



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

Processo n° 16327.720278/2015-49
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-002.762 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2017
Matéria IRPJ - CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS
Recorrente ADVANCED CORRETORA DE CÂMBIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE.

Estando os autos instruídos com os elementos suficientes para o deslinde da controvérsia, há de ser indeferida a diligência ou perícia, por demonstrada a sua prescindibilidade.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DESPESAS COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS.

Cabível a glosa das despesas escrituradas pelo contribuinte quando não comprovado que a prestação dos serviços contratados é necessária para a atividade da empresa e contribui para a manutenção da respectiva fonte produtora.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

GLOSA DE DESPESAS.

O decidido quanto ao IRPJ repercute igualmente no que diz respeito à exigência da CSLL.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

FATO GERADOR.

Na tributação do IRRF prevista no art. 61, da Lei nº 8.981/95, a hipótese de incidência é o pagamento, e o fato gerador considera-se ocorrido na data do pagamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para acolher a preliminar de nulidade do lançamento do IRRF.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros:

Paulo Mateus Ciccone, Caio Cesar Nader Quintella, Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 1675/1700) interposto contra Acórdão proferido pela 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo (DRJ/SPO) (fls. 1653/1662) que julgou a Impugnação Improcedente.

Segue a síntese do relatório do Acórdão proferido DRJ/SPO, bem como as atualizações processuais pertinentes.

"Relata a fiscalização no TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL de fls. 245/252:

- o contribuinte foi intimado a apresentar documentação comprobatória das suas Despesas com Serviços Prestados por Terceiros e de Outras Despesas Operacionais relativas aos anos-calendário de 2011 a 2013;
- foram identificadas, entre as empresas prestadoras de serviços, três empresas ligadas aos sócios da fiscalizada Advanced Corretora;
- a FC Serviços Administrativos Ltda (CNPJ 03.957.574/001-40), tinha como sócio majoritário, com 99,5% de suas quotas, o Sr. Francisco Eduardo de Oliveira Castro (CPF 025.503.468-74), que detinha também (à época da ação fiscal) 90% das quotas da fiscalizada Advanced;
- a segunda empresa, a PFC Serviços Administrativos Ltda (CNPJ 04.924.465/0001-90), tinha como sócios o Sr. Francisco Eduardo de Oliveira Castro (já mencionado acima) com 25% de suas quotas, o Sr. Hélio Oliveira de Pádua (CPF 675.509.838-87) com 45% das quotas da Advanced (em 2011) e 25% das quotas da PFC, o Sr. Ricardo Augusto Cardoso, com 10% das quotas da Advanced e 25% das quotas da PFC, e um quarto sócio detentor de 25% das cotas restantes da PFC;
- a terceira empresa, a Roseh Assessoria Empresarial S S Ltda (CNPJ 05.591.399/0001-46), era de titularidade da Sra. Selma de Fátima Cardoso, irmã do sócio minoritário da Advanced, Sr. Ricardo Augusto Cardoso;
- as três empresas acima citadas se distinguiam das demais prestadoras de serviços no período fiscalizado por não terem funcionários, “por não contratarem terceiros para a prestação de serviços à Advanced e de não prestarem quaisquer serviços, de qualquer natureza, a nenhuma outra empresa, com fortes indícios de que o único serviço prestado à Advanced Corretora era a emissão de notas fiscais de serviços, em vista de seqüência numérica e cronológica das notas emitidas pelas três empresas”;

- além disso, não havia nenhum registro em Dirf de pagamentos realizados por outras empresas às três empresas acima, que eram tão somente beneficiários de pagamentos da Advanced Corretora; e igualmente inexistiam pagamentos realizados pelas três empresas a terceiros por serviços prestados;
- analisando os valores pagos pela fiscalizada a seus prestadores de serviços a título de Comissões (conta 8.1.7.54.00.005), verificou-se que do total de R\$ 6.166.350,32 pagos em 2011, R\$ 2.912.699,79 foram pagos à FC e R\$ 402.119,10 à PFC, ou seja, 54% do total foram pagos a empresas dos próprios sócios da Advanced;
- quanto aos valores pagos pela Advanced a título de Assessoria Técnica (conta 8.1.7.63.00.001), do total de R\$ 1.234.354,74 pagos em 2011, R\$ 1.218.567,50 (98%) foram destinados à Roseh e o valor restante foi pago a uma empresa de auditores independentes; de forma semelhante, em 2012, da despesa total de R\$ 552.284,91, R\$ 523.494,72 foram pagos à Roseh (95%), que ainda recebeu o montante de R\$ 565.868,65 sob a rubrica Consultoria Financeira (conta 8.1.7.63.00.005), totalizando recebimentos de R\$ 1.089.363,37 pela Roseh, confirmados em Dirf em 2012;
- à FC foram pagos R\$ 1.015.764,51 a título de Comissões e Consultoria Financeira (contas 8.1.7.54.00.005 e 8.1.7.63.00.005, respectivamente) nos anos de 2012;
- em 2013, a Advanced pagou o valor de R\$ 2.448.668,42 à Roseh e R\$ 1.405.655,82 à FC a título de Comissões, Serviços de Pessoa Jurídica e de Consultoria Financeira;
- a partir de 2012, a PFC deixou de receber rendimentos da Advanced com a saída do sócio Hélio de Oliveira Pádua do quadro societário da fiscalizada, passando a entregar DIPJ de inativa nos anos-calendário de 2012 e de 2013, quando foi extinta;
- a FC apresentou DIPJ relativa ao ano-calendário de 2011 mas está omissa quanto às DIPJ dos anos-calendário de 2012 e 2013;
- a Roseh declarou pelo Simples no período fiscalizado, mas estaria “impedida de optar pelo Simples nos termos do art. 3º, II, §§2º e 4º e art. 17 da Lei Complementar nº 123 de 2006 como toda microempresa ou empresa de pequeno porte – EPP cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade”;
- além disso, até 31/12/2014 as seguintes das seguintes atividades, entre outras, estariam impedidas de optar pelo Simples: 1) “prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios” e 2) “serviços de consultoria” (como os

pagamentos à Roseh estavam classificados no Livro Razão da fiscalizada);

- ante o constatado, a fiscalização considerou desnecessárias as despesas acima descritas, por não atendidas as condições previstas no arts. 299, §§ 1º e 2º, e 300 do RIR/99, motivo pelo qual deveriam ser glosadas as despesas nos valores de R\$ 4.533.386,39, R\$ 2.105.127,88 e R\$ 3.854.324,24 indevidamente deduzidas pelo contribuinte nos anos calendário de 2011, 2012 e 2013, respectivamente;
- além disso, por não comprovada a efetiva operação ou a causa dos pagamentos efetuados pela fiscalizada, caberia a incidência do IRRF, pela alíquota de 35%, nos moldes do art. 61, e seus parágrafos, da Lei nº 8.981/95, devendo ser deduzidos os valores correspondentes a 1,5% recolhidos por ocasião de cada pagamento realizado;
- conclui a fiscalização que as três empresas dos sócios da Advanced não tinham recursos materiais e humanos para prestar os serviços e tampouco contrataram terceiros para a sua execução; se os próprios donos prestavam os serviços com seus conhecimentos técnicos e contatos pessoais, não haveria razão para pagar pelos serviços prestados por eles mesmos como donos da Corretora, já que uma e outras são deles mesmos como sócios-proprietários, que eram os contratantes e os contratados;
- a Advanced era obrigada a apurar o lucro real e as três empresas contratadas eram optantes pelo lucro presumido ou Simples, resultando daí a economia tributária das transferências de recursos para tais empresas, que também fica evidenciada pela diferença gritante de valores quando cotejados com os pagamentos efetuados aos demais e efetivos prestadores de serviços;
- na apuração do imposto devido em razão da glosa das despesas foi deduzido o IRPJ e a CSLL recolhidos pela FC e pela PFC.

Foram lavrados os seguintes AUTOS DE INFRAÇÃO, que perfazem R\$ 16.921.902,81, incluindo a multa de ofício de 75% e os juros de mora calculados até 04/2015:

1. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA (IRPJ) – fls. 228/237 – no valor de R\$ 3.419.442,95, com fundamento no art. 3º da Lei nº 9.249/95 e nos arts. 247, 248, 249, inciso I, 251, 277, 278, 299 e 300 do RIR/99;
2. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) – fls. 238/244 – no valor de R\$ 2.274.527,61, enquadramento legal: art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90; art. 57 da Lei nº 8.981/95, com as alterações do art. 1º da Lei nº 9.065/95; art. 2º da Lei nº 9.249/95; art. 1º da Lei nº 9.316/96; art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08; e

3. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF) – fls. 220/227 – de R\$ 11.227.932,25, com fulcro nos arts. 674 e 675 do RIR/99.

Cientificado da exigência fiscal por via postal em 29/04/2015 (AR às fls. 526) o interessado apresentou, em 29/05/2015, a IMPUGNAÇÃO de fls. 539/549, alegando:

1) preliminarmente, que é nulo o feito fiscal, por erro de identificação do sujeito passivo, pois “sendo as despesas usuais e normais na atividade da Impugnante, e mais, não tendo sido colocada em dúvida a ‘efetividade’ delas, deveria o fisco desclassificar a opção pelo ‘Simples’ e lançar a empresa ‘Roseh – Assessoria’ pelo ‘Lucro Real’ e, da mesma forma, proceder ao lançamento contra as demais prestadoras de serviços caso identificada eventual insuficiência no recolhimento de tributos federais, jamais dirigir a indigitada exação contra a impugnante”;

2) quanto ao mérito, que as despesas em questão seriam necessárias à obtenção das receitas operacionais do impugnante, que sempre as suportou em anos pretéritos independentemente de os sócios das prestadoras de serviços serem também os seus sócios;

3) a glosa efetuada pela fiscalização se deu por pura subjetividade, pois não se colocou em dúvida se as despesas teriam sido pagas ou incorridas no período autuado e a própria autoridade fiscal admitiu no TVF que as despesas são usuais e normais, e portanto, necessárias;

4) no tocante ao IR Fonte, é descabida a sua exigência concomitantemente com a glosa de despesas, consoante jurisprudência do CARF colacionada;

5) em segundo lugar, tratando-se de despesas consideradas indedutíveis, porque desnecessárias, e sem que se questione a efetividade dos pagamentos ou a identificação dos beneficiários, não há que se falar em pagamento sem causa;

6) além disso, caso se considere que os pagamentos teriam sido feitos aos seus sócios e tendo como premissa que a glosa de despesas implica em aumento do seu lucro, então por via transversa estaria sendo tributada a distribuição de lucros, que são isentos consoante prevê o art. 10 da Lei nº 9.249/95;

7) pleiteia ainda, tendo em vista o exíguo tempo para apresentação da impugnação, seja deferida diligência ou perícia para o fim de melhor examinar os seus livros e documentos e confirmar a necessidade das despesas incorridas pelo interessado e correlacioná-las com as correspondentes receitas auferidas no período (quesitos 1 e 2, formulados às fls. 548).

Em 28/07/2015 o interessado apresentou a PETIÇÃO de fls. 539/549, para juntar documentos aos autos e aditar a sua impugnação com os seguintes argumentos:

a) inicialmente, destaca que, estando atendidas as condições legais para tanto e para que não seja cerceado o direito de defesa da autuada, as alegações e documentos ora trazidos devem ser considerados pela DRJ, tendo em vista que o TVF lhe foi entregue posteriormente à data da sua notificação;

b) quanto ao IRPJ e à CSLL, pondera a reclamante que contrata e paga outras 13 (treze) empresas que prestam os mesmos serviços prestados pelas empresas Roseh, PFC e FC, o que demonstraria que tais serviços são usuais e normais na sua atividade;

c) sem essa prestação de serviços (operação de mesa) não seria possível a existência da Receita de Corretagem que, aliás, não foi colocada em dúvida pelo fisco e foi devidamente oferecida à tributação;

d) os argumentos da fiscalização relativamente às três empresas “glosadas” seriam insustentáveis; o fato de terem os mesmos sócios (ou seus parentes) da autuada, a participação excessiva destes sócios no capital daquelas empresas, a opção indevida pelo Simples de uma delas e outras pretensas irregularidades deveriam ser endereçadas àquelas empresas, às quais ainda haveria de ser concedido o contraditório na ação fiscal;

e) as despesas e os respectivos pagamentos foram efetivos, não se justificando considerar desnecessárias as despesas com a Roseh, PFC e FC e, ao mesmo tempo, considerar operacionais as demais despesas com as outras 13 empresas, consoante demonstram os documentos ora juntados às fls. 602/1275;

f) relativamente à exigência de IR Fonte, ressalta que na tributação prevista no art. 61 da Lei nº 8.981/95, a hipótese de incidência é o “pagamento” e o fato gerador é a “data do pagamento”;

g) sendo assim, seria nula a exigência fiscal que, no presente caso, indicou como fato gerador o último dia de cada mês, provavelmente por terem sido consideradas as datas de emissão das notas fiscais; os pagamentos, por sua vez, foram efetuados em outras datas, como comprovam os documentos acostados em fls. 1276/1563;

h) na eventualidade de ser mantido o crédito tributário, deveriam ser compensados os tributos recolhidos pelas empresas Roseh, PFC e FC, cujas notas fiscais foram glosadas, sob pena de enriquecimento ilícito da União, devendo ser compensados também os valores retidos pelo interessado por ocasião dos pagamentos àquelas empresas, o que pode ser quantificado a partir das notas fiscais glosadas (junta documentos às fls. 1564/1651); a própria fiscalização confirmou no TVF a possibilidade de compensação."

Passo a complementar o relatório de 1ª Instância.

A 8ª Turma da DRJ/SPO, no acórdão nº 16-73.686, julgou a Impugnação Improcedente e manteve integralmente os lançamentos, em decisão que restou assim ementada:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

Estando os autos instruídos com os elementos suficientes para o deslinde da controvérsia, há de ser indeferida a diligência ou perícia, por demonstrada a sua prescindibilidade.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

DESPESAS COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS.

Cabível a glosa das despesas escrituradas pelo contribuinte quando não comprovado que a prestação dos serviços contratados é necessária para a atividade da empresa e contribui para a manutenção da respectiva fonte produtora. In casu, as prestadoras de serviços tinham como sócios as mesmas pessoas físicas, ou seus parentes, que figuram no quadro societário da tomadora de serviços.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

GLOSA DE DESPESAS.

O decidido quanto ao IRPJ repercute igualmente no que diz respeito à exigência da CSLL.

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2011, 2012, 2013

PAGAMENTO SEM CAUSA.

Incide o IRRF sobre os pagamentos efetuados a terceiros ou sócios quando não for comprovada a operação ou a sua causa, consoante expressa previsão legal. Os pagamentos realizados, comprovados nos autos e reconhecidos pelo contribuinte, podem ser agrupados e discriminados em bases mensais no auto de infração, não implicando tal agregação de valores em nulidade do lançamento tributário.

Cientificado da exigência fiscal por via postal em 19/10/2016 (AR às fls. 1675) a recorrente apresentou, em 16/11/2016, o RECURSO VOLUNTÁRIO de fls. 1675/1700, repisando os argumentos da impugnação, com as seguintes alegações:

Glosas de Despesas

- que os serviços foram devidamente demonstrados; os dispêndios plenamente determinados e pagos;
- os valores relevantes justificados e explicados diante do fato de que os clientes são dos prestadores de serviços;
- a alegada falta de rigor para com obrigações acessórias não representava a verdade conforme provas juntadas;
- enquanto cabia sim ao Fisco pesquisar as 3 (três) empresas acusadas, até por imposição legal - parágrafo único do art. 142 do CTN.
- Com respeito ao evidente erro quanto a eleição do sujeito passivo, deve ser considerado que para o órgão jurisdicional não há qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade pelo arbítrio ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional, sob pena de quebra da garantia da simétrica paridade dos sujeitos no processo.

Mas também se é real que o julgador não devia adentrar a qualquer fato fora da lide, ainda não menos verdadeiro se apresentava afirmar que era da essência fiscalizar ou pelo menos intimar as empresas colocadas sob dúvida, sob pena de ofensa ao Direito e à Justiça, suficiente para levar à nulidade.

IRRF

- Que a acusação nada tem a ver com pagamento a não identificado, mas sim, segundo a acusação: com o envolvimento de pagamentos de despesas desnecessárias, decorrendo daí não caber a segunda acusação.
- Considerando que o ato fato eleito pelo Fisco para exigir o imposto de fonte pretendido, não comporta dúvidas de que: foram; porque foram; e a quem foram pagos os valores glosados, não há como legitimar a pretensão de aplicação do quanto inserido no §1º do artigo 674 do RIR/99.
- Isto porque conforme exposto no referido § 1º do artigo, a hipótese exige a não comprovação da operação e a sua causa, que só não foi aceita porque sustentada em juízo de valor subjetivo do Fisco, **de que não necessária a despesa**, nada mais.
- No caso as operações aconteceram, com causas efetivas devidamente demonstradas, não aceitas por envolverem três (3) dentre mais 13 (treze) outras prestadoras que exerciam a mesma atividade — corretagem em mesa - porque naquelas, segundo composições societárias diversas, integrante algum sócio da tomadora ou parente, o que é insuficiente para as exações buscadas.

Pedido

- fosse acolhida a preliminar de erro na identificação do sujeito passivo e decretada a nulidade do ação fiscal quanto ao IRPJ e CSLL, acrescentando, quanto ao IR-Fonte, a preliminar de nulidade do lançamento por ausência de fato gerador nos datas constantes do Auto de Infração.
- caso ultrapassadas as preliminares, seja deferido a Diligência e / ou Perícia, como requeridas.
- pugna pelo Compensação dos tributos pagos pelas empresas cujo despesa com Prestação de Serviços foi glosado, além dos tributos delas Retidos e Pagos pelo Impugnante.
- acaso os elementos constantes dos autos, no entender de V. Sas., sejam suficientes poro o acolhimento das razões formulados, espera, desde logo, pelo total improcedência da ação fiscal.

Voto

Conselheiro Evandro Correa Dias, Relator.

O recurso é tempestivo e foi interposto por signatário devidamente legitimado, motivo pelo qual dele conheço.

Preliminares

A recorrente alega, preliminarmente, duas nulidades no processo, a primeira quanto ao lançamento do IRPJ e CSLL por erro na identificação do sujeito passivo, e a segunda quanto ao lançamento do IR-Fonte por ausência de fato gerador nas datas constantes do Auto de Infração.

Quanto à nulidade por erro na identificação do sujeito passivo a recorrente alega que:

"que é nulo o feito fiscal, por erro de identificação do sujeito passivo, pois “sendo as despesas usuais e normais na atividade da Impugnante, e mais, não tendo sido colocada em dúvida a ‘efetividade’ delas, deveria o fisco desclassificar a opção pelo ‘Simples’ e lançar a empresa ‘Roseh – Assessoria’ pelo ‘Lucro Real’ e, da mesma forma, proceder ao lançamento contra as demais prestadoras de serviços caso identificada eventual insuficiência no recolhimento de tributos federais, jamais dirigir a indigitada exação contra a impugnante”;

"quanto ao IRPJ e a CSLL, cabia reclamar por erro na Identificação do Sujeito Passivo, já colocado desde logo na Impugnação, porquanto os pretensos reparos, suspeições e inadequações, na forma posta pelo fisco, tinham como destino as empresas Prestadoras de Serviços "glosadas", as quais quanto não importunadas pelo Fisco, com existências de fato e de direito, não podiam ter os atos em que envolvidas serem desconsiderados pelo Fisco, por achar, por entender ou por que queria."

Verifica-se que os fatos jurídicos descritas no termo de verificação fiscal, que originaram os lançamentos de IRPJ, CSLL e IR-Fonte, foram realizados pela pessoa jurídica **ADVANCED CORRETORA DE CÂMBIO LTDA**, pois essa escriturou as despesas e realizou pagamentos às empresas prestadoras de serviço. Portanto a autoridade fiscal identificou corretamente o sujeito passivo, conforme definido no Art. 121 caput e inciso I do CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

Quanto à necessidade de atuação fiscal junto às empresas prestadoras de serviço, conforme decisão de 1ª Instância não faz parte do escopo do presente litígio, que trata da relação jurídica entre a Fazenda Nacional (sujeito ativo) e o ora recorrente (sujeito passivo).

Afasto portanto a alegada nulidade por erro de identificação do sujeito passivo, pois o que se está a considerar na presente exação é o efeito fiscal do fato-jurídico (dedução e pagamento de despesas de prestação de serviços) na apuração do tributo devido pela recorrente.

Quanto à nulidade quanto ao lançamento do IR-Fonte por ausência de fato gerador nos datas constantes do Auto de Infração a recorrente alega que:

"relativamente à exigência de IR Fonte, ressalta que na tributação prevista no art. 61 da Lei nº 8.981/95, a hipótese de incidência é o "pagamento" e o fato gerador é a "data do pagamento";

"sendo assim, seria nula a exigência fiscal que, no presente caso, indicou como fato gerador o último dia de cada mês, provavelmente por terem sido consideradas as datas de emissão das notas fiscais; os pagamentos, por sua vez, foram efetuados em outras datas, como comprovam os documentos acostados em fls. 1276/1563;"

Por sua vez, está correta a recorrente ao ponderar que na tributação do IRRF prevista no art. 61, da Lei nº 8.981/95, a hipótese de incidência é o pagamento, e que o fato gerador considera-se ocorrido na data do pagamento.

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.

Nota-se que, pelo que consta nos autos e admitido pelo próprio impugnante, a prática adotada consistia em: 1) realizava-se um ou mais pagamentos ao prestador de serviço durante o mês, que eram escriturados pelo contribuinte como adiantamento de despesas (v. fls. 111/113 e 1561/1563); e 2) ao final de cada mês a prestadora de serviços emitia uma única nota fiscal pelo valor correspondente ao total pago durante o mês (como exemplo, vide os 3 pagamentos às fls. 114/116 e a NF 171 da Roseh em fls. 1278) que era então lançado em conta de despesa (fls. 109).

A autoridade administrativa ao utilizar as notas fiscais como referência realizou o lançamento em datas em que não ocorreram o fato gerador.

Destarte, o artigo 142 do Código Tributário Nacional, ao atribuir a competência privativa do lançamento a autoridade administrativa, igualmente, exige que nessa atividade o fiscal autuante descreva e **comprove a ocorrência do fato gerador do tributo lançado** como segue:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

O vício constatado no lançamento do IRRF enseja de pronto a nulidade do lançamento, não atraindo para si a tese da inexistência de prejuízo, tendo em vista que a ausência da descrição do fato gerador ou qualquer elemento necessário à validade do ato administrativo prescrito no artigo 142 do CTN, representa, por si só, evidente cerceamento à ampla defesa e contraditório do contribuinte, por impossibilitar a compreensão do Ihe está sendo imputado.

Pleiteia a recorrente o deferimento de diligência ou perícia, com o fim de melhor examinar os seus livros e confirmar a necessidade das despesas glosadas pela autoridade fiscal.

Prevê o Decreto nº 70.235/72 (PAF):

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 1º Deferido o pedido de perícia, ou determinada de ofício, sua realização, a autoridade designará servidor para, como perito da União, a ela proceder e intimará o perito do sujeito passivo a realizar o exame requerido, cabendo a ambos apresentar os respectivos laudos em prazo que será fixado segundo o grau de complexidade dos trabalhos a serem executados.(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º Os prazos para realização de diligência ou perícia poderão ser prorrogados, a juízo da autoridade.(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Contudo, verifica-se que foram juntados no presente processo todos os elementos necessários à formação da convicção do julgador.

Conforme, observado na decisão de 1ª Instância, a petição apresentada posteriormente pelo interessado às fls. 539/549, que serviu para carrear aos autos documentação adicional (diversas notas fiscais, contratos, comprovantes de pagamentos, etc.), cumpre às exigências contidas no § 4º, do art. 16, do Decreto nº 70.235/72, notadamente em sua alínea ‘a’, mormente porque, segundo consta às fls. 530/536 e 577/586, o autuado teve dificuldades para obter uma cópia do TVF, o que teria ocorrido apenas em 15/05/2015.

De qualquer forma, se o autuado inicialmente alegava ser necessário um exame mais aprofundado da sua escrituração, ele teve a oportunidade de instruir os autos com os novos documentos apresentados às fls. 602/1651, o que nos leva a concluir que se tornou

prescindível a diligência ou a perícia, motivo pelo qual voto pelo seu indeferimento, nos termos dos arts. 18, caput, e 28, in fine, do Decreto nº 70.235/72.

Mérito

Lançamentos de IRPJ e CSLL

Trata-se, no presente caso, de diversas despesas escrituradas pelo contribuinte e que foram consideradas desnecessárias pela autoridade fiscal.

Segundo ficou evidenciado nos autos, trata-se de despesas escrituradas pelo contribuinte nos anos calendário de 2011 a 2013 relativas a despesas de comissões, assessoria técnica e consultoria financeira tendo como prestadoras dos serviços 3 (três) pessoas jurídicas que têm como sócios as mesmas pessoas físicas (ou uma parente) que igualmente figuram no quadro societário do tomador dos serviços (o contribuinte). Ou seja, o prestador e o tomador dos serviços têm os mesmos sócios.

As apurações procedidas pela autoridade fiscal revelaram ainda que estas três pessoas jurídicas não prestaram serviços a outras empresas além do contribuinte em apreço. Constatou-se também que elas não efetuaram pagamentos ou contrataram serviços de terceiros no período fiscalizado.

Em face dos documentos posteriormente juntados pela recorrente às fls. 602/1651, não restou comprovada a necessidade das despesas deduzidas no resultado da fiscalizada, pois não foi esclarecido com detalhes o tipo de serviço prestado ou o seu respectivo resultado. As notas fiscais, ainda que acompanhadas dos contratos e dos pagamentos, não comprovam a efetividade do serviço prestado e, ao contrário do alegado, não demonstram como esse serviço contribuiria para o auferimento de sua receita de corretagem. Muito ao contrário, tudo indica que, conforme demonstrou a autoridade fiscal, não houve a prestação dos serviços contratados ou, na pior das hipóteses, não haveria motivo para pagar por tais serviços, uma vez que as empresas (tomador e prestador de serviços) tinham os mesmos sócios.

Destarte, fica devidamente caracterizada a desnecessidade da recorrente efetuar os dispêndios com estas empresas, ou seja, que estes dispêndios se referem a despesas desnecessárias, em desacordo com o que estatuem os §§ 1º e 2º, do art. 299, do RIR/99, sendo cabível a sua glosa e a exigência do IRPJ e, por decorrência, da CSLL.

Vale ponderar que a constatação fiscal de que os valores pagos a essas três empresas eram proporcionalmente relevantes, se comparados com as demais despesas da recorrente, bem como o fato de que referidas pessoas jurídicas demonstravam pouco rigor no cumprimento dos requisitos ou das obrigações tributárias (regular opção ao Simples Nacional, omissão de entrega de DIPJ), apenas demonstra de maneira clara a vantagem tributária obtida pelas despesas de prestação de serviços em questão, a revelar o prejuízo ao Fisco causado pelas despesas desnecessárias.

No tocante à pleiteada compensação dos valores que teriam sido pagos ou retidos das três pessoas jurídicas, vale lembrar que a autoridade fiscal já deduziu os valores da FC e da PFC relativos ao ano-calendário de 2011, conforme expressamente consignou no TVF e no demonstrativo às fls. 209.

Relativamente aos anos-calendário de 2012 e 2013, não cabem alterações na exigência fiscal, uma vez que a FC estava omissa na entrega das respectivas DIPJ e a PFC entregou DIPJ de inativa (fls. 519/522). Da mesma forma, são incabíveis as compensações pleiteadas, correspondentes aos valores supostamente pagos pela Roseh nos anos-calendário de 2011 a 2013, haja vista as irregularidades dessa empresa apontadas pela autoridade fiscal no que diz respeito às normas do Simples Nacional. Todas essas pendências e/ou irregularidades atuam negativamente sobre os atributos de liquidez e certeza dos supostos créditos, tornando prejudicada a compensação pleiteada.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de dar Provimento Parcial ao Recurso Voluntário para acolher a preliminar de nulidade do IRRF, mantendo os lançamentos do IRPJ e da CSLL.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias