



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

Processo nº 10166.724561/2014-72
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-002.069 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente LPS BRASILIA- CONSULTORIA DE IMOVEIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011

TEMPESTIVIDADE.

Sem que haja intimação válida e eficaz conforme o art. 23. do Decreto 70.235/72, considera-se válida a intimação somente a partir do momento em que o contribuinte toma ciência do conteúdo do Acórdão de forma eficiente com a abertura de sua caixa postal, não basta a sua remessa na forma de comunicado (documento com caráter meramente informativo, sem trava de funcionamento do sistema), já que este procedimento prejudica de certa maneira a ciência eficiente do contribuinte, quanto ao início do prazo recursal.

IRRF. FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA. NÃO CABIMENTO.

Não há fundamentos para exigir da Recorrente qualquer valor a título de IRRF, pois na situação fática versada nos autos não se trata de pagamentos a profissionais autônomos que tenham recebido por serviços prestados. A Recorrente não é contribuinte ou responsável tributária relativamente às obrigações principais ou mesmo IRRF. Razão pela qual, impossível dela exigir o pagamento do crédito tributário em questão.

Quanto a aplicação da multa prevista no inciso I do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96, a que faz remissão o artigo 9º da Lei n.º 10.426/02, com as alterações constantes da Lei n.º 1.488/200, entendo que ela somente é aplicada quando exigida juntamente com o imposto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo Dos Santos Mendes, Jose Roberto Adelino da Silva, Abel Nunes de Oliveira Neto, Livia de Carli Germano, Daniel Ribeiro Silva, Ailton Neves da Silva e Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa.

Relatório

Conta a empresa LPS BRASILIA- CONSULTORIA DE IMOVEIS LTDA foi lavrada a autuação de fls. 2 a 13o recolhimento de crédito tributário no montante de R\$ 63.975.601,76, consistente em multa regulamentar e juros de mora em razão do não recolhimento de IRRF.

Conforme o Relatório Fiscal de folhas 151 a 207, a multa seria devida em decorrência de falta de retenção na fonte de imposto ou contribuição, cujos fatos geradores teriam ocorrido entre 01/01/2010 e 31/12/2011. Enquadramento Legal: art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, com a redação dada pelo art. 16 da Lei nº 11.488, de 2007. Acrescido de Juros de Mora exigidos isoladamente por falta de recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte. Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2010 e 31/12/2011, nos termos dos artigos 843 e 953 do Decreto nº 3.000, de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99).

Na motivação dos lançamentos, extraem-se as observações e argumentos resumidos adiante:

A ação fiscal teve início para verificar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas às contribuições previdenciárias. Porém, no decorrer dos trabalhos, constatou a Fiscalização que a contribuinte não reteve na fonte e nem recolheu o imposto sobre a renda da pessoa física referente às remunerações pagas, devidas ou creditadas a título de comissão de venda aos profissionais corretores de imóveis e demais pessoas físicas que prestaram serviços no período fiscalizado.

Da análise dos documentos obtidos por meio dos procedimentos fiscais em especial os arquivos digitais das folhas de pagamento e da contabilidade, como também das informações e dos esclarecimentos prestados tanto pela empresa fiscalizada quanto pelos compradores, corretores de imóveis, pelas incorporadoras e construtoras diligenciados, em conjunto com os dados constantes na GFIP e na Declaração do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte, DIRF, extraídas dos sistemas informatizados da RFB, a fiscalização constatou que o contribuinte não declarou os pagamentos efetuados a título de comissão/premiação aos profissionais, pessoas físicas, corretor, supervisor, coordenador, diretor e outros que lhe prestaram serviços de comercialização dos imóveis, como também não reteve na fonte nem recolheu o imposto de renda devido no período de 01/2010 a 12/2011.

De acordo com o Relatório Fiscal, a contribuinte atendendo às intimações fiscais, declarou que não remunerou os corretores de imóveis porque foram contratados pelos adquirentes das unidades imobiliárias.

Contudo, a fiscalização reuniu provas de que os corretores de imóveis prestaram serviços à LPS Brasília e que a administração da empresa planejou, organizou e executou procedimentos para a sua atividade comercial com intuito de afastar a hipóteses de incidência dos tributos e contribuições.

A atividade preponderante da empresa é a intermediação imobiliária, entretanto, em sua folha de pagamento, não há registros de nenhum profissional competente para a execução da transação imobiliária.

Para comprovar a verdadeira relação entre os corretores de imóveis e a empresa em epígrafe, promoveu coleta de notícias e publicações institucionais, circularização junto aos adquirentes e informações obtidas em outros 17 procedimentos fiscais.

Os valores pagos aos corretores e demais pessoas físicas a título de comissão/premiação de venda não constaram em folhas de pagamento, nem foram declarados na DIRF, na DIPJ ou GFIP, tampouco, lançados em títulos próprios da contabilidade no período de 01/2010 a 12/2011;

Pelo fato do sujeito passivo ter deixado de entregar os principais documentos solicitados e ter prestado esclarecimentos insuficientes e insatisfatórios quanto ao pagamento de comissão/premiação aos profissionais pessoas físicas responsáveis pela comercialização de imóveis pertencentes a sua carteira de negócios, fez com que a autoridade administrativa, com fulcro no art. 148 do CTN, Lei nº 5172, de 1966, arbitrasse as remunerações pagas ou creditadas aos corretores autônomos e demais membros das equipes de venda pelos serviços de intermediação imobiliária prestados à fiscalizada.

Em função do comportamento da empresa em não colaborar com a fiscalização, ao deixar de apresentar a documentação comprobatória do valor efetivamente pago a título de comissão/premiação de venda aos corretores de imóveis, a auditoria fiscal não teve outra alternativa senão utilizar o procedimento da Aferição Indireta das remunerações pagas ou creditadas aos profissionais pessoas físicas responsáveis pelos serviços de intermediação imobiliária prestados à LPS BRASÍLIA, tendo como parâmetro os valores de comissão/premiação de venda recebidos pela fiscalizada e informados por ela nas Declarações de Informação sobre Atividades Imobiliárias DIMOB, anos-calendário 2010 e 2011 e na conta contábil 311000 (Intermediação de Venda). Porém, no caso em análise, os valores aferidos como remunerações pagas às citadas pessoas físicas ficaram restritos aos valores da receita de intermediação de venda pagos à imobiliária Lopes Royal (Imobiliária LPS Brasília) pelos serviços de alienação de imóveis prestados a diversas incorporadoras e construtoras, conforme dados informados nas planilhas anexas, resultantes da Planilha Consolidada - DIMOB 2010 e 2011_LPS Brasília que deram origem as bases de cálculo lançadas.

Para a apuração da base de cálculo da multa isolada pela não retenção na fonte do imposto devido IRRF, já que a empresa não informou o nome, o CPF e o valor pago a cada corretor de imóveis, foi aplicado o fator de reajuste do rendimento líquido previsto nos arts. 628 e 674, §3º do RIR/99 (Regulamento do Imposto de Renda - Decreto nº 3000, de 26/03/1999), para calcular o imposto, sobre o qual recai a multa isolada.

Em decorrência do sujeito passivo ter agido, de forma reiterada e consciente, no sentido de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores, caracterizando, em tese, a ocorrência de crime de sonegação fiscal e contra a ordem tributária, previstos nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964, aplicou-se a multa qualificada de 150%, nos termos do parágrafo 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Ante a ocorrência, em tese, de crime contra a ordem tributária, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 1964, foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais em conformidade com o que determina a Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010.

Impugnado o lançamento foi mantido integralmente pela 3ª Turma da DRJ/BHE, cujo acórdão apresentou a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

INTERMEDIÇÃO DE IMÓVEIS. RENDIMENTOS DE TRABALHO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO. COMISSÕES DEVIDAS POR EMPRESAS DE INTERMEDIÇÃO DE IMÓVEIS INCIDENTE SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS POR CORRETORES DE IMÓVEIS.

No caso da corretagem de imóveis, ainda que o corretor não esteja vinculado à imobiliária, a sua função é a de intermediar o comprador e a imobiliária (detentora dos direitos sobre as vendas), contribuindo para a obtenção do resultado econômico pretendido pela empresa, a qual, em contraprestação ao serviço que lhe foi efetivamente prestado, remunera o corretor mediante o pagamento de uma comissão, arbitrada com base em percentagem do contrato celebrado. Assim, não há como deixar de reconhecer que as imobiliárias utilizam a intermediação do corretor para a consecução de seus objetivos sociais.

FALTA DE RETENÇÃO. RESPONSABILIDADE. MULTA ISOLADA. JUROS ISOLADOS.

Verificada a falta de retenção após a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, no caso de beneficiário pessoa física, serão exigidos da fonte pagadora a multa de ofício e os juros de mora isolados, calculados desde a data prevista para recolhimento do imposto que deveria ter sido retido até a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual.

ARBITRAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA.

Far-se-á o lançamento de ofício fixando os rendimentos tributáveis de acordo com as informações de que se dispuser, quando os esclarecimentos deixarem de ser prestados, forem recusados ou não forem satisfatórios. Tratando-se de aferição indireta, não está a autoridade fiscal presa a apurar o valor do débito em sua exata quantificação, circunstância que só seria possível se o contribuinte apresentasse registros e documentos merecedores de credibilidade.

Irresignada com a decisão de primeira instância a interessada interpôs recurso voluntário a este CARF, no qual há discussão a respeito da tempestividade em razão de arguição de falha sistêmica de intimação eletrônica repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

A fim de esclarecer a falha sistêmica alegada na defesa da tempestividade do recurso, os autos foram baixados em diligência pela Resolução 1401-000.399, da qual sobreveio o relatório de fls. , após manifestação da Recorrente, os autos retornaram para julgamento.

Era o essencial a ser relatado.

Passo a decidir.

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.

Juízo de admissibilidade - preliminar de tempestividade.

Conforme já considerado na Resolução de Diligência, por ser prejudicial das demais questões, antes de adentrar a análise do mérito, sobre a tempestividade do recurso voluntário, importante destacar que o termo de registro de mensagem na caixa postal que “*O destinatário recebeu mensagem com acesso aos documentos relacionados abaixo por meio de sua Caixa Postal na data de 12/05/2015 14:57:18*”, conforme atestado à folha 1751.

Dessa data, consta a anotação que transcorreu-se o prazo de 15 dias *in albis* sem manifestação do fiscalizado, conforme certificado à fl. 1752 que confirma o decurso **do prazo em 27/05/2015** a contar da data da disponibilização em 12/05/2015.

Consta também no sistema processual eletrônico que “*O Contribuinte acessou o teor dos documentos relacionados abaixo na data 02/07/2015 13:55h, pela abertura dos arquivos digitais correspondentes no link Processo Digital, no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (Portal e-CAC), através da opção Consulta Comunicados/Intimações ou Consulta Processos, os quais já se encontravam disponibilizados desde 12/05/2015 na Caixa Postal*” (fls. 1753).

Portanto, somente no dia 02/07/2015 a parte fiscalizada acessou sua caixa postal quando já expirado seu prazo recursal.

Ao defender a tempestividade do Recurso Voluntário, a Recorrente justificou que:

(i) em 01/07/2015, a recebeu (a) notificação por e-mail (alerta de mensagem na Caixa Postal Eletrônica, enviado aos 3 endereços de e-mail cadastrados no sistema e- CAC); e (b) mensagem na Caixa Postal Eletrônica, informando que o débito discutido neste processo encontrava-se em cobrança;

(ii) depois de cientificada da cobrança do referido débito, encontrou, na Caixa Postal Eletrônica, documento relativo a decisão desfavorável de primeira instância (acórdão nº 02-65.706, proferido pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG ,em 30/04/2015), supostamente postada em 12/05/2015;

(iii) acessou o conteúdo do citado documento em 02/07/2015; embora do e-CAC conste a informação de que ela teria sido notificada sobre a prolação da decisão de primeira instância por **decurso de prazo** (assinalado em 27/05/2015), não houve válida intimação por conta de um erro de sistema;

(iv) é certo que não é de simples consecução a tarefa de comprovar esta circunstância, pois para tanto se requer a produção de uma **prova negativa**; nada obstante, existem elementos suficientes para evidenciar que o sistema do e-CAC não apresentou, no caso em exame, a confiabilidade mínima que deveria assegurar para que se pudesse tomar como eficaz a intimação por decurso de prazo que, por ora, encontra-se assinalada nos autos;

(v) o mal-funcionamento do sistema e-CAC, no caso concreto, pode ser verificado, em primeiro lugar, a partir da falta de envio do alerta de mensagem na Caixa Postal Eletrônica (enviado aos 3 endereços de e-mail cadastrados no sistema e-CAC), dando conta de que a decisão de primeira instância teria sido disponibilizada;

(vi) como se sabe, na página 9 do Manual Simplificado do e-Processo no Portal e- CAC, bem como na página virtual da Receita Federal, assegura-se ao contribuinte que ele será alertado sobre novidades na Caixa Postal Eletrônica, para que não seja surpreendido por eventuais intimações "presumidas;

(vii) prova da falha do sistema, neste particular, decorre. do exame da tabela que evidencia que a Recorrente recebeu (nos endereços de e-mail cadastrados no sistema do e-CAC) alguns alertas de mensagem na Caixa Postal Eletrônica, desde 2014, nenhum deles, porém, associado ao presente processo.

(viii) o domínio da Receita Federal não estava incluída no controle de anti-spam dos servidores da Recorrente.

(ix) de mais a mais, uma varredura nos servidores -dos e-mails cadastrados pela Recorrente no e-CAC evidencia que, de fato, nenhuma mensagem foi entregue pelo remetentecaixa-postal@receita.fazenda.gov.br:

(x) tais elementos demonstram que, em 12/05/2015, ou mesmo nos dias anteriores ou seguintes a esta data, nenhum alerta foi emitido; eis o sinal de que algo de anormal acometia o sistema do e-CAC neste período; sinal, aliás, forte o bastante para pôr sob suspeita o sistema em questão, o qual, como não se pode negar (sobretudo por quem frequenta o CARF e vê a batalha cotidiana que enfrentam os conselheiros para acessarem o e-Processo), está sujeito a falhas;

(xi) outra evidência do mal-funcionamento do sistema decorre do fato de que Recorrente acessou o sistema do e-CAC em 27/05/2015 e em 30/06/2015, e realizou a emissão de comprovantes de recolhimentos de tributos, conforme provado pelo Doc. 1 anexo ao Recurso Voluntário;

(xii) contudo, se realmente o acórdão *a quo* tivesse sido regularmente disponibilizado, como quer fazer crer o termo de ciência ficta constante dos autos, a Recorrente sequer teria conseguido imprimir os comprovantes de recolhimento acima referidos antes de abrir o documento disponibilizado, pois, como sabido, o sistema do e-CAC bloqueia o acesso a outras funcionalidades quando há intimação pendente; a existência deste bloqueio, ressalte-se, não foi negada pela Fazenda Nacional, e foi reconhecida pelo Acórdão nº 1101-001.077;

Das alegações acima, verificou-se, que a Recorrente empenhou-se fortemente em demonstrar a tempestividade de seu recurso, o que evidencia sua diligência no acompanhamento de suas pendências fiscais.

Contudo, resta claro que por maior que tenha sido seu esforço existe um limite na produção da prova que à ela era impossível transpor, razão pela qual, através de diligência, requereu-se à autoridade fiscal que trouxesse para os autos, informações com o escopo de aferir a real presença de tempestividade ao recurso voluntário interposto.

No Relatório de Diligência Fiscal, foram trazidas as seguintes informações:

i- o contribuinte é optante pelo DTE desde 25/11/2013;

ii - houve o cadastro de três e-mails e nenhum telefone;

iii- foi enviado um COMUNICADO em 12/05/2015, em relação à ciência do acórdão, com a primeira leitura em 02/07/2015,

Acrescidas dos seguintes esclarecimentos quanto ao funcionamento do DTE em relação a modalidade de notificação:

c) Existem duas formas de “notificação”:

1) do tipo COMUNICADO (mensagem de caráter informativo, sem exigência de opção ao DTE, não gera alerta);

2) do tipo INTIMAÇÃO (exige prazo para manifestação, deve ser optante pelo DTE, mensagem classificada como importante, gera alerta e bloqueio do e-CAC).

Como a notificação, em relação à ciência do acórdão, foi enviada como COMUNICADO a página inicial do Portal e-CAC não estava bloqueada.

d) Não existe acesso ao sistema de e-mails vinculados à caixa postal. Ao aderir ao DTE, o contribuinte autoriza a Administração Tributária a enviar mensagens de comunicações de atos oficiais para a Caixa Postal eletrônica disponibilizada no e-CAC.

Para as mensagens classificados como importantes é gerado o envio de alertas para os contribuintes que cadastraram e-mails e/ou SMS e é feito o bloqueio do e-CAC até a leitura da mensagem.

A RFB não condiciona a opção pelo DTE ao cadastramento de celular e e-mails, isso é optativo e meramente auxiliar ao contribuinte. A RFB não assume a obrigação do envio do SMS ou e-mail e adverte o contribuinte de que não tem como se comprometer com o serviço das operadoras ou dos provedores de telefonia.

Conforme consta do processo o contribuinte realizou a emissão de comprovantes de recolhimentos de tributos nas datas indicadas. Por definição a página inicial do Portal e-CAC não estava travada, pois não havia INTIMAÇÃO (ato oficial) registrado, haviam apenas COMUNICADOS.

e) Ressalte-se que ao solicitar adesão ao DTE, o sistema exibe as orientações sobre o funcionamento do DTE na Caixa Postal, enfatizando que é recomendável que a Caixa Postal seja consultada, no mínimo, a cada 15 dias.

Diante dos esclarecimentos trazidos pela autoridade fiscal por ocasião da diligência, nota-se que o fato da ciência do Acórdão de 1a. Instância ter de dado pela sistemática de envio na forma de comunicado (caráter meramente informativo, sem trava de funcionamento) e não de intimação (com prazo para manifestação, trava e bloqueio) prejudicou de certa maneira a ciência eficiente do contribuinte, quanto ao início do prazo recursal, pois não obedeceu a metodologia normatizada pelo art. 23 do Decreto 70.235/72.

Portanto, embora enviado o COMUNICADO em 12/05/2015, em relação à ciência do acórdão, não houve INTIMAÇÃO válida e necessária ao início da contagem do prazo recursal e tendo o contribuinte somente tomado ciência de forma eficiente do conteúdo do Acórdão recorrido somente em 02/07/2015, quando localizou o documento em sua caixa postal, entendo por tempestivo o recurso protocolizado em 17/05/2015.

Mérito:

A acusação fiscal restringe-se a natureza da relação existente entre a Recorrente e os corretores independentes que a ela se associaram, isto porque, defende o fisco tratar-se de uma relação jurídica que envolve a prestação e a tomada de serviços, que por via de consequência geraria a obrigação de retenção do Imposto de Renda Fonte incidente sobre os pagamentos efetuados a título de remuneração em benefício dos corretores independentes.

Consta ainda da acusação fiscal que a Recorrente teria deixado de reter o imposto de renda na fonte de maneira dolosa, razão pela qual houve o agravamento da penalidade no percentual de 150% do imposto que deveria ter sido retido.

Além disso, são exigidos também juros de mora isolados, calculados desde o momento em que a retenção deveria ter sido feita até a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual.

Do modelo de negócios demonstrado pela LPS:

Esclarece a Recorrente que o modelo de negócios por ela adotado consiste no seguinte:

"Quando a imobiliária é procurada pelo vendedor do imóvel, a intermediação abrange uma série de prestações acessórias (consultoria, divulgação via internet, desenvolvimento de estratégias comerciais etc.) que contribuem para o posicionamento mercadológico do produto do cliente - isto é, contribuem pra o produto tornar-se visível aos mercado (ou melhor, acessível ao mercado). Pode suceder, no entanto, de a imobiliária - que recebeu, previamente uma simples autorização do vendedor do imóvel, para anunciar a oferta do negócio ao público - ser procurada pelo comprador do imóvel, hipótese em que a intermediação, além de viabilizar o negócio (pois o comprador, em regra, não possui acesso direto ao vendedor) equivale a um atestado de qualidade quanto ao bem objeto da transação.

A intermediação, de fato, não se concretiza apenas com o posicionamento de mercado ou atestado de qualidade (o patrocínio realizado pela imobiliária). Não se pode esquecer que todo o contrato é, antes de mais nada, uma relação que se estabelece entre pessoas (pessoas naturais, ou entre pessoas naturais e pessoas jurídicas) e, é por isso que o parágrafo único do artigo 3o. menciona o "atendimento" ao público. É nesta etapa que, como bem notado pelo legislador regulamentar, entra em ação o Corretor Independente.

Realizado o corpo a corpo, o contado direto com o cliente comprador, o Corretor Independente concretiza a aproximação daquele com o vendedor (papel que não cabe à imobiliária "patrocinadora".

[...]

Nos casos em que há preposto, o risco da atividade de corretagem é sempre imputado ao preponente. Mas isso não se sucede na corretagem imobiliária. A imobiliária "patrocinadora não responde pelos atos do corretor independente que, agindo como mero corretor de imóveis - não simples instrumento de outrem - assume todos os riscos inerentes a sua atividade e, por isso, repita-se, não pode-se tentar como fez a autoridade fiscal, associar a corretagem a mera prestação de serviços, nem identificar Corretor Independente, como simples preposto como se fosse um vendedor de uma loja de Shopping Center".

Esse modelo de negócios adotado pela Recorrente se mostra perfeitamente legítimo, pois encontra amparo na legislação pertinente:

Código Civil

Art. 728. Se o negócio se concluir com a intermediação de mais de um corretor, a remuneração será paga a todos em partes iguais, salvo ajuste em contrário.

Lei 6.530/78

Art 6º As pessoas jurídicas inscritas no Conselho Regional de Corretores de Imóveis sujeitam-se aos mesmos deveres e têm os mesmos direitos das pessoas físicas nele inscritas.

§ 1o As pessoas jurídicas a que se refere este artigo deverão ter como sócio gerente ou diretor um Corretor de Imóveis individualmente inscrito.

§ 2o O corretor de imóveis pode associar-se a uma ou mais imobiliárias, mantendo sua autonomia profissional, sem qualquer outro vínculo, inclusive empregatício e previdenciário, mediante contrato de associação específico, registrado no Sindicato dos Corretores de Imóveis ou, onde não houver sindicato instalado, registrado nas delegacias da Federação Nacional de Corretores de Imóveis

§ 3o Pelo contrato de que trata o § 2o deste artigo, o corretor de imóveis associado e a imobiliária coordenam, entre si, o desempenho de funções correlatas à intermediação imobiliária e ajustam critérios para a partilha dos resultados da atividade de corretagem, mediante obrigatoria assistência da entidade sindical.

§ 4o O contrato de associação não implica troca de serviços, pagamentos ou remunerações entre a imobiliária e o corretor de imóveis associado, desde que não configurados os elementos caracterizadores do vínculo empregatício previstos no art. 3o da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1o de maio de 1943.

Tal modelo de negócios, foi inclusive referendado recentemente pelo STJ, em sede do julgamento do RESP 1.599.511, repetitivo com publicação em 06/09/2016, cuja ementa foi assim redigida:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.

I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma

em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

II - CASO CONCRETO: 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1. 2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese.

III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

REsp 1599511 / SP Relator(a) Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1144) S2 - SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 24/08/2016 Data da Publicação/Fonte DJe 06/09/2016.

Portanto, feita a análise acima e considerada a análise trazida no Parecer do Professor Marco Aurélio Greco anexado aos memoriais, verifica-se que o modelo de negócios praticado pela Recorrente era perfeitamente possível, não havendo que se falar em simulação.

Parecer do qual, trago a colação trechos bastante pertinentes para esclarecimento do tema:

...Levada ao seu último grau, a tendência (natural do pensamento humano) é de imaginar que seria possível enquadrar todas as condutas, negócios, relações jurídicas etc., em tipos previstos em lei conduz a um engessamento das formas jurídicas que acabam se distanciando cada vez mais da realidade concreta e pode implicar até na perda de sua utilidade.

...

Esquece-se, nesta postura, o principal, qual seja que a base do ordenamento jurídico é a liberdade e que pessoas, físicas e jurídicas, podem exercê-la para criar figuras que não estão expressamente contempladas em nenhum texto legal.

...

Despir-se também de preconceitos, dentre os quais o de aprioristicamente, assumir que sempre há algo de errado ou de escuso no que o contribuinte faz, a ponto de confundir o "não existir algo (p. ex., um pagamento) como um "escondêlo" ou disfarçá-lo".

Nestes casos, a falta de uma regra expressa dispendo sobre determinado modelo não deve ser interpretada como vedando certo tipo de relação jurídica, assim como a superveniência de regra dispendo sobre determinado modelo deve ser vista como

apenas formalizando relações jurídicas que já podiam e eram efetivamente adotadas pelos agentes do respectivo setor econômico.

Ainda quanto à análise fática do contrato de associação constante do presente processo, mas destaco a principal conclusão:

" ...Esta é a figura de reunião de esforços adotada pela consulente há anos. Somam-se esforços de divulgação, exibição, informação tendo por objetivo comum intermediar negócios imobiliários, sem que exista qualquer garantia de que o negócio final venha a ocorrer."

Diante de tais argumentos, evidente a idéia de que a aplicação de cada corretagem corresponder um único credor, não corresponde à realidade fática e ao constante no artigo 728 do Código Civil (**a saber, é fato incontroverso nos autos**), o que, de pronto, afasta a aplicação estrita da regra constante do art. 123 do Código Tributário Nacional. Afinal, não está a falar-se de convenções particulares sem a existência de lei.

Aqui já havia a disposição do Código Civil, corroborada pela legislação específica Lei 13.097/2015 que reconhece a relação associativa há tempos existentes no setor imobiliário.

Não há fundamentos para exigir da Recorrente qualquer valor a título de IRRF, pois na situação fática versada nos autos não se trata de pagamentos a profissionais autônomos que tenham recebido por serviços prestados. A Recorrente não é contribuinte ou responsável tributária relativamente às obrigações principais ou mesmo IRRF. Razão pela qual, impossível dela exigir o pagamento do crédito tributário em questão.

Além do mais, ainda que numa remota hipótese de admissão da incidência, a autoridade fiscal não faz prova quanto à receita auferida pela imobiliária ou tampouco dos pagamentos por ela realizados, os quais poderiam ter sido identificados inclusive junto aos cartórios de registro de imóveis, afastando a possibilidade do cálculo pela via presumida, eleita durante a fiscalização.

Por esse viés, também não houve comprovação do vínculo entre a imobiliária e os corretores de maneira suficiente a responsabilizá-la pelo pagamento do IRRF.

Quanto a aplicação da multa prevista no inciso I do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96, a que faz remissão o artigo 9º da Lei nº 10.426/02, com as alterações constantes da Lei n.º 1.488/200, entendo que ela somente é aplicada quando exigida juntamente com o imposto, motivo pelo qual, deve ser provido o recurso pelo seu afastamento.

Diante do exposto, voto por conhecer o recurso voluntário por tempestivo e dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.

Processo nº 10166.724561/2014-72
Acórdão n.º **1401-002.069**

S1-C4T1
Fl. 2.037
