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/glosa-de-despesas-e-irrf-por-pagamento-sem-causa-16032017>).

Peço vênia para transcrever as conclusões que entendo relevantes para a formulação de meu voto:

De tudo o que foi visto, percebe-se que, se as acusações fiscais, atualmente, entendem ter havido redução indevida do lucro real por dedução de despesas supostamente inexistentes, não podem se valer dessa mesma premissa para invocar o artigo 61 da Lei nº 8.981/95, cuja abrangência não alcança tal situação. Em outras palavras, a ressalva que o próprio artigo faz com relação a normas especiais diz respeito ao artigo 44 da Lei nº 8.541/92, esse sim com previsão que poderia – caso não tivesse sido revogado – sustentar a exigência cumulativa de IRRF.

E as diferenças são perceptíveis a olho nu. O artigo 61 da Lei nº 8.981/95 buscava alcançar hipóteses que escapavam à previsão específica do artigo 44 da Lei nº 8.541/92, isto é, e se os pagamentos não tivessem sido escriturados ou não interferissem na apuração do lucro líquido, como, por exemplo, na compra de bens (lançamentos meramente permutativos em conta de ativo) e se a empresa, sujeita ao lucro presumido, mantivesse escrituração pelo livro caixa.

Certamente, pelo princípio da legalidade, se houvesse transferência de recursos sem a comprovação da operação ou de sua causa ou, ainda, a beneficiário não identificado, não seria possível a exigência de IRRF com base em suposta redução indevida do lucro líquido se não houvesse sequer a sua escrituração. É por essa razão que a alíquota de 35% de IRRF foi uniformizada pelo artigo 62 da Lei nº 8.541/92 para ambas as situações. O cenário normativo, até a revogação do artigo 44 da Lei nº 8.541/92, poderia ser representado da seguinte maneira:

P

| | |
|---|---|
| Pagamentos ou entrega de recursos com causa comprovada e com a identificação dos beneficiários: IRRF apenas em casos especificamente previstos na legislação A | B Pagamento ou entrega de recursos sem causa ou sem a identificação dos beneficiários: artigo 61 da Lei nº 8.981/95 |
| | Pagamentos ou qualquer procedimentos que impliquem redução indevida do lucro líquido: artigo 44 da Lei nº 8.451/92 C |

No conjunto “P” (todos os pagamentos possíveis), estão contidos os subconjuntos “A”, “B” e “C”. O subconjunto “C”, por sua vez, não está contido em “B”, tratando, portanto, de situações distintas e coexistindo harmonicamente. Onde cabe a aplicação de “C”, não caberia, de forma cumulada, a aplicação de “B”.

Hipoteticamente, imaginemos que estamos em 1995 e, com base na mesma situação fática enfrentada nos autos de infração recentes, a fiscalização alegasse que determinado serviço não foi prestado e, de um lado, glosasse a despesa na apuração do lucro real, e, de outro, exigisse o IRRF com base no artigo 44 da Lei nº 8.541/92. Alguém ousaria sustentar que, quando da liquidação financeira da obrigação (cujo reconhecimento teve como contrapartida despesa no resultado) caberia uma terceira exigência com base no mesmo suporte fático?

É indiscutível que não procederia a exigência baseada com base no artigo 61 da Lei nº 8.981/95, seja pelo fato de o artigo 44 da Lei nº 8.541/92 veicular norma especial que prevalece a outra menos específica, seja pelo fato de que, nesta hipótese, haveria, de fato, verdadeiro bis in idem. De modo resumido, os critérios de interpretação histórico, sistemático e finalístico afastam, por completo, a orientação que se guia pela interpretação exclusivamente literal, desprezando elementos que, no mínimo, deveriam ser considerados, ainda que para fins de seu afastamento e manutenção da posição que se adota.

Dito isto, indo além da alegação de dupla tributação e de diversas considerações igualmente relevantes, a revogação do artigo 44 da Lei nº 8.541/92 não permite que o intérprete usurpe a sua abrangência e inclua, no artigo 61 da Lei nº 8.981/95, situações antes não contempladas em sua materialidade.

É por isso que, sem dúvidas, a sua aplicação se restringe a eventos que não guardem relação direta com a acusação de redução indevida do lucro líquido, a saber: pagamentos efetuados por empresas no lucro presumido, no SIMPLES ou, ainda, por empresas sujeitas ao lucro real quando o pagamento não for contabilizado ou não se relacione com a apuração do IRPJ (como é o caso de liquidação de obrigação cuja despesa escriturada, no momento de seu reconhecimento, interferiu na apuração tributária).

Como se verifica, o art. 61 da Lei 8.981/95 foi instituído em complementariedade ao art. 44 da Lei 8.541/92 que assim dispunha:

*Art. 44. A receita omitida ou a diferença verificada na determinação dos resultados das pessoas jurídicas por qualquer procedimento **que implique redução indevida do lucro líquido será considerada automaticamente recebida pelos sócios, acionistas ou titular da empresa individual e tributada exclusivamente na fonte à alíquota de 25%, sem prejuízo da incidência do imposto sobre a renda da pessoa jurídica.** [\(Revogado pela Lei nº 9.249, de 1995\)](#)*

Pergunta-se revogado o artigo acima transcrito, seus efeitos jurídicos seriam transmitidos para o escopo do art. 61 da Lei 8981/95? Não parece ser a resposta correta. Do que decorre a razão das conclusões aduzidas por Miguita de que não há no ordenamento hoje previsão legal para a incidência do IRRF acompanhada da glosa das despesas.

Nessa toada, caso mantida a glosa das despesas deve ser afastada a incidência do IRRF.

De outro lado, ainda que se afaste a glosa pelos motivos acima expostos, há razões para sustentarmos que o IRRF não se aplica ao caso, vejamos.

O art. 61 da Lei 8.981/95 refere-se a beneficiário não identificado. No caso se identificou o beneficiário dos pagamentos. Refere-se a causa de pagamento: identificou-se a causa, ainda que ilícita, conhece-se a causa do pagamento. Por fim, fala-se em comprovação da operação, que está comprovada nos autos, tanto assim o é, que é a premissa da fiscalização para afastar as despesas deduzidas como se simulação fosse.

Reitera-se que se pecúnia non olet para determinação dos efeitos tributários, salvo casos expressamente vedados em Lei, os efeitos tributários de atividades ilícitas devem ser os mesmos das atividades lícitas.

Assim, como entendo que o IRRF não pode ser aplicado como sanção, e nem poderia a teor do art. 3 do CTN, mas uma técnica de arrecadação que deve ser aplicada quando presentes seus requisitos, o que não é o caso dos autos.

Ademais, identificado o beneficiário, a causa (mesmo que seja ilícita) e a operação, não há suporte fático para incidência do IRRF na espécie, motivo pelo qual afasto sua aplicação no caso concreto.

- Da Impossibilidade de exigência do IR sobre pagamento sem causa efetuado por terceiros - Erro na identificação do sujeito passivo:

A Recorrente alega que como a PROJETEC realizou parte dos pagamentos atribuídos a SOG, teria havido erro na identificação do sujeito passivo indicado nos Autos de Infração. Afirmar também, que mesmo que houvesse contrato entre a SOG e a PROJETEC, este não teria o condão de alterar o determinado no art. 123 do CTN.

Entendo que esta alegação da Recorrente não deve ser provida.

Conforme muito bem apontado pelo v. acórdão recorrido, a PROJETEC era uma empresa "virtual" que serviu apenas para passagem de parte do fluxo de recursos utilizados para pagamentos e recebimentos entre empresas do grupo empresarial de Augusto Mendonça e dessas com terceiros.

Tais fatos, encontram suporte nas declarações do próprio gestor de fato da Recorrente, Sr. Augusto Mendonça, ao Ministério Público Federal na Operação Lava Jato.

Vejamos a parte que nos interessa e que foi corretamente destacadas no v. acórdão recorrido:

*O Consórcio Interpar, integrado pela Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. e a SOG - Óleo e Gás S.A.(líder), para viabilizar o pagamento de propinas a agentes públicos, funcionários da Petrobrás, celebrou contrato de prestação de serviços fictícios com a Setal Engenharia Construções e Perfurações S.A., posteriormente denominada Setec Tecnologia S.A., empresa do grupo empresarial de Augusto Mendonça, que por sua vez celebrou contratos de prestação de serviços fictícios com as empresas MO Consultoria, Empreiteira Rigidez e RCI Software, controladas por Alberto Youssef ou interpostas pessoas do mesmo, e Legend Engenheiros Associados Ltda., Soterra Terraplenagem, Power To Ten Engenharia Ltda., SM Terraplenagem Ltda. e Rockstar Marketing Ltda., controladas por Adir Assad ou interpostas pessoas do mesmo. Os pagamentos a essas empresas foi realizado por meio das empresas **Projete** Projetos e Tecnologia Ltda. e Tipuana Participações Ltda., também integrantes do grupo empresarial de Augusto Mendonça, por conta e ordem da*

Setec. Com esse mesmo objetivo o Consórcio Interpar também celebrou contrato de prestação de serviços, parcialmente fictícios de acordo com Augusto Mendonça, com a Auguri Empreendimentos, empresa controlada por Julio Gerin de Almeida Camargo.

[...]

*A SOG - Óleo e Gás S.A. e a Setec Tecnologia S.A. celebraram contratos de prestação de serviços fictícios com a Editora Gráfica Atitude Ltda. para viabilizar recursos destinados ao Partido dos Trabalhadores - PT, cujos montantes seriam baixados dos valores de propinas destinados aos agentes políticos, funcionários da Petrobrás. Os pagamentos foram realizados pela própria SOG e por intermédio das empresas **Projetec** e Tipuana, integrantes do grupo empresarial de Augusto Mendonça, por conta e ordem da SOG e da Setec.*

O v. acórdão também apontou fatos comprovados por meio de documentos juntados na fase de auditoria fiscal que demonstram que a empresa PROJTEC não tinha condições físicas e econômicas para prestar os serviços indicados nos contratos, servindo apenas como meio de repasse/fluxo de recursos utilizados para pagamento de propina.

Vejamos a fundamentação do v. acórdão:

*Conforme consultas efetuadas no sistema GFIP, a **Projetec** declarou a existência de um empregado no período de jan/2010 a jan/2012 e nenhum trabalhador no período de fev/2012 a dez/2013. O funcionário declarado pela **Projetec** possuía a ocupação funcional com o código 2524, correspondente a "profissionais de recursos humanos".*

*Destarte, a **Projetec** foi utilizada pela SOG para realizar pagamentos **com Editora Gráfica Atitude Ltda** decorrentes de contratos de prestação de serviços simulados. Estas despesas estão contabilizadas no balancete da SOG na conta 3.5.3.1.353101 - Serviços de Terceiros - Pessoa Jurídica. Os referidos valores foram declarados na linha 4 - Prestação de Serviço por Pessoa Jurídica, da Ficha 05A da DIPJ do ano-calendário de 2013 - Despesas Operacionais - PJ em Geral.*

Dessa forma, o sujeito passivo é a SOG, e não cabe a argüição de erro de identificação do sujeito passivo.

Desta forma, frente a comprovação dos fatos acima apontados, não resta dúvida de que o real sujeito passivo é a empresa autuada Recorrente (SOG), não restando alternativa senão rejeitar a alegação de erro de sujeição passiva quanto ao IR incidente sobre os pagamentos feito a terceiros, considerados sem causa pela fiscalização.

- A inviabilidade de exigência de impostos sobre os pagamentos devolvidos na operação “lava jato”:

A Recorrente aduz que deveria ter sido retirada da base tributável do Auto de Infração em epígrafe, os valores devolvidos no acordo de leniência.

Alega a recorrente que, em razão do acordo de leniência, seguido de homologação judicial, os pagamentos de vantagens indevidas foram rigorosamente anulados, na medida dos valores ressarcidos a quem de direito (Petrobrás), conforme se pode comprovar das parcelas já quitadas.

Aduz também que a devolução dos valores implica numa “verdadeira reversão – ou estorno – dos pagamentos e a consequente reversão de toda e qualquer exigência fiscal que possa decorrer daqueles pagamentos, porque a identificação da capacidade contributiva que originalmente permitia a formulação de exigências fiscais já não mais persiste. E sem essa capacidade contributiva não há espaço para incidência tributária, pelo menos na medida das devoluções efetuadas pelo contribuinte”.

Prosseguem alegando que: “com efeito, a devolução dos valores conduz à anulação dos efeitos do ato jurídico que deu azo aos pagamentos, ensejando por via de consequência a perda de capacidade contributiva no que tange às exigências formuladas nesta autuação”.

Ou seja, segundo a Recorrente os pagamentos de vantagens indevidas nas licitações, considerados despesas indedutíveis nesta autuação, foram anulados, na medida em que os valores foram ressarcidos à Petrobrás; como se ocorresse uma verdadeira reversão ou estorno, o que alteraria, também a possibilidade de exigência dos tributos devidos, posto que a *“identificação da capacidade contributiva que originalmente permitia a formulação de exigências fiscais já não mais persiste”*.

Quanto a esta alegação da Recorrente, também entendo que não deve prosperar.

Por mais que tenha ocorrido o ressarcimento das vantagens indevidas a quem de direito no âmbito do acordo de leniência, a infração tributária persistiu, eis que tais pagamentos indevidos relativos aos contratos elaborados naquela época, acarretaram em despesas que reduziram a base tributável do IRPJ e da CSLL relativas aquele exercício e exigidas por meio destes Autos de Infração.

Sendo assim, entendo que esta alegação da Recorrente deve ser afastada para manter a exigência do Auto de Infração relativa a glosa de despesas em seus termos.

De resto, como esta matéria já foi analisada por este E. CARF em processo análogo ao em epígrafe, o qual restou decidido pela improcedência da alegação da Recorrente, utilizo voto vencedor do v. acórdão 1302002.549, proferido pela C. Terceira Câmara, da Segunda Turma Ordinária da Primeira Seção, para complementar a fundamentação do meu voto.

[...]

Entendo que assiste razão à Fazenda Nacional, pois embora as despesas glosadas sejam derivadas de desvios de recursos da empresa autuada para pagamentos de vantagens indevidas a terceiros, a sua indedutibilidade decorre essencialmente do fato de que não se enquadram como despesas efetivamente realizadas que reduziram indevidamente o resultado tributável dos exercícios fiscais sob apuração.

Os fatos geradores complexivos do IRPJ e CSLL daqueles períodos devem ser escoimados dos valores que afetaram indevidamente a base de cálculo dos tributos devidos, não podendo ser afetados retroativamente por quaisquer fatos, voluntários ou não que tenham sido praticados em momento posterior, visando a purgar total ou parcialmente os ilícitos penais cometidos e a atenuar a imposição de penalidades, seja na esfera administrativa ou judicial.

Assim, a reparação de danos causados em decorrência dos ilícitos confessados ou a devolução de valores fixados em Termos de Colaboração Premiada ou em Acordos de Leniência, tem natureza completamente distinta das despesas originalmente deduzidas e, se fosse o caso, poderiam afetar o resultado dos exercícios em que foram firmados tais acordos, sendo que os efeitos fiscais teriam que ser melhor examinados nas hipóteses concretas, mas jamais poderiam impactar a apuração de tributos de períodos já encerrados.

Ante ao exposto, voto por rejeitar esta alegação.

Também no mesmo sentido do voto vencedor do v. acórdão proferido pela C. 3 Câmara, da 2 Seção, a D. Procuradoria da Fazenda Nacional em sua Contra-razão ao Recurso Voluntário interposto naquele processo julgado pela 3 Câmara, rebateu a alegação idêntica feita pela Recorrente com os seguintes argumentos:

Como se não bastasse, os fatos geradores ocorridos com os pagamentos das “propinas” surgiram no momento em que se verificaram as situações materiais necessárias a que produzam os efeitos que normalmente lhe são próprios (art. 116, I, do CTN), quais sejam os pagamentos de valores indevidos para operações sem causa (art. 61 da Lei 8.981/95) com vistas a viabilizar as vitórias da Recorrente nos certames promovidos pela PETROBRÁS.

[...]

Noutro lado, a dedução indevida de despesas fictícias pela Recorrente foi suficiente para reduzir – inadequada e convenientemente a base de cálculo do IRPJ (e da CSLL), de modo a atrair a hipótese de incidência do referido Imposto (e da referida contribuição, como explicado linhas acima), tal como previsto no art. 43 do CTN, in verbis:

[...]

Ademais, o IRPJ/CSLL incide independentemente, seja de eventual ilicitude dos atos praticados pela Recorrente, seja em razão da devolução das “propinas”. Não se pode confundir a retomada do produto criminoso (valores que foram indevidamente transferidos pela Recorrente, conforme confessado pelo Sr. AUGUSTO MENDONÇA) com a tributação da glosa decorrente da dedução de despesas artificiais.

O art. 118 do CTN14 declara que se deve abstrair a validade jurídica dos atos efetivamente praticados, bem como a natureza do seu objeto ou dos seus efeitos, e os efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.[...]

Com efeito, a lição demonstra que a tributação na espécie recai sobre os pagamentos realizados pela Recorrente sem causa e pela redução indevida do lucro, pautada por deduções indedutíveis, e, não, sobre as infrações penais que causaram as remessas de “propinas”, razão pela qual é imprópria a ilação de que “se o IRF por pagamento sem causa lhe é exigido com recomposição da base de cálculo, para que a fonte suporte sozinha o ônus do imposto, é justo então que a fonte também se beneficie da redução do tributo assim exigido, na hipótese de devolução da renda submetida a essa exação” (fls. 24 do recurso).

Caso contrário, a rigor, a tese dos Recorrentes transformaria o Termo de Colaboração Premiada, que tem natureza jurídica de acordo bilateral de vontades (estando o Ministério Público/Polícia Federal de um lado, e, o Acusado/Indicado criminal, de outro) em verdadeiro elemento de modulação dos efeitos temporais e materiais dos fatos geradores do IRPJ/CSLL e do IRRF, o que é inadmissível.

Afinal, os fatos geradores desses tributos são objetivos e ocorreram com a dedução de despesas fictícias, inexistentes, não prestadas, manejadas para pagar operações sem causa, isto é, independente do querer das partes Recorrentes.

Por tudo isso, não há como se negar a regularidade da incidência do IRPJ/CSLL e do IRRF no caso concreto.

Apesar de os argumentos feitos no outro processo pela D. Procuradoria da Fazenda Nacional abarcarem também a incidência do IRRF sobre pagamentos sem causa, se amoldam perfeitamente aos meus fundamentos para afastar tal alegação da Recorrente.

Desta forma, voto por rejeitar a alegação da Recorrente de que os valores pagos/ressarcidos a quem de direito no âmbito do acordo de leniência devam ser descontados da base tributável dos Autos de Infração em análise.

- Do direito à dedução das despesas atinentes aos pagamentos indevidos (comissões) a terceiros investigados por corrupção na Operação "Lava Jato".

A Recorrente alega que os valores pagos para obter vantagens indevidas (propria), as "comissões" pagas à terceiros, são despesas necessárias, eis que são necessários e usuais para participar das licitações e contratos junto a Petrobrás.

Tal alegação da Recorrente não deve ser provida.

Não se pode considerar dedutíveis nos termos do artigo 299 do RIR/99, despesas criadas por meio de operações simuladas, albergadas por contratos que apenas dão aparência de licitude, eis que um negócio jurídico pressupõe agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Desta forma, os valores pagos a título de comissões para obter vantagens ilícitas, apesar de serem atos de pura liberalidade da empresa, não podem ser considerados como despesas necessárias e usuais a atividade empresarial da Recorrente.

Sendo assim, não resta alternativa senão negar provimento a esta alegação da Recorrente.

De resto, para complementar a fundamentação do meu voto, adoto os argumentos trazidos aos autos expressos no voto vencedor do v. acórdão recorrido.

A requerente alega que as despesas deduzidas eram necessárias, pois, sem elas não conseguiria os contratos. Sem sentido tal argumentação, pois, despesas necessárias são aquelas necessárias as atividades da empresa, e a respectiva manutenção da fonte produtora.

O art. 299 do RIR/99, determina:

[...]

A respeito do tema a Coordenação do Sistema de Tributação (atual Coordenação-Geral de Tributação) no Parecer Normativo CST nº 32, de 17 de agosto de 1981, dispôs:

4. Segundo o conceito legal transcrito, o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos.

Destarte, o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos, e que a despesa normal é aquela que se verifica comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária.

Ou seja, as “vantagens indevidas” não entram neste conceito.

Desta forma, entendo que tais despesas não podem ser consideradas indedutíveis da apuração do IRPJ e da CSLL e voto por negar provimento a esta alegação da Recorrente.

- Distinção entre as regras de dedutibilidade de despesas para fins de IRPJ e para fins de CSLL:

Esta matéria já foi repetidamente analisada por esta C. Turma Ordinária, que assim com o v.acórdão recorrido, firmou o entendimento de que se aplicam as mesmas regras para dedutibilidade de despesas do IRPJ à CSLL.

Para evitar repetições, colaciono os fundamentos do v. acórdão recorrido sobre este assunto, os quais irei incorporar ao meu voto.

A requerente suscita as diferenças entre o IRPJ e a CSLL quanto as deduções de despesas, contudo, no caso destes autos, está claro que não houve os serviços, e assim, não houve as despesas, dessa forma, a discussão cai no vazio, não tendo sentido algum esta linha de argumentação, pois, somente se pode deduzir ou não despesas que foram reais, ou seja, advindas de fatos reais, e no caso dos autos estas despesas foram criadas (artificiais).

Outrossim, não há reparos a fazer na infração por estes argumentos.

- Dedutibilidade das despesas decorrentes do contrato firmado com a SETEC envolvendo a prestação de serviços técnicos e transferência de tecnologia/inviabilidade de exigência de IR por pagamento sem causa:

Inicialmente, cumpre ressaltar que como acolhi a alegação da Recorrente de que seria inviável a exigência concomitante da infração de glosa de despesas com a exigência do IRRF sobre os pagamentos sem causa, entendo que o respectivo IRRF relativo a este tópico deve ser cancelado.

Passo a analisar as alegações relativas a dedutibilidade das despesas glosadas decorrentes do contrato firmado entre a Recorrente e a SETEC.

A Recorrente alega que a fiscalização glosou a despesa aplicando indevidamente norma antielisiva prevista no parágrafo único do artigo 116 do CTN, sendo que não conseguiu apresentar nos autos qualquer prova que desconstituísse o contrato de prestação

de serviço celebrado entre a Recorrente, SOG e a SETEC, deixando assim de apontar qualquer vício de forma em relação ao instrumento celebrado entre as partes.

Conforme pode se verificar nos autos, tal alegação da Recorrente não procede, eis que tanto a autuação, como a fundamentação do v. acórdão recorrido, vão no sentido de que inexistem provas passíveis de comprovar a regularidade e existência dos serviços/operações indicadas nos contratos celebrados entre a SOG e a SETC, bem como nas demais empresas e Consórcios relacionadas aos serviços.

Ou seja, a glosa das respectivas despesas é fundamentada na falta de provas para comprovar a regularidade das operações e não é pautada na desconsideração do negócio jurídico e nem em norma antilegisiva prevista no artigo 116 do CTN.

Foi dada diversas oportunidades para Recorrente apresentar documentos para dar suporte as despesas glosadas e a autuada quedou-se inerte sem acostar aos autos qualquer tipo de prova.

Para afastar qualquer dúvida de que a autuação foi devidamente fundamentada e comprovada, cito trecho do TVF (fls. 108/111) apontado nas fls. 32/36 - Tópico VII e fls. 60/63 - Tópico XVI da contra-razões da D. Procuradoria.

(...)

Relativamente aos serviços que a Setec teria prestado ao sujeito passivo foram apresentados dois contratos: a) Contrato de Prestação de Serviços com Fornecimento de Tecnologia em Engenharia, celebrado em 26/05/08 e aditado em 27/05/10; e b) Contrato de Licença de Uso de Marca e Outras Avenças, celebrado em 02/05/13.

Contrato de Prestação de Serviços

O contrato em referência foi celebrado quando a razão social das partes era distinta da atual. A SOG denominava-se “SOG - Sistemas em Óleo e Gás S.A.”, e a Setec denominava-se “Setal Engenharia Construções e Perfurações S.A.”. O objeto contratual, conforme cláusula 3, compreendia “Serviços especializados e fornecimento de tecnologia em engenharia e suporte técnico nas áreas de materiais, processos, mecânica, civil, elétrica, instrumentação, tubulação, e diligenciamento de compras inclusive com orientação, treinamento e aplicação de softwares específicos para cada atividade”. O prazo contratual, conforme cláusula 5, foi estabelecido em 24 (vinte e quatro) meses, podendo ser renovado pelas partes, o que ocorreu mediante o aditamento datado de 27/05/10, estendendo o prazo contratual por igual período.

O sujeito passivo foi intimado em diversas oportunidades a comprovar a efetiva prestação de serviços pela Setec e por diversas outras empresas, assim como a apresentar documentação comprobatória identificando os técnicos disponibilizados pelas prestadoras de serviços com essa finalidade. Nesse sentido citamos os subitens 7.4 e 7.5 do Termo

de Início da Ação Fiscal, os subitens 2.4 e 2.5 do TIF nº 02, o item 6 do TIF nº 06 e o item 2 do TIF nº 09. Nada apresentou a esse respeito com exceção da documentação encaminhada por meio da correspondência datada de 16/09/15, em atendimento ao item 2 do TIF nº 09, consistindo em cópia da folha mensal de pagamento dos funcionários da Setec no período de janeiro de 2010 a julho de 2013. Referida documentação não foi aceita pela fiscalização como prova da efetiva prestação de serviços pela Setec à SOG, mas apenas como evidência de que em algum momento determinada pessoa integrou a folha de pagamentos da Setec e em determinado mês auferiu certo montante a título de rendimento.

Importante aspecto a ser destacado é a cláusula contratual que dispõe sobre a remuneração dos serviços a serem prestados pela Setec à SOG. A cláusula 6.1 do contrato estabelecia que o preço fosse definido e acordado mensalmente e determinado em função da utilização dos recursos tecnológicos e suporte técnico provido pela Setec. Todavia, ficava desde o início determinado que o valor mínimo mensal a ser faturado pela Setec à SOG era de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), independentemente dos recursos utilizados pela Setec. Ou seja, SOG concordou em pagar à Setec um mínimo de R\$ 24 milhões (vinte e quatro milhões de reais) no período de 2 anos qualquer que fossem os serviços prestados pela Setec. O contrato foi aditado prorrogando seu prazo por 2 anos adicionais. Em decorrência, entende-se que SOG concordou em pagar à Setec o mínimo de R\$ 48 milhões (quarenta e oito milhões de reais), durante o período de 4 anos, quer a Setec lhe prestasse serviços ou não.

Adicionalmente, nas palavras de Augusto Mendonça e de executivo da SOG, já apontadas no TVF, que a Setec era uma empresa que em 2005 estava tecnicamente quebrada e não conseguia viabilizar sequer sua participação em licitações, em razão de suas deficiências cadastrais.

Reproduz-se, ainda, trecho do depoimento de Carlos Alberto Rodrigues, que exerceu a diretoria financeira da SOG no período de 2006 a 2012, à Justiça Federal do Paraná em 21/05/15, na condição de testemunha (TVF fl. 111):

'Testemunha: Quando a gente fez essa movimentação societária da companhia para tirar ela do problema financeiro a SOG Óleo e Gás, ela foi criada, é uma empresa limpa, para executar contratos de plantas industriais, as empresas que eram do passado, que praticamente estavam quebradas, essas empresas ficaram sob a gestão do Augusto Mendonça, e na minha área financeira eu prestava serviço para essas empresas do Augusto Mendonça, essas empresas ficaram como se fosse empresa de pessoa física dele, entendeu? E a gente prestava, a área financeira prestava serviço para essas empresas, ou seja, a gente recebia nota fiscal do Augusto Mendonça endereçada à SETEC, a AP Engenharia e efetuava pagamentos. Eu não tinha nenhum conhecimento da onde vinha a nota fiscal, se era empresa de fachada ou não, mesmo porque não cabe, existe um certo

procedimento que quando a nota fiscal chega na área financeira, aprovada, com contrato legalmente constituído, a gente efetua o pagamento.'

A fiscalização entendeu que a falta de comprovação da efetiva prestação de serviços pela Setec à SOG; a remuneração irrealista pactuada; o fato de a Setec ser uma empresa tecnicamente quebrada desde ao menos 2005; que a Setec não possuía quadro de pessoal técnico para desempenhar as atividades previstas no contrato celebrado; que a SOG em termos práticos se caracteriza como uma sucessora da Setec; o fato de que a SOG e a Setec eram administradas pela mesma pessoa ou seja, por Augusto Mendonça; que no dizer do ex-diretor financeiro da SOG era a SOG que prestava serviços às demais empresas do Augusto Mendonça e não o contrário; e o fato de que o controle societário da SOG e da Setec pertence à família de Augusto Mendonça, este último incluído, demonstram que o contrato de prestação de serviços constitui uma simulação entre as partes contratantes como objetivo de respaldar contabilmente, de forma parcial, a transferência de recursos da SOG para a Setec.

Por isso, a fiscalização considerou que todas as despesas contabilizadas pelo sujeito passivo em razão das notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela Setec devam ser glosadas, uma vez que não foi comprovada a efetiva prestação dos mesmos ao sujeito passivo.

Contrato de Licença de Uso de Marca e Outras Avenças

O referido contrato, celebrado entre a SOG e a Setec é datado de 02/05/13. Os considerandos (i) a (iv) desse instrumento historiam que por força de contrato de compra e venda de ações celebrado em 15/04/08 a SOG foi autorizada a utilizar a marca SETAL gratuitamente pelo prazo de 3 anos e que findo esse prazo a SOG permaneceu utilizando essa marca sem remunerar a Setec. Em decorrência, em 02/05/13 as partes desejando disciplinar o uso da marca SETAL pela SOG pactuaram que, resumidamente: a) A SOG deveria indenizar a SETEC com a quantia de R\$ 14.068.961,13 pelo uso desautorizado da marca SETAL no período de 16/04/11 a 30/04/13; b) Esse montante seria quitado mediante a compensação do crédito titulado pela SOG contra a Setec no mesmo valor e c) A partir da data do contrato a SOG pagaria à Setec a quantia mensal de R\$ 740.000,00 pelo uso da marca SETAL.

A fiscalização constatou que inicialmente, na sua constituição em meados de 2005, a SOG utilizava a marca SETAL em sua razão social, cuja denominação era Setal Óleo e Gás S.A. Posteriormente, conforme aprovado nas Assembléias Gerais Ordinária e Extraordinária realizadas em 19/05/08, a razão social foi alterada para SOG Sistemas em Óleo e Gás S.A. Em 2010, conforme aprovado na Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária realizada em 27/04/10, adotou a denominação

atual de SOG - Óleo e Gás S.A. Ou seja, desde 19/05/08 a SOG não utiliza a marca SETAL em sua razão social.

Na avaliação da fiscalização o contrato de licenciamento de uso de marca foi apenas mais uma simulação entre a SOG e a Setec desta feita com o objetivo de a) Reduzir contabilmente o saldo do valor dos adiantamentos efetuados pela SOG à Setec na data de 02/05/13 e b) Respalda o pagamento à Setec da quantia mensal de R\$ 740.000,00 brutos.

A fiscalização afirmou:

Além de a SOG não utilizar a marca SETAL em sua razão social desde meados de 2008, a marca SETAL estava extremamente prejudicada no mercado, em razão da deterioração da empresa reconhecida pelo próprio Augusto Mendonça como apontamos no subitem 4.1.7.1 anterior. A SETAL estava tecnicamente quebrada, com a participação em licitações inviabilizada pelas deficiências cadastrais da empresa. Ou seja, a mais valia propiciada pelo uso da marca desde os idos de 2008 já era questionável. No próprio considerando do contrato de licenciamento há o reconhecimento de que o uso da marca SETAL pela SOG havia sido autorizado de forma gratuita pelo prazo de 3 anos, ou seja, até Abril de 2011, razão pela qual não fazia o menor sentido empresarial pagar indenização retroativa de cerca de R\$ 14 milhões pelo uso da marca pelo período de 2 anos, a partir de Abril de 2011 e aceitar pagar remuneração mensal a partir de Abril de 2013. Está claro para a fiscalização que a SOG se viu sem mais alternativas factíveis que justificassem a baixa contábil dos adiantamentos efetuados à Setec e que esta, por sua vez, não possuía condições financeiras de restituí-los. Uma das soluções encontradas para a “baixa” parcial do saldo de adiantamentos, dentre outras, foi criar passivo fictício para a SOG, representado pela indenização por uso indevido da marca SETAL.

A fiscalização verificou que nas informações relativas ao ano-calendário de 2013 a SOG informou que as Notas Fiscais da Setec de nº 20 a 27, no valor bruto de R\$ 740.000,00 cada uma, emitidas a partir de 27/05/13, foram contabilizadas como despesas pelo Licença de Uso da Marca Setal na conta nº 3.5.6.6.356611.

Todavia, anteriormente, por meio da correspondência datada de 23/07/15, a SOG havia encaminhado cópia das notas fiscais emitidas pela Setec relativas à prestação de serviços e que teriam servido para dar “baixa” em adiantamentos efetuados “conforme contrato”, como informa a planilha relacionando as notas fiscais encaminhadas.

Examinando-se as notas fiscais nº 20 a 27, que teriam sido emitidas em conexão com o uso da marca SETAL pela SOG, como contabilizado, observado na descrição dos “serviços prestados” informados nas notas fiscais, as mesmas se referiam a supostos boletins de medição de serviços prestados, não

guardando nenhuma vinculação com o suposto uso da marca SETAL pela SOG. A fiscalização entendeu se esta mais uma evidência de que o contrato de licença de uso de marca é uma simulação. Ou seja, a Setec continuou emitindo notas fiscais por supostos serviços passíveis de medição, e nem sequer se deu ao trabalho de alterar a descrição das notas fiscais para compatibilizá-las com o contrato de licença de uso de marca.

A fiscalização, então, considerou que todas as despesas contabilizadas pelo sujeito passivo em razão das notas fiscais emitidas pela Setec, relativas ao uso da marca SETAL, deveriam ser glosadas. Da mesma forma as despesas contabilizadas pela SOG relativas à indenização à Setec pelo uso indevido da marca SETAL no período de Abril de 2011 a Abril de 2013 foram glosadas.

Desta forma, tendo em vista a delação premiada do gestor da empresa Sr. Antonio Augusto de que utilizou-se de operações simuladas para a aparência de legalidade a propina, a falta de comprovação de que os serviços previstos nos contratos realmente existiram, bem como a falta de finalidade e coerência no uso da marca Setal, não resta alternativa senão manter a glosa das despesas decorrentes do contrato firmado com a SETEC envolvendo a prestação de serviços técnicos e transferência de tecnologia, assim como a despesa gerada pelo suposto contrato de autorização de uso da marca da Setal.

- Da inviabilidade de exigência de IR na Fonte por pagamento sem causa no contrato firmado com a Toyo Setal:

Da mesma forma do tópico anterior, como acolhi a alegação da Recorrente de que seria inviável a exigência concomitante da infração de glosa de despesas com a exigência do IRRF sobre os pagamentos sem causa, entendo que a exigência relativa ao IRRF deve ser cancelada.

Em relação a glosa de despesas (anos-calendário 2012 e 2013) decorrentes do contrato firmado entre a Recorrente e a Toyo Setal, restou comprovado nos autos que os serviços não ocorreram.

O Termo de Verificação Fiscal (paginas 125/127) é preciso ao detalhar que mesmo após diversas intimações para apresentar documentos, a Recorrente não trouxe aos autos documentos passíveis de comprovar a efetiva prestação dos serviços.

A Recorrente tenta alegar que a emissão das notas fiscais pela Toyo Setal foi uma solução encontrada para providenciar o acerto de contas entre as duas empresas e que os valores deste acerto correspondiam a despesas da SOG pagas pela Toyo Setal e as despesas da Toyo Setal e da EBR - Estaleiros Brasil pagas pela SOG.

Entretanto, tal argumento não está comprovado nos autos e não satisfaz a necessidade de comprovar a efetiva prestação dos serviços indicados nas notas e que foram deduzidos indevidamente.

Desta forma, não resta alternativa senão manter a glosa das despesas abaixo indicadas.

| Título | Nº | Data Emissão | Valor R\$ | Data Contab. Desp. | Per. Apur IRPJ/CSLL | Valor da Glosa R\$ |
|--------|----|--------------|----------------------|--------------------|---------------------|----------------------|
| NFe | 2 | 28/09/12 | 123.182,90 | 28/09/12 | Set/2012 | 123.182,90 |
| NFe | 4 | 30/10/12 | 242.577,50 | 30/10/12 | Out/2012 | 242.577,50 |
| NFe | 7 | 21/12/12 | 6.200.000,00 | 21/12/12 | | |
| NFe | 8 | 21/12/12 | 296.771,79 | 21/12/12 | Dez/2012 | 6.496.771,79 |
| NFe | 9 | 31/01/13 | 256.011,46 | 31/01/13 | Jan/2013 | 256.011,46 |
| NFe | 14 | 28/02/13 | 211.987,18 | 28/02/13 | Fev/2013 | 211.987,18 |
| NFe | 16 | 27/03/13 | 466.913,41 | 27/03/13 | Mar/2013 | 466.913,41 |
| NFe | 20 | 27/06/13 | 25.680,49 | 27/06/13 | Jun/2013 | 25.680,49 |
| NFe | 27 | 24/07/13 | 3.864.000,00 | 24/07/13 | | |
| NFe | 29 | 30/07/13 | 137.780,11 | 30/07/13 | Jul/2013 | 4.001.780,11 |
| NFe | 47 | 30/10/13 | 75.118,01 | 30/10/13 | Out/2013 | 75.118,01 |
| NFe | 52 | 27/11/13 | 19.197,98 | 27/11/13 | Nov/2013 | 19.197,98 |
| NFe | 57 | 19/12/13 | 9.588,83 | 19/12/13 | Dez/2013 | 9.588,83 |
| | | Soma | 11.928.809,66 | | Soma | 11.928.809,66 |

- Dedutibilidade das despesas decorrentes do contrato firmado com a MSML participações/inviabilidade de exigência de IR na fonte por pagamento sem causa:

Da mesma forma do item acima, como votei acima pela impossibilidade de exigência concomitante do IRRF com a glosa de despesas, neste tópico analisarei apenas a infração de glosa de despesas decorrentes do contrato firmado com a MSML, eis que entendo que a exigência relativa ao IRRF incidente sobre os pagamentos considerados pela fiscalização sem causa deve ser afastada.

O Recorrente questiona a glosa de despesas decorrente dos serviços indicados nas notas fiscais emitidas pela MSML Participações.

Alega que as acusações fiscais são lacônicas, pois não há razões de ordem lógica para que se reputem ideologicamente falsos os documentos apresentados pelo contribuinte com amparo unicamente na relação de parentesco entre os titulares das empresas.

Afirma que o fato de haver prestação de serviços entre empresas pertencentes a parentes não é, por si só, fundamento para a acusação de que há falsidade ideológica, sobretudo quando a receita decorrente desses serviços foi integralmente tributada na empresa beneficiária e que sob a ótica fiscal nenhum benefício decorreria desse procedimento.

Alegam que incumbia ao Fisco demonstrar a ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 142 do CTN, impondo-se reconhecer a validade dos negócios tal como praticados, inclusive com a retenção dos tributos devidos sobre os pagamentos.

Tais alegações da Recorrente não são verídicas.

A Recorrente não conseguiu comprovar documentalmente a efetiva prestação dos serviços contratados/indicados nas notas fiscais emitidas pela MSML.

Sendo assim, entendo que a fiscalização foi precisa ao glosar as despesas relativas aos serviços indicadas nas notas fiscais. Vejamos a parte da autuação que tratou deste ponto.

Por fim, constatamos pagamentos efetuados pela SOG, em 2010 e 2013, em razão das notas fiscais de serviços emitidas pela MSML. Conforme comprovantes fornecidos os pagamentos não foram efetuados à MSML, mas ao seu sócio minoritário Rafael Ribeiro de Mendonça Lima, que detinha 0,01% do capital social. Como apontamos no subitem 4.1.6 deste termo, a MSML é empresa controlada por Maria Stela Ribeiro de Mendonça, CPF nº 285.855.988-08, com 99,98% de seu capital social. Maria Stela, que vem a ser genitora de Rafael, detinha direta e indiretamente participação de 21,96% no capital da SOG no período de 2010 a 2012, e 7,57% em 2013. Intimados a comprovar a efetiva prestação dos serviços a SOG, na qualidade de tomadora, e a MSML, na qualidade de prestadora, não apresentaram documentação a esse respeito. Maria Stela é atualmente Diretora Presidente da SOG.

As empresas SOG, Setec e MSML são empresas controladas por membros da família Ribeiro de Mendonça e, portanto, são partes relacionadas entre si. Esse fato, adicionado entre outros, à falta da comprovação da efetiva prestação de serviços à SOG, reforça a constatação de que os contratos firmados entre as partes, quando existentes, e as notas fiscais de serviços emitidas pelas supostas prestadoras de serviços para a SOG são documentos ideologicamente falsos. Serviram ao propósito de propiciar aparente ar de legitimidade aos pagamentos efetuados pela SOG e utilizados para dar suporte aos correspondentes lançamentos contábeis. Esse modus operandi é idêntico ao utilizado pela SOG e os Consórcios de que participa (Interpar, CMMS e SPS) para acobertar documentalmente os pagamentos das "vantagens indevidas" efetuados à Setec, Auguri, Riomarine, Energex e Editora Gráfica Atitude e, na sequência, aos pagamentos efetuados pela Setec às empresas comandadas pelos "doleiros" Alberto Youssef e Adir Assad

Desta forma, tendo em vista a falta de provas por parte da Recorrente e a bem fundamentada autuação relativa a glosa de despesas, não resta alternativa senão negar provimento as alegações da Recorrente.

Em relação a alegação de erro na capitulação para fundamentar as glosas de despesas incorridas nos contratos firmados com a MSML, Energex, Yellowwood, Pataccas e Sinergia, também entendo que não deve ser provida.

A descrição dos fatos prevista no TVF relativa a glosa de despesas se enquadra perfeitamente na hipótese delineada no inciso I, do artigo 249 do RIR/00, que foi indicado no Auto de Infração para fundamentar tal infração.

Importante ressaltar que o inciso I, do artigo 249 do RIR/99 trata especificamente da glosa de despesas não dedutíveis da apuração do lucro real. Vejamos a citado dispositivo.

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-lei 1.598, de 1977, art. 6º, § 2º):

I — os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;

[...]

De resto, para fundamentar meu voto, utilizo as palavras postas nas contra-razões da D. Procuradoria da Fazenda Nacional.

Alega o recorrente que houve erro na tipificação da glosa das despesas havidas pela SOG, pois “se a intenção do agente foi tratar tais dispêndios como indedutíveis, a capitulação típica e adequada para as ocorrências relatadas seria o inciso II, § único do artigo 249 do Decreto 3.000, de 1999, que cuida dos pagamentos efetuados a sociedade civis controladas por diretores, gerentes e controladores da pessoa jurídica que pagou os rendimentos, bem como seus cônjuges e parentes de primeiro grau”.

Data vênua, argumentação não faz sentido e não merece maiores considerações. As glosas foram corretamente enquadradas no ponto de vista legal. Cite-se, por exemplo, alguns dos dispositivos utilizados: art. 3º da Lei nº 9.249/95; arts. 247, 248, 249, inciso I, 251, 277, 278, 289, 290, 292, 299 e 300 do RIR/99.

A empresa autuada simplesmente deduziu despesas com serviços que, de fato, não foram comprovados, cujas empresas prestadoras não têm existência material, tudo para camuflar o pagamento de propinas.

Correta a glosa e o seu enquadramento legal.

Também entendo ser importante destacar, que esta alegação também já foi analisada em processo análogo ao em epígrafe, conforme pode se verificar no voto vencedor do v. acórdão - 1302002.549 proferido pela C. Segunda Turma Ordinária, da Terceira Câmara, da Primeira Seção, o qual colaciono a parte que nos interessa.

Os recorrentes questionam a glosa de despesas pelo Fisco, relacionadas à notas fiscais emitidas pela empresa MSML Participações, sob o fundamento de "que os pagamentos foram creditados na conta bancária do Sr. Rafael Ribeiro de Mendonça, sócio da empresa, que, por sua vez, é filho da Sra. Maria Stela Ribeiro de Mendonça, também sócia da MSML e da LINEAL, sócia da SOG, entendimento que foi referendado pelo v. acórdão recorrido!

Sustentam os recorrentes, verbis:

125. As acusações fiscais são lacônicas, neste passo, pois não há razões de ordem lógica para que se repute ideologicamente falsos os documentos apresentados pelo contribuinte com amparo unicamente na relação de parentesco entre os titulares das empresas. O fato de haver prestação de serviços entre empresas pertencentes a parentes não é, por si só, fundamento para a acusação de que há falsidade ideológica, sobretudo quando a receita decorrente desses serviços foi integralmente tributada na empresa beneficiária. Custa acreditar que tivesse havido falsidade ideológica com o propósito de pagar impostos, já que sob a ótica fiscal nenhum benefício decorreria desse procedimento.

Alegam que incumbia ao Fisco demonstrar a ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 142 do CTN, impondo-se reconhecer a validade dos negócios tal como praticados, inclusive com a retenção dos tributos devidos sobre os pagamentos.

Sustentam que solicitaram prova pericial, mas que esta foi considerada protelatória e desnecessária pela autoridade julgadora, de modo que a decisão de primeira instância deve ser anulada para que outra seja proferida, com o deferimento das diligências requeridas.

Refutam a aplicação da multa qualificada, ante a falta de comprovação de dolo na conduta descrita no auto de infração.

A decisão de primeiro grau, assim se pronunciou sobre as alegações, verbis:

Novamente a requerente alega que teria documentos que provariam os serviços, contudo, não os trás, pede até diligência, contudo, nada disso muda a realidade, ou seja, não há nos autos prova da efetividade das prestações dos serviços.

Neste diapasão, a diligência ou perícia suscitadas pela requerente se mostram desnecessárias, pois, com tudo o que se tem nos autos, tais procedimentos seriam meramente protelatórios.

Quanto a IRRF já foi tratado em tópico anterior, e não há nada de diferente aqui.

Dessa forma, rejeitam-se os pedidos de diligência ou perícia.

Não há qualquer nulidade na decisão de primeiro grau no que concerne ao indeferimento do pedido de perícia, diante da constatação de que os recorrentes solicitaram perícia com vistas à produção de provas que deveriam ter carreado aos autos.

Nos termos do art. 18 do Decreto 70.235/1972, cabe à autoridade julgadora determinar as perícias e diligências que considerar necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Além disso, constato que a perícia solicitada neste ponto, se refere à documentação que integraria o arquivo técnico da SETEC, não havendo indicação da sua correlação com o contrato firmado com a MSML.

Assim, entendo correto o indeferimento do pedido.

No que tange ao mérito das glosas, mais uma vez se constata a ausência de qualquer comprovação por parte dos recorrentes quanto à efetiva prestação dos serviços, conforme destacado no item 4.1.8 do TVF (fls. 13668/13670), dos quais transcrevo alguns excertos:

O sujeito passivo foi intimado a apresentar cópia de contratos, notas fiscais, comprovantes de pagamentos e a comprovar a efetiva prestação de serviços que lhe teriam sido prestados, ou aos consórcios de empresas de que participou no período sob fiscalização, por diversas empresas, incluindo-se a MSML Participações e Consultoria Ltda., CNPJ nº 04.316.747/000104, doravante denominada simplesmente “MSML”, conforme item 7 e seus subitens do Termo de Início da Ação Fiscal, e nada apresentou relativamente à MSML.

Por intermédio da correspondência datada de 22/07/15, recebida em 23/07/15, apresentou planilha listando os pagamentos que teriam sido efetuados à empresa no período 2010 a 2013, acompanhada de notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela MSML para a SOG e de comprovantes de pagamento. Nada apresentou relativamente a contratos celebrados entre a SOG e MSML, documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços pela MSML à SOG e identificação e qualificação dos profissionais que teriam executados referidos serviços.

O sujeito passivo foi reintimado em outras duas oportunidades, por meio do item 2 do TIF nº 09 e item 2 do TIF nº 10, a apresentar a documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços pela MSML assim como a documentação relativa à identificação e qualificação dos profissionais que teriam executado os respectivos serviços. Nada forneceu a esse respeito.

[...]

A MSML foi objeto de diligência fiscal com suporte nos TDPFs nº 08.1.28.002015001760 e 08.1.28.002015001850.

Por meio do TIF nº V04,

lavrado em 01/07/15, do qual tomou ciência em 30/07/15 conforme Aviso de Recebimento AR nº JH928031308BR, intimamos a MSML a apresentar, entre outros elementos, cópia de todas as notas fiscais emitidas no período 2010 a 2013, comprovantes de recebimento dos respectivos valores e cópia da documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços e identificação e qualificação dos profissionais que os executaram.

Por intermédio da correspondência datada de 21/07/15 e recebida em 23/07/15 apresentou cópia das notas fiscais emitidas. Por meio da correspondência datada de 31/08/15, recebida na mesma data, apresentou cópia dos comprovantes de recebimentos relativos ao período de 01/08/10 a 31/12/13. Nada forneceu relativamente à documentação comprobatória da efetiva prestação dos serviços e identificação e qualificação dos profissionais que os executaram.

[...]

(grifos nosso)

Agravando tal situação, destaca a fiscalização que a referida empresa tem como sócios membros da família que constitui o grupo empresarial Ribeiro de Mendonça, verbis:

[...]

Examinando os comprovantes de pagamento apresentados, relativos às notas fiscais de serviço emitidas pela MSML para a SOG, constatamos que se tratavam de cópia de transferências bancárias efetuadas da conta corrente da SOG nº 137748, mantida na agência nº 0262 do Itaú Unibanco, para a conta corrente nº 134153, mantida por Rafael Ribeiro de Mendonça Lima na agência nº 2958 do referido banco.

Identificamos que Rafael Ribeiro de Mendonça Lima, CPF nº 309.390.58855, era sócio quotista da MSML no período 2010 a 2013, com participação declarada de 0,01% (um centésimo por cento) no capital social da empresa, conforme informado nas respectivas DIPJs apresentadas pela MSML à RFB. Da mesma forma identificamos que a principal sócia quotista da MSML, com 99,98% do seu capital social no mencionado período, era Maria Stela Ribeiro de Mendonça, CPF nº 285.855.98808, doravante denominada simplesmente “Maria Stela”, genitora de Rafael Ribeiro de Mendonça Lima e sócia quotista da Lineal Participações S.A., CNPJ nº 07.583.584/000114, doravante denominada simplesmente “Lineal”. Maria Stela exerce atualmente o cargo de Diretor Presidente da SOG.

Como informamos nos subitens 1.3 e 1.6 deste termo, a Lineal detinha no período 2010 a 2013 participação de 58% no capital da SOG, sendo que atualmente a Lineal detém 100% do capital da SOG. Demonstramos também, no subitem 1.6 deste, que Maria Stela detinha, direta e indiretamente, participação de 21,96% no capital social da SOG no período 2010 a 2012, e 7,57% em 2013.

[...]

Desta forma, tendo em vista a ausência de provas por parte da Recorrente para comprovar a regularidade das despesas/custos deduzidos, não resta alternativa senão manter a glosa em seus termos.

- Da desnecessidade de diligência ou perícia:

Em relação a alegação de necessidade de perícia ou diligência, a Recorrente apresenta em sede de Recurso Voluntário Laudo Técnico no intuito de questionar a infração de glosa de despesas incorridas, bem como a exigência de IRRF devido a pagamento sem causa.

O Laudo Técnico em nada ajuda a Recorrente, eis que em relação as glosas de despesas em comento a Recorrente não conseguiu comprovar documentalmente a efetividade da prestação dos serviços indicados nas notas fiscais, não sendo possível o trabalho técnico suprir tal lacuna comprobatória e superar o que foi declarado na Delação Premiada pelo gestor da Recorrente.

Ademais, o Laudo Técnico utiliza as mesmas provas já acostadas aos autos e apresenta uma nova interpretação sobre tais documentos, tais com a de que a fiscalização não pode desconsiderar contratos firmados entre as partes, que as notas fiscais e as transferências bancárias entre as empresas que participaram das operações em análise comprovam a prestação dos serviços.

Tais argumentos não podem ser acolhidos, eis que a glosa de custos/despesas foram criadas com base em contratos de prestação de serviços ou de venda de tecnologias e marca que não ocorreram efetivamente e que serviram para dar aparência de legalidade a valores que na verdade eram pagamentos de propina.

Tal constatação da fiscalização foi baseada na delação do gestor do grupo empresarial, bem como na falta de provas da efetiva realização dos serviços.

Em relação ao IRRF, como acolhi a tese da Recorrente de que seria inviável a sua exigência concomitante com a infração de glosa de despesas, entendo não ser mais necessário analisar o Laudo Técnico em relação a exigência do imposto sobre a fonte.

Sendo assim, entendo ser desnecessária que seja feito a diligência ou a perícia requeridas, bem como o Laudo Técnico apresentado pela Recorrente em nada modifica os fundamentos do voto deste Julgador, pois o conteúdo e fatos constantes nos autos não deixa dúvida da pratica das infrações imputadas nos Autos de Infração em análise.

- Da multa qualificada:

Em relação a multa qualificada, entendo que os fatos e as provas constantes nos autos descrevem que a conduta da Recorrente se enquadra com o descrito nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

De resto, acompanho o decidido no v. acórdão recorrido.

A qualificação da multa de ofício, esta foi realizada nos termos do art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 14, da Lei nº 11.488/07, uma vez que constada a ocorrência do caso previsto no art. 71, 72, e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

O parágrafo 1º, do art. 44 da Lei nº 9.430/96, dispõe da seguinte forma:

[...]

Por sua vez, o art. 72 e da Lei nº 4.502/64, tem a seguinte redação:

[...]

Nos presentes autos, o sujeito passivo procurou modificar as características essenciais dos fatos geradores ao tratar os custos e despesas contabilizados e os pagamentos efetuados como legítimos e necessários, com causa e em retribuição a operações comprovadas. Todavia, como demonstrado, as operações que originaram os pagamentos não foram comprovadas e os documentos de suporte apresentados eram ideologicamente falsos. Os contratos se referiam a serviços fictícios, fato em grande parte já reconhecido por Augusto Mendonça. O sujeito passivo contabilizou as despesas e custos associados a esses pagamentos como dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL a pagar. Em consequência reduziu dolosamente o montante devido desses tributos.

A jurisprudência administrativa já se manifestou sobre o tema, a saber:

MULTA QUALIFICADA – EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE – DESPESAS FICTÍCIAS – MAJORAÇÃO DE DESPESAS EXISTENTES – CONLUÍO COM O CONTADOR – PROCEDÊNCIA – É justificável a exigência da multa qualificada prevista no artigo art. 44, II, da Lei n 9.430, de 1996, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Comprovado que o contribuinte, reiteradamente, criou

despesas fictícias ou majorou despesas existentes, tudo aliado ao conluio com o contador responsável pelo preenchimento da declaração, é de se manter a qualificação da multa de ofício. Recurso voluntário provido parcialmente. 1º Conselho de Contribuintes / 6a. Câmara / ACÓRDÃO 106-17.132 em 10.10.2008. Publicado no DOU em: 18.12.2008.

Dessa forma, com a dedução de despesas sabidamente inexistentes torna-se evidente o caráter doloso do sujeito passivo.

Ainda em relação ao caráter doloso, conforme já relatado a presente fiscalização também é um desdobramento do enorme esforço que está sendo desenvolvido pelo MPF, Polícia Federal, Receita Federal e outros órgãos federais no âmbito da denominada Operação Lava Jato.

A SOG, administrado por Augusto Mendonça, seu principal executivo de fato, agindo de forma consciente, deliberada, organizada, meticulosa e reiterada pagou propinas, ou eufemisticamente, “vantagens indevidas”, a agentes públicos para assegurar sua participação em licitações promovidas pela Petrobrás e, desse modo, contribuiu para fraudá-las.

Parte dessas ações fraudulentas e criminosas foi reconhecida por Augusto Mendonça nos Termos de Colaboração Premiada firmados perante o MPF e nos Acordos de Leniência celebrados com o MPF e o CADE, subscritos por Augusto Mendonça, por ex e atuais executivos de algumas das empresas de seu grupo empresarial e pelas próprias empresas.

As denúncias oferecidas pelo MPF à Justiça Federal do Paraná contra Augusto Mendonça e outros, pela prática dos crimes de corrupção, lavagem de capitais e quadrilha, são objeto dos processos penais nº 5012331-04.2015.4.04.7000 e 5019501-27.2015.4.04.7000.

As denúncias foram aceitas pelo juízo competente e nas manifestações de defesa apresentadas por Augusto Mendonça em ambos os processos o mesmo confirmou todas as acusações, tornando-se réu confesso dos ilícitos que lhe foram atribuídos.

Em decorrência, as ações desenvolvidas pela SOG, quer diretamente ou por intermédio dos consórcios dos quais participa, visando operacionalizar o pagamento das propinas foram reconhecidos em juízo pelo seu principal executivo de fato. Ou seja, as fraudes representadas pela celebração de contratos fictícios de prestação de serviços ou de aluguel de equipamentos, firmados pelo Consórcio Interpar com a Setec e Auguri, pelo Consórcio CMMS com Riomarine e pela SOG e a Setec com a Editora Gráfica Atitude foram devidamente confirmados por Augusto Mendonça nos referidos processos judiciais.

Destaca-se também que a Setec é empresa do grupo empresarial de Augusto Mendonça e gerida pelo próprio empresário. A Setec

é controlada integral da PEM Engenharia, uma das empresas em que Augusto Mendonça mantém participação societária. O Consórcio Interpar celebrou contratos fictícios de prestação de serviços e locação de equipamentos com a Setec para possibilitar o escoamento dos recursos destinados ao pagamento das propinas. A Setec de posse desses recursos celebrou outros contratos fictícios de prestação de serviços e locação de equipamentos com diversas outras empresas de fachada, de forma que os valores fossem redistribuídos aos diversos beneficiários.

Temos, nesse caso, uma sucessão de contratos fraudulentos: primeiramente o firmado pelo Consórcio Interpar, liderado pela SOG, com a Setec e, na sequência, os contratos fraudulentos celebrados pela Setec com as empresas de fachada controladas pelos “doleiros” Alberto Youssef e Adir Assad. Essas últimas empresas, objeto de inaptação e baixa de ofício de suas inscrições no CNPJ, foram abordadas nos subitens 3.2.1 a 3.2.7 do TVF e são as seguintes: Rock Star, SM Terraplenagem, Power To Ten, Soterra, Legend, Empreiteira Rigidez e RCI Software e Hardware. A fiscalização constatou também que parte das propinas foi paga mediante contrato de prestação de serviços fictícios celebrado entre a PEM Engenharia e a SM Terraplenagem, com recursos providos pela Setec à PEM Engenharia, confirmando o declarado por Augusto Mendonça na página 7 do Termo de Colaboração nº 07.

A fiscalização constatou também pagamentos efetuados pela SOG à Setec em parte contabilizados como despesas por serviços prestados que não foram comprovados e parte como encargos de amortização pelo uso da marca SETAL pela SOG. A fiscalização demonstrou que esses pagamentos foram acobertados pela celebração de contratos simulados, como apontamos no subitem 4.1.5 deste termo.

A fiscalização constatou também pagamentos efetuados pela SOG à Setec em parte contabilizados como despesas por serviços prestados que não foram comprovados e parte como encargos de amortização pelo uso da marca SETAL pela SOG.

Como reconhecido por Augusto Mendonça no Termo de Colaboração Premiada nº 01, datado de 29/10/14, a Setec era uma empresa que já em 2005 estava tecnicamente quebrada e não conseguia sequer viabilizar sua participação em licitações promovidas pela Petrobrás em função de suas deficiências cadastrais. Declarou que entre 2004 e 2005 foram apresentados 59 pedidos de falência quase simultâneos e que possuía dívida tributária impagável. Declarou que foi a partir daí que tomaram a decisão de criar uma nova companhia, a SOG.

Com suporte nessas declarações verifica-se que de fato a SOG caracteriza-se como uma sucessora da Setec. Nesse mesmo sentido, no subitem 4.1.7.1 do TVF foi reproduzido declaração em juízo de Carlos Alberto Rodrigues referindo-se às empresas do grupo empresarial de Augusto Mendonça, na condição de

testemunha em processo penal. Carlos Alberto Rodrigues já trabalhava no grupo empresarial de Augusto Mendonça e no período de 2006 a 2012 exerceu o cargo de diretor financeiro da SOG. Declarou que a SOG foi criada para ser uma empresa “limpa”. Declarou, referindo-se às demais empresas do grupo, que “praticamente estavam quebradas” e que essas empresas ficaram sob a gestão de Augusto Mendonça e que “essas empresas ficaram como se fosse da pessoa física dele”

A Setec não possuía quadro técnico de pessoal compatível com os supostos serviços prestados, nem a marca SETAL, detida pela Setec, poderia justificar o pagamento pelo licenciamento de seu uso. Além de a marca SETAL não mais ser utilizada pela SOG em sua razão social desde 19/05/08, estava extremamente desgastada em função da deterioração técnica e financeira da Setec. Ainda assim, a SOG pagou à Setec, em termos líquidos, cerca de R\$ 83,2 milhões no período de 2010 a 2013. Desse montante, cerca de R\$ 47,9 milhões foram contabilizados como despesas com serviços prestados e cerca de R\$ 7,8 milhões (R\$ 5,9 milhões + R\$ 1,9 milhões = R\$ 7,8 milhões) como encargos de amortização da marca SETAL.

Por fim, foi constatado pagamentos efetuados pela SOG, em 2010 e 2013, em razão das notas fiscais de serviços emitidas pela MSML. Conforme comprovantes fornecidos os pagamentos não foram efetuados à MSML, mas ao seu sócio minoritário Rafael Ribeiro de Mendonça Lima, que detinha 0,01% do capital social. Como apontado no subitem 4.1.8 do TVF, a MSML é empresa controlada por Maria Stela Ribeiro de Mendonça com 99,98% de seu capital social. Maria Stela, genitora de Rafael, detinha direta e indiretamente participação de 21,96% no capital da SOG no período de 2010 a 2012, e 7,57% em 2013. Intimados a comprovar a efetiva prestação dos serviços a SOG, na qualidade de tomadora, e a MSML, na qualidade de prestadora, não apresentaram documentação a esse respeito. Maria Stela é atualmente Diretora Presidente da SOG.

As empresas SOG, Setec e MSML são empresas controladas por membros da família Ribeiro de Mendonça e, portanto, são partes relacionadas entre si. Esse fato, adicionado entre outros, à falta da comprovação da efetiva prestação de serviços à SOG, reforça a constatação de que os contratos firmados entre as partes, quando existentes, e as notas fiscais de serviços emitidas pelas supostas prestadoras de serviços para a SOG são documentos ideologicamente falsos. Serviram ao propósito de propiciar aparente ar de legitimidade aos pagamentos efetuados pela SOG e utilizados para dar suporte aos correspondentes lançamentos contábeis. Esse modus operandi é idêntico ao utilizado pela SOG e os Consórcios de que participa (Interpar, CMMS e SPS) para acobertar documentalmente os pagamentos das “vantagens indevidas” efetuados à Setec, Auguri, Riomarine, Energex e Editora Gráfica Atitude e, na sequência, aos pagamentos efetuados pela Setec às empresas comandadas pelos “doleiros” Alberto Youssef e Adir Assad.

As condutas descritas se enquadram perfeitamente nas definições legais de sonegação, fraude e conluio como dispõem os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O sujeito passivo agiu de forma a impedir que a autoridade fazendária tivesse conhecimento dos fatos geradores dos tributos apurados, caracterizando a sonegação, ao intencionalmente contabilizar como custos e despesas dedutíveis valores sabidamente correspondentes a serviços que não foram prestados e ao pagamento de vantagens ilícitas e sem causa.

Por tudo isso, mais de que provada a conduta dolosa, e assim, justificada a multa qualificada.

Desta forma, em relação a este ponto não verifico motivos para alterar o v. acórdão recorrido e voto por manter a multa qualificada nos termos do lançamento de ofício.

- Da aplicação concomitante da multa de ofício com a multa isolada (ano-calendário de 2013):

Apesar de a Recorrente não ter apresentado alegações contestando a aplicação da multa isolada concomitantemente com a multa de ofício, irei analisar esta parte do lançamento tendo em vista que considero necessário a aplicação do princípio da consunção, matéria passível de conhecimento de ofício do Julgador Tributário.

Para o caso em análise, assim como a jurisprudência deste E. CARF e do C. Superior Tribunal de Justiça - STJ, entendo que deve ser aplicado a consunção para impedir que a base para imposição da multa supere o valor do imposto devido, calculado na apuração do ajuste anual.

Pois bem. Passo a votar.

A jurisprudência deste E. CARF e do C. STJ vai no sentido de que mesmo após edição da Lei 11.488/07, que alterou o artigo 44 da Lei 9.430/96, não é possível a aplicação concomitante da multa de ofício com a multa isolada sobre estimativa mensais de IRPJ e CSLL não recolhidas.

Para fundamentar meu entendimento, utilizo um trecho do voto vencedor do Conselheiro João Otavio Thomé, nos autos do processo 16682.721205/201100, acórdão nº 1102.001.315, que se baseou no voto vencedor do Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio no v. acórdão nº 1102001.226 todos da 1ª Câmara da 2ª TO da 1ª Seção, proferido nos autos do processo 1048.720836/201355.

Vejamos.

“Aduz a Fazenda Nacional que o acórdão embargado foi omissivo quanto à possibilidade de aplicação concomitante da multa de

ofício e da multa isolada sobre estimativas mensais de IRPJ e CSLL não recolhidas após a mudança legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007) na redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Citado tema já foi apreciado por essa Turma de Julgamento, no Acórdão nº 1102001.226, por meio do qual se decidiu pela impossibilidade de aplicação da multa isolada em concomitância à multa de ofício, mesmo após o advento da Medida Provisória nº 351/07.

Confira-se trecho do voto do Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório, relator do citado acórdão:

“Assim, a exegese que se extrai dos comandos legais contidos no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, mesmo após as alterações inseridas pela Lei nº 11.488/07, é aquela segundo a qual o lançamento da multa isolada pode ser feito em duas hipóteses:

(i) Antes da apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, quando a base para a imposição da multa observará um dos seguintes critérios: (i.1) o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir da margem setorial (o percentual definido em lei) da receita bruta acumulada; ou (i.2) o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir do balanço de redução ou suspensão (neste último caso, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL).

(ii) Após a apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, somente se ficar constatado que houve parcela daquele tributo devido que deixou de ser paga a forma de antecipação (quando deveria ter sido paga nesta forma), mas foi paga no ajuste. A base para a imposição da multa corresponderá exatamente ao valor da mencionada parcela. Não se admite, por óbvio, que tal base supere o valor do tributo devido apurado. Assim, há que se verificar se os valores de estimativa a pagar foram deduzidos na apuração anual. Em caso positivo, isto significa que o tributo devido não foi recolhido nem como estimativa nem como resultado do ajuste, portanto, não se trata de cobrar multa isolada, mas, sim, de cobrar o tributo acompanhado da multa proporcional. Em caso negativo, isto significa que o tributo não foi recolhido como estimativa, mas foi recolhido como resultado do ajuste, portanto, é cabível a multa isolada. Contudo, a base para a imposição da multa deverá corresponder ao valor da estimativa não paga que deixou de ser deduzida na apuração anual do imposto devido. Não se admite, também, que essa base supere o valor do imposto devido calculado na apuração anual.”

Entendeu o Colegiado que a alteração da redação da norma referida pela Embargante não afasta a legitimidade da aplicação da teoria da consunção ao caso, porquanto não promoveu alteração do regime de apuração dos tributos em referência.”

O v. acórdão nº 1102001.226 em relação a concomitância das multas registrou ementa da seguinte forma:

Ementa: “ESTIMATIVAS. MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA PROPORCIONAL.

Incabível a aplicação simultânea sobre a mesma infração da multa isolada pelo não pagamento de estimativas apuradas no curso do ano-calendário e da multa proporcional concernente à falta de pagamento do tributo devido apurado no balanço final do mesmo ano-calendário.

Isso porque o não pagamento das estimativas é apenas uma etapa preparatória da execução da infração. Como as estimativas caracterizam meras antecipações dos tributos devidos, a concomitância significaria dupla imposição de penalidade sobre o mesmo fato, qual seja, o descumprimento de uma obrigação principal de pagar tributo. “

Este entendimento foi mantido ao ser analisado os Embargos de Declaração nos autos do mesmo processo 16682.721205/201100, de Relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Guidoni Filho, conforme se depreende do v. acórdão nº 1102001.315 de 25/09/2015, conforme ementa abaixo.

Ementa: “Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Ano-calendário: 2006,

2007 MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO POR ESTIMATIVA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO EXIGIDA EM LANÇAMENTO LAVRADO PARA A COBRANÇA DE TRIBUTOS. ALTERAÇÕES DA LEI 11.488/07.

A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ, mesmo após as alterações no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, promovidas pela Lei nº 11.488/07.”

Seguindo a mesma linha dos julgados acima apontados deste E. Carf, seguem ementas de v. acórdãos proferidos no C. STJ:

TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. PRECEDENTE. 1.

A Segunda Turma desta Corte, quando do julgamento do REsp nº 1.496.354/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, DJe 24.3.2015, adotou entendimento no sentido de que a multa do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96 somente poderá ser aplicada quando não for possível a aplicação da multa do inciso I do referido dispositivo. 2. Na ocasião, aplicou-se a lógica do princípio penal da consunção, em que a infração mais grave abrange aquela menor que lhe é preparatória ou subjacente, de forma que não se pode exigir concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício por falta de recolhimento de tributo apurado ao final do exercício e também por falta de antecipação sob a forma estimada. Cobrou-se apenas a multa de ofício pela falta de recolhimento de tributo. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1499389 / PB)

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MULTA ISOLADA E DE OFÍCIO. ART. 44 DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.488/07). EXIGÊNCIA CONCOMITANTE. IMPOSSIBILIDADE NO CASO.

1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de cumulação das multas dos incisos I e II do art. 44 da Lei n. 9.430/96 no caso de ausência do recolhimento do tributo. 2. Alegação genérica de violação do art. 535 do CPC. Incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. 3. A multa de ofício do inciso I do art. 44 da Lei n. 9.430/96 aplica-se aos casos de "totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata". 4. A multa na forma do inciso II é cobrada isoladamente sobre o valor do pagamento mensal: "a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007) e b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)". 5. As multas isoladas limitam-se aos casos em que não possam ser exigidas concomitantemente com o valor total do tributo devido. 6. No caso, a exigência isolada da multa (inciso II) é absorvida pela multa de ofício (inciso I). A infração mais grave absorve aquelas de menor gravidade. Princípio da consunção. Recurso especial improvido. (REsp 1496354 / PR RECURSO ESPECIAL2014/02967297).

Assim, entendo que a multa isolada deve ser totalmente afastada, devendo ser mantida apenas a multa de ofício aplicada no Auto de Infração.

Por fim, também afasto a alegação da Recorrente de que a multa aplicada ao caso seria confiscatória e que por isso afrontaria os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade previstos no art. 150, inciso IV da CF/88, por entender que esta E. Corte Administrativa não tem competência para analisar constitucionalidade de lei.

- Da imputação de responsabilidade solidária do Sr. Augusto Ribeiro Mendonça Neto:

A D. Procuradoria da Fazenda Nacional alega que o Recurso Voluntário do gestor da empresa, Sr. Augusto Mendonça Neto, é intempestivo.

De fato, o recurso foi interposto fora do prazo, restando intempestivo.

O Sr. Augusto Ribeiro Mendonça foi intimado do acórdão de origem em 12.09.2017, por meio de aviso de recebimento juntado aos autos em 27.09.2017.

No entanto, de acordo com o Termo de Solicitação de Juntada, o Recurso Voluntário foi interposto somente em 12.12.2017.

Para não deixar dúvidas de que é intempestivo, o próprio recurso apresenta em seu bojo, data de assinatura em 09.11.2017.

Desta forma, não resta alternativa senão deixar de conhecer do recurso tendo em vista sua intempestividade.

Conclusão:

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, deixo de conhecer do Recurso Voluntário do Sr. Augusto Ribeiro Mendonça Neto; conheço do Recurso Voluntário da contribuinte e dou parcial provimento para cancelar a exigência de IRRF incidentes sobre os pagamento considerados sem causa pela fiscalização e afastar totalmente a multa isolada aplicada concomitantemente com a multa de ofício, mantendo a infração de glosa de despesas e a qualificação da multa.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves

Voto Vencedor

Evandro Correa Dias - Redator Designado

O i. relator, no seu voto, acolheu a alegação da Recorrente de que seria inviável a exigência concomitante da infração de glosa de despesas com a exigência do IRRF sobre os pagamentos sem causa, entendendo que a exigência relativa ao IRRF deveria ser cancelada. Da mesma forma entendeu quanto aos casos de concomitância de multa isolada e de ofício quando em razão do não pagamento de estimativas, motivo pelo qual concluiu que deveria ser afastado a multa isolada no caso concreto.

Contudo, no entender do colegiado discorda-se do i. relator, decidindo-se, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário em relação às alegações tratadas nos itens "glosa de despesas e exigência de IRRF relativo a pagamento sem causa" e "aplicação concomitante da multa de ofício com a multa isolada (ano-calendário de 2013)".

COMPATIBILIDADE ENTRE A AUTUAÇÃO DE IRPJ (GLOSA DE DESPESAS E DE IRRF (SOBRE PAGAMENTOS SEM CAUSA))

Quanto ao lançamentos de IRRF sobre pagamentos sem causa, entende-se que há compatibilidade entre a autuação de IRPJ (glosa de despesa) e de IRRF (pagamento sem causa), pois a exigência de IRPJ e de CSLL dá-se pela glosa das despesas inexistentes e a exigência do IRRF incide sobre pagamentos efetivamente realizados a beneficiário não identificado (caput do art. 674 do RIR/99) ou quando não for comprovada a operação ou a sua causa (§ 1º do art. 674 do RIR/99).

Destaca-se que tal matéria tem suscitado alguns debates neste Carf, havendo, no geral, duas posições divergente.

Acompanho os que entendem e se posicionam que a glosa de despesas e a exigência de IRRF tratam-se de exigências distintas, mesmo que derivadas dos mesmos fatos.

O IRPJ e a CSLL são exigidos por decorrência legal da glosa de despesas inexistentes que afetam diretamente a base tributável apurada pela pessoa jurídica.

O IRRF, de outra parte, decorre da previsão legal de que não correspondendo os pagamentos às operações indicadas nos documentos fiscais, mas a finalidade diversa, no caso concreto, a pagamentos sem causa, resta afastada a causa indicada nos documentos que lhe deram suporte, respondendo a fonte pagadora pelos tributos devidos pelos beneficiários.

O artigo 44 da Lei nº 8.541/92 citado pela recorrente, verifica-se que foi editado num contexto em que os lucros apurados pelas pessoas jurídicas quando distribuídos aos sócios e acionistas eram tributados e em que determinadas situações eram considerados como distribuição disfarçada de lucros, sujeitas à tributação exclusiva na fonte.

É com este pano de fundo que o PN. CST nº 4/94 analisou a continuidade da vigência ou não do art. 8º do DL. nº 2065/1983, em face do art. 35 da Lei nº 7.713/1988, que instituiu o Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido.

Este é o objeto do referido parecer que, *en passant*, aborda a incidência do IRRF, com base no art. 8º do Decreto-Lei nº 2.065/83 e no art. 44 da Lei nº 8.541/92, sobre a receita omitida ou diferença verificada na determinação do lucro líquido, em decorrência de procedimentos irregulares de distribuição de valores aos sócios.

Naquele contexto, me parece bastante razoável que não se cogitasse da tributação exclusiva na fonte dos lucros considerados automaticamente distribuídos aos sócios e ao mesmo tempo fosse aplicada, no caso de glosa de custos e despesas consideradas inidôneas, a cobrança do IRRF sobre pagamentos sem causa ou a beneficiários cuja origem não fosse identificada, pois configuraria, claramente, uma exigência em duplicidade.

O art. 61 da Lei nº 8981/1995, por sua vez, é mais abrangente e alcança todos os pagamentos efetuados a beneficiários não identificados ou cuja operação ou causa não é comprovada, independente de quem seja o real beneficiário dele (sócios/acionistas ou terceiros, contabilizados ou não), elegendo a pessoa jurídica responsável pelo pagamento efetivamente comprovado com responsável pelo recolhimento do imposto de renda devido pelo beneficiário, presumindo-se que assumiu o ônus pelo referido pagamento. É o que se extrai do dispositivo em questão, *in verbis*:

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

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

§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

No mesmo sentido da aplicabilidade do dispositivo, transcrevo o voto vencedor da i. Conselheira Edeli Pereira Bessa, no Acórdão nº 1101-000.825, *in verbis*:

O presente voto expressa os fundamentos para manutenção das exigências de IRRF, uma vez que restou vencido o I. Relator em sua proposta de exoneração de tais créditos tributários.

Argumentou o I. Relator que os lançamentos de IRPJ e CSLL aqui veiculados não poderiam coexistir com o lançamento de IRRF em razão dos mesmos pagamentos glosados na apuração daqueles tributos, reportando-se a julgados deste Conselho que somente admitem a exigência de IRRF desde que o mesmo fato/valor que servir de base, não caracterize hipótese de

redução do lucro líquido, quer por receita omitida, quer por glosa de custos e/ou despesas, situações tipicamente submetidas ao IRPJ segundo as normas pertinentes à tributação pelo lucro real, em razão de disposição legal específica aplicável nesta segunda hipótese, veiculada no art. 44 da Lei nº 8.541/92.

Isto porque, como demonstrado no voto do I. Relator, o art. 44 da Lei nº 8.541/92 determinava a exigência de IRRF à alíquota de 25% nos casos de redução indevida do lucro líquido, presumindo de forma absoluta que esta diferença fora automaticamente recebida pelos sócios.

Todavia, a dúvida acerca da aplicabilidade do art. 61 da Lei nº 8.981/95 somente existiria, na forma exposta, enquanto vigente o art. 44 da Lei nº 8.541/92, revogado pela Lei nº 9.249/95. A partir daí (como é o caso destes autos), ausente a presunção legal de distribuição daqueles valores aos sócios, nenhum impedimento existiria para a caracterização da hipótese fixada no art. 61 da Lei nº 8.981/95, que na verdade parte do fato provado de entrega de recursos a um terceiro não identificado, ou por razões não demonstradas, e erige a presunção, apenas, de que tais rendimentos seriam passíveis de tributação na pessoa do beneficiário.

No presente caso, portanto, há duas incidências distintas: 1) o IRRF exigido da auçada na condição de responsável (fonte pagadora de rendimentos) que não se desincumbiu de seu dever de identificar o beneficiário e/ou a causa do pagamento e, por consequência, permitir ao Fisco confirmar a regular tributação de eventual rendimento auferido por este beneficiário, e 2) o IRPJ exigido da auçada na condição de contribuinte que auferiu lucro, mas o declarou em montante menor que o devido, em razão da dedução de despesas que não foram regularmente provadas.

Em outras palavras, a incidência do IRPJ decorrente de uma despesa que não reúne os requisitos legais para sua dedutibilidade não converte esta parcela em rendimento da própria da pessoa jurídica, a dispensar a incidência que poderia existir em desfavor do beneficiário do pagamento. É certo que a base de cálculo do IRPJ resta majorada e, por consequência, há renda tributável no seu sentido próprio, qual seja, resultado líquido de acréscimos e decréscimos patrimoniais num mesmo período de apuração. Mas este resultado líquido não se confunde com o conceito de rendimento, acréscimo individualmente auferido, no caso, por outro sujeito passivo, em razão de uma operação específica, que poderia sujeitar-se a tributação isolada, a qual é presumida pela lei em razão da omissão de informações por parte da fonte pagadora.

Como destacado acima, tal tributação aplicada de IRRF nos autos é por conta de rendimento sem causa, independente de todos os beneficiários estarem identificados. A previsão legal do IRRF incide em duas situações distintas e autônomas: i) no caso de pagamento a beneficiário não identificado; e/ou ii) no caso de pagamentos efetuados sem causa ou operação comprovadas. São hipóteses distintas e autônomas.

Igualmente, não procede a alegação de que seria necessário o abatimento dos valores já pagos pelos beneficiários dos pagamentos que estão sendo glosados, pois como

visto, os fatos geradores do IRRF e do IRPJ/CSLL são distintos. No caso, a recorrente, sobre o IRRF, é responsável tributária, e não contribuinte, e o dispositivo que abarca tal imputação é clara no sentido de que a incidência do IRRF se dá exclusivamente na fonte.

Quanto à alegação de que o IRRF do art. 61 da Lei nº 8.981/1995 teria caráter sancionatório, de natureza punitiva, o que obstaría a incidência de multa qualificada sobre os valores a ele referentes, sob pena de *bis in idem*, não prospera. O IRRF se trata de um tributo, com fato gerador definido e distinto do IRPJ, o que não teria sentido sustentar que haveria impossibilidade de cumulação com a multa qualificada.

MULTA ISOLADA. APLICAÇÃO CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO IMPOSTA AO FINAL DO ANO-CALENDÁRIO POR FALTA DE PAGAMENTO DE ESTIMATIVAS MENSAIS DO IRPJ E DO CSLL

A questão a ser dirimida diz respeito à possibilidade de serem aplicadas, simultaneamente, a multa isolada pela falta de recolhimento de estimativas mensais, e a multa de ofício pela falta de recolhimento do tributo devido no ajuste anual.

Em relação à possibilidade de aplicação cumulativa das multas de ofício e isolada cumpre salientar, preliminarmente, que não se aplica à espécie a Súmula CARF nº 105, segundo a qual “a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício”. Isso porque a cumulação entre as multas só é vedada pela referida súmula em relação às autuações relativas a períodos anteriores a 22 de janeiro de 2007, data da entrada em vigor da MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007, que alterou significativamente o art. 44 da Lei nº 9.430/96, confira-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

Observa-se que o art. 44 da Lei nº 9.430/96 foi alterado pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, dando-lhe nova redação, reduzindo a multa isolada para 50%; deixando claro que a referida multa isolada era cabível no caso de estimativa mensal não paga e não de tributo final não pago.

Ressalta-se que as bases de cálculo das citadas multas foram diferenciadas, afastando-se, dessa forma, qualquer alegação de bis in idem. Com efeito, segundo texto dado pela Lei nº 11.488/2007, a base de cálculo da multa isolada pela falta de pagamento da estimativa consiste no valor do pagamento mensal, no percentual de 50%, enquanto a multa pelo lançamento de ofício incide sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, no percentual de 75%.

Por fim, cabe registrar que a Câmara Superior de Recursos Fiscais sinalizou ser possível a cobrança concomitante da multa de ofício com a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas após a entrada em vigor da MP nº 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007. Confira-se, por oportuno, o que ficou registrado no Acórdão nº 9101-02.438:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO
LÍQUIDO CSLL*

Ano-calendário: 2008, 2009

*MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE
ESTIMATIVAS. CONCOMITÂNCIA COM A MULTA DE
OFÍCIO.*

A alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, deixa clara a possibilidade de aplicação de duas penalidades em caso de lançamento de ofício frente a sujeito passivo optante pela apuração anual do lucro tributável. A redação alterada é direta e impositiva ao firmar que "serão aplicadas as seguintes multas". A lei ainda estabelece a exigência isolada da multa sobre o valor do pagamento mensal ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa no ano-calendário correspondente.

No caso em apreço, não tem aplicação a Súmula CARF nº 105, eis que a penalidade isolada foi exigida após alterações promovidas pela Medida Provisória nº 351, de 2007, no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Diante do exposto e considerando que restou plenamente configurado o desrespeito do recorrente ao disposto no art. 44, II, "b" da Lei nº 9.430/96 e, ainda, que o fato gerador do presente feito é posterior ao advento da MP nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007), não há qualquer dúvida sobre a possibilidade/necessidade de cobrança da multa isolada, exigida em face do não pagamento do tributo devido pelo regime de estimativa.

Conclui-se que é possível a cumulação entre multa de ofício e multa isolada, pois são penalidades distintas que incidem sobre bases de cálculo diversas, mormente em face da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007) na redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Processo nº 13896.723083/2016-99
Acórdão n.º **1402-003.733**

S1-C4T2
Fl. 25.304

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário em relação às alegações tratadas nos itens "glosa de despesas e exigência de IRRF relativo a pagamento sem causa" e "aplicação concomitante da multa de ofício com a multa isolada (ano-calendário de 2013)", o que já foi acatado pelo colegiado, nos termos supracitados.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias