



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

Processo n° 19515.002593/2010-57
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 1401-001.355 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de novembro de 2014
Matéria IRPJ/Reflexos
Recorrente GOCIL SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES.

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente e quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não ocorre cerceamento de defesa quando o contribuinte, no curso do procedimento fiscal, é intimado de todos os atos e elementos solicitados, quando é informado das conseqüências do não atendimento das intimações, e quando constam no termo de verificação, do auto de infração (cujas vias lhe foram entregues) e dos autos do respectivo processo administrativo fiscal todos os elementos necessárias ao exercício de sua ampla defesa.

IRRF. DECADÊNCIA. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. NÃO COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU DA SUA CAUSA.

Para o caso de pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado ou, mesmo que identificado, não for comprovada a operação ou a sua causa, o direito de praticar o ato de lançamento de ofício extingue-se após 5 anos, sendo o termo inicial de contagem do prazo o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

IRRF. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. NÃO COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU DA SUA CAUSA.

Uma vez identificados em diligência com documentos hábeis e idôneos que os pagamentos efetuados sofreram retenções na fonte, cancela-se o lançamento que enquadrou as operações como pagamentos à beneficiário não identificado, sujeitando-se à incidência do imposto exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%.

IRPJ. DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS. BENEFICIÁRIO IDENTIFICADO.

Uma vez os beneficiários sendo identificados e as despesas comprovadas com documentação hábil e idônea, tais pagamentos passam a ser deduzidos da apuração do resultado da empresa.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CABIMENTO.

Os juros de mora são devidos por expressa disposição legal, inclusive a utilização da taxa SELIC.

MULTA QUALIFICADA. APLICABILIDADE.

A não apresentação de provas por parte do contribuinte no sentido de elidir possível dedução em duplicidade de tributos, não constitui comportamento que se enquadra nas condições previstas na legislação tributária para o qualificação da multa de ofício.

TRIBUTAÇÃO CONEXA. CSLL. APLICABILIDADE.

Aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido sobre o lançamento que lhes deu origem, eis que possuem os mesmos elementos de prova.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade, AFASTAR a decadência e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para cancelar as infrações envolvendo a glosa de despesas com a W/REALTY e INFINITI; o IRRF sobre pagamentos a beneficiários não identificados; bem assim para desqualificar a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) para 75% (setenta e cinco por cento), sobre a glosa de despesas referentes aos pagamentos do PAES e REFIS que foram mantidos.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Presidente para a Formalização do Acórdão

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

Processo nº 19515.002593/2010-57
Acórdão n.º **1401-001.355**

S1-C4T1
Fl. 2.416

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Sérgio Luiz Bezerra Presta e Jorge Celso Freire da Silva (Presidente).

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra Acórdão da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo I-SP.

DO PROCEDIMENTO FISCAL

1. Decorrente do trabalho de fiscalização realizado na pessoa jurídica indicada, relativo aos anos-calendário de 2005, 2006 e de 2007, foram lavrados em 31/08/2010, o auto de infração do Imposto de Renda (fls. 192 a 202), o auto de infração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls. 208 a 216) e o auto de infração do Imposto de Renda Retido na Fonte (fls. 228 a 234). O crédito tributário total lançado foi de R\$ 87.078.749,60 (oitenta e sete milhões, setenta e oito mil, setecentos e quarenta e nove reais e sessenta centavos), conforme abaixo demonstrado:

IMPOSTO DE RENDA	15.450.872,34
JUROS DE MORA	5.133.264,38
MULTA	14.157.994,23
TOTAL IRPJ	34.742.130,95

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE	18.518.695,03
JUROS DE MORA	7.356.944,95
MULTA	13.889.021,06
TOTAL IRRF	39.764.661,04

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL S/ LUCRO LÍQUIDO	5.588.234,04
JUROS DE MORA	1.857.685,66
MULTA	5.126.037,91
TOTAL CSLL	12.571.957,61

TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	87.078.749,60
------------------------------------	----------------------

2. Os fatos apurados pela Autoridade Lançadora estão descritos no Termo de Verificação Fiscal (fls. 174 a 186), a seguir sintetizados.

DESPESAS COM INFINITI MARKETING DE INCENTIVO E FIDELIZAÇÃO

3. Das análises dos livros fiscais apresentados pelo Contribuinte, a Autoridade Fiscal lavrou diversas intimações relativas às despesas com INFINITI MARKETING DE INCENTIVO E FIDELIZAÇÃO, para que fossem apresentadas as notas fiscais, faturas, recibos relativos a essas despesas, com objetivo de verificar o fornecimento de cartões de premiação ("premiuns cards") administrados pela INFINITI a empregados, administradores, terceiros e/ou pessoas jurídicas. A Empresa foi também intimada e reintimada a discriminar os beneficiários dos

respectivos valores. Informa a Fiscalização que a documentação solicitada não foi apresentada.

4. A falta da documentação solicitada impossibilitou a identificação da ocorrência e da natureza das despesas, bem como dos seus reais beneficiários.

Dessa forma, de acordo com o art. 674 do RIR/99, os valores devidos de IRF previstos para o caso foram tributados à alíquota de 35%. E de acordo com o art. 358 do RIR/99, os respectivos dispêndios, pagos a beneficiários não identificados, foram considerados indedutíveis na apuração do lucro real.

DESpesas COM W/REALTY ASSESSORIA DE SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA

5. Das verificações efetuadas nos livros fiscais apresentados pelo Contribuinte, a Autoridade Fiscal lavrou diversas intimações e reintimações acerca das despesas com W/REALTY ASSESSORIA DE SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA, para que fossem apresentadas as notas fiscais, faturas, recibos, etc, relativos aos lançamentos contábeis relacionados, com o intuito de se verificar a ocorrência e natureza dessas despesas. Feitas consultas aos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, verificou-se que a empresa W/REALTY ASSESSORIA DE SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA não declarou em suas DIPJs de 2006, 2007 e de 2008 qualquer valor faturado contra a empresa GOCIL, ou seja, não foi declarado em DIPJ pela W/REALTY qualquer valor relativo aos serviços prestados na empresa GOCIL.

6. Diante da recusa da Fiscalizada em apresentar as notas fiscais solicitadas, esse fato impossibilitou a identificação da natureza das despesas, bem como dos seus reais beneficiários. Dessa forma, de acordo com o art. 674 do RIR/99, os valores devidos de IRF previstos para o caso foram tributados à alíquota de 35%. Frisou que o § 1º desse artigo também se aplica aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou sua causa.

DESpesas COM PAES E REFIS

7. De acordo com os livros fiscais, a empresa lançou no resultado dos exercícios de 2005, 2006 e de 2007, como despesa, o total das parcelas mensais pagas à Receita Federal do Brasil e ao Instituto Nacional do Seguro Social relativos ao PAES, conforme tabela de fls. 179 a 184. Intimada a prestar esclarecimentos sobre a composição das parcelas pagas, bem como sobre os motivos da apropriação aos resultados desses valores a empresa afirmou que os valores lançados foram lançados nos resultados dos anos fiscalizados, valores que compõem os parcelamentos não afetaram o resultado dos exercícios anteriores. A empresa não apresentou memória de cálculo da composição dos valores confessados através do REFIS e do PAES.

8 Apesar de intimada e reintimada, a empresa não apresentou os livros

fiscais relativos aos anos calendários de 2000, 2001, 2002 e de 2003. Esses livros seriam utilizados para verificar se os créditos tributários lavrados em ações fiscais anteriores que integram os referidos parcelamentos (REFIS e PAES) foram ou não apropriados aos resultados dos respectivos anos calendários. Assim, de

acordo com os artigos 249, I, 251 e parágrafo único, 299 e 300 do RIR/99, foi feita a glosa integral dos valores lançados como despesa no resultado dos exercícios de 2005 a 2007. A multa foi agravada, de acordo com o art. 44,1, § 2o, da Lei nº 9.430/96, pela não apresentação da totalidade da documentação exigida.

9. Enquadramento legal:

IRPJ - GLOSA DE DESPESAS - arts. 249, I, 251 e parágrafo único, 299 e 300, do RIR/99.

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS - arts. 249,1, 251 e parágrafo único, 300 e 304, do RIR/99

CSLL - Arts. 2o e §§ da Lei nº 7.689/88; art. 1o da Lei nº 9.316/99, art. 28 da Lei nº 9.430/96; art. 37 da Lei nº 10.637/02.

IRRF - PAGAMENTO A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS; PAGAMENTOS SEM CAUSA - Art. 674 do RIR/99.

DA IMPUGNAÇÃO

10. Cientificada do auto de infração em 31/08/2010, o Contribuinte apresentou impugnação às fls. 247 a 296 em 30/09/2010, na qual fez a defesa a seguir sintetizada.

PRELIMINAR DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

11. Preliminarmente, a Impugnante defendeu a nulidade do auto de infração por ter ocorrido o cerceamento do seu direito de defesa.

12. Em 14/09/2010, após ter tomado ciência do Auto de Infração, a Impugnante requereu à Autoridade Fiscal cópias do processo administrativo, do "Dossier do Contribuinte" e do "Dossier Fiscal Integrado ou Dossier Integrado", cópias dos processos administrativos fiscais dos quais se originaram os lançamentos ora impugnados.

13. Na DERAT/SPO, unidade onde se encontrava o PAF, ficou sabendo a Impugnante que nela apenas se encontrava o PAF e que os demais "dossiers" haviam ficado em poder da delegacia de origem.

14. Apresentou, então, duas petições à DRF de origem, esclarecendo necessitar das cópias desses "dossiers" para fins de elaboração da sua defesa. Não teve êxito na obtenção desses documentos até a data da entrega desta autuação, assim como não ficou sabendo do motivo da negativa de entrega deles.

15. Isso, para a Impugnante, representou uma demonstração de arbítrio e de cerceamento de defesa e faz com que ela chegue à conclusão de que existem documentos que não devem ou não podem ser conhecidos pela Impugnante, apesar de lhe dizerem respeito. O material ali constante serve como base de pesquisa, como

prova instrutória, etc. Contém mais que os elementos colhidos para a ação fiscal, a totalidade da vida fiscal, financeira e pessoal do cidadão.

16. A negativa de acesso a esses documentos que lhe dizem respeito comprovariam a origem e a forma irregular como a ação fiscal se desenvolveu, além da demonstração cabal do desvio de finalidade.

17. A Impugnante cita doutrina e jurisprudência, tanto administrativa quanto judicial, no sentido de que o ato do lançamento fiscal está delimitado por princípios legais de observância obrigatória, sob pena de nulidade do mesmo.

18. Negou-se ao Impugnante a ciência dos dados, informações e documentos a respeito da matéria tratada, que sobre ela se dispunha, algo que o contribuinte não deveria tomar conhecimento. Citou a Lei nº 9.784/99, invocada como fundamento legal ao pedido de vistas dos "dossiers". Citou, também, o art. 13 do Decreto nº 2.134/97, que reconhece o direito de acesso a documentos e informações existentes em arquivos ou banco de dados públicos. Assim, mesmo sendo secreto na forma legal, a ciência do conteúdo desses documentos deve ser dada ao interessado.

19. A atitude arbitrária do Poder Público deixou de atender a princípios constitucionais básicos, como o da legalidade, da publicidade, do contraditório e da ampla defesa. Esses são vícios insanáveis, de impossível consolidação, cujos efeitos fazem com que o Auto de Infração lavrado seja nulo de pleno direito.

20. Em seguida, a Impugnante citou entendimento doutrinário e judicial que entende se aplicar ao seu caso, concluindo ter direito de vistas não só ao PAF como também ao "dossier do contribuinte" e ao "Dossier Integrado". A negativa de vistas a esses documentos, uma vez mais, gera cerceamento de defesa e torna o Auto de Infração nulo.

DA DECADÊNCIA

21. Lembra a Impugnante que o Auto de Infração foi lavrado em agosto de 2010, "com a ciência do contribuinte no mês seguinte ao da lavratura.

22. O aposto de Renda Retido na Fonte está sujeito ao Lançamento por Homologação, conforme definido pelo art. 150, § 4o, do Código Tributário Nacional.

23. Defendeu a Impugnante que os fatos geradores de 31/01/05 a 31/08/05 estariam tacitamente homologados, conforme prevê a norma apontada.

MÉRITO

DO REFIS - PAES

24. Informa a Impugnante que aderiu aos regimes de parcelamento regulamentados pelas Leis nº 9.964/2000 e 10.684/03 (REFIS e PAES, respectivamente).

25. Os débitos consolidados estão apresentados no Demonstrativo Consolidado - REFIS e no Demonstrativo Consolidado - PAES. Os encargos financeiros dos parcelamentos (juros, TJLP, etc) são reconhecidos pelo regime de caixa e não pelo regime de competência, o que ocasiona a postergação no registro

das despesas financeiras e por consequência a antecipação do Imposto de Renda. E apresentado na tabela de fl. 270 dos autos o resumo dos encargos financeiros do REFIS. Defende a Impugnante que registrou em despesas os encargos financeiros pagos no parcelamento em montante muito inferior ao que teria direito se o registro fosse realizado pelo regime de competência. Prega que as despesas financeiras pagas e registradas em despesas operacionais atendem as condições para a dedutibilidade por serem efetivas e necessárias às atividades da empresa.

26. Quanto aos "custos previdenciários dedutíveis", a Impugnante disse que os comprovantes dos pagamentos e a composição das parcelas estão registrados ou arquivados na própria Receita Federal e a sua obtenção poderia ter sido realizada de ofício.

Concluiu a questão dizendo que, mesmo considerando como pidedutível o valor integral dos créditos não previdenciários e das multas parceladas (proporcionais aos pagamentos) e os efeitos líquidos das provisões, apresentou na tabela de fl. 274 os valores mínimos dedutíveis para os anos de 2005 a 2007.

BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS

28. A Impugnante disse que contratou com terceiros a prestação de serviços profissionais nas áreas de assessoria, consultoria empresarial, marketing e para a prestação de campanhas promocionais.

29. Anexou as notas fiscais que comprovam as despesas realizadas com a empresa Infiniti Marketing de Incentivo e Fidelização Ltda, além do Comprovante Anual de Rendimentos Pagos para a citada empresa. Informou que os pagamentos pelos serviços prestados foram feitos diretamente ao prestador de serviços, devidamente identificado e tributados na fonte de acordo com a legislação vigente.

30. Quanto à empresa W/Realty Assessoria de Serviços Empresariais Ltda, anexou as notas fiscais que diz comprovar as despesas realizadas, o comprovante de inscrição no CNPJ e o Comprovante Anual de Rendimentos Pagos à W/Realty gerados através da DIRF.

31. Os pagamentos pelos serviços prestados foram diretamente ao prestador de serviços, que está devidamente identificado, e foram tributados na fonte de acordo com a legislação vigente.

32. Sobre as consultas feitas pela Fiscalização, das quais se verificou que a empresa W/Realty não declarou em suas DIPJs 2006 a 2008 qualquer valor faturado contra a empresa GOCIL, afirmou que deveria ter sido feita consulta sobre as DIRFs transmitidas tendo como beneficiária dos rendimentos a W/Realty.

33. Sobre o tema da W/Realty, também argumentou que a desconsideração dos serviços prestados não pode estar fundamentada na falta de declaração ou omissão de receitas do prestador de serviços, havendo a necessidade de diligências e, se for o caso, a elaboração de súmula administrativa, como determina a legislação.

34. A glosa das despesas pagas aos prestadores de serviços, devidamente identificados, e a tributação do Imposto de Renda na Fonte, é improcedente e também se caracteriza como bitributação, em total afronta à legislação tributária.

DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

35. Argumenta a Impugnante que o ônus da prova é de quem alega. O art. 9o do Decreto 70.235/72 também traz essa recomendação. Citou doutrina sobre o tema como também acórdãos do antigo Conselho de Contribuintes.

Portanto, considerando que a finalidade do processo administrativo é a apuração da verdade material, tem-se que essa atividade está estruturada segundo o princípio inquisitório e não o dispositivo, não se admitindo a atribuição do ônus da prova ao contribuinte, com fundamento na presunção de legitimidade do lançamento. E no caso concreto, a Fiscalização não cumpriu com esse ônus, furtando-se de cumprir com o seu dever legal.

JUROS DA TAXA SELIC

36. Sobre a incidência da Taxa SELIC sobre o crédito, afirma que ela não encontrou respaldo jurídico. Após citar doutrina sobre o tema, diz que os elementos que integram a sua fórmula não possuem nada que lhe confira caráter moratório, ao contrário, essa taxa traduz o custo do dinheiro no mercado interno, com caráter remuneratório. Por isso, sua utilização é inconstitucional no campo tributário.

MULTA AGRAVADA

37. O agravamento da multa é improcedente, visto que todos os recolhimentos das parcelas do REFIS e do PAES estão devidamente identificados e individualizados nos registros contábeis apresentados ao Fisco. Os comprovantes desses pagamentos e a composição das parcelas estão registrados e ou arquivados na própria Receita Federal e a sua obtenção poderia ter sido realizada de ofício.

DO PEDIDO

38. Do exposto, a Impugnante requereu, preliminarmente, ser declarado nulo o Auto de Infração lavrado pelos vícios insanáveis nele contidos; pelo mérito, caso ultrapassada a preliminar, a sua total improcedência.

39. Requereu a Impugnante, de forma que possa exercer a plenitude de seu direito de defesa, ser intimada da data, local e hora de realização da audiência de julgamento para que possa, acompanhada ou não de advogado, apresentar sustentação oral, distribuir memoriais e praticar todos os atos pertinentes ao seu direito de defesa.

A DRJ MANTEVE os lançamentos, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA -IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES.

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente e quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não ocorre cerceamento de defesa quando o contribuinte, no curso do procedimento fiscal, é intimado de todos os atos e elementos solicitados, quando é informado das conseqüências do não atendimento das intimações, e quando

constam no termo de verificação, do auto de infração (cujas vias lhe foram entregues) e dos autos do respectivo processo administrativo fiscal todos os elementos necessárias ao exercício de sua ampla defesa.

IRRF. DECADÊNCIA. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. NÃO COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU DA SUA CAUSA.

Para o caso de pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado ou, mesmo que identificado, não for comprovada a operação ou a sua causa, o direito de praticar o ato de lançamento de ofício extingue-se após 5 anos, sendo o termo inicial de contagem do prazo o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

IRRF. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. NÃO COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU DA SUA CAUSA.

Uma vez identificados em diligência com documentos hábeis e idôneos os pagamentos efetuados cancela-se o lançamento que enquadrou as operações como pagamentos à beneficiário não identificado, sujeitando-se à incidência do imposto exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%. Para pagamentos efetuados a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, também ocorre a incidência do imposto exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%.

IRPJ. DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS. BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO.

Valores pagos a beneficiários não identificados não podem ser deduzidos da apuração do resultado da empresa.

IRPJ. DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS, NECESSIDADE. UTILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU DA SUA CAUSA.

As despesas, para serem dedutíveis da base de cálculo do IRPJ, devem ser úteis e necessárias à atividade da empresa, bem como normais e usuais ou relacionadas com a atividade por ela explorada.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADES E/OU ILEGALIDADES. A apreciação de alegações de inconstitucionalidades e/ou ilegalidades é de exclusiva competência do Poder Judiciário. Matérias que as questionam não são apreciadas na esfera administrativa.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CABIMENTO.

Os juros de mora são devidos por expressa disposição legal, inclusive a utilização da taxa SELIC.

MULTA QUALIFICADA. APLICABILIDADE.

A não apresentação da documentação pelo Contribuinte regularmente intimado de livros e documentos aos quais está legalmente obrigado, bem como pelo lançamento de valores em períodos posteriores ao de sua competência, constitui comportamento que se enquadra nas condições previstas na legislação tributária para o agravamento da multa de ofício.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SUSTENTAÇÃO ORAL E DISTRIBUIÇÃO DE MEMORIAIS NO

A realização de sustentação oral na Iª instância administrativa, bem como a distribuição de memoriais, não possui previsão legal e deve ser indeferida.

TRIBUTAÇÃO CONEXA. CSLL. APLICABILIDADE.

Aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido sobre o lançamento que lhes deu origem, eis que possuem os mesmos elementos de prova.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este CARF, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação e aduzindo em complemento um reforço de sua defesa que será referenciado durante o voto.

Esta Quarta Câmara baixou o julgamento em diligência.

Às fls. 2408/2410 consta pronunciamento da Fiscalização parcialmente favorável à Recorrente.

Às fls. 2417 consta manifestação de inconformidade contra a Informação Fiscal da Diligência, mostrando-se desfavorável apenas em relação ao aproveitamento em duplicidade dos débitos parcelados, nos seguintes termos:

(...) vem informar que discorda da afirmação de que não é possível obter uma resposta conclusiva acerca das despesas com REFIS e PAES.

Com efeito, a recorrente apresentou balanços que se vê claramente que não houve qualquer aproveitamento passado das despesas decorrentes de pagamentos de REJAIS e Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001 PAES, sendo certo que caberia ao Fisco provar fato contrário, o que por si só se mostra impossível devido a decadência do período.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade.

Preliminar de nulidade

A Recorrente alega cerceamento do direito de defesa, essencialmente porque não lhe foi fornecido cópia de um dossiê da fiscalização.

A teor do art. 59 do Decreto 70235/72, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, auditor fiscal, bastando para tanto a assinatura do mesmo, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da peça impugnatória e recurso acostados aos autos, como efetivamente o fez.

Outrossim, foram observados dois requisitos fundamentais à validade do ato administrativo. Os requisitos apontados estão previstos em lei, são os incisos III e IV do art. 10 do Decreto 70.235/72 e têm a seguinte redação:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

.....
III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

(...)

Em relação aos dossiês, vejo que a DRJ soube tratar devidamente a questão, motivo pelo qual reproduzo o seu teor como parte dos meus fundamentos:

(...) 50. Ao compulsarmos os autos, analisando os termos lavrados pela Fiscalização, as respostas da Empresa e tudo o que consta dos autos, não temos qualquer dúvida de que tenha sido dado pleno conhecimento ao Contribuinte de todos os passos que foram dados no procedimento fiscal, o qual culminou com as infrações relatadas e sobre as quais o Contribuinte possuía todos os elementos para combatê-las.

51. O Contribuinte ora Impugnante possuía todos os elementos necessários para a apresentação de sua defesa, que foi plenamente exercida, de fato e de direito, com a apresentação de sua Impugnação.

52. Com relação aos dossiês que a Impugnante diz não ter tido acesso, entendo que nenhum dano foi ocasionado ao Contribuinte quanto ao exercício de seu direito de defesa, no que se refere ao Auto de Infração lavrado e ora impugnado.

53. Frise-se que aqui, nos autos do presente processo administrativo fiscal, não se discute o direito do Contribuinte de acessar informações contidas no dossiê ou dossiês que a Receita Federal possui acerca da fiscalização nele realizada. Entendo que o direito de acesso às informações pretendido pelo Contribuinte foge ao escopo do presente processo administrativo. O objeto do presente processo administrativo fiscal circunscreve-se às infrações e aos valores

Outrossim, a teor do art. 60 do Decreto nº 70.235/72, é cediço que a presença de omissões sanáveis no curso do processo e que não obstem a plena defesa do contribuinte podem ser sanadas pela autoridade julgadora, em respeito ao princípio maior que rege o processo administrativo, isto é, a verdade material. E embora não tenha visado esse fim, pois como se demonstrou acima o objeto do presente processo administrativo fiscal circunscreve-se às infrações e aos valores nele constante, o processo foi baixado em diligência para que o contribuinte tivesse uma nova oportunidade de se defender de todas as infrações e abrindo prazo para ampliar sua defesa, tudo para que não se corresse o menor risco de cercear do direito de defesa. E como se verá mais adiante no voto, a diligência permitiu que parte do lançamento fosse até cancelada.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

Decadência

IRPJ/CSLL

No tocante ao prazo de decadência, em primeiro lugar, reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, ressalvo a minha opinião particular de ter defendido anteriormente que o fato contingente de existir ou não pagamentos não teria o condão de interferir na natureza do tributo sujeito a homologação e por conseqüência aplicar-se-ia a regra do art. 150, § 4º do CTN, ressalvado o caso de fraude ou dolo em que preponderaria a regra do art. 173, I do CTN.

Entretanto, curvo-me a partir à jurisprudência atual do STJ, no sentido de entender que a aplicação do art.150, §4º, do CTN atrai a realização de um pagamento. Na ausência desse pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se também após 5 (cinco) anos, mas, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art.173, I, do CTN).

Quanto à matéria, adoto, portanto, a posição consolidada do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL ASSINADA POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. SÚMULA 115/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS

*CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE.
FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.*

.....

3. Nos créditos tributários relativos à contribuição previdenciária – tributo sujeito a lançamento por homologação – cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, caso em que se aplica o art. 173, I, do CTN, deve o prazo decadencial de cinco anos para a sua constituição ser contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, escorreito o acórdão recorrido, o qual entendeu pela exigibilidade integral dos débitos referentes ao ano base de 1992.

.....

7. **Recurso especial não conhecido. (Segunda Turma, REsp 1154592 / PR, Min. Castro Meira, Julg. 20/05/2010, DJe 02/06/2010).**

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando incorre o pagamento antecipado pelo contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de ofício substitutivo é determinado pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, sob o rito dos recursos repetitivos (Código de Processo Civil, artigo 543-C).

3. **Agravo regimental improvido. (Primeira Turma, AgRg no REsp 1120220 / PR, Min. Hamilton Carvalhido, Julg. 18/05/2010, DJe 02/06/2010)**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki,

julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

.....

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Primeira Seção, REsp 973.733/SC, Min. Luiz Fux, Julg. 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

No caso concreto do IRPJ, independente da existência do “evidente intuito de fraude” ou de ausência pagamentos, o que levaria em tese a regra para o art. 173, I, mesmo aplicando-se a regra mais favorável à Recorrente, que seria o art. 150, § 4º do CTN, não se verifica a ocorrência da decadência. Como a apuração foi anual para o fato gerador mais antigo (31/12/2005), o prazo final para decadência se deu em 31/12/2010 – apuração anual, antes da ciência do auto de infração que se deu em **31/08/2010**, portanto, afastada a decadência.

CSLL

Ressalte-se que a conclusão supra não prejudica, nesse particular, os lançamentos decorrentes relativamente às contribuições sociais, cujo disciplinamento envolvendo a decadência não mais possui regramento próprio (artigo 45, da Lei nº 8.212, de 1991), após a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 44 e 45 do referido diploma legal. A matéria foi contemplada com a Súmula Vinculante nº 8:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Dessa forma, a regra do art. art. 150, § 4º do CTN, que seria a mais favorável à Recorrente se aplica de igual forma para a CSLL cuja apuração foi também anual, produzindo o mesmo resultado do IRPJ, qual seja, de se afastar a decadência.

DECADÊNCIA DO IRRF

Assim, em relação ao IRRF, cuja apuração é diária, com fato gerador no dia que se dá a operação que lhe deu causa. desta maneira, se está sendo lançado é porque não houve pagamento. Nesse caso pela natureza do IRRF aplica-se sempre a regra geral do art. 173, I do CTN.

Dessa forma, Fisco poderia lançar, a teor do art. 173, I do CTN a partir do dia seguinte ao de cada um de seus vencimentos, portanto, para o período de apuração mais antigo (2005) ainda no ano-calendário de 2005 se poderia lançar.

Assim, claro está que o dies a quo seria o dia 1º de janeiro de 2006, tendo o fisco até o dia 31/12/2010 para efetuar o lançamento. Como a ciência do lançamento foi posterior, isto é, em 31/08/2010, afastada está a decadência.

MÉRITO

Pagamento sem Causa/indedutibilidade desses pagamentos

Entre outras infrações, a contribuinte foi autuada por IRRF sobre beneficiários não identificados ou pagamento sem causa; bem assim glosa das despesas representadas por tais pagamentos por serem consideradas indedutíveis.

A Fiscalização e a DRJ pela natureza da atividade econômica desenvolvida pela Infinity e Reality (Marketing de incentivo) e pela falta de apresentação de informações em contrário que permitisse um melhor aprofundamento da investigação presumiu-se que tais empresas intermediárias não seria a única beneficiária dos pagamentos da Recorrente, uma vez que tais prestadoras intermediariam a relação da Recorrente com terceiros ou mesmo com os próprios funcionários e administradores.

A Recorrente ao não prestar as informações que poderiam desconstituir o auto de infração e possibilitar que o fisco verificasse a quem de fato os valores foram efetivamente pagos e quantificá-los, deu ensejo então a que fiscalização fizesse o lançamento do IRRF por beneficiários não identificados ou pagamentos sem causa, com a alíquota de 35%, conforme art. 61, da Lei 8981/95, abaixo transcrito:

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,

A ausência de informações específicas sobre os beneficiários também acarretou na desclassificação dos valores pagos à prestadora de serviços, originalmente contabilizados como despesas dedutíveis, serem classificados como despesas não dedutíveis, conforme art. 304 do RIR/99, senão vejamos:

Art 304 Não são dedutíveis as importâncias declaradas como pagas ou creditadas a título de comissões, bonificações, gratificações ou semelhantes, quando não for indicada a operação ou a causa que deu origem ao rendimento e quando o comprovante do pagamento não individualizar o beneficiário do rendimento (Lei nº 3,470, de 1958, art. 2º).

Consta do recurso:

68. A empresa contratou com terceiros a prestação de serviços profissionais nas Áreas de Assessoria, Consultoria Empresarial, Marketing e para a prestação de Campanhas promocionais.

69. O Auditor Fiscal glosou as despesas realizadas com a empresa Infiniti Marketing de Incentivo e Fidelização Ltda. e exigiu o Imposto de Renda na Fonte, pelos seguintes motivos:

"A empresa não apresentou a documentação solicitada."

"Diante da recusa da empresa em apresentar as notas fiscais acima comentadas, impossibilitando identificar a ocorrência e natureza das despesas, bem como seus reais beneficiários e de acordo com o art. 674 do RIR/99, que estabelece a retenção na fonte a beneficiários não identificados, tais valores foram tributados a alíquota de 35%, devendo o rendimento ser considerado líquido, cabendo ainda o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto."

'Ainda, de acordo com os parágrafos do art. 674 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000/98, considera-se vencido o imposto no dia do pagamento da referida importância. De acordo com o Art. 358 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000/99, quando os dispêndios forem pagos a beneficiários identificados e individualizados, poderão ser deduzidos na apuração do lucro real e quando pagos a beneficiários não identificados são indedutíveis na apuração do lucro real."

70. As Notas Fiscais que comprovam as despesas realizadas, foram anexadas à impugnação, assim como o Comprovante de Inscrição - CNPJ - Infiniti Marketing e o Comprovante Anual de Rendimentos Pagos à Infiniti Marketing gerados através da DIRF.

71. Cumpre destacar que os pagamentos pelos serviços prestados foram realizados diretamente ao Prestador dos Serviços, devidamente identificado e, tributados na fonte de acordo com a legislação vigente.

72.O Beneficiário dos Rendimentos, valores pagos e as retenções do Imposto de Renda na Fonte foram objeto de informações tempestivas à Receita Federal, através da DIRF e os Informes gerados a partir do programa gerador foram juntados na impugnação.

73.Quanto à empresa W/Realty Assessoria de Serviços Empresariais Ltda. foram glosadas as despesas realizadas e exigido o Imposto de Renda na Fonte, pelos seguintes motivos:

"A empresa não apresentou a documentação solicitada."

"Saliento o fato de que em consulta aos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil foi possível verificar que a empresa W/Realty não declarou em

suas DIPJs (2006,2007 e 2008) nenhum valor faturado contra a empresa GOCIL. Em outras palavras, não foi declarado em DIPJ pela empresa W/Realty nenhum valor relativo aos serviços prestados na empresa GOCIL."

"Diante da recusa da empresa em apresentar as notas fiscais acima comentadas, impossibilitando identificar a ocorrência e natureza das despesas, bem como seus reais beneficiários e de acordo com o art. 674 do RIR/99, que estabelece a retenção na fonte a beneficiários não identificados, tais valores foram tributados a alíquota de 35%, devendo o rendimento ser considerado líquido, cabendo ainda o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto."

"Ainda, de acordo com os parágrafos do art. 674 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000/98, considera-se vencido o imposto no dia do pagamento da referida importância. De acordo com o Art. 358 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000/99, quando os dispêndios forem pagos a beneficiários identificados e individualizados, poderão ser deduzidos na apuração do lucro real e quando pagos a beneficiários não identificados são indedutíveis na apuração do lucro real."

74.As Notas Fiscais, que comprovam as despesas realizadas, foram anexadas à impugnação, assim como o Comprovante de Inscrição - CNPJ - W/Realty Assessoria e Serviços Empresarias Ltda. e o Comprovante Anual de Rendimentos Pagos à W/Realty Assessoria e Serviços Empresarias Ltda. gerados através da DIRF.

75.Cumpra destacar que os pagamentos pelos serviços prestados foram realizados diretamente ao Prestador dos Serviços, devidamente identificado e, tributados na fonte de acordo com a legislação vigente.

76.0 Beneficiário dos Rendimentos, valores pagos e as retenções na fonte do Imposto de Renda e das Contribuições Sociais foram objeto de informações tempestivas à Receita Federal, através da DIRF e os Informes gerados a partir do programa gerador foram juntados na impugnação.

77. O Auditor Fiscal afirma que, em consulta aos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, foi possível verificar que a empresa W/Redlty não declarou em suas DIPJs (2006, 2007 e 2008) nenhum valor faturado contra a empresa GOCIL, **mas omite a necessária consulta às DIRF transmitidas pela GOCIL tendo como beneficiária dos rendimentos a W/Realty.**

78. A desconsideração dos serviços prestados não pode estar fundamentada na falta de declaração ou omissão de receitas do prestador de serviços - há necessidade de diligências e se for o caso a elaboração de SÚMULA ADMINISTRATIVA, como determina a legislação de regência.

79. A glosa das despesas pagas aos prestadores de serviços, devidamente identificados e a tributação do Imposto de Renda na Fonte realizada no Auto de Infração, além de improcedente, caracteriza-se, também, **como bitributação do Imposto de Renda na Fonte em total afronta à legislação tributária.**

De relevante se pode extrair de sua defesa e que gerou dúvidas nesta autoridade julgador é a possibilidade de se estar tributando em duplicidade o IRRF desses pagamentos feitos a essas duas empresas (W/Realty Assessoria de Serviços Empresariais Ltda e Infiniti Marketing).

Dessa forma, para se evitar bitributação pelo respeito ao princípio da verdade material orientador do Processo Administrativo Fiscal, proponho baixar o feito em diligência:

- verificar junto aos sistemas informatizados da Receita Federal se de fato tais retenções foram feitas da forma como propalado pela Recorrente.

- Aproveitar essa diligência também para :

oportunizar à Recorrente que prove através de sua contabilidade se de fato os pagamentos do PAES e Refis glosados não foram mesmo deduzidos de exercícios anteriores como suspeitou a fiscalização em função da falta do cumprimento por parte do contribuinte das solicitações feitas anteriormente pela fiscalização..

Em relação à empresa INFINITI Marketing, apesar de a fiscalização já ter dado várias oportunidades para apresentar a documentação necessária complementar (contratos de prestação de serviços, faturas, recibos, planilhas discriminativas) relativa a estas despesas, objetivando verificar o possível fornecimento de cartões de premiação (*premiums cards*), administrados, segundo a fiscalização “sabidamente pela INFINITI , à empregados , administradores , terceiros e/ou pessoas jurídicas” , em nome da princípio da verdade material e para atestar se de fato as notas fiscais que estão genericamente discriminadas como despesas de propaganda possuem realmente essa natureza de despesa, aprofundar a fiscalização a esse respeito, e esclarecer se de fato serviços de propaganda efetivamente foram prestados pela INFINITI Marketing tal qual defendeu enfaticamente em seu Recurso e na sustentação oral, por seu patrono.

A diligência retornou com informação fiscal favorável ao contribuinte. De fato constatou-se que as retenções do IRRF haviam sido efetuadas, bem assim foram colhidas informações que confirmariam as alegações do contribuinte (contratos de prestação de serviço, bem como cópia dos comprovantes bancários. Apresentou também planilhas e relatórios dos serviços contratados.

Eis o teor da Informação Fiscal da diligência:

(...)

A empresa apresentou corretamente os arquivos digitais, a cópia das notas fiscais das empresas W/Realty e Infiniti e respectivos contratos de prestação de serviço, bem como cópia dos comprovantes bancários. Apresentou também planilhas e relatórios dos serviços contratados. Estes documentos não haviam sido disponibilizados anteriormente.

Em consulta aos sistemas informatizados da RF do Brasil verifiquei que houve retenção na fonte dos valores descontados nas notas fiscais emitidas pela empresa W/Realty , conforme solicitado pelo sr. Julgador.

Segue planilha que expõe toda a retenção sofrida pela prestadora e a declaração em DCTF da empresa GOCIL que evidencia o valor retido.

A conclusão que se chega é que a integralidade dos valores relativos aos serviços prestados sofreram retenção de IRF nos códigos 1708 e 5952.

Em relação às despesas de PAES e REFIS que foram por mim glosadas , apresentou os balanços anuais, entretanto não foram apresentados os livros fiscais.

4) DA ANÁLISE FISCAL

a) resposta ao item 79 do relatório de julgamento expedido pela primeira seção de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

A empresa apresentou documentos na impugnação (notas fiscais e contratos de prestação de serviços tomados). **Através destes foi possível verificar que houve retenção em fonte , conforme item 79. Segue anexo contendo as informações extraídas da DIRF e da DCTF.**

A empresa apresentou as notas fiscais ,o contrato de prestação de serviço e documentos atinentes à prestação de serviço respectiva.

b) Em relação às despesas com o REFIS e PAES , a documentação solicitada não foi apresentada , de modo que não foi possível obter uma resposta definitiva. A empresa apresentou apenas as demonstrações contábeis dos períodos passados , de forma que sem os livros fiscais respectivos não é possível obter uma resposta conclusiva.

Em relação a empresa INFINITI foi apresentado contrato de prestação de serviços de publicidade , cópia das notas fiscais e documentos atinentes à prestação de serviço respectiva.

5) ANEXOS

a) Cópia dos contratos de prestação de serviços firmados entre a empresa GOCIL e as empresas Infinity e W/Realty, às folhas 1448 a 1453 e 1881 a 1896;
b) Cópia das notas fiscais de prestação de serviços faturados pelas empresas Infinity e W/Realty , às folhas 1454 a 1559 e 1897 a 1938;

c) Cópia dos comprovantes de pagamento dos serviços tomados , às folhas 1454 a 1559 e 1897 a 1938;

d) Cópia das telas extraídas do sistema DIRF , que comprovam a efetividade do desconto, às folhas 2398 a 2401;

e) Relatórios e planilhas apresentados pelo contribuinte, que segundo o mesmo fizeram parte dos serviços prestados pelas empresas contratadas , às folhas 1560 a 1896 e 1939 a 2397;

f) Carta do contribuinte informando sobre a natureza dos serviços contratados , às folhas 2402 a 2406;

6) Ciência e manifestação do contribuinte

A empresa foi cientificada através dos correios com aviso de recebimento - AR para que, em 30 dias do recebimento deste, manifeste-se a respeito , podendo apresentar contrarrazões , documentos e quaisquer outros esclarecimentos que entender necessários.

7) CONCLUSÃO

Considerando que todas as indagações formuladas pelo iminente julgador, foram, salvo melhor juízo, respondidas satisfatoriamente , sugiro o encaminhamento do presente trabalho ao CARF para o regular

Nesse contexto, não se sustenta mais a versão dos fatos narradas no libelo fiscal. Os beneficiários foram identificados de forma tal que as retenções aconteceram; bem assim produziu-se na diligência prova bastante o suficiente para corroborar com a versão dos fatos defendida pelo contribuinte no sentido de não ter efetuado pagamentos a título de marketing de incentivo. E o fato da Infinit, por exemplo, poder ou não promover venda de cartão de premiação não desnatura o serviço realizado para a Recorrente (fls. 1560/1880).

Outrossim, as atividades prestadas pela Infinit não se incompatibiliza com o seu objetivo social, que tem como atividade principal o desenvolvimento de atividade e o marketing direto (fls. 629).

A Recorrente, na verdade, apresentou as notas fiscais de tomada de serviço (fls. 418/628) indicativas de serviços prestados de publicidade e propaganda (fls. 1448/1453), que na diligência se verificou que foi para criação e divulgação da marca “Gocil”, trabalho este desenvolvido através de ferramentas de marketing diversas que foram trazidas aos autos por ocasião também da diligência (fls. 1560/1880).

Já os serviços de terceiros constantes em diversas notas fiscais ficou constatado pelos documentos juntados (fls. 1448/1453) na diligência, se tratava de pagamentos a agentes quarterizados, tais como veículos de comunicação, gráficas, fábricas de brindes etc (fls. 1448/1453). Novamente não se colocou em dúvida tais documentos, nem sua vinculação.

No caso, a fiscalização para infirmar esse conjunto de provas teria que ter trazido algo mais substancial e não simplesmente descaracterizar as notas fiscais apresentadas originalmente apenas se baseando em uma hipótese fática: que a Infinit promoveria a venda de cartão de premiação.

Em relação a W/Realty a mesma situação se apresenta. Os pagamentos realizados para a W/Realty foram identificados (transferência bancária) e os impostos retidos (fls. 1897/1937 e 2398/2401).

O beneficiário foi perfeitamente identificado (W/Realty) e os pagamentos sofreram retenção na fonte.

Outrossim, as notas fiscais (fls. 631/657) dão conta da prestação de serviços de padronização e orientação educacional e profissional a seus funcionários da área de segurança, além de reorganizar a sua estrutura administrativa e comercial. Foi anexado aos autos, por ocasião da diligência os documentos de fls. 1881/1896, não infirmados pelo fiscal.

Também consta dos autos declarações de rendimentos dos exercícios 2007 a 2009 dando conta, diferentemente do que consignado pelo fiscal, que a prestadora de serviço (W/Realty) declarou tais prestações de serviços (fls. 1278/1321 e DIRF fls. 2398/2401);

Eis abaixo, em resumo, o conjunto das novas provas carreadas aos autos com a diligência e não colocadas em dúvida pelo fiscal e que, a meu ver, sustentam a tese do contribuinte, não havendo, portanto, que se falar em beneficiário não identificado e nem em pagamentos sem causa, e por consequência as despesas também seriam dedutíveis:

a) Cópia dos contratos de prestação de serviços firmados entre a empresa GOCIL e as empresas Infinity e W/Realty, às folhas 1448 a 1453 e 1881 a 1896; b) Cópia das notas fiscais de prestação de serviços faturados pelas empresas Infinity e W/Realty, às folhas 1454 a 1559 e 1897 a 1938;

c) Cópia dos comprovantes de pagamento dos serviços tomados, às folhas 1454 a 1559 e 1897 a 1938;

d) Cópia das telas extraídas do sistema DIRF, que comprovam a efetividade do desconto, às folhas 2398 a 2401;

e) Relatórios e planilhas apresentados pelo contribuinte, que segundo o mesmo fizeram parte dos serviços prestados pelas empresas contratadas, às folhas 1560 a 1896 e 1939 a 2397;

f) Carta do contribuinte informando sobre a natureza dos serviços contratados, às folhas 2402 a 2406;

Por todo esse contexto, também não há que se falar mais em pagamentos sem causa. Ou indedutibilidade de despesas.

Pelo exposto, dou provimento a este item.

Conforme consta do Termo de Verificação Fiscal, a Recorrente havia aderido aos regimes de parcelamento regulamentados pelas Leis nº 9.964/2000 e 10.684/03 (REFIS e PAES, respectivamente).

Apresentou o Demonstrativo Consolidado - REFIS e o Demonstrativo Consolidado - PAES dos débitos incluídos nos 2 parcelamentos especiais. Defendeu que as despesas financeiras pagas e registradas em despesas operacionais atendem as condições para a dedutibilidade por serem efetivas e necessárias às atividades da empresa.

O Fiscal suspeitou que a Recorrente poderia estar deduzindo tais débitos parcelados em duplicidade. E essa suspeita adveio, conforme bem colocado pela DRJ pela existência, apenas como exemplo, de um auto de infração, incluído no PAES, cujos valores lançados da ordem de mais de 35 milhões de Reais e referentes a períodos pretéritos (01/2000 a 06/2002) e, aparentemente, já lançados em contabilidade (folha de pagamento, GFIP-Guia de Recolhimento e de Informações à Previdência Social).

Confira o teor da decisão de piso a esse respeito:

Quanto à afirmação de que o Auditor não teria feito prova da duplicidade no registro das despesas, devemos destacar que o Auditor Fiscal assentou a existência do Auto de Infração 35.230.937-7, incluído no PAES, cujos valores lançados eram referentes ao período de 01/2000 a 06/2002, lançados em sua contabilidade (folha de pagamento, GFIP - Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência

Social), e cujos pagamentos ao PAES foram apropriados ao longo do período fiscalizado de 2005 a 2007. O crédito lançado do Auto de Infração foi de R\$ 31.993.175,95 (fls. 148 a 173).

67. Observe-se que o caso do Auto de Infração 35.230.937,7 citado pelo Auditor, além do efeito gerado, demonstrou a necessidade da apresentação da contabilidade do Contribuinte dos anos de 2000, 2001, 2002 e de 2003, através da qual seria possível verificar se os créditos tributários incluídos nos parcelamentos tinham sido ou não deduzidos em períodos anteriores. Sem essa conferência, não haveria como aceitar as deduções que o Contribuinte fez, mesmo sem o exemplo do Auto de Infração 35.230.937-7, mas principalmente após ele ter sido apresentado.

68. Lembre-se que o Contribuinte foi intimado e reintimado a apresentar a contabilidade citada, dando-se conhecimento não só dos elementos solicitados como do motivo e das conseqüências de seu não atendimento, mas ela não foi apresentada à Fiscalização, tampouco apresentada com a Impugnação.

Ora, nesse contexto, o fiscal nada mais fazia do que cumprir o seu dever legal de se certificar que tais débitos parcelados tinham sido ou não já deduzidos em períodos anteriores pelo regime normal de competência. Por outro lado, ao contribuinte cabe manter em boa forma a sua escrituração contábil e fiscal.

Nesse passo, discrepante a sua justificativa de que os comprovantes dos pagamentos e a composição das parcelas estão registrados ou arquivados na própria Receita Federal e a sua obtenção poderia ter sido realizada de ofício.

De toda sorte, embora a diligência não tenha se prestado originalmente a dar uma nova oportunidade da recorrente fazer essa prova, já que o ônus seria seu, como foi necessário fazê-la em função das outras infrações, terminou-se por oportunizar mais uma vez que a Recorrente abrisse sua contabilidade para que a fiscalização descartasse essa hipótese de aproveitamento em duplicidade.

Eis os termos da solicitação de diligência:

(...) oportunizar à Recorrente que prove através de sua contabilidade se de fato os pagamentos do PAES e Refis glosados não foram mesmo deduzidos de exercícios anteriores como suspeitou a fiscalização em função da falta do cumprimento por parte do contribuinte das solicitações feitas anteriormente pela fiscalização..

Mas, parece que novamente a Recorrente não soube aproveitar a oportunidade, demonstrando na verdade que de fato estaria a se aproveitar das deduções desses débitos tributário que foram parcelados, em duplicidade.

Eis os exatos termos do retorno de diligência:

b)Em relação às despesas com o REFIS e PAES , a documentação solicitada não foi apresentada , de modo que não foi possível obter uma resposta definitiva. A empresa apresentou apenas as demonstrações contábeis dos períodos passados , de forma que sem os livros fiscais respectivos não é possível obter uma resposta conclusiva.

As despesas admitidas pela legislação tributária como dedutíveis na legislação do imposto de renda, além de limitarem-se àquelas que integram a escrituração contábil dos contribuintes, encontram outras limitações prescrita na legislação. E uma delas é que a dedutibilidade dos tributos se dá como regra geral pelo regime de competência e não pelo regime de caixa, como quer fazer crer a Recorrente quando no seu recurso exclama pela impertinência da suspeita da fiscalização invocando o fato de que “não teria pago os tributos como poderia tê-lo então deduzido?”

A resposta a essa indagação ingênua está estampada no art. 344 do RIR/1999:

Art. 344. Os tributos e contribuições são dedutíveis, na determinação do lucro real, segundo o regime de competência (Lei nº 8.981, de 1995, art. 41).

(...)

Em sua manifestação de inconformidade contra a conclusão da diligência a Recorrente de forma não convincente afirma que:

(...) vem informar que discorda da afirmação de que não é possível obter uma resposta conclusiva acerca as despesas com REFIS e PAES.

Com efeito, a recorrente apresentou balanços se vê que claramente que não houve qualquer aproveitamento passado das despesas decorrentes de pagamentos de REJAIS e Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001 PAES, sendo certo que caberia ao Fisco provar fato contrário, o que por si só se mostra impossível devido a decadência do período.

Ora, os balanços contábeis são instrumentos que apresentam informações resumidas e globais não sendo hábeis para a verificação que se requer. No caso, teria que ter sido apresentado os livros mais analíticos como o Diário, Razão, Livros Fiscais etc, o que não foi o caso.

Pelo exposto, mantenho este item da autuação.

MULTA QUALIFICADA

A única infração remanescente foi a relativa a glosa de despesas tidas como deduzidas em duplicidade em relação aos tributos parcelados.

A DRJ manteve a qualificação, nos seguintes termos:

MULTA AGRAVADA

107. Sobre a multa qualificada, entendo que foi corretamente aplicada para o caso, levando-se em conta o que consta dos autos e a conduta descrita, seja pela não apresentação da documentação como pelo lançamento dos valores relativos ao período de 01/2000 a 06/2002 lançados nos anos fiscalizados de 2005 a 2007, conforme exigido pela legislação.

Não vejo configurado a fraude ou dolo específico no caso concreto. Trata-se apenas de lançamento fiscal onde se presumiu a glosa em duplicidade por conta da existência de um auto de infração que em princípio já teria sido deduzido em exercícios anteriores. No caso, por esse fato, bem assim aliado à existência de uma previsão legal dando conta de uma regra geral de que os tributos são dedutíveis pelo regime de competência, inverteu-se o ônus da prova. A Recorrente teria que provar na contabilidade que tais deduções não teriam sido feitas em duplicidade. E como se vê, trata-se então de questão de prova que a Recorrente não se desincumbiu a contento, bem longe, portanto, do campo de ter sido provado fraude ou dolo por parte da Recorrente.

Em síntese, não está provado o dolo específico pedido pelo caput dos artigos 71, 72 e 73 da lei nº 4.502, de 1964, elemento necessário para a qualificação da multa de ofício.

Nesse contexto, desqualifico a multa sobre a infração remanescente, reduzindo-a do patamar de 150% para 75%.

Multa confiscatória

Sobre a arguição de ser confiscatória a multa aplicada, cumpre gizar que ao julgador administrativo, que se encontra totalmente vinculado aos ditames legais, mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN), não é dado apreciar questões – como a de que a multa fiscal seria confiscatória – que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal válido e vigente. Tal prática encontra óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Legalidade dos Juros de Mora

Em relação aos juros de mora, determina a legislação que sobre os débitos pagos fora de prazo, independente de qualquer causa, incidirão eles a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. Não cabe, portanto, a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-los, encontrando óbice, inclusive nas Súmula nº 4 do CARF, in verbis:

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.

INCONSTITUCIONALIDADE

Quanto às alegações de ofensa a princípios constitucionais, cabe esclarecer que a autoridade administrativa é vinculada a lei válida e vigente, não cabendo a este órgão

Processo nº 19515.002593/2010-57
Acórdão n.º 1401-001.355

S1-C4T1
Fl. 2.439

do Poder Executivo deixar de aplicá-las, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste Conselho (atual Primeira Sessão do CARF):

Súmula 1ºCC nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de nulidade, afasto a decadência e, no mérito, DOU provimento parcial ao recurso para cancelar as infrações envolvendo a glosa de despesas com a W/REALTY e INFINITI, o IRRF sobre pagamentos a beneficiários não identificados; bem assim para desqualificar a multa de 150% para 75%, sobre a glosa de despesas referentes aos pagamentos do PAES e REFIS que foram mantidos.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto