

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

Processo nº 15956.000599/2007-44
Recurso nº 167.265 Voluntário
Acórdão nº 1202-00.204 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de dezembro de 2009
Matéria IRPJ e OUTRO
Recorrente LEÃO & LEÃO LTDA.
Recorrida 5ª Turma/DRJ-Ribeirão Preto/SP

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2002, 2003

Ementa:

NULIDADE.INOCORRÊNCIA- A nulidade do auto de infração somente se configura na ocorrência das hipóteses previstas na legislação. O atendimento aos preceitos estabelecidos no CTN e ao Decreto nº 70.235/72, pela autoridade fiscal, garantindo a comunicação e o exercício oportuno à defesa do contribuinte, afasta qualquer hipótese de ocorrência de nulidade do lançamento.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Artigo 150, § 4º DO CTN-**EXCEÇÃO NO CASO DE FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO-** Ainda que se cuide de lançamentos por homologação do IRPJ e CSLL, a prática de atividade considerada fraudulenta implica na aplicação da ressalva sobre a contagem do prazo decadencial que remete ao disposto no artigo 173 do CTN, como configurado no presente caso.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA – Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, prevista no artigo 44, inciso II da Lei nº 9.430/96, quando o procedimento adotado pelo sujeito passivo enquadra-se em uma atividade configurada fraudulenta, com o objetivo de elidir, ilicitamente, a base de cálculo tributável.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis regularmente emanadas do Poder Legislativo, eis que exclusiva alçada do Poder Judiciário, em face do princípio da independência dos Poderes da República.

IRPJ – CUSTOS OU DESPESAS OPERACIONAIS – DEDUTIBILIDADE – Para que uma despesa possa ser considerada dedutível não basta a declaração de que ele foi assumida e que houve o desembolso, é necessário comprovar a

efetividade do dispêndio, ou seja, que realmente o negócio e/ou operação existiu no mundo real e que, por isso mesmo, tornou o pagamento devido.

DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS – Há presunção *juris tantum* de distribuição disfarçada de lucros nas transações pelas quais a pessoa jurídica realiza com pessoa ligada negócios em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros.

POSTERGAÇÃO NO PAGAMENTO DO TRIBUTO. INOBSERVÂNCIA DO REGIME DE COMPETÊNCIA – É devido o pagamento com acréscimos moratórios (multa e juros de mora) quando da inobservância do regime de competência na escrituração ou reconhecimento de receita, resultar postergação de pagamento de tributos.

CONTRATO COM ENTIDADES GOVERNAMENTAIS – O diferimento do lucro decorrente de receitas junto a entes públicos requer a estreita observância dos procedimentos indicados nos incisos I e II do artigo 409 do RIR/99, sem o que a tributação do mesmo se dá pelo regime de competência.

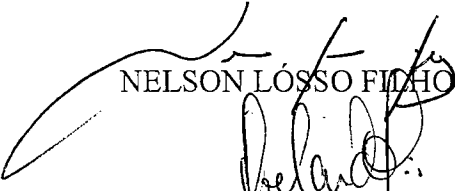
DOAÇÕES – São dedutíveis as contribuições e doações feitas por pessoas jurídicas às instituições de ensino e pesquisa e às entidades civis que prestam serviços gratuitos em benefício da comunidade, respeitado o teto legal, desde que as entidades donatárias tenham sido reconhecidas por lei federal.

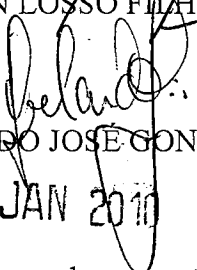
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL – Lançamento decorrente – Uma vez subsistindo o lançamento principal do IRPJ, igual tratamento recai sobre o lançamento de ofício da CSLL.

IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE- PAGAMENTO SEM CAUSA – INCIDÊNCIA – Sujeita-se à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte todo pagamento, ou recurso entregue, por pessoa jurídica a terceiros, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou sua causa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


NELSON LÓSSO FILHO -Presidente


ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO - Relator.

EDITADO EM:

27 JAN 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Nelson Lósso Filho (Presidente de turma). Cândido Rodrigues Neuber, Carmem Ferreira Saraiva (suplente convocada), Luciano Inocência dos Santos (suplente convocada), Valéria Cabral Géo Verçoza, Orlando José Gonçalves Bueno (Vice presidente de turma).



Relatório

Cuida o presente processo de autuações fiscais para exigências do IRPJ, CSLL e IRRF relativamente aos anos-calendário de 2001 e 2002, relatando os seguintes fatos infracionais:

- 1- em 2001, para efeito de IRPJ: glosas de despesas por pagamentos sem causa a terceiros, a beneficiários não identificados, com multa qualificada de 150%;
- 2- em 2002, para efeito do IRPJ: glosa de despesas por pagamentos sem causa e a beneficiários não identificados, com multa qualificada de 150%;
- 3- em 2001/2002, para efeito de IRPJ, glosa de despesa com contribuições e doações por inobservância de requisitos legais, com multa de ofício de 75%;
- 4- em 2001/2002, para efeito de IRPJ, despesas indedutíveis: despesas financeiras, com multa de ofício de 75%;
- 5- em 2001/2002, para efeito de IRPJ, distribuição disfarçada, pela alienação de bem do ativo permanente por valor notoriamente inferior ao de mercado a pessoa física ligada, no presente caso considerado a “custo zero”, por não terem sido cumpridas as disposições contratuais e não haver os respectivos recebimentos de valores pactuados, com aplicação de multa qualificada de 150%;
- 6- em 2002, para efeito de IRPJ, distribuição disfarçada, por negócios em condições de favorecimento de pessoa física ligada, ensejando custo ou despesa não dedutível, com multa de ofício de 75%;
- 7- em 2002, para efeito de IRPJ, inobservância do regime de escrituração, antecipação de custos ou despesas do exercício seguinte, postergação de imposto, com multa de ofício de 75% ;
- 8- em 2002, para efeito de IRPJ, redução indevida do lucro real, com multa de ofício de 75%
- 9- em 2002, para efeito do IRRF, por pagamentos sem causa e beneficiários não identificados, com multa qualificada de 150%.

A contribuinte ingressou com sua impugnação, arguindo o seguinte:



- em preliminar que em 2001 e 2002, foi optante pelo lucro real mensal, suscitando a decadência para o IRPJ/CSLL, com base no § 4º do art. 150 do CTN, uma vez entende desnecessário comprovação de pagamento, posto que os autos foram lavrados em 21/12/2007, estariam decaídos todos os fatos geradores de 2001 e até novembro de 2002. E, relativamente a CSLL, não caberia o prazo de 10 anos, nos termos ditados pelo art. 45 da Lei nº 8.212/91, por inconstitucional;

- também em preliminar aduz cerceamento do direito de defesa, pela negativa de vista do “dossiê”, e de cópia integral do processo administrativo e desvio de finalidade, posto que motivada a fiscalização por motivação política, relacionada a CPI dos Bingos, e inquérito policial das pessoas do Sr. Rogério Buratti, Sr. João Francisco Cândido e queda do Ministro da Fazenda, Sr. Antonio Palocci;

- quanto ao mérito, aduz que a acusação de pagamentos sem causa e/ou a beneficiários não identificados se calca somente em depoimentos do Sr. Buratti, ou seja, em indício, carecendo da prova como ônus da Administração tributária. E que o Poder Judiciário invalidou as interceptações telefônicas, nos inquérito policial onde se tomou o depoimento citado;

- suscita a invalidade da quebra do sigilo bancário, aduzindo que a emissão da Requisição de Movimentação Financeira (RMF), com base no Decreto nº 3.724/01, depende da recusa do contribuinte no fornecimento de extratos bancários e o fisco não demonstrou que os dados seriam imprescindíveis à continuidade dos trabalhos e que, a dispensabilidade da ordem judicial é para instaurar processo com base na CPMF, e não para quebrar sigilo bancário;

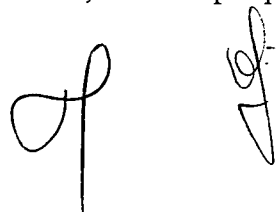
- ainda sobre tal quebra aduz que a Lei Complementar nº 105/01 confronta com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal;

- sobre custos ou despesas operacionais não comprovados, cujas empresas prestadoras são constituídas por ex-funcionários, assevera erro legal de fundamentação e que não restou comprovado o dolo, a fraude ou simulação, para a qualificadora da multa de 150%, posto que os serviços foram terceirizados pelos ex-funcionários, visando redução de encargos, como forma de legítima elisão fiscal, o que não justifica evidente intuito de fraude;

- defende a prestação de serviços com base na validade das notas fiscais apresentadas e que, a inexistência de contratos formais e/ou descrição dos serviços prestados não elide o negócio;

- no que se refere a inidoneidade das notas fiscais emitidas pelos prestadores de serviços, impossibilitando seu tratamento como custo ou despesa operacional, argumenta inexistir declaração de inidoneidade para as empresas consideradas de “fachada” ou fraudulentas, lembrando a necessidade de ato declaratório reconhecendo a inaptidão do CNPJ e a suspeição é fruto da presunção, sem prova, das autoridades fiscalizadoras;

- quanto a distribuição disfarçada de lucros diz que a mesma não restou caracterizada, assim porque as transferências não ocorreram a título gratuito, na medida que os débitos foram lançados na escrita fiscal da impugnante, nas contas correntes dos sócios, ainda em aberto, também porque o Fisco não provou que os valores da alienação aos sócios teriam sido inferiores aos do mercado imobiliário local, mediante laudos próprios, e ainda porque, depois da Lei nº 9.249/95 a distribuição de lucros aos sócios não enseja tributação, motivo pelo qual não teria motivo para “disfarçá-la” aos olhos do Fisco, mesmo porque tal operação incorre em custo fiscal do ITBI e custas de registro.



- em relação ao pagamento a pessoa física ligada em condições de favorecimento argumentou que a operação foi realizada a título de adiantamento de participação de quotas de capital da sociedade e que o saldo foi transferido a outro sócio como forma de pagamento das quotas, segundo instrumento de transferência e assunção de dívida, não caracterizando nenhum tipo de favorecimento ilegal;

- quanto ao diferimento do lucro decorrente de operações de vendas para órgãos públicos, em 2002, assevera que o próprio Fisco admite que o valor foi adicionado ao lucro real em 2003, o que significa que a quantia foi devidamente tributada, somente podendo ocorrer a exigência dos juros de mora. E quanto a outro valor, de R\$ 2.394.299,27, considerado como redução indevida do lucro real, só seria admissível se o Fisco tivesse questionado e provado que o percentual de 60% da receita não corresponde à realidade, não se podendo incluir na apuração de 2002;

- diante as doações efetuadas à Associação Desportiva COC, como patrocínio, alega que é um dos braços do grupo educacional COC, o que justifica a manutenção da dedutibilidade;

- no concernente as despesas financeiras relativas ao contrato de mútuo com pessoa jurídica ligada, em condições de favorecimento, sustenta que se revela inapropriada a comparação das taxas de juros praticadas no mercado no ano de 2002, com aquelas do contrato firmado em 1998, inviabilizando a glosa como despesa indedutível;

- rebate a qualificadora da multa para 150% uma vez inexistente prova de fraude ou simulação do negócio jurídico, não se furtando a impugnante de qualquer solicitação da autoridade fiscalizadora, ademais em tal percentual tem efeito confiscatório. Pugna pelo cabimento da multa de 20%;

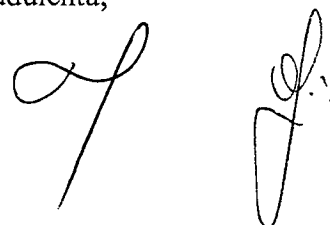
- se insurge contra a taxa “selic” que não guarda correlação lógica com a recomposição patrimonial, tendo caráter remuneratório, contrariando o art. 16, § 1º do CTN;

- por fim acusam as autoridades fiscalizadoras de excesso de exação.

A DRJ de Ribeirão Preto, por sua 5ª Turma julgou o lançamento procedente, com base no seguinte entendimento:

- que os lançamentos não estão decadentes, estando provado nos autos que o contribuinte apresentou as DIPJs dos anos-calendário de 2001 e 2002, o que submeteria o mesmo, em se tratando de lançamentos por homologação, ao estabelecido no art. 156, inciso V do CTN, com vistas a extinção do crédito tributário. Contudo, entendeu que o comportamento da autuada restou caracterizado com o intuito de fraude, devendo-se aplicar a contagem do prazo decadencial pelo art. 173, inciso I do CTN;

- relativamente ao IRRF, não houve qualquer declaração, ou pagamento, de sorte que deve-se aplicar diretamente a contagem do prazo decadencial à luz do art. 173 do CTN, ademais igualmente aqui se verificou a conduta fraudulenta;



- relativamente a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, para a CSLL, o lançamento operou dentro do quinquênio previsto no art. 173, I do CTN, não se aplicando o prazo decenal em comento;

- no tocante ao cerceamento do direito de defesa, não consta nos autos qualquer prova negativa de vista do “dossier” da contribuinte e que a assertiva da mesma que requereu em 11/01/2008 não foi demonstrada, sendo que, antes da peça impugnatória, todo o acervo de documentos (13.869 folhas e 70 volumes), estiveram à disposição da impugnante, seja para simples vistas, seja para cópia, total ou parcial, o que, a propósito, lhe foi fornecida em 03/01/2008, recibo às fls. 13.866 (rodapé), motivo pelo qual foi rejeitada a preliminar;

- acerca do desvio de finalidade, discorre a autoridade julgadora em arrazoado a fls. 14050 até 14052, refutando tal alegação;

- quanto ao mérito, relativamente a glosa de custos e despesas operacionais entende não ser suficiente apenas as notas fiscais, nem ter oferecido a tributação a receita proveniente da operação, sendo necessária a íntima e estreita ligação com a fonte produtiva, ou seja, que seja comprovada a usualidade, necessidade junto a atividade produtiva da empresa e a contribuinte não forneceu elementos que pudessem corroborar a tese de reais aquisições, tais como cotações de preços, pedidos, contratos, comprovantes de recebimentos de mercadorias ou serviços e, principalmente, a comprovação do pagamento aos fornecedores. Aliás no que se refere a despesas com a Empreitec Empreiteira de Obras S/C Ltda, International Strategy Services Inc. “Invoice” e Veirano & Alves Engenharia de Projetos Ltda, bem como, em parte, quanto a Sandincas Auto Peças Ltda., Villimpress Indústria e Comércio Gráficos, Verdade Editora Ltda. – ME, Gráfica Verdade Ltda. – EPP e EIT Empresa Industrial Técnica S/A, sequer foram apresentadas as notas fiscais noticiadas em sua escrita. E no caso de apresentadas notas fiscais, não foram comprovados os pagamentos, seja durante o procedimento fiscalizatório, seja com a peça impugnatória, ainda que alegue pagamentos em cheques nominativos sacados na “boca do Caixa” em postos bancários na sede da impugnante, sendo improvável que os fornecedores assim o fizessem, notadamente em face aos fornecedores, em sua maioria, terem estabelecimentos em outras cidades e envolver pagamentos em quantias significativas;

- desta feita, não prospera a assertiva da defesa no sentido de que o lastro da autuação encontra-se nos depoimentos ou na confissão do Sr. Rogério Buratti, mesmo porque nem todos os fornecedores possuem vínculo com o depoente;

- elenca várias situações de fornecedores com inúmeras irregularidades – fls. 14054 e 14055, o que justifica a inidoneidade dos negócios subjacentes, com a produção das provas pela fiscalização;

- não se configurou a necessidade de desconsideração de negócios jurídicos, e nem se fez necessária a declaração de inidoneidade para as empresas citadas como “fraudulentas” ou “de fachada”, uma vez não atendidos os requisitos para a dedutibilidade, quais sejam, a efetividade da despesas e o correspondente pagamento;

- no que se refere a RMF, ao contrário da afirmativa da impugnante, a fiscalização, a fls. 13.737, bem justificou a necessidade de tal requisição, entendendo atendidos os requisitos para expedição das RMFs insertos no art. 4º do Decreto nº 3.724/01;

- relativamente a distribuição disfarçada de lucros, baseia-se em presunção legal no art. 464 incisos I e VI do RIR/99, não podendo ser aceita a tese da defesa em face a manterem-se em aberto os débitos contra os sócios na contabilidade da impugnante, pois que

essa tolerância não seria praticada com o mercado e/ou com terceiros, eis que deriva de sócios com patrimônio individual acima de R\$ 30.000.000,00, como consta nas declarações nos autos; e no que tange a falta de tributação da distribuição de lucros, diz respeito ao IRRF e à pessoa do beneficiário e nada tem a ver com imposto de renda da pessoa jurídica, ou seja, a distribuição disfarçada subtrai, por vias oblíquas, parcela do lucro, se não levada a efeito, sofreria o crivo do IRPJ;

- quanto ao pagamento de R\$ 500.000,00 a pessoa física ligada em condições de favorecimento, do mesmo modo, o contribuinte não se ressarcia do valor creditado à sócia, com negativa repercussão no patrimônio da pessoa jurídica, sem a autuada apresentar qualquer elemento que tenha o condão de afastar a presunção legal;

- quanto as despesas financeiras referentes aos juros e encargos pagos para entidades financeiras em valor inferior aquela reconhecida no empréstimo de numerário efetuado para pessoa jurídica ligada (Engenharia e Construções Carvalho), repassado para a sócia comum, Adair Bueno Leão, relativamente ao montante de juros, a tendência é decrescente, denotando apenas o favorecimento e não como pretende a impugnante;

- quanto a postergação do pagamento do imposto, como consta na decisão a fls. 14602, restou demonstrada que a obrigação não foi adimplida em sua totalidade no exercício de 2003, carecendo ser suplementada pelas diferenças decorrentes da mora;

- quanto ao diferimento do lucro decorrente de contratos com órgãos públicos, do que resultou a exclusão de valor do lucro real, a contribuinte ficou-se omissa quanto a comprovar o percentual de 60% do lucro diferido sobre o faturamento aludido, sendo correto o procedimento fiscal em adicionar a parcela injustificadamente excluída;

- em relação as doações para a Associação Desportiva COC, a lei é clara que somente são dedutíveis quando destinadas a instituições de ensino, portanto, correta a glosa;

- sobre o qualificação da multa, nada a reparar, eis que além de declarar imposto de renda em monta menor que a efetivamente devida, escriturou nos livros utilizando-se de documentos inidôneos, isto é, notas fiscais falsas, seja porque inexistem as empresas emitentes, seja porque, existentes, não foram por estas reconhecidas (fls. 1894/1909; 1935/1937, 2161) e operações de compra e venda de imóveis com sócios não condizentes com a realidade, ou seja, o ato de escriturar as operações com base em documentação fria configura evidente intuito de fraude;

- quanto a efeito confiscatório da multa e a cobrança de juros com base na taxa "selic", não cabe ao órgão administrativo competência para apreciar matéria constitucional;

- não cabe, igualmente, a redução da multa para 20%, uma vez instaurado o procedimento fiscalizatório e o lançamento de ofício, ao abrigo do art. 61, § 2º da Lei nº 9.430/96;

- finalmente quanto ao excesso de exação, carece a autoridade julgadora de competência para apreciar tal questão;

- aplica-se a CSSL os entendimentos da turma julgadora, igualmente no que se refere ao IRRF



A contribuinte, tempestivamente, interpôs seu recurso voluntário, aduzindo o seguinte:

- reitera a preliminar de decadência para o IRPJ e CSLL, como suscitado na peça impugnatória;

- reitera a mesma preliminar já suscitada sobre o cerceamento do direito de defesa, pelos mesmos motivos já relatados na peça inicial de defesa, e abordados pela decisão de primeira instância;

- quanto ao mérito, relativamente a pagamentos sem causa ou a beneficiário desconhecido insiste no argumento de que os fatos foram decorrentes de indícios colhidos no depoimento do Sr. Rogério Buratti, e atribuindo o dever de provar à autoridade fiscalizadora, como relatado pela decisão “a quo”;

- mantém o argumento da defesa inicial contra a simples presunção em face a acusação de empresas inexistentes ou notas fiscais “compradas”;

- contrapõe-se a que entendo como prova emprestada, qual seja, o depoimento do Sr. Buratti (diretor da Recorrente no período fiscalizado), notadamente sobre as suspeita de fraude perante as empresas fornecedoras, objetos da decisão de primeira instância, como já relatado;

- reitera que a 3ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, em decisão judicial exarada em 30 de março de 2007 decretou a nulidade das interceptações telefônicas no Inquérito Policial nº 50/04, contaminando todas os demais elementos decorrentes de tal investigação, como sustenta a Recorrente., reforçando a nulidade da “prova emprestada”;

- insurge-se contra a quebra do sigilo bancário, com o uso da RMF, e sustenta a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/01, e indispensabilidade da movimentação financeira, conforme relatado na decisão de primeira instância;

- reproduz os mesmos argumentos relativamente aos custos e despesas operacionais não comprovados, como alegado na peça impugnatória, combatendo a caracterização da fraude como imputado pela fiscalização, aduzindo que: (i) os serviços foram efetivamente prestados como retratado nas notas fiscais; (ii) que a validade dos documentos fiscais não foi contestada; (iii) que a inexistência de alguns contratos ou descrição detalhada dos serviços não faz desaparecer o negócio;

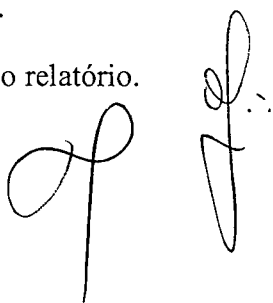
- reproduz o mesmo arrazoado da peça inicial de defesa contra a acusação de inidoneidade das empresas fornecedoras;

- quanto a distribuição disfarçada de lucros, no que se refere a alienação de bens imóveis aos sócios e negócios em condições de favorecimento a esses, reitera os mesmos argumentos já expostos na peça de defesa inicial;

- o mesmo se verifica quanto a postergação de impostos, glosa de despesas indedutíveis(doações); glosas de despesas financeiras; multa “agravada”;

- mantém o argumento já exarado contra a cobrança de juros com base na taxa “selic”, o excesso de exação.

Eis o relatório.



Voto

Conselheiro Relator Orlando José Gonçalves Bueno, Relator

Por presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, dele tomo conhecimento.

Em primeira preliminar suscita a Recorrente o reconhecimento do instituto da decadência, uma vez ocorridos os fatos geradores em 2001 e 2002 e a lavratura do auto de infração em 12/2007.

Não assiste razão à contribuinte.

Bem decidiu a decisão de primeira instância, nesta matéria preliminar.

A partir do advento da Lei nº 9.430/96, vigente e eficaz a partir de janeiro de 1997 criou-se a regra que a pessoa jurídica, sob regime de lucro real, apure seus resultados trimestralmente, e como opção adote os recolhimentos do imposto com base na estimativa mensal. Uma vez feita a opção os fatos geradores do imposto de renda e da contribuição social aperfeiçoaram-se em 31 dezembro, data da obrigatoriedade de apuração do lucro real anual imposta pelo § 3º do artigo 2º do citado diploma legal. Os recolhimentos mensais, pois, caracterizam-se como antecipações dos tributos apurados no final do exercício.

Comprova-se, por este aspecto, que o sujeito passivo optou, em suas DIPJs de 2002 e 2003 pela apuração do lucro real anual, conforme se constata às fls. 43 e 158.

Desta feita, apurados os fatos geradores do IRPJ e da CSLL, nos dias 31/12/2001 e 31/12/2002, a Fazenda Nacional poderia exigir tais tributos a partir, respectivamente, de 01/01/2002 e 01/01/2003.

Assim, ao teor do inciso I do artigo 173 do CTN, o primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido feito é o 1º dia de janeiro de 2003 na primeira situação e 1º de janeiro de 2004, na segunda e, considerando que o auto de infração foi lavrado em 21 de dezembro de 2007 não se verifica o decurso do prazo decadencial de 05(cinco) anos para o perecimento do direito da Fazenda Nacional cobrar seu crédito tributário.

No que pertine ao IRRF, exigido de cada mês de 2002, sendo o marco inicial em 1º de janeiro de 2003, o ato do lançamento foi praticado dentro do lapso do quinquênio legal, afastando-se, portanto, a aplicação da decadência do respectivo lançamento de ofício.

A corroborar o entendimento explicitado para rejeição da preliminar de decadência constatou-se, neste processo administrativo tributário, a ocorrência do evidente intuito de fraude, a atrair a aplicação do inciso I do artigo 173 do CTN.

Nesse sentido a decisão da autoridade julgadora “a quo” também não está a merecer revisão.

Cabe reproduzir literalmente a expressão daquela sobre a matéria da qualificadora, a fls. 14.065, a saber:

“ No presente caso, a contribuinte, além de declarar imposto de renda em monta menor que a efetivamente devida, escriturou nos livros a que estava obrigada operações de despesas utilizando-se de documentos inidôneos, isto é, notas fiscais falsas, seja porque inexistem as empresas emitentes, cuja gráfica que teria confeccionado os talonários, indicada no rodapé, não existe, seja porque, quando existentes, não foram por estas reconhecidas (conforme, por exemplo, demonstrado às fls. 1.894/1.909, 1.935/1.937, 2.161), e também operações de compra e venda de imóveis com sócios não condizentes com a realidade.

...

Contudo, o ato de escriturar as operações com base em documentação fria configura, sem sombras de dúvidas, evidente intuito de fraude.”

Como mais adiante se abordará no mérito, a caracterização do enquadramento na sanção qualificada de 150% decorreu de prática adotada pela Recorrente de utilizar-se de documentação para escriturar sua contabilidade, reduzindo seu lucro real, viciada seja na sua forma, seja em seu conteúdo material, uma vez que não comprovou a efetividade dos negócios subjacentes que pudessem justificar a legitimidade das operações ditas como realizadas pela emissão de documentos fiscais junto a fornecedores. E ainda, como asseverado pela decisão “a quo”, praticando operações com sócios sem adotar, no mínimo, o cuidado exigido não somente pelo bom senso comum, mas e acima de tudo, pela defesa jurídica dos interesses da pessoa jurídica autuada, ou seja, não demonstrando, com base em provas inequívocas, que não apenas registrou em sua contabilidade e deixou em aberto o saldo de débitos com os sócios, mas que previa e exigia tais créditos em face aos mesmos, como também, no mérito, se enfrentará a questão.

Não assiste razão a Recorrente em defender-se alegando que tais fatos somente se referiram ao depoimento judicial do diretor, à época, da mesma, Sr. Rogério Buratti, eis que também foram auditados os documentos das operações fiscais/contábeis que se apresentaram inidôneos e fraudulentos, a ensejar a aplicação da dita multa qualificada.

A decisão de primeira instância, a fls. 14.054 e 14.055 se deteve em conferir a fiscalização junto aos fornecedores concluindo o seguinte:

“ Dessa fiscalização junto a determinados fornecedores apurou-se, em suma, a negativa na prestação dos serviços ou na venda dos bens noticiados pelas notas fiscais, caso de Sandincas Auto Peças Ltda. Fl. 2.161, Comercial Jahu Borrachas e Auto Peças Ltda. Fls.2.256, Wimar Componentes Automotivos Ltda. – ME, fls. 2.376 e 2.381, Comércio de Material Elétrico, Eletrônico e Ferragens Takara Ltda. –ME, fls. 6.071 e Condomínio Comercial do Shopping Center Santa Úrsula de Ribeirão Preto, fls. 7.635.

Também restou concluso a discrepância entre os registros da cliente e da fornecedora (datas de emissão das notas, prazo de pagamento, datas de recebimento), sem contar a não comprovação da necessidade do produto ‘querosene’ no processo produtivo e a capacidade de estocagem do volume adquirido, caso de Azzurro Comércio de Derivados de Petróleo Ltda, fls. 2.837/3.256, ou do produto ‘solbrax’ e capacidade de transporte no caso de Twister Químicos Ltda, fls. 6.663/6.776, aí existente, ainda, cheque com indicação a seu favor (no verso), mas depositado em conta bancária de terceiros, fl.6.426/6.427, e desse mesmo produto nos casos de França Ltda e Rafbras Produtos de Petróleo Ltda., que apesar de situadas no Estado do Rio de Janeiro suas notas não

apresentam passagens pelos fiscos fronteiriços, fls. 6.991/7.002 e fls. 7.254/7.329, ou a destruição dos tickets de efetiva entrega dos produtos, caso de Comercial e Transportadora Luizinho Ltda. Fls. 3.257 e seguintes.

Igualmente se deparou com a falta de comprovação do recebimento do preço(ou do pagamento sob a ótica da tomadora dos serviços ou adquirente dos bens) e conseqüente prestação de serviços, caso de Distrutti & Distrutti Assessoria Organizacional Ltda., nessa incluída a existência de nota fiscal com discriminação de serviços estranhos à atividade empresarial, fl. 5.947, Sul Petróleo Comércio de Produtos Petroquímicos Ltda., Villimpress Indústria Comércio Gráficos Ltda, Verdade Editora Ltda.-ME, Gráfica Verdade Ltda. EPP, Lexen Intermediação de Negócios Ltda. TPGO Engenharia Ltda., DC Assessoria Administrativa S/C Ltda. DS Assessoria Administrativa S/C Ltda., BBS Consultores Associados Ltda, EIT Empresa Industrial Técnica S/A, MKPLAN S/C Ltda., Rádio Renascença Ltda. Inclusive Bueno Assessoria Organizacional Ltda. e Leão Engenharia S/A, compostas por sócios da autuada.”

Confirme-se a leitura a fls. 14.055, a constatação pela autoridade julgadora de primeira instância de outros vícios e irregularidades que comprometem a confiabilidade da documentação oferecida para suportar os negócios e atividades operacionais da Recorrente.

É importante que se registre que o objeto contratual da Recorrente é bastante amplo – confira-se a fls. 14.024, operando desde terraplenagem, passando por serviços de consultoria, administração de imóveis, comércio de combustíveis, transporte de cargas e passageiros, até varrição manual, coleta e transporte de resíduos de serviços de saúde, limpeza urbana em geral, compra, venda, locação de imóveis, serviços de hospedagem e locação de máquinas, veículos e equipamentos, etc... e ainda sendo tributada pelo regime pelo lucro real, é de clareza solar o descuido, a negligência e o evidente descumprimento das prescrições legais relativas a documentação e escrituração constantes da legislação comercial e fiscal, em face as diversas irregularidades, inconsistências, vícios, faltas de comprovação, etc. apuradas pelo trabalho fiscal, que induz, seguramente, que, de fato, visava intencionalmente descumprir as determinações legais tributárias e deveres legais instrumentais, como relatado pela digna fiscalização autuante.

Apresenta-se inaceitável que a Recorrente não cuide, com zelo e precisão, mormente em face a necessidade de controles perante tão extensa gama de atividades operacionais, de toda sua documentação fiscal/comercial/contábil, em se tratando de organização empresarial de grande porte, como sói acontecer em outras sejam nacionais, ou multinacionais, a bem de praticar a transparência e licitude de seu objeto contratual. O que, de fato, não se sucede no caso concreto.

Destarte, quanto a segunda preliminar, não há como acolhê-la com cerceamento do direito de defesa alegando negativa de vista do “dossier” do contribuinte, com já bem decidido pela autoridade julgadora “a quo”, tendo em vista que a Recorrente foi devidamente intimada de todos os atos oficiais durante o procedimento fiscalizatório, posto que a mesma não pode se beneficiar de sua própria omissão, erro ou desídia; que exerceu, quanto ao mérito, ampla defesa de seus supostos interesses, como se poderá conhecer melhor e como decidido pela primeira instância, a fls. 14.049, demonstrando que todo o acervo de documentação nestes autos esteve à disposição da Recorrente, seja para simples vista ou concessão de cópia, não cabendo o argumento de cerceamento do direito de defesa, mormente

quando teve tempo hábil de 30 dias na defesa inicial, mais 30 dias para interposição do recurso voluntário para requerer o que de direito. A Recorrente nada inova nesse aspecto pela matéria em preliminar como decidido pela autoridade “a quo”, pelo que a acompanho para rejeitar tal preliminar.

Quanto ao reiterado argumento de desvio de finalidade, como já suscitado em sua defesa inicial, adoto as mesmas razões de decidir da autoridade julgadora “a quo”, a fls. 14.050/14.051/14.052, para, igualmente, rejeitar a arguição de nulidade em sede preliminar.

Pois bem, passa-se a análise das questões de mérito.

- Pagamentos sem causa ou a beneficiário desconhecido:

Como aludido anteriormente, pretende a Recorrente induzir que as conclusões do trabalho fiscal foram colhidas somente do depoimento do Sr. Rogério Buratti. Ledo engano.

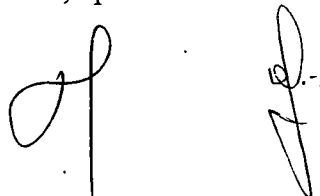
Ora, a legislação fiscal determina que as despesas sejam comprovadas, suportadas por documentos hábeis e idôneos que demonstrem a efetividade das mesmas, seja quanto a sua natureza, seja quanto a identidade dos beneficiários, relativamente a data, valor e conteúdo real do quanto relatado no documento que registra o evento na vida operacional da empresa, nos termos do artigos 299, 330 e 304 do Decreto nº 3.000, de 26/03/99 (RIR).

Como já analisado, não logrou a Recorrente, também nesta instância, eis que reproduz os mesmos argumentos já apreciados pela autoridade de primeira instância, demonstrar que os registros de despesas lançados em sua contabilidade, a título de compras de bens ou serviços, cuja identificação por nota fiscal se fez, derivam de operações usuais e necessárias ao amplo rol de suas atividades operacionais, tais como cotações de preços, contratos, comprovantes de recebimentos, comprovantes de pagamentos, etc. ou seja, elementos esses que, em regular contabilização, deveria existir para exibir a veracidade e legitimidade dos lançamentos de pagamentos, posto que decorrentes de supostas operações normais de suas atividades. Mas que, de fatos, não restaram comprovadas, posto que tal ônus incumbe a mesma uma vez intimada para tal prova, como consta nos presentes autos.

Não se há falar em ônus da Fazenda Pública, a partir da premissa fática que se trata de auditoria em sua escrita fiscal/contábil, mormente relativa a pagamentos, que deveriam existir comprovados efetivamente, a fim de cumprir com rigor os preceitos legais a que está submetido, com a exibição, como requerido, à fiscalização e justificar os lançamentos contábeis dos pagamentos.

Uma vez não se desincumbindo de tal ônus, não justificando o beneficiário, nem a causa dos pagamentos auditados, não se pode admitir legítimas tais operações, cabendo, corretamente, a glosa como efetuada pelo trabalho fiscal.

Cumpre reafirmar que a conclusão da fiscalização não levou em consideração apenas o depoimento do Sr. Rogério Buratti, ex-diretor da autuada, mas a absoluta carência de provas, mesmo após intimada para tanto, sobre as operações de pagamentos indigitados, militando da favor da Fazenda Pública a presunção de inidoneidade dos lançamentos nesse mister, mormente porque cabe a Recorrente, indiscutivelmente, demonstrar a efetividade, a realidade, por todos os meios em direito



admitidos, sobre a realização de serviços e/ou aquisições de mercadorias, não se prestando somente exibir as notas fiscais, que, se prova um relato de um evento, escritural, não retrata, solitariamente, a existência do negócio operacional subjacente, como pretende a Requerente. Apenas a nota fiscal é elemento probatório insuficiente para demonstrar a existência válida e efetiva da operação lançada em seu corpo descritivo.

Não apresentados demais elementos comprobatórios, como dito, não há como se acolher a validade e efetividade das despesas e pagamentos, com a finalidade de legitimar a dedutibilidade das despesas operacionais da base de cálculo do regime de apuração do lucro real, como se aplica à Recorrente.

Alegar que as interceptações telefônicas foram declaradas ilegais, no âmbito judicial, não altera o efeito de que o depoimento do Sr. Buratti, no mínimo, trata-se de forte indício, na qualidade de ex-diretor da autuada, a indicar, o que foi feito pela auditoria fiscal, um aprofundamento na investigação sobre possíveis, como evidenciado, operações que se revelaram fraudulentas e cometidas flagrantemente em prejuízo ao Erário. Não há se falar em prova emprestada, quando a autoridade administrativa, levada pelo indício apontado, perquire e encontra situações fático-jurídicas não elididas pela Recorrente com provas em contrário, hábeis e idôneas, que caracterizam as infrações, objeto da autuação em exame.

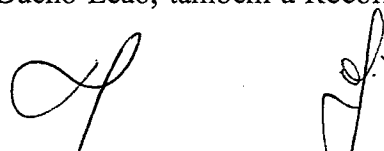
No mesmo sentido, acompanho a rejeição quanto a suposta ilegalidade da quebra do sigilo bancário e necessidade de demonstração da indispensabilidade na emissão das Requisições de Movimentação Financeira (RMF), pelos precisos dizeres da autoridade julgadora “a quo”, a fls.14.058/14.059, eis que a Recorrente reafirma os mesmos argumentos já exarados em sua impugnação deste contencioso.

Quanto a presunção da distribuição disfarçada de lucros calcada no fato de verificar-se a operação de vendas de imóveis aos sócios, em condições de favorecimento, é inquestionável, tanto porque apurado pela autoridade fiscal, como confirmado pela Recorrente, que as operações de pagamentos dos sócios não foram efetivadas, constando em aberto os débitos junto a contabilidade da Recorrente que, no plano da realidade, configura expressiva repercussão negativa patrimonial para a mesma, o que justifica o tratamento que tal operação perpetrou-se à título “gratuito”, vale dizer, não onerou, até o encerramento da ação fiscal, em nada os seus sócios, apenas revelando, inequivocamente, um sinal exterior de favorecimento incomum em operações desse jaez no mercado imobiliário.

E, nesse sentido, como evidenciado, não há que se trazer elementos de comparações mercadológicas, posto que por si só tal condição de favorecimento se denota com base na presunção comum e relativa, que existiu uma distribuição disfarçada de lucros, não afastada por prova em contrário da Recorrente.

Como asseverou a decisão “a quo”, a questão da não tributação dos lucros quando da distribuição, nos termos prevista pelo artigo 10 da Lei nº 9.249/95, encontra-se vinculada ao imposto de renda na fonte e bem como a pessoa do beneficiário, e nada tem a ver com a tributação do imposto de renda da pessoa jurídica, como quer forçar diferente o entendimento da Recorrente.

Quanto a outra presunção de distribuição disfarçada de lucros pelo pagamento de R\$ 500.000,00 a sócia, Adair Bueno Leão, também a Recorrente reproduz



mesma argumentação já exposta na peça impugnatória, nada trazendo de novo, como elemento probatório a elidir a presunção fiscal como lançada na autuação, pelo que, adotando as razões de decidir a fls. 14.061 nestes autos, mantenho a decisão de primeira instância, para a exigência da infração indigitada.

Quanto a postergação do pagamento do imposto, novamente, em nada a situação restou alterada pelas razões recursais, apenas reitera o que foi dito na primeira defesa, pelo que, igualmente, observo que os demonstrativos do auto de infração as fls. 15/16 informam não ocorrer qualquer exigência de imposto, vale dizer, não houve adição na base de cálculo, como aduz a decisão de primeira instância:

“ Com efeito, a base que serviu ao cálculo do tributo, com incidência da penalidade de multa no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) é da ordem de R\$5.939.527,04, fruto da somatória dos itens 4,5,7 e 9 enunciados a fl.11 e seguintes, quais sejam, R\$ 460.000,00, R\$ 2.585.227,77, R\$ 500.000,00 e R\$ 2.394.299,27, o que permite concluir que os fustigados R\$ 3.184.910,57, dela não fazem parte.

Demonstrou-se a fl.15 que dita cifra de R\$ 3.184.910,57 implica imposto na razão de R\$ 477.736,58 e adicional na quantia de R\$ 318.491,05, presumidamente pagos no ano-calendário seguinte. Contudo, descontados os acréscimos concernentes aos juros de mora e multa moratório devidos pela postergação do pagamento do imposto tais valores espelham, no ano-calendário de 2002, as quantias de R\$ 335.159,67 e R\$ 223.439,78, respectivamente.

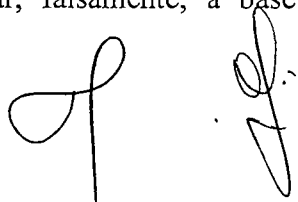
Significa dizer, pois, que a obrigação não foi adimplida em sua totalidade, carecendo ser suplementada pelas diferenças decorrentes da mora.”

Quanto ao diferimento do lucro decorrente de contratos com órgãos públicos, do que resultou em exclusão do lucro real, em nada inovando quanto a provas que pudessem elidir o trabalho fiscal, acompanho o entendimento exarado pela decisão “a quo” a fls. 14.063/14.064, que bem explicitam a matéria, especialmente demonstrando que, durante o procedimento fiscalizatório, foi dada oportunidade para a Recorrente justificar o cálculo de 60% do valor da receita, para tal diferimento, sendo omissa quanto a este relevante aspecto. E, como nada trouxe de prova elisiva a justificar o afastamento da acusação fiscal, deve-se manter a exigência no que se refere a tal item, nos moldes decididos pela decisão de primeira instância, a qual me reporto para adotar seus fundamentos neste voto.

Quanto a glosa de despesas com doações efetuadas à Associação Desportiva COC, o artigo 365, inciso I do RIR/99 é categórico que a dedutibilidade somente ser admissível para instituições de ensino, aprovadas por lei federal, não sendo o caso da associação em comento, ainda que ligada a uma grande organização educacional.

Portanto, mantenho o glosa do item como lançado.

Quanto a multa qualificada, em reforço ao quanto exposto anteriormente, restou demonstrado que a tentativa de subtrair-se da obrigação tributária, reduzindo-a por artifícios documentais sem base na veracidade dos fatos contábeis e negociais, pelo quanto apurado pela fiscalização, conduzem a caracterização do evidente intuito de fraude, posto que, neste aspecto, a Recorrente não elidiu por prova em contrário. Os custos e despesas foram escrituradas com base em documentos fiscais inidôneos e inverídicos, utilizando-se a Recorrente dos mesmos para alterar, falsamente, a base de cálculo



tributária, com a redução ilegítima de seu lucro tributável, pelo que se configura o objetivo de fraude intencional, ensejadora da qualificação da multa como aplicada.

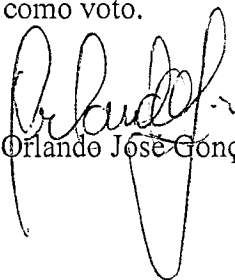
Mantenho, por essas razões e mais pelo que consta nos trabalhos da conclusão fiscal, a multa de 150% (cento e cinquenta por cento).

Quanto a cobrança de juros pela taxa “selic”, como permanece válida e vigente em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 9.430/96 que a estabelece como índice de juros para o cálculo tributário, não cabe a este colegiado administrativo afastar sua cobrança com base em possível inconstitucionalidade, devendo a mesma permanecer como exigida.

Finalmente, quanto ao excesso de exação alegado pela Recorrente, também não compete a este colegiado de julgamentos a apreciação de questões dessa natureza, posto que deve ser instaurado, pela autoridade administrativa de origem, caso se comprove, o competente inquérito administrativo a fim de apurar eventuais responsabilidades funcionais, o que, a meu ver, não altera o quanto, materialmente, prolatado pela decisão de primeira instância e nesta instância recursal, salvo comprovado nexo de causa e efeito quanto a produção de provas coligidas neste feito, que sustentam a procedência integral do lançamento e seus consectários legais.

Por todo exposto e também pelas razões de decidir da primeira instância, rejeito as preliminares suscitadas e no mérito, sou por negar provimento ao recurso voluntário.

Eis como voto.


Relator Orlando José Gonçalves Bueno

