

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

Processo nº 19515.002442/2006-12
Recurso nº 165.106 Voluntário
Acórdão nº 1301-00.093 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2009
Matéria Glosa de Custos
Recorrente Polysius do Brasil Ltda.
Recorrida 4ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento de São Paulo - SP I

GLOSA. POSSIBILIDADE.

Acertada a decisão que considera indedutíveis e passíveis de glosa a prestação de serviços cuja efetividade, após intimação para comprovação, restou desatendida.

DECADÊNCIA. PRAZO. OCORRÊNCIA DE FRAUDE.

Restado evidente o intuito de fraude, a fluência do prazo decadencial se desloca para o primeiro dia do exercício seguinte, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

OMISSÃO DA DRJ. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO. NULIDADE DO JULGADO

O fato de a decisão não citar os mesmos elementos e dispositivos invocados no recurso não pode ser considerado omissão, quando as razões da decisão enfrentaram, com fundamentos próprios, os argumentos apresentados como objeto de lide

SELIC. APLICAÇÃO

Os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula nº 4 do 1º Conselho de Contribuintes)

MULTA DE 75%. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A aplicação de multa de 75% não atenta contra o princípio da proporcionalidade e da não-confiscatoriedade, porquanto esta é apurada de forma relativa ao incidir apenas sobre o tributo não recolhido pelo contribuinte.

MULTA QUALIFICADA

É aplicável a multa qualificada quando comprovado que contribuinte oculta o real destino do recurso com o objetivo de para realizar pagamentos sem causa a terceiros.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3^a Câmara / 1^a Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencido os Conselheiros Paulo Jacinto do Nascimento, Leonardo Henrique M. de Oliveira e José Carlos Passuello que reduziam a multa qualificada relativa ao IRRF e acolhiam a decadência, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



JOSE CLOVIS ALVES

Presidente



ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

Relator

Formalizado em: 06 OUT 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros. Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jacinto do Nascimento, Marcos Rodrigues de Mello, Leonardo Henrique M. de Oliveira, Waldir Veiga Rocha, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, José Carlos Passuello e José Clóvis Alves.

Relatório

Trata o presente feito de auto de infração lavrado em desfavor da Recorrente, como consequência da glosa de despesas consideradas não dedutíveis por ausência de comprovação da prestação de serviços contabilizados pela contribuinte, ocasionando a exigência de imposto de renda apurado sob a forma de lucro real anual e CSLL.

O presente procedimento fiscal decorreu de investigação levada a feito por meio de outro MPF, registrado sob o nº 13603.001218/2005-57, que foi ratificado por meio do Termo de Intimação e ConstatAÇÃO Fiscal de fls. 04/07, devidamente notificado ao contribuinte. Segundo o relatório da DRJ, naquele MPF, identificou-se o seguinte:

"O contribuinte acima indicado (Polysius do Brasil Ltda) utilizou-se de notas fiscais das empresas D FATOR COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA., CNPJ 86.610.755/0001-23 e VN – VIRTUAL NEVES LTDA, CNPJ 02.283.865/0001-38, no valor total de R\$ 1.009.439,03. Pelas diligências efetuadas, conforme relatório fiscal em anexo, ficou constatada a inexistência de fato das operações descritas nos documentos fiscais, bem como das próprias empresas." (grifo nosso).

Com relação à diligência realizada, autorizada pelo....., temos a consignar os seguintes aspectos:

Coube a esta fiscalização apurar os fatos relatados na citada Representação. Para tanto, intimamos, em 23/02/2006, a empresa a comprovar a prestação de serviços realizada pelas empresas objeto da Representação Fiscal, que foram mencionadas no item anterior.

O contribuinte, em resposta a esta intimação, relatou, em 13/03/2006 que: A Secretaria da Receita Federal, por intermédio da 6ª RF/DRF, em Contagem/MG, mediante procedimento denominado "Mandado de procedimento fiscal nº 0611000 2005 00010", solicitou documentos à Polysius do Brasil Ltda., e esclarecimento (sic) complementares que foram objeto de pronto atendimento pela empresa notificada, conforme se vê da documentação juntada às presentes considerações." (sic).

O contribuinte apresentou cópias das Notas Fiscais da empresa D FATOR COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ 86.610.755/0001-23, no valor de R\$ 540.158,91, e da empresa VN – VIRTUAL NEVES LTDA, CNPJ 02.283.865/0001-38, no valor de R\$ 469.280,12.

Com relação às notas fiscais da empresa D FATOR, relatamos que R\$ 532.056,53 se referiam a valores devidos à empresa, sendo que foi destacado nas notas fiscais R\$ 8.102,38 a título de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), totalizando R\$ 540.158,91.

E com relação às notas fiscais da empresa VIRTUAL NEVES, relatamos que R\$ 462.240,92 se referiam a valores devidos à

empresa, sendo que foi destacado nas notas fiscais R\$ 7.039,20 a título de IRRF, totalizando R\$ 469.280,12.

Dos pagamentos efetuados às empresas citadas, o contribuinte apresentou cópias de cheques nominais à empresa D FATOR COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA no valor total de R\$ 474.297,45, que estavam endossados.

E, sobre os R\$ 520.000,00 restantes, a empresa apresentou borderô que comprovava a remessa desses valores às empresas nominadas. Além do borderô, o contribuinte apresentou, também, cópia da Guia de Transportes de Valores (GTV) referente a esse montante, onde podemos observar que o mesmo foi entregue na Av. Augusto de Lima, 1416, Belo Horizonte. No campo “destinatário” constava a palavra “Bingo”. E apresentou, também, o extrato que confirmava a saída destes recursos.

No processo da Representação Fiscal constava cópia da Lista de Endereços de Belo Horizonte. Esta Lista indicava que funcionava à época, no citado endereço, o “Bingo Alterosas Diversões e Comércio Ltda.”.

Da análise das notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, com relação a estas duas empresas, verificamos que constava como descrição dos serviços prestados o seguinte: “Serviços de Engenharia de Detalhamento Civil e Estrutural”.

O contribuinte não apresentou qualquer outro elemento, além dos aqui citados (notas fiscais, cheques e borderô), que comprovassem que tais serviços foram efetivamente realizados. Dentro os elementos solicitados por esta fiscalização, destacamos:

Tipo de serviço prestado;

Local onde os mesmos foram prestados;

Os resultados obtidos provenientes destes serviços;

Os contratos firmados;

E outros elementos que comprovassem que tais serviços foram efetivamente realizados.

Em correspondência recepcionada em 05/05/2006, o contribuinte, em resposta ao Termo Fiscal nº 02 (lavrado em 30/03/2006), relata que: “Informa que os encarregados das operações à época, na filial de Belo Horizonte, afastaram-se da empresa há mais de três anos, razão pela qual nenhuma outra informação, ou mesmo qualquer outro documento, eventualmente existente, fora encontrado no período do levantamento, não obstante o esforço empreendido.” (sic).

Na mesma carta, informa que: “Esclarece mais, e por fim, que procedeu de forma regular e consoante a legislação de regência,

promovendo o registro contábil de todas as movimentações pertinentes.” (sic).

Diante de tais fatos, a Fiscalização procedeu da seguinte forma:

“Face os questionamentos formulados e as documentações apresentadas pela empresa, temos a esclarecer os seguintes aspectos:

A - Representação - Fiscal formulada pela DRF/Contagem constatou a inexistência de fato das operações descritas nos documentos fiscais, bem como, das próprias empresas, a saber: D FATOR COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ 86.610.755/0001-23 e VN – VIRTUAL NEVES LTDA, CNPJ 02.283.865/0001-38.

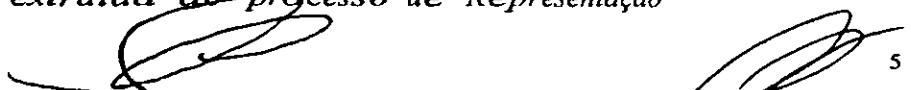
Com a realização da diligência fiscal, oferecemos nova oportunidade ao contribuinte em epígrafe para que o mesmo comprovasse a prestação de serviços alegada, com a apresentação de fatos novos que poderiam não ter sido abarcados pela Representação Fiscal mencionada.

O contribuinte não apresentou, no decorrer da diligência, em nenhum momento, apesar de devidamente intimado (fls. 127 a 128, 177 a 180), elementos que comprovassem que os serviços foram efetivamente realizados pelas empresas D FATOR COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ 86.610.755/0001-23 e VN – VIRTUAL NEVES LTDA, CNPJ 02.283.865/0001-38 tais como contrato de prestação de serviços, a indicação do local onde foi efetuado, o tipo de serviço executado, ou qualquer outro elemento que indicasse que tais serviços foram feitos.

Cabe ressaltar que as notas fiscais emitidas pelas empresas citadas constavam como descrição a lacônica expressão “Serviços de Engenharia de Detalhamento Civil e Estrutural”. Não detalhavam que tipo de serviço de engenharia foi executado. Nem o contribuinte especificou o que foi feito, limitando-se a responder que: “Informa que os encarregados das operações à época, na filial de Belo Horizonte, afastaram-se da empresa há mais de três anos, razão pela qual nenhuma outra informação, ou mesmo qualquer outro documento, eventualmente existente, fora encontrado no período do levantamento, não obstante o esforço empreendido”.

O contribuinte, por meio das cópias de cheques e do borderô, comprovou a saída de recursos. Mas a simples apresentação de cópias de cheques e do borderô denotam, apenas, que os recursos efetivamente saíram da empresa, não significando, com isto, que a prestação de serviços foi efetivamente realizada, nem tão pouco, que os beneficiários destes recursos foram às empresas que prestaram o suposto serviço.

Cabe ressaltar que constava como destinatário na GTV de valor de R\$ 520.000,00 a palavra “Bingo”. E que no referido endereço, conforme comprova cópia da lista telefônica de Belo Horizonte da época, extraída do processo de Representação



5

Fiscal, protocolado sob o número 13603.001218/2005-57, funcionava o Bingo Alterosas Diversões e Comércio Ltda.

Ou seja, os destinatários finais do recursos, no caso dos R\$ 520.000,00 não foram as empresas constantes na Notas Fiscais apresentadas.

E cabe ressaltar, também, que dos cheques emitidos pela empresa contra (sic) a empresa D FATOR, todos eles foram endossados, não significando que o destinatário final tenha sido esta empresa.

Além de tudo o que foi relatado, faz mister destacar as conclusões constantes no Relatório Fiscal anexo à Representação Fiscal elaborada pela DRF/Contagem, a saber:

"As supostas prestadoras de serviços não foram localizadas, e nunca exerceram suas atividades no domicílio fiscal correspondente à época das citadas operações;

As supostas prestadoras de serviço se declararam inativas no ano-calendário de 2001;

As supostas prestadoras de serviço não possuem movimentação financeira;

Os sócios localizados das supostas prestadoras de serviço são pessoas humildes, com no máximo primeiro grau incompleto, fato este incompatível, a princípio, com a gerência de firmas que executam projetos de engenharia;

Os sócios localizados das supostas prestadoras de serviços não conhecem a empresa da qual teoricamente participam, e nem mesmo a Krupp Projetos e Serviços Técnicos, atual Polysius do Brasil Ltda, contrariamente ao que esta afirmou em sua primeira resposta;

O epigráfico não descreveu os serviços realizados pelas supostas prestadoras de serviços;

Os destinatários finais dos pagamentos realizados não foram as supostas prestadoras de serviços." (sic) (GRIFO NOSO).

.....
II-a) IRPJ e CSLL

Consoante art. 264 do RIR/1999, a pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial. É certo, portanto, que a pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real, como é o caso do contribuinte, deve manter a escrituração com observância da legislação comercial e fiscal e de manter em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os

livros, documentos e papéis relativos a sua atividade. Isto para demonstrar inequivocamente, por exemplo, os requisitos de necessidade e da efetiva prestação de serviços por parte de terceiros.

No regime de apuração pelo lucro real adotado pela contribuinte no período, a admissão dos valores levados à conta de custos ou despesas está subordinada ao atendimento de requisitos legais, ou seja, devem ser comprovados mediante documentação hábil e idônea e devem preencher os requisitos de necessidade, usualidade e normalidade para o tipo de atividade desenvolvida pelo sujeito passivo.

Desta forma, tendo o contribuinte registrado em sua contabilidade lançamentos relativos a custos com a prestação de serviços de terceiros, cabe a ele comprovar que os mesmos de fato ocorreram, não apenas pela existência de notas fiscais e pela saída de recursos de suas contas bancárias, que efetivamente ocorreu, mas, também, pela comprovação dos serviços prestados.

Cabe sublinhar que a nota fiscal, regularmente emitida, prova apenas que o seu emitente fez a declaração que nela consta, o que não quer dizer que seja prova suficiente do fato declarado. E as transferências financeiras comprovam apenas que os recursos saíram efetivamente da empresa, não sendo indicativo de realização dos serviços alegados.

Evidentemente, qualquer serviço prestado resulta na obtenção de algo materialmente concluído, que é o objeto do que se propõe a fazer. Assim, serviços de engenharia de Detalhamento Civil e Estrutural, conforme descritos nas notas fiscais apresentadas, geram um produto final, que é, teoricamente, o objetivo a ser alcançado. Este “produto final” não está demonstrado nas notas fiscais emitidas, nem o contribuinte soube dizer a que título foram dispendidos os recursos, não esclarecendo os objetivos dos serviços e os resultados alcançados.

Devemos ressaltar, ainda, as conclusões conclamadas na Representação Fiscal, a de que, após diligências efetuadas nos supostos beneficiários dos valores recebidos, as empresas D FATOR COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ 86.610.755/0001-23 e VN – VIRTUAL NEVES LTDA, CNPJ 02.283.865/0001-38, supostas prestadoras do serviço, não foram localizadas. As mesmas se encontravam inativas no ano-calendário sob análise e não tinham apresentado movimentação financeira. E os sócios participes das mesmas que foram localizados nem mesmo sabiam que eram sócios das mesmas.

Ou seja, com certeza não foram estas empresas as reais beneficiárias dos valores constantes nas notas fiscais apresentadas. Além disto, e precipuamente, o epigrafado não descreveu, sequer, os serviços realizados por estas empresas.

Pelas razões acima elencadas, não podemos considerar as Notas Fiscais apresentadas pela empresa como sendo documentos idôneos para comprovar a efetiva prestação dos serviços, registrados pela empresa como custos dedutíveis.

Com isto, os valores despendidos pela empresa, com relação à suposta prestação de serviços realizadas pelas empresas citadas serão objeto de glosa por parte desta fiscalização, redundando em ajuste na base de cálculo, tanto do IRPJ, quanto da CSLL, visto que a empresa apresentou prejuízos fiscal no ano-calendário ora fiscalizado (2001).

Ressaltamos que os valores que foram retidos a título de IRRF nas notas fiscais emitidas pelas supostas empresas prestadoras de serviços, serão, também, considerados como indevidáveis para efeitos de apuração do Lucro Real da empresa.

Isto porque o imposto incidente sobre valores pagos ou creditados a terceiros com assunção do ônus tributário, quando estas despesas são consideradas como indevidáveis, também é considerado como indevidível.

Com isto, os valores pagos como IRRF sobre os valores das notas fiscais da empresas citadas serão adicionados, também, ao Lucro Real da Empresa.

A tabela a seguir espelha os valores que serão objetos de glosa:

.....
Fica, portanto, INTIMADO o contribuinte a providenciar a retificação do LALUR, para espelhar as alterações de prejuízos fiscais acarretadas em função das glosas efetuadas de que tratam este Termo de Verificação e respectivo Auto de Infração.

Fica, também, INTIMADO o contribuinte a providenciar a retificação de seus controles da Base de Cálculo Negativa da Contribuição Social, para espelhar as alterações da base de cálculo acarretadas em função das glosas efetuadas de que tratam este Termo de Verificação e respectivo Auto de Infração.

II-b) IRRF

Como os custos referentes a essas supostas prestações de serviço foram considerados indevidáveis, já que estavam embasados em notas fiscais inidôneas, de acordo com as conclusões supra relatadas, consideramos os referidos pagamentos como “sem causa”. Além disso, face à inexistência de elementos que possibilitem a identificação do(s) real(is) beneficiário(s) dos recursos utilizados para liquidação dessas operações, impõe-se a necessidade de lançamento do imposto sobre a Renda na Fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, conforme o previsto nos artigos 304, 674 e 675 do RIR/1999.

Destarte, impõe-se a aplicação de multa qualificada de 150%, conforme o previsto no artigo 44, inciso II, da Lei n.º 9.430/1996, já que o contribuinte utilizou de documentos que foram considerados inidôneos por esta fiscalização, de acordo com as assertivas supra relatadas, enquadrando-se, nos casos de evidente intuito de fraude, conforme o exarado no art. 72 da Lei nº 4.502/1964.

Cabe, novamente, sublinhar o porquê da documentação fiscal ter sido considerada inidônea e o porquê da qualificação da multa de ofício em 150%:

As supostas prestadoras de serviço se declararam inativas no ano-calendário ora fiscalizado (2001);

Neste mesmo ano, as supostas prestadoras de serviço não apresentaram movimentação financeira;

Os sócios localizados pela DRF/Contagem-MG, das supostas prestadoras de serviço são pessoas humildes, com no máximo primeiro grau incompleto, fato este incompatível, a princípio, com a gerência de firmas que executam projetos de engenharia. Além disto, os mesmos não conhecem a empresa da qual teoricamente participam, e nem mesmo a Krupp Projetos e Serviços Técnicos, atual Polysius do Brasil Ltda, contrariamente ao que esta afirmou em sua primeira resposta à DRF/Contagem;

Os destinatários finais dos recursos não foram as supostas prestadoras de serviço (vide os cheques que foram endossados, e a GTV, que indicava como destinatário final a palavra "BINGO");

E, além de todo o relatado, o contribuinte não comprovou a realização dos serviços de engenharia prestados pelas supostas empresas.

A tabela a seguir espelha os valores que serão objeto de lançamento de IRRF. Ressaltamos que, de acordo com o exarado no parágrafo 3º do artigo 674 do RIR/1999, os rendimentos transferidos, seja via cheques, seja via GTV, foram considerados como rendimentos líquidos, sendo que foi realizado o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recaira o imposto.

(...)

Ante o exposto, e em obediência aos dispositivos legais acima transcritos, lavramos o competente **AUTO DE INFRAÇÃO**, para ajuste da base de cálculo relativo ao IRPJ e à CSLL, ambos referentes ao ano-calendário de 2001 e **AUTO DE INFRAÇÃO** de IRRF, referente aos períodos de apuração 04/05/2001, 07/05/2001 e 08/06/2001.

A ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado foi devidamente amparada pelo MPF – Fiscalização nº 0819000-2006-01863, ressalvando-se a existência de outros

procedimentos de fiscalização em curso. A ação fiscal foi procedida à vista dos elementos disponíveis até a presente data e restringiu-se na análise dos dados constantes da Representação Fiscal, formulada através do processo administrativo nº 13603.001218/2005-57.

Se novos fatos surgirem em relação aos aqui citados, bem como outros quaisquer que venham a ensejar crédito tributário devido referente ao exercício fiscalizado, fica, desde já, ciente o contribuinte e ressalvado o direito de a Fazenda Nacional de constitui-los no prazo decadencial, na forma da legislação de regência.

O presente Termo, os Documentos e Demonstrativos citados fazem parte integrante do AUTO DE INFRAÇÃO.

Ficam sem efeito quaisquer retificações de DCTF's efetuadas durante o período em que durou a Ação Fiscal, relativamente aos Tributos/Contribuições e respectivos períodos de apuração objeto do Auto de Infração do qual este Termo de Verificação Fiscal é parte integrante.

E, para constar e produzir os efeitos legais, lavramos o presente Termo em 03 (três) vias.....”

03. O contribuinte foi cientificado dos teores dos mencionados Autos de Infração em 04/12/2006 (fls. 269) e, com os mesmos não se conformando, impugnou-os em 20/12/20096, por meio de seus “administradores, não-sócios” (fls. 281/299). Foram apresentadas três peças impugnatórias, das quais duas delas de semelhantes teores (fls. 272/276 e 305/309), e que se reportam às exigências consubstanciadas nos ajustes determinados, relativos às reduções dos saldos da base de cálculo negativa (CSLL) e de prejuízos fiscais (IRPJ), respectivamente, enquanto que a terceira e última (fls. 338/355), reporta-se ao lançamento por meio do qual foi constituído o crédito tributário relativo ao IRRF. Em síntese, tais peças defensórias pugnam, além de sua apreciação conjunta, pelo que segue:

Quanto às duas primeiras (IRPJ e CSLL):

03.01. visando contrapor o entendimento do autuante, no sentido da inocorrência das operações declinadas, assim como inexistentes as empresas beneficiárias dos pagamentos, reproduz excerto do “Termo de Verificação Fiscal”, onde elencados uma série de documentos obtidos por meio de diligência;

03.01.01. tais elementos, todos eles atestando as práticas comumente adotadas no mercado relativamente a contratação (inscrição regular no CNPJ outorgado pela Secretaria da Receita Federal), pagamento (constatação da existência de cheques nominais), efetividade das operações (entrega dos valores aos destinatários) por si só são elementos mais do que suficientes para elidir a glosa.;

03.01.02. acresce ainda que, no período fiscalizado possuia estoque de prejuízos fiscais (e base de cálculo negativa), de tal sorte que o lançamento, representando argüição de redução de prejuízos, demonstra que ela não tinha o menor interesse em se furtar do eventual pagamento da obrigação principal.;

03.01.03. ressalta que eventuais irregularidades praticadas pelos beneficiários dos pagamentos – empresas existentes – não podem atingir a Impugnante até porque, segundo o autuante “os recursos efetivamente saíram da empresa”. Insiste-se, é verdade, na circunstância de que, apostou na “Guia de Transporte de Valores” a expressão “Bingo”, até em face de operar no mesmo estabelecimento outra pessoa jurídica, ou a circunstância de que as “supostas prestadoras de serviço se declararam inativas no ano calendário de 2001”, “não foram estas empresas as reais beneficiárias dos valores constantes nas notas fiscais apresentadas”.;

03.01.04. trata-se, sim, de mera ilação ou presunção não autorizada por lei. Além do que, tendo havido a regular retenção de fonte, assim como seu recolhimento, sobressai-se a existência das empresas.;

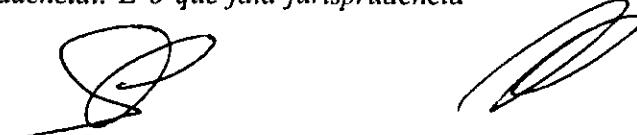
03.01.05. Não resiste o lançamento, pois, a materialidade efetiva das operações e da existência das prestadoras. E, de qualquer maneira, dentro do princípio da eventualidade, no mínimo há que se manter a dedutibilidade das retenções, até porque a autoridade lançadora assim não as admitiu. (sic).

Quanto a terceira e última das impugnações (IRRF):

03.02. Preliminarmente, nos casos de tributação definitiva (como o presente), a regra de preclusão adequa-se àquela prevista pelo art. 150, § 4º, do CTN, contando-se o quinquênio da ocorrência do fato gerador. Apenas em ocorrendo a ressalva, devidamente comprovada, da ocorrência de “dolo, fraude ou simulação”, dá-se o deslocamento para a regra contida no art. 173, I, do mesmo Código;

03.02.01. dessa forma, como o lançamento foi notificado em 04/12/2006, reportando-se a fatos geradores ocorridos em maio e junho de 2001, descaberia a exigência de IRRF a teor da regra do mencionado art. 150, § 4º. E efetivamente esta é a regra que a POLYSIUS entende aplicável à exação porque a qualificação da penalidade se mostra à toda evidência inapropriada para os autos. Em sendo a ressalva do artigo 150, parágrafo 4º, pois inaplicável e a tributação definitiva a outra conclusão não se pode chegar (sic).;

03.02.02. o que vem a ser homologado, no caso, não é o pagamento, mas a atividade do contribuinte que controla o cumprimento de sua obrigação tributária em relação a custos e despesas. A pensar-se de modo diverso o contribuinte sob prejuízo nunca poderia ter sua atividade homologada e muito menos fruir da regra decadencial. É o que sala jurisprudência reproduzida;



03.02.03. afirma, também, que foi atestada a lisura dos seus procedimentos contábeis pela própria peça acusatória, ainda que mencione a prática de fraude. Assim e de toda a sorte, volvendo igualmente para a Súmula 14 do 1º Conselho de Contribuintes, de conhecimento público, embora tratando de hipóteses de omissão de receita, entende a POLYSIUS que se espanca qualquer dúvida a respeito da existência do pressuposto fraude para que se admita sua aplicação até nas hipóteses da improvável glosa de custos por esta Autoridade Julgadora, na medida em que os parâmetros sustentadores do lançamento qualificado impedem o agravamento da penalidade na espécie. Traz jurisprudência a embasar tal entendimento;

03.02.04. pelo fato de que nada foi escamoteado à fiscalização, desde seu nascêdouro, não há que se falar na presença do elemento "fraude", de forma a que cabe apenas à POLYSIUS insistir na declaração de decadência ao lançamento dos fatos geradores apontados. Tudo à guisa de inaugural fundamentação.

03.02.05. Já quanto ao mérito e, em razão da conexão existente entre os lançamentos pleiteia para se reportar às considerações defensórias que ali produziu, e que ora passam a integrar a vertente, por igual, como fundamentos de contestação adicional ao mérito;

03.02.06. a exigência se fundamenta no art. 675 do RIR/99, que tem por base legal o art. 61 da Lei nº 8.981/95, e sobre o mesmo traz doutrina, para concluir que tal dispositivo continua reservado às hipóteses que não venham a caracterizar a ocorrência de redução do lucro líquido, não se podendo considerá-lo como decorrente do IRPJ ou obrigatória por ocasião da constituição deste. Ao reverso, descabe a tributação de fonte ante uma possível glosa de custos. Deve ser considerado, portanto, improcedente o lançamento, independentemente da procedência da glosa de custos;

03.02.07. conclui, por dizer que de toda forma a incidência da taxa SELIC sobre a parcela do imposto não encontra supedâneo no artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional.

Em análise à impugnação da ora Recorrente, a DRJ de São Paulo manteve integralmente o lançamento, conforme a ementa a seguir transcrita, *in verbis*:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001

GLOSAS DE CUSTOS. NÃO COMPROVAÇÃO DOS SERVIÇOS DESCritos EM DOCUMENTOS FISCAIS. EMISSÕES POR EMPRESAS INIDÔNEAS. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. AJUSTE DOS SALDOS DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASE DE CÁLCULO NEGATIVA. Correta a glosa de valores que vieram a onerar os custos do contribuinte, em razão de o mesmo não haver comprovado a efetiva tomada dos serviços descritos nos documentos fiscais emitidos por (ou em nome de) empresas consideradas como inidôneas. A utilização de valores constantes

de tais documentos, com o propósito de reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (ainda que mediante simples ajuste) caracteriza o evidente intuito de fraude praticado pelo contribuinte.

Em tendo, o contribuinte, saldos de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa, apurados no decorrer do ano-calendário objeto da ação fiscal, correta a determinação no sentido de que as glosas de custos efetuadas venham a ser adicionadas a tais saldos, reduzindo-os.

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. INCIDÊNCIA. PAGAMENTOS SEM CAUSA. BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS. MULTA QUALIFICADA. Correta a exigência do IRRF incidente sobre dispêndios efetuados pelo contribuinte, baseados em documentos considerados como inidôneos, sem que se comprove a ocorrência dos serviços descritos em tais documentos, assim como os destinatários de tais pagamentos.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. APLICABILIDADE. Diante do procedimento adotado pelo contribuinte, correta a exigência da multa de ofício em percentual agravado.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. Por determinado em Lei, correta a exigência da parcela do lançamento relativa a juros de mora em percentual equivalente à variação da Taxa Selic. Dada a estrita vinculação do autuante, em não o fazendo, poderia vir a ser responsabilizado funcionalmente, na forma do art. 142 do CTN.

Inconformada, a Recorrente aviou o presente recurso voluntário, em que alega o seguinte:

1) nulidade do julgamento por omissão, uma vez que havia requerido, na impugnação, a dedutibilidade do Imposto de Renda Retido na Fonte, nos pagamentos objeto de glosa;

2) a inaplicabilidade da multa de ofício, simples ou qualificada, quando do lançamento do imposto de renda retido na fonte por pagamentos sem causa, posto que o percentual de 35% já comporia a penalidade isolada para a espécie de delito, pelo que o julgamento da DRJ teria sido omisso, por não correlacionar o art. 61 da Lei nº 8.981/95 com o art. 44 da lei nº 8.541/92;

3) por fim, reitera os termos da peça de impugnação para, sem ao menos declina-los, considerá-los “como se aqui estivessem transcritos”.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Relator

A procuradora da Empresa compareceu à sessão de julgamento e expressamente pediu desistência dos recursos no que toca apenas à glosa de IRPJ, CSLL e o crédito de imposto de renda retido na fonte constantes das notas fiscais apresentadas.

O recurso voluntário é tempestivo e, atendido os requisitos para sua admissibilidade, dele conheço.

A questão posta em debate se funda na glosa das despesas apontadas pela Recorrente com as empresas D-Fator Comércio e Serviços Ltda. e VN – Virtual Neves Ltda., no importe de R\$ 1.009.439,03.

A Recorrente foi, durante o procedimento de fiscalização, intimada para comprovar a efetividade e a natureza da prestação de serviço discriminada nas notas fiscais, posto que as mesmas se bastavam em discriminar o seguinte:

D-Fator Comércio e Serviços Ltda.

NF Nº	FLS.	DATA	DISCRIMINAÇÃO	VALOR
40	150	02/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	72.660,00
44	151	06/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	61.260,00
46	152	11/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	51.160,00
47	153	23/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	62.600,00
48	154	27/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	71.600,00
49	155	02/05/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	65.280,00
50	156	04/05/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	65.568,00

14

51	157	06/06/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	90.030,91
----	-----	----------	--	-----------

VN Vidal Neves Ltda.

NF N°	FLS.	DATA	DISCRIMINAÇÃO	VALOR
5	158	04/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	53.880,00
6	159	09/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	73.400,00
7	160	16/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	66.800,00
9	161	20/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	55.200,00
11	162	25/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	72.800,00
14	163	30/04/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	76.900,00
18	164	03/05/01	Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural	70.300,00

Intimada a comprovar a natureza e efetividade das despesas, a contribuinte apresentou a comprovação do pagamento de referidas notas fiscais, por meio dos cheques de fls 167/172 e por meio do borderô de fls. 173, informando o débito da conta da Recorrente do valor de R\$ 520.000,00 em espécie, entregues nesta condição na avenida Augusto de Lima, nº 1416, em Belo Horizonte – MG.

A contribuinte foi reintimada a justificar o pagamento realizado por meio deste mecanismo não –usual, apontando que os valores ditos como de pagamento pela prestação dos serviços supostamente contratados haviam sido entregues no local onde funcionava o “Bingo Alterosas Diversão e Comércio Ltda”. Ainda, a Contribuinte foi novamente reintimada a detalhar a natureza do serviço prestado, posto que a descrição constante da nota fiscal mostra-se insuficiente para conhecer da natureza do serviço, sua efetiva prestação e o seu caráter de dedutibilidade.

Após o pedido de prorrogação de fls. 181, a Recorrente compareceu aos autos da fiscalização e afirmou que “nenhuma outra informação, ou mesmo qualquer outro documento, eventualmente existente, fora encontrado no período levantado, não obstante o esforço empreendido”, sendo que “os documentos apresentados anteriormente compõem o acervo documental em poder da Polysius sobre o tema em referência”.

Diane disso, procedeu-se a glosa de referidos pagamentos. Como a Recorrente havia apurado prejuízo no exercício fiscal de 2001, não houve o lançamento de IRPJ e CSLL para o ano-calendário 2000. No entanto, lavrou-se o competente lançamento acerca do IRRF devido por pagamentos considerados sem causa.

Com essas considerações passo à análise do recurso.

DAS GLOSAS. RAZÕES DE RECURSO E DE IMPUGNAÇÃO

A princípio, as razões de recurso voluntário devem ser autônomas com relação àquelas produzidas em sede de impugnação. Isso porque, principalmente no que toca ao processo administrativo, a decisão proferida pelo julgador, em revisão às razões que levaram à autuação, passam a integrar o fundamento do auto de infração, devendo, assim, ser objeto de questionamento específico. Salta aos olhos a improriedade processual de se reportar às razões de impugnação como se fossem de recurso voluntário, sem declina-las expressamente.

De toda sorte, em homenagem ao princípio da verdade real, analiso os questionamentos postos na peça impugnatória, assim como da decisão que sobre eles foi proferida.

Identifico, no cotejo dos fundamentos recursais com a decisão proferida pela DRJ, que mandou bem a decisão primeva, ao considerar indevidáveis e passíveis de glosa a prestação de serviços cuja efetividade, após intimação para comprovação, restou desatendida.

No caso dos autos, as notas fiscais de prestação de serviço que embasam a despesa bastam-se em apontar, como seu objeto, "Serviço de Engenharia de detalhamento civil e estrutural". Além de não se aferir, dessa descrição, o que se entende por "detalhamento civil e estrutural", não se consigna onde referido serviço teria sido prestado, em favor de quem e qual a sua natureza, de forma a se identificar ser a mesma despesa dedutível para fins de apuração do imposto de renda.

Mas não é só. A Recorrente apresentou, como prova de pagamento, documentação comprovando que o numerário contratado na fora destinado às empresas indigitadas como prestadoras do serviço. Ou seja, a Recorrente não provou a prestação de serviço e provou que o seu pagamento foi feito em favor de terceiros não vinculados à suposta prestação de serviço contratada.

Ora, diante disso, a glosa não se fez por mera ilação ou presunção, mas sim por identificação de fato concreto, qual seja, a inexistência do serviço discriminado nas notas fiscais que embasaram a despesa glosada.

Neste sentido tem sido as decisões desse Conselho, valendo ressaltar os seguintes julgados:

Número do Recurso: 135501

Câmara: TERCEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10768.027402/94-97

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ E OUTROS

Recorrente: PETROSERV S.A.

Recorrada/Interessado: 3ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE

Data da Sessão: 24/02/2005 00:00:00

Relator: Alexandre Barbosa Jaguaribe

Decisão: Acórdão 103-21868

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Ementa: IRPJ - GLOSA DE CUSTOS - DESPESAS/CUSTOS INDEDUTÍVEIS OU NÃO COMPROVADOS - São indeditáveis os custos e despesas, cuja efetiva realização e/ou respectivos pagamentos não forem devidamente comprovados pelo sujeito passivo, através de documentação hábil e idônea. A necessidade de comprovação decorre de que somente poderá ser considerada como operacional e dedutível a despesa para a qual for demonstrada a estrita conexão do gasto com a atividade explorada pela pessoa jurídica, bem assim é *conditio sine qua non* que atenda às exigências legais revestindo-se do caráter de usualidade, normalidade e necessidade para a manutenção da atividade e produção dos rendimentos.

PRESUNÇÃO LEGAL - ÔNUS DA PROVA - Na relação jurídico-tributária o ônus *probandi* "incumbit ei qui dicit". Inicialmente, salvo no caso das presunções legais, cabe ao Fisco investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência, ou não, do fato jurídico tributário, no sentido de realizar o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa. Ao sujeito passivo, entretanto, compete, igualmente, a posteriori, apresentar os elementos que provem o direito alegado, bem assim elidir a imputação da irregularidade apontada.

Número do Recurso: 128843

Câmara: OITAVA CÂMARA

Número do Processo: 10880.021323/94-12

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRF

Recorrente: ARTHUR KLINK METALÚRGICA LTDA.

Recorrida/Interessado: DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

Data da Sessão: 21/03/2002 00:00:00

Relator: José Henrique Longo

Decisão: Acórdão 108-06914

Resultado: DPPU - DAR PROVIMENTO PARCIAL POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para cancelar as exigências do ILL e da multa regulamentar.

Ementa: IRPJ/CSL – GLOSA DE CUSTO – ÔNUS DA PROVA – Havendo demonstração pela fiscalização da inidoneidade das fornecedoras de mercadorias, cabe ao contribuinte interessado demonstrar a efetiva aquisição das mercadorias, sob pena de glosa do custo respectivo.

Diante do exposto, afasto o argumento apresentado nas razões de impugnação de fls. 272/276 (IRPJ), 305/309 (CSLL) e 338/355 (IRRF), para manter a glosa das despesas e seus fundamentos.

DECADÊNCIA. IRRF

Ainda nas razões de impugnação de fls. 338/355, a Recorrente aduziu a decadência do direito da Fazenda Pública lançar o imposto de renda retido na fonte relativo ao imposto-fonte apurado nos meses de maio e junho de 2001, posto que o seu lançamento foi notificado à Recorrente em 4 de dezembro de 2006.

Pretende, assim, a aplicação do disposto no art. 150, § 4º do CTN, que apregoa o prazo decadencial de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, para a realização do lançamento direto daquilo que deixou de ser recolhido.

É entendimento assente neste Conselho que, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o prazo decadencial para se lavrar o lançamento daquilo que deixou de ser recolhido pelo contribuinte, conta-se da data da ocorrência do fato gerado, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, salvo quando da verificação de fraude, dolo ou simulação.

No caso dos autos, identifico que a Recorrente valeu-se de documentos considerados materialmente falsos, para embasar a redução de tributo devido, anotando despesas com prestação de serviço não realizadas. Na mesma esteira, realizou pagamentos sem causa, buscando dar ares de legalidade ao mesmo por meio de documentação sem lastro de realidade.

Com isso, está patente o evidente intuito de fraude, que desloca a fluência do prazo decadencial para o primeiro dia do exercício seguinte, nos termos em que disposto no art. 173, inciso I, do CTN.

Ressalto que o fato de a Recorrente nada “ter escamoteado à fiscalização desde o seu nascêncouro (ao contrário tudo sempre esteve franqueado na contabilidade)” (fls. 345) dispensou a aplicação da multa agravada, mas nada interfere na identificação do evidente intuito de fraude, pois este reporta-se ao fato gerador do tributo, e não ao procedimento de fiscalização.

Afasto, portanto, o argumento de decadência do IRRF objeto de lançamento nestes autos.

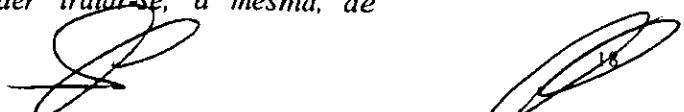
OMISSÃO DA DRJ. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO.

Aduz, a Recorrente, que a decisão recorrida seria nula de pleno direito, por não ter apreciado seu pedido de “improcedência do lançamento independentemente da procedência das glosas dos custos”, já analisadas acima.

Segundo se extrai da impugnação, a Recorrente argumenta que, ocorrendo a glosa de despesas, o imposto de renda e a CSLL passam a ser passíveis de lançamento, sujeitando-se à multa de ofício de 75% (ou qualificada de 150%). Desta feita, não pode incidir, sobre o mesmo fato, outra penalidade, qual seja, a exigência de IRRF à base de 35%, que seria, por si só, mais uma penalidade, posto que tratada, no escólio de Antônio Minatel, como multa isolada.

A DRJ, em face destes argumentos, assim se pronunciou:

08.04. Insurge-se, também, contra a exigência do IRRF propriamente dita, visto entender tratar-se, a mesma, de



penalidade, diante da existência de lançamentos relativos ao IRPJ e à CSLL, todos fundamentados nos mesmos fatos apontados.

08.04.01. De se dizer, em princípio, que tal exigência teve por fundamento legal os art. 674 e 675, ambos do RIR/1999, que têm por base legal, fundamentalmente, o art. 61 da Lei nº 8.981/1995. Dizem, referidos dispositivos, que:

"Art. 674. Está sujeito à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista neste artigo aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

§ 2º Considera-se vencido o imposto no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento será considerado líquido, cabendo o reajuste do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto."

"Art. 675. A falta de identificação do beneficiário das despesas e vantagens a que se refere o art. 622 e a sua não incorporação ao salário dos beneficiários, implicará a tributação exclusiva na fonte dos respectivos valores, à alíquota de trinta e cinco por cento.

§ 1º O rendimento será considerado líquido, cabendo o reajuste do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

§ 2º Considera-se vencido o imposto no dia do pagamento da referida importância." (grifei).

08.04.02. De se ver, então, que, face ao estabelecido pelos dispositivos acima, não há qualquer restrição (até pelo contrário) a que, em tendo ocorrido a irregularidade apontada, que serviu de fundamento aos lançamentos objeto do presente, de maneira concomitante venham a ser exigidos, tanto o IRPJ e a CSLL (face à glosa de custos), como o IRRF (face a pagamentos efetuados a beneficiários não identificados e sem causa que os justificasse);

Afasto, pois, desde já, a alegada omissão que, se existente, poderia conduzir à nulidade do julgado. O fato de a decisão não citar os mesmos elementos e dispositivos invocados no recurso não pode ser considerado omissão, quando as razões da decisão enfrentaram, com fundamentos próprios, os argumentos apresentados como objeto de lide.

Com relação ao mérito da decisão, neste particular, tenho por irretocável os argumentos expostos pela DRJ. De fato, a realização de pagamentos sem causa por parte da empresa pode conduzir a mais de um efeito na seara tributária, não impedindo que, por um

19

lado, seja a despesa considerada indeutível e, como consequência, glosada; e de outro, constitua fato gerador específico, com a incidência do IR Fonte na fonte à alíquota de 35% a título de imposto de renda retido na fonte. E, nada impede que, surgindo tributo devido, deva o mesmo ser penalizado com a multa regulamentar de 75% ou qualificada, de 150%, conforme o caso.

Dianete do exposto, afasto tanto a preliminar de nulidade constante das razões de recurso, como o próprio fundamento objeto de irresignação pela Recorrente.

NULIDADE. FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE O ART. 61 DA LEI N° 8.981/95 COM O ART. 44 DA LEI N° 8.541/92

Ainda, improcedente o argumento de que a decisão da DRJ teria sido omissa, por não realizar a contraposição entre o disposto o art. 61 da lei nº 8.981/95 com o art. 44 da lei nº 8.541/92.

Isso porque, conforme explicitado supra, o entendimento exarado pela decisão recorrida conduz a entendimento diverso do pretendido pela Contribuinte, afastando, no mérito, a pretendida correlação normativa. O julgador não é obrigado a refutar os argumentos da defesa citando os mesmos dispositivos arguidos quando enfrenta, no mérito, a matéria objeto de litígio.

Afasto, também, a preliminar de nulidade, assim como a própria pretensão de correlação normativa, posto que a análise meritória, já ratificada acima, conduz a resultado diverso daquele pretendido pelo recurso, com a improcedência de seus fundamentos.

SELIC

Por fim, a Recorrente, nas razões de impugnação, pugna pelo afastamento da aplicação da SELIC.

A questão enfrenta o disposto na súmula nº 4 do 1º Conselho de Contribuintes, que dispõe o seguinte:

Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Deve, assim, ser negado provimento ao recurso.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%.

Quanto a queixa da aplicação da multa de ofício de 75%, tenho que a mesma não atenta contra o princípio da proporcionalidade e da não-confiscatoriedade, porquanto esta é apurada de forma relativa ao incidir apenas sobre o tributo não recolhido pelo contribuinte.

Isso porque, como bem ressaltou a decisão recorrida, referida penalidade está prescrita na lei nº 9.430/96 que, em seu art. 44, dispõe o seguinte:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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" (...)

Sendo, assim, a previsão legal para multa de ofício a exigência de 75% do montante do tributo devido, deve a mesma ser mantida.

MULTA QUALIFICADA

Com relação à qualificação da multa, tenho, a princípio, entendimento de que a mera omissão de rendimento, não acompanhada de outras condutas gravosas que denotem o evidente intuito de fraude, deva ser apenada com a multa de 75%, somente vindo a ser qualificada quando identificada aquela situação específica.

É que a multa de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei nº. 9.430/96, já tem como pressuposto lógico a omissão de rendimento por parte do contribuinte que não o entrega à tributação. Em verdade, se não houvesse a referida omissão, não haveria a lavratura do auto de infração. A sua postura, nesta situação, é meramente omissiva – e não pró-ativa.

Situação diversa, no meu entendimento, é a daquele contribuinte que, dolosamente, pratica atos com o objetivo de fraudar a incidência do tributo, ou seja, que portasse ativamente na ocultação da ocorrência do fato imponível. Nesta hipótese, quando o contribuinte agrava à sua omissão (pressuposto), uma ação dolosa para dissimular referida omissão, aí sim estaria o mesmo sujeito a qualificação da penalidade.

Tal divergência fica clara na contraposição do disposto nos art. 44, inciso I, da lei nº 9.430/96, com o disposto nos arts. 71 a 73 da lei nº 4.502/64, ambas com a redação dada pela lei nº 11.488/2007.

Dispõe, o art. 44 da lei nº 9.430/96, o seguinte:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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:

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis." (sem grifos no original).

Já os arts. 71 a 73 da lei nº 4.502/64, tomados como base da qualificação da multa pelo indigitado parágrafo primeiro, dispõe o seguinte:

"Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Da contraposição da “falta de declaração ou declaração inexata” constante do inciso I do art. 44 da lei nº 9.430/96, com a “omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente”, o conhecimento do fato gerador, constante do art. 71 da lei nº 4.502/64, entendo que, para a segunda hipótese, a lei demanda a presença de dolo específico, mediante “ação ou omissão dolosa”, que deve ser especificamente provada na investigação administrativa, com fito à aplicação da multa majorada. Assim, a omissão desqualificada de uma ação tendente a dissimular referida omissão, deve ser enquadrada no disposto no art. 44, I, da lei nº 9.430/96.

Referido entendimento vem corroborado por julgamentos deste 1º Conselho de Contribuintes, quando entende que “*a mera omissão de rendimento não justifica o agravamento da multa, de 75% para 150%, haja vista que o primeiro percentual já é estabelecido para os casos em que o contribuinte não oferece rendimentos à tributação*” (aceitação da 6ª Câmara do 1º CC, relatora Conselheira Thaisa Jansen Pereira, no recurso nº 134.875, acórdão nº 106-13722).

Assim, “*deve ser afastada a qualificação da multa quando ausente a comprovação de fraude. Incabível a aplicação de penalidade por presunção de fraude, em face de mera omissão de rendimentos apurada no lançamento*” (aceitação unânime da 2ª Câmara do 1º CC, relator Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, no recurso 143.280, acórdão 102-47397). Ainda, reforça este posicionamento a constatação de que “*a majoração da multa de ofício deve estar suficientemente justificada e comprovada nos autos, já que decorre de casos de evidente má-fé*” (aceitação da 6ª Câmara do 1º CC, relator Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, no recurso 147842, acórdão 106-15545).

No caso dos autos, identifico que a Recorrente ocultou o real destino do recurso, para realizar pagamentos sem causa com destinação de recursos a terceiros.

Diante do exposto, tenho por que sobejamente configurada a hipótese de qualificação da multa, pelo que mantenho o auto de infração.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso, mantendo integralmente os termos do auto de infração.

Sala das Sessões, em 14 de maio de 2009

ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA