



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

Processo n° 11543.000930/2003-01
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-005.217 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de abril de 2016
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE
Recorrente CARLOS LIMA CONSTRUTORA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Período de apuração: 31/05/1998 a 31/12/2001

ENQUADRAMENTO LEGAL. ERRO. INOCORRÊNCIA

Tendo sido constatado a ocorrência de pagamentos a terceiros e a diretores sem que houvesse a comprovação da operação ou da causa do repasse, é correta a exigência do IRRF com base no § 1.º do art. 61 da Lei n.º 8.981/1995 e no § 1.º do art. 674 do RIR.

CONTRATOS DE MÚTUOS. JUNTADAS DE RECIBOS SEM MENÇÃO A EMPRÉSTIMO. FATOS NÃO CONTABILIZADOS. CARÊNCIA DE FORÇA PROBANTE.

Não devem ser aceitos os recibos de supostas parcelas repassadas a título de contrato de mútuo, posto que tais documentos não fazem qualquer menção a empréstimo, além de inexistirem os registros contábeis dos pagamentos efetuados pela empresa aos sócios por esta causa.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculada sobre o tributo não recolhido, quando demonstrada a presença de dolo na conduta do contribuinte.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 31/05/1998 a 31/12/2001

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE.

A prescrição intercorrente não é aplicável ao processo administrativo fiscal, a teor da Súmula CARF n.º 11

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/05/1998 a 31/12/2001

AUTUAÇÃO COM BASE EM DOCUMENTOS APREENDIDOS. DISPONIBILIZAÇÃO DESTES PARA O CONTRIBUINTE NO PRAZO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO.

Inexiste prejuízo ao direito de defesa do sujeito passivo quando a Administração lhe fornece acesso aos documentos apreendidos no prazo de defesa relativo a auto de infração lavrado com base na referida documentação.

PEDIDO DE PERÍCIA. DILIGÊNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar a realização de diligências e perícias apenas quando entenda necessárias ao deslinde da controvérsia.

PEDIDO DE PERÍCIA. FALTA DE CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS. INDEFERIMENTO.

Será indeferido o pedido de perícia formulado sem que sejam mencionados os quesitos acerca da matéria controvertida e feita a indicação do perito.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade do lançamento e da prescrição intercorrente e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Ronaldo de Lima Macedo - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ronaldo de Lima Macedo, João Victor Ribeiro Aldinucci, Marcelo Malagoli da Silva, Marcelo Oliveira, Ronnie Soares Anderson, Kleber Ferreira de Araújo, Wilson Antonio de Souza Corrêa e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo acima identificado contra decisão que declarou improcedente a sua impugnação apresentada para desconstituir o Auto de Infração que integra o presente processo.

Observe-se que a decisão recorrida foi exarada para substituir acórdão anulado pelo CARF por falta de enfrentamento de alegação nulidade por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

O lançamento em questão refere-se à exigência do Imposto Sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF incidente sobre pagamentos efetuados ou recursos entregues pela autuada a terceiros ou sócios, não contabilizados e sem comprovação da operação ou a sua causa.

As infrações constatadas na ação fiscal e que deram ensejo à lavratura em tela foram minuciosamente descritas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 15.994/16.328 e podem, conforme excerto do relatório da decisão *a quo*, ser assim sintetizadas:

"a) cheques emitidos pela PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDRO CANÁRIO, nominais à interessada, escriturados como ingressados em seu CAIXA, porém depositados/pagos a terceiros beneficiários, como demonstrado no item 2.5 do Termo de Verificação Fiscal (fls. 16134/16140);

b) cheques do BANESTES S/A, de titularidade da própria interessada, escriturados como ingressados em seu CAIXA, porém depositados/pagos a terceiros beneficiários, como demonstrado no item 2.6.2 do referido Termo (fls. 16156 e 16158);

c) cheques nos 2588 e 2590, do BANCO SANTOS NEVES S/A, de titularidade da própria interessada, escriturados como ingressados em seu CAIXA, porém depositados/pagos a terceiros beneficiários, como demonstrado nos itens 2.6.3 e 3.3.5.2 do referido Termo (fls. 16158/16166 e fls. 16256/16264);

d) valor relativo à venda de 30.000.000 de ações preferenciais nominativas da ELETROBRÁS, escriturado como ingressado no CAIXA da interessada, transferido, porém, diretamente para a conta do acionista e Diretor-Presidente, Sr. CARLOS GUILHERME LIMA, como demonstrado no item 3.3.5.3 do referido Termo (fls. 16266/16274);

e) cheques do BANCO SANTOS NEVES S/A, de titularidade da própria interessada, escriturados como se tivessem quitado obrigações junto às empresas PIOMAR, PAVICON, IMPACTO e CONSULTIME, porém, como relatado nos itens 2.6.3, 3.3.5.1 e 3.3.5.2 do Termo de Verificação Fiscal, esses cheques foram depositados/pagos a terceiros beneficiários;

f) verificação, no movimento financeiro efetivo da interessada, da existência de beneficiários não identificados na contabilidade (somente identificados através de cópias de cheques obtidas judicialmente), bem como de pagamentos efetuados e recursos entregues a terceiros ou acionistas (diretores), contabilizados ou não, sem comprovação da operação ou da sua causa (motivo jurídico lícito) e sem a devida retenção do imposto de renda exclusivamente na fonte;

g) não identificação, na escrituração contábil, dos beneficiários de alguns pagamentos realizados por cheques/ordens bancárias;

h) escrituração desses cheques/ordens de pagamentos como ingressados no CAIXA da interessada dissociada de fatos reais, tendo havido efetiva e real transferência de recursos da interessada para terceiros beneficiários de forma desacobertada, configurando pagamentos sem comprovação da operação ou da sua causa, isto é, sem motivo jurídico lícito indicado;

i) os terceiros beneficiários dos cheques de emissão da interessada não constam como destinatários de pagamentos realizados em seus livros contábeis."

A base de cálculo consta do demonstrativo de fls. 16.282/16.288 e contempla os pagamentos efetuados pela interessada a beneficiários não identificados na contabilidade, e sem causa, os quais se sujeitaram à incidência do imposto exclusivamente na fonte à alíquota de 35% (trinta e cinco por cento), conforme legislação vigente na data do lançamento.

Cientificado do lançamento em 25/03/2003, o sujeito passivo impugnou o lançamento com a peça de fls. 16466/16552, instruída com os documentos de fls. 16.554/16.816 e 16.821/16.838.

A DRJ declarou improcedente a impugnação e manteve integralmente a exigência.

Inconformado com a decisão, o sujeito passivo apresentou recurso de fls. 17.868/17.901, no qual, em síntese, lançou as seguintes alegações:

a) consumou-se a prescrição intercorrente, haja vista que entre o prazo da ciência do auto de infração e a data da interposição do presente recurso já transcorreram mais de cinco anos;

b) a retenção de livros e documentos pela autoridade administrativa no prazo para apresentação de defesa contra auto de infração lavrado em seu desfavor, representa claro atropelo aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Tal fato conduz a nulidade da lavratura fiscal;

c) a realização de perícia ou de diligência apresenta-se imprescindível para solução da contenda, mormente porque o contribuinte não conseguiu comprovar determinados fatos em razão da apreensão dos seus documentos;

d) há interesse da empresa em justificar a procedência e causa dos pagamentos tributados, todavia, essa tarefa mostra-se impossível de ser realizada sem que lhe seja dada a posse dos documentos apreendidos;

e) não foram levados em conta os recibos de repasses à empresa pelos sócios a título de mútuo, os quais justificariam os pagamentos sem causa;

f) outra causa suficiente a nulificar o auto foi o enquadramento legal discrepante da realidade, fato que foi minimizado e relativizado pela decisão *a quo*, numa clara ofensa à legislação, à jurisprudência e à doutrina pátrias;

g) se o fisco tivesse juntado ao processo os contratos de mútuo, estes em conjunto com os cheques e recibos demonstrariam que vários pagamentos teriam causa determinada;

h) pode-se verificar à fl. 58 diversas operações que, mesmo não corretamente contabilizadas, podem ser devidamente justificadas, por explicações e também por documentos, claro, se foram disponibilizados à recorrente;

i) da mesma forma, as operações tratadas no item 102 (alíneas "a" a "i") da decisão recorrida somente não foram comprovadas em razão da apreensão dos documentos do contribuinte e devolução apenas parcial;

j) todos os lançamentos efetuados a débito da conta caixa, no período de 1998 a 2002, foram reconhecidos e levados à tributação, conforme já comprovado em relatório de recolhimento de tributos;

k) é inadmissível que o empréstimo contraído junto ao BNDES seja declarado insubsistente, lançando-se os valores correspondes como receitas para fins de tributação;

l) não há fundamentação legal que dê guarida a desconsideração do empreendimento/empréstimo, nem no lançamento, tampouco na decisão atacada;

m) no bojo do processo administrativo n.º 11543.000931/2003-48, a empresa procedeu à recomposição da conta caixa e demonstrou que todos os valores foram apresentados à tributação;

n) o lançamento tem que estar fundado em fatos, jamais nas falhas por ventura existentes na escrita contábil;

o) a própria decisão recorrida menciona não saber ao certo que fatos deram origem à lavratura, assim também seria incerta a ocorrência de fraude e por decorrência improcedente a imposição de multa qualificada. É este o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência administrativa, conforme decisões transcritas;

p) admite a multa majorada apenas quando o fisco consegue demonstrar claramente o intuito de fraude, devendo-se ser excluída na situação em que não há clareza quando à conduta dolosa do sujeito passivo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Admissibilidade

A ciência da decisão recorrida deu-se em 23/02/2012 (fl. 17.867), tendo o recurso sido apresentado em 21/03/2012 fl. 17.868, portanto dentro do trintídio legal. Por atender também ao requisito de legitimidade, merece conhecimento.

Prescrição intercorrente

Embora não alegada em sede de primeira instância, a prescrição, por ser matéria de ordem pública, não é alcançada pela preclusão processual, merecendo enfrentamento.

Suscita o sujeito passivo a perda do direito da Fazenda exigir o crédito em razão de já haver transcorrido mais de cinco anos entre a ciência da lavratura e a apresentação da peça recursal. Assim teria se consumado a propalada prescrição intercorrente.

Sobre esse tema já há entendimento sedimentado na jurisprudência desse Tribunal, o qual está enunciada na seguinte súmula:

"Súmula CARF nº 11: Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal."

Por força do "caput" do art. 72 do Regimento Interno do CARF, inserto no Anexo II da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015, os membros deste Conselho obrigatoriamente devem seguir os comandos emanados das súmulas, por isso, devemos afastar a suscita prescrição intercorrente.

Atropelo aos princípios da ampla defesa e do contraditório

O sujeito passivo suscita nulidade no lançamento por entender que a retenção de livros e documentos pela autoridade no prazo estabelecido para apresentação da impugnação violaria os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Sobre este ponto do recurso, cabe trazer à baila que a recorrente no prazo de defesa ajuizou mandado de segurança com pedido de liminar, buscando obter a suspensão dos prazos para impugnar os autos de infração lavrados pela RFB vinculados à busca e apreensão efetuada pela Polícia Federal, até que os documentos lhe fossem devolvidos definitivamente.

O MS foi julgado improcedente no mérito. Diante dessa busca ao Poder Judiciário para suspender os prazos processuais administrativos e devolução dos documentos pelo contribuinte, a DRJ entendeu que haveria concomitância entre a postulação judicial e a alegação de cerceamento ao direito de defesa em razão da apreensão dos documentos.

O CARF por vislumbrar que os objetos dos pedidos judicial e administrativo não coincidiam, anulou a decisão de primeira instância por cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo.

Na nova decisão, ao apreciar esta preliminar a DRJ não a acatou, justificando o seu entendimento no fato do Delegado da RFB haver franqueado à empresa autuada a documentação, a qual se recusou a receber, alegando que somente uma autorização judicial poderia determinar a devolução dos documentos. Afirma-se que, ainda assim, a repartição fazendária, para evitar qualquer prejuízo ao direito do defesa do sujeito passivo, disponibilizou para consulta e cópia todos os documentos que serviram de base para a lavratura do presente débito.

Com essa breve narrativa dos fatos já é plenamente possível visualizar que a administração tributária não pôs qualquer obstáculo para que a empresa pudesse, a partir dos documentos que deram ensejo a lavratura, exercer o seu direito de defesa com amplitude e a se pronunciar sobre cada ponto tratado no Termo de Verificação Fiscal e nos outros anexos do auto de infração.

Ora, como pode a empresa alegar esse obstáculo se o chefe da repartição da RFB inicialmente determinou a devolução dos documentos em questão e, diante da recusa do sujeito passivo em recebê-los, franqueou vista a toda a documentação com possibilidade de extração de cópias?

De fato, essa alegação de nulidade em razão de cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório, não encontra qualquer amparo nos autos, devendo ser afastada.

Diligência e perícia

O sujeito passivo sugere a realização de diligência/perícia, para que se investigue melhor sobre a ocorrência dos fatos geradores, haja vista não ter tido acesso à documentação em que se fundamentou a lavratura.

Acerca da realização de diligências e perícias, o Decreto n.º 70.235/1972 assim dispõe:

"Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)"

À luz das normas transcritas já podemos concluir que o pedido de perícia deve ser indeferido de plano, eis que não houve a formulação dos quesitos necessários à feitura do procedimento, tampouco os dados relativos ao perito que acompanharia a realização da perícia técnica.

Quanto à diligência também não vejo como acolher esse pedido. No processo administrativo fiscal vigora o princípio do livre convencimento motivado. Segundo o qual a autoridade julgadora tem liberdade para adotar a tese que ache mais adequada a solução da contenda, desde o que o faça com a devida motivação.

É o que dispõe o art. 29 do mesmo Decreto:

"Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias."

Nesse sentido, somente à autoridade que preside o processo é dado determinar a realização de perícias e diligências caso ache necessárias. Não está o julgador obrigado a deferir pedidos de dilação probatória se os elementos constantes nos autos já lhe dão o convencimento suficiente para emissão da decisão.

Assim, sendo a prova dirigida a autoridade julgadora, é essa que tem a prerrogativa de determinar ou não a sua produção. No caso sob comento, tenho que concordar com a decisão original, quando se afirma que o relato do fisco e os documentos colacionados permitem concluir pela ocorrência da infração.

Atente-se para o fato de que a documentação que o sujeito passivo alega não ter tido acesso lhe foi disponibilizada, quando a repartição fazendária lhe facultou o acesso aos documentos que lastrearam a lavratura, inclusive com a possibilidade de retirar cópias.

De se concluir, então, que devem ser indeferidos os pedidos para realização de perícia técnica e diligência fiscal.

Causas dos pagamentos

Afirma a empresa que não lhe foi dada a oportunidade de comprovar a causa dos pagamentos que deram ensejo ao AI. Vejo que esta assertiva não condiz com a realidade dos autos.

Ao ser intimada mediante o termo de fls. 8.785/8.800 a apresentar extratos bancários e cheques para subsidiar a análise da sua contabilidade, a recorrente alegou que estaria desobrigada de apresentar tais elementos, posto que acobertados pelo sigilo bancário.

Todavia, com respaldo em decisões judicial e administrativa, a autoridade lançadora conseguiu identificar os verdadeiros beneficiários dos pagamentos, comprovando-se que os registros contábeis foram efetuados em descompasso com os fatos constatados, isto é, a contabilidade foi alimentada com operações fictícias, cujo objetivo foi o de encobrir o endosso de cheques visando ao favorecimento de terceiros beneficiários, acionistas ou sócios, não indicados em sua escrita.

Portanto, ainda durante o procedimento fiscal, a empresa não atuou no sentido de esclarecer os fatos, mas de dificultar o trabalho do fisco, deixando de fornecer informações essenciais para o trabalho de auditoria, fato que demonstra que o seu

inconformismo quanto à impossibilidade de comprovar a aplicação dos recursos que deram ensejo ao lançamento questionado carece de razão.

Enquadramento legal

Outro argumento trazido no recurso é que, uma vez identificados os beneficiários dos pagamentos, mesmo não tendo sido contabilizadas as operações, não caberia mais a argumentação de que seriam pagamentos a terceiros não identificados. Portanto, a descrição dos fatos e enquadramentos legais estariam incorretos.

Observa-se que o dispositivo legal que fundamentou a lavratura foi o § 1.º do art. 61 da Lei n.º 8.981/1995:

" 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 (art. 674, "caput", do RIR/1999).

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa (art. 674, § 1º, do RIR/1999), bem como à hipótese de que trata o § 2º do art. 74 da Lei 8.383, de 1991."

Também foi mencionado o § 1.º do art. 674 do RIR:

"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 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61).

§1ºA 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 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, §1º)."

A contradição apontada no recurso ampara-se no fato do fisco haver mencionado a existência de beneficiário não identificado, todavia, haver efetuado o enquadramento da infração no § 1.º do art. 61 da Lei n.º 8.981/1995 e no § 1.º do art. 674 do RIR, posto que estes dispositivos somente têm aplicação quando os beneficiários são identificados, porém sem comprovação da causa do pagamento.

Vejo que o inconformismo da recorrente não procede.

Acertadamente o fisco mencionou como uma das infrações verificadas na ação fiscal a existência de beneficiários não identificados na contabilidade. De fato, os registros contábeis foram efetuados a débito da conta "Caixa", quando na verdade tratava-se de repasse de recursos a sócios e outras pessoas, conforme demonstrado pelas cópias dos cheques obtidas posteriormente.

Não suscita maiores dúvidas a constatação de que a aplicação dos recursos foi direcionado para pessoas físicas/jurídicas, sem que se pudesse identificar tais beneficiários pela análise da contabilidade da recorrente. Então, não se pode afirmar ter havido falsa narrativa por parte do fisco.

Todavia, com a identificação das pessoas para as quais foram carreados os recursos da empresa, o enquadramento legal mais acertado para exigência do IRRF são § 1.º do art. 61 da Lei n.º 8.981/1995 e no § 1.º do art. 674 do RIR, haja vista que restou configurada o repasse de valores sem comprovação da operação ou causa do pagamento.

Ressalve-se que, mesmo que houvesse alguma falha no enquadramento legal, tal fato não seria motivo a macular o lançamento, pois é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o contribuinte se defende dos fatos que lhe são imputados e não do enquadramento legal. É isso que se pode ver do Acórdão n.º 3403-003.541, de 24/02/2015, assim ementado:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1998, 2000, 2001, 2002, 2003

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMISSIBILIDADE.

A omissão de ponto sobre o qual a turma de origem deveria ter se manifestado rende ensejo aos embargos de declaração.

TEMPESTIVIDADE DO RECURSO PROVADA NOS AUTOS E DECIDIDA EM SENTENÇA MANDAMENTAL QUE DETERMINOU O CONHECIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

O CARF não pode ignorar decisão judicial na qual ficou decidido que o recurso do contribuinte era tempestivo para proferir novo acórdão declarando a intempestividade.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RELATOR ORIGINÁRIO QUE NÃO MAIS INTEGRA O COLEGIADO. INEXISTÊNCIA DE CONSELHEIRO NA TURMA DE ORIGEM QUE TENHA PARTICIPADO DO JULGAMENTO DO ACÓRDÃO EMBARGADO.

A inexistência, na turma de origem, de conselheiro que tenha participado do julgamento do acórdão embargado obsta a aplicação do art. 49, § 7º do RICARF e determina o sorteio do processo a novo relator, uma vez que a designação de ad hoc, neste caso, implicaria o direcionamento do processo a determinado conselheiro, sem amparo naquele dispositivo regimental.

NULIDADE. ACÓRDÃO DA DRJ. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE PERÍCIA.

Não acarreta nulidade do acórdão de primeira instância o indeferimento motivado na desnecessidade do pedido de perícia, mormente quando se constata que a perícia é realmente desnecessária, em razão da resposta aos quesitos formulados tratarem de matéria que se encontra no âmbito da competência funcional dos auditores-fiscais da Receita Federal, não requerendo para seu deslinde o conhecimento de um expert.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. INDICAÇÃO DE INCISO INEXISTENTE EM DISPOSITIVO LEGAL. FALTA DE INDICAÇÃO DO INCISO DO ART. 149 DO CTN QUE FUNDAMENTA A REVISÃO DE OFÍCIO DO LANÇAMENTO.

Os lapsos manifestos cometidos na indicação de dispositivos legais não eivam de nulidade o lançamento de ofício, pois é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o contribuinte se defende dos fatos que lhe são imputados e não do enquadramento legal.

REDARF. ERRO MATERIAL COMETIDO NO PREENCHIMENTO DOS CÓDIGOS DE ARRECADAÇÃO. OPÇÃO PELA TRIBUTAÇÃO DO IRPJ COM BASE NO LUCRO REAL. DARF PREENCHIDO COM CÓDIGO DE ARRECADAÇÃO DO IRPJ LUCRO PRESUMIDO.

Compete exclusivamente à autoridade administrativa do domicílio do contribuinte o juízo quanto à existência de erro cometido no preenchimento dos DARF por meio dos quais foi exercida a opção pelo regime de tributação do IRPJ. O CARF não tem competência nem para apreciar o pedido de retificação de DARF, nem para reformar o indeferimento da retificação negada pela Administração e muito menos para ordenar que a autoridade administrativa efetue a retificação à vista de documento juntados a este processo.

CONFISSÃO DE DÍVIDA. DECLARAÇÃO PAES. RENÚNCIA TÁCITA AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

A confissão irretratável do débito de PIS apurado de ofício, configura renúncia tácita ao recurso voluntário a teor do art. 78 do RICARF. Entretanto, existência de períodos de apuração em que o débito apurado de ofício excedeu o valor confessado na declaração PAES, obriga o colegiado a analisar todos os argumentos de defesa.

CONFISSÃO DE DÍVIDA NO PAES NO CURSO DA AÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTAS. REDUÇÃO.

A confissão do tributo apurado de ofício após o termo de início de ação fiscal, mas antes da ciência do auto de infração, não impede e nem afasta o lançamento de ofício. Também não exclui e nem permite a redução da multa de ofício com base no art. 1º, § 7º, da Lei nº 10.684/2003, uma vez que os débitos não estavam constituídos na data da opção e a multa não foi consolidada no processo de parcelamento.

Embargos da autoridade administrativa acolhidos para conhecer do recurso voluntário e no mérito negar-lhe provimento." (grifos nossos)"

Este argumento, portanto, não merece prosperar.

Supostos contratos de mútuo

Às fls. 16.765/16.816 foram juntados recibos de supostos repasses de parcelas de contratos mútuos efetuados entre os diretores Carlos Guilherme Lima, Marcelo de Abreu Lima e Carlos Guilherme de Abreu Lima e a empresa. Tais documentos comprovariam a causa dos repasses de recursos a estas pessoas.

A meu ver essas provas não são hábeis a comprovar a existência dos contratos de mútuo. Vejo que nos recibos não se fez qualquer referência a natureza dos pagamentos, bem como não foram acostados os extratos de conta corrente da empresa com indicação do crédito dos referidos depósitos. Ressalte-se que no corpo dos recibos menciona-se que os valores seriam creditados em conta bancária de titularidade da pessoa jurídica, assim, bastava ter sido feita a juntada dos extratos bancários para comprovação do efetivo pagamento.

Por outro lado, como bem mencionado na decisão de primeira instância, não há na contabilidade qualquer lançamento referente a contrato de mútuo entre a empresa e seus diretores, tampouco pagamentos efetuados aos sócios a título de quitação do mútuo.

Para que a alegação de que os pagamentos se referiam a contratos de mútuo pudesse ser acatada, a escrita contábil teria que abrigar os lançamentos referentes a esses fatos, inclusive com segregação dos pagamentos por pessoa beneficiária, de modo que pudesse permitir a verificação da quantia envolvida no mútuo e a correspondente devolução dos valores com os acréscimos contratuais correspondentes.

Não se trata de mero erro contábil, como afirma a recorrente, mas de omissão de operações que poderiam fazer prova a favor da empresa. A inexistência dos registros contábeis retira a força probante dos recibos acostados, os quais, diga-se de passagem, sequer mencionam tratarem-se de parcelas de contrato de mútuo.

Assim, mesmo que tivessem sido carreados aos autos os contratos supostamente retidos na busca e apreensão, estes não seriam hábeis a comprovar as operações, diante da falta de escrituração dos pagamentos.

As infrações que ensejaram a autuação

Dentre as acusações do fisco verifica-se a contabilização de pagamentos fictícios às empresas Pavicon, Piomar, Impacto e Consultime, os quais foram lastreados em documentos fiscais comprovadamente falsos. Sobre essa acusação específica a recorrente não se contrapôs, sendo matéria incontroversa.

Verificou-se também o registro contábil de recebimento de cheques a débito da conta "Caixa", quando se comprovou cabalmente, com base em cópias dos cheques, que os valores ingressaram em contas correntes de terceiros beneficiários e de diretores.

Não tenho receio de afirmar que o fisco comprovou de maneira inquestionável que a contabilidade da empresa não refletiu a sua realidade econômica financeira e que foi maquiada mediante artifícios dolosos que permitiram o desvio de recursos da pessoa jurídica para diretores e terceiros.

Acerca das fraudes verificadas nos contratos de financiamento firmados pela autuada e seu diretor Carlos Guilherme Lima junto ao BNDES/BSN/FINAME, estas foram

descritas minuciosamente no Relatório de Perícia Documental, Contábil e Financeira (fls. 10625/10863), o qual foi requerido pelo Ministério Público e serviu de base para a denúncia ofertada no processo judicial n.º 2002.50.01.0066255.

No Termo de Verificação Fiscal essa questão foi tratada em tópico específico denominado "**Da movimentação financeira efetiva dos recursos do BNDES**", onde são narrados todas as conclusões acerca dos desvios de recursos, as quais se encontram respaldadas em elementos constantes dos autos, tais como cópia de cheques, notas fiscais "frias", escrituração fictícia, dentre outros.

Das irregularidades verificadas em todos os repasses do contrato de financiamento com o BNDES, constata-se a movimentação de recursos para contas de terceiros/diretores, as quais deram ensejo ao lançamento.

Nesse sentido, a menção ao desvio de recursos captados no financiamento consta dos autos foi feita com o fim de dar suporte à acusação de pagamentos sem comprovação da operação ou causa dos repasses, mas não no intuito de desconsiderar o contrato firmado com o banco de fomento, como quis fazer crer o sujeito passivo.

Por isso, deve ser afastado o argumento de que teria havido a omissão da fundamentação legal que deu ensejo à desconsideração do contrato de financiamento.

Multa qualificada

Quanto à qualificação da multa de ofício (150%), cabe examinar o artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, sua base legal:

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; II de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no anocalendarário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 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.

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de

intimação para:

I prestar esclarecimentos; II apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991; III apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

(...)

Diante da remissão realizada pelo artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 e do enquadramento legal apontado pela fiscalização no Termo de Verificação Fiscal, cabe reproduzir o conteúdo do artigo 71 da Lei nº 4.502/1964, que trata de situações ensejadoras de aplicação da multa de ofício qualificada em 150%:

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.

O autos revelam que a aplicação da multa qualificada deu-se pelo fato da fiscalização haver constatado a ocorrência de evidente intuito de fraude decorrente do repasse de recursos para terceiros/diretores com contabilização totalmente dissociada das operações efetivamente realizadas, além de utilização de documentos falsos para dar suporte a lançamentos contábeis de pagamentos fictícios por serviços prestados/materiais.

Sem dúvida, a conduta da empresa amolda-se à prática de sonegação prevista no art. 71 da Lei nº 4.502/1964, sendo cabível a imposição da multa qualificada no patamar de 150%.

Conclusão

Voto por afastar a preliminar de nulidade do lançamento e a prescrição intercorrente e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo.