



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

Processo nº	10166.730842/2013-83
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	2201-003.332 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	20 de setembro de 2016
Matéria	IRRF
Recorrente	M. GARZON EUGENIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/06/2012

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERMEDIAÇÃO DE VENDA DE IMÓVEIS POR CORRETOR QUE ATUA EM NOME DA IMOBILIÁRIA. PAGAMENTO DA COMISSÃO DIRETAMENTE PELO CLIENTE. IRRELEVÂNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

Independentemente do fato do cliente pagar a comissão diretamente ao corretor de imóveis, comprovando-se a existência de vínculo de trabalho deste para com a imobiliária, é esta que deve responder pelas obrigações tributárias decorrentes do serviço prestado.

MULTA ISOLADA. IRRF.

A multa pela não retenção de imposto de renda na fonte decorre do art. 9 da Lei 10426/2002, ainda vigente no sistema jurídico brasileiro. Refere-se a uma obrigação acessória transformada em principal, tendo em vista que o contribuinte não efetuou a retenção e nem o recolhimento da parcela do imposto de renda relativo aos valores pagos a terceiros.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por voto de qualidade, em não conhecer de ofício o cancelamento da multa isolada. Vencidos os Conselheiros Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Ana Cecília Lustosa da Cruz, José Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado) e Maria Anselma Coscrato dos Santos (Suplente convocada). No mérito, por unanimidade de votos negar provimento ao recurso voluntário.

Realizou sustentação oral, pela Fazenda Nacional, a Procuradora Raquel Godoy de Miranda Araújo Aguiar.

Assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

Assinado digitalmente

Carlos César Quadros Pierre - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), Carlos Alberto do Amaral Azzeredo, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Maria Anselma Coscrito dos Santos (Suplente Convocada), Denny Medeiros da Silveira (Suplente Convocado), Daniel Melo Mendes Bezerra, Carlos César Quadros Pierre e Ana Cecília Lustosa da Cruz.

Relatório

Adoto como relatório aquele utilizado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, 1ª Turma da DRJ/POA (Fls. 1650), na decisão recorrida, que transcrevo abaixo:

Trata-se do lançamento de ofício da multa prevista no art. 9º da Lei nº 10.426/2002, aplicável em face da falta de retenção e recolhimento de IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte, no valor total de R\$ 39.603.081,01, constituído em desfavor da empresa M. GARZON EUGENIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (M. GARZON), formalizado por meio do auto de infração de fls. 03/09. A descrição dos fatos está complementada nos relatórios fiscais de fls. 11/19 e 24/103, bem como nos respectivos anexos.

Da correlação entre o presente processo e os processos de nº 10166.724065/2013-38 e 10166.730552/2012-59

A exigência consubstanciada no presente processo ocorreu como desdobramento dos lançamentos de ofício de contribuições previdenciárias formalizados nos autos dos processos de nº 10166.730552/2012-59 (relatório fiscal às fls. 24/62) e 10166.724065/2013-38 (relatório fiscal às fls. 63/103). Esses lançamentos tiveram por objeto pagamentos recebidos por corretores imobiliários autônomos, no contexto de operações de compra e venda de imóveis intermediadas pela autuada M. GARZON.

A tese fazendária é de que a M. GARZON atuava como tomadora de serviços dos corretores autônomos, sem a devida informação na GFIP e sem o correspondente recolhimento dos tributos correspondentes. As conclusões do auditor-fiscal foram

lastreadas, fundamentalmente, em diligências realizadas junto às empresas construtoras/incorporadoras que proviam os imóveis à M. GARZON para comercialização e junto aos adquirentes finais dos imóveis.

Esses valores não foram oferecidos espontaneamente à tributação pela contribuinte, que argumenta inexistir qualquer relação de prestação de serviços entre ela e os corretores autônomos, como se verá mais adiante.

No curso dos trabalhos de auditoria, ainda debruçada sobre esses mesmos fatos geradores, a fiscalização verificou a ausência de retenção e recolhimento de imposto de renda retido na fonte, de maneira que promoveu, em processo autônomo – o presente processo, de nº 10166.730842/2013-83 –, o lançamento da multa pela ausência de retenção e recolhimento do IRRF correspondente.

A contribuinte apresentou impugnação a todos os lançamentos, nos autos dos três processos.

Em que pese haver distinções pontuais, haja vista as particularidades envolvendo os diferentes tributos e penalidades envolvidos, verifica-se que o cerne dos litígios envolve uma matéria comum: a discussão acerca da relação jurídica efetivamente existente entre a autuada e os corretores imobiliários beneficiários dos pagamentos identificados pela fiscalização.

Da correlação entre o presente processo e o processo de nº 10166.728055/2011-18

Anteriormente ao procedimento fiscal que deu origem aos processos de nº 10166.730552/2012-59 e 10166.724065/2013-38, a contribuinte já havia sido autuada em relação a fatos da mesma espécie, relativamente aos períodos de apuração iniciados em 01/01/2006 e encerrados em 31/12/2008.

O procedimento fiscal pretérito deu origem ao processo de nº 10166.728055/2011-18. O auto de infração correspondente foi lavrado em 27/12/2011 e o julgamento de primeira instância formalizado por meio do acórdão de nº 03-49.569, também da 5ª Turma da DRJ/BSB, em 31/12/2012.

O recurso voluntário apresentado pela contribuinte já restou apreciado pela 4ª Câmara do CARF, conforme acórdão de nº 2401-003505, exarado na sessão de 15/04/2014.

As conclusões apresentadas pela 4ª Câmara do CARF estão igualmente alinhadas com o entendimento da 5ª Turma da DRJ Brasília em relação à matéria,

Dos argumentos apresentados pela fiscalização quanto ao vínculo existente entre a M. GARZON e os corretores de imóveis autônomos

Conforme descrito no tópico anterior, os trabalhos da fiscalização repousaram, precípuamente, na análise dos valores recebidos por corretores imobiliários autônomos – pessoas físicas –, no contexto de operações de compra e venda de imóveis intermediados pela pessoa jurídica autuada, M. GARZON.

Com base na documentação apresentada pela fiscalizada e em diligências realizadas junto a empresas construtoras/incorporadoras, bem como junto a compradores de imóveis, cujas transações imobiliárias foram intermediados pela autuada, a fiscalização argui que a M. GARZON tomava serviços remunerados de corretores autônomos, sem o correspondente recolhimento dos tributos correspondentes.

O detalhamento dos elementos materiais que dão lastro à autuação está apresentado com detalhes no relatório do Acórdão 03-59.445, de 21/02/2014, da 5ª Turma da DRJ/BSB, cujos excertos principais reproduzo a seguir:

Com relação às pessoas jurídicas diligenciadas (construtoras/incorporadoras), a motivação para a realização desse procedimento fiscal deu-se a partir da informação prestada pela M. GARZON Eugênio, em resposta à intimação da auditoria, “que não possui contratos de prestação de serviços firmados com construtoras/incorporadoras, haja vista que são realizados de forma verbal”, conforme item 34 do Relatório Fiscal às fls. 1.153.

Diante dessa informação a fiscalização efetuou diligências junto às construtoras/incorporadoras responsáveis pelos empreendimentos comercializados pela M. GARZON Eugênio, obtendo das empresas contratantes, contrariamente ao afirmado acima, contratos assinados com esta imobiliária. Entre as empresas contratantes, devidamente diligenciadas, estão: Brasal Incorporações e Construções de Imóveis Ltda. (CNPJ 00.323.063/0001-89), Arquitetura e Lazer Ltda. (CNPJ 10.450.445/0001-27) e Brookfield MB Empreendimentos Imobiliários S/A (CNPJ 04.123.616/0003-72).

No que se refere às diligências realizadas junto a adquirentes de imóveis pessoas físicas, com a intermediação imobiliária da M. GARZON Eugênio, estas foram motivadas na resposta apresentada pela Empresa à intimação da auditoria de apresentar os contratos de prestação de serviços de corretagem firmados com corretores de imóveis, “que não possui nenhum tipo de contrato de prestação de serviços de corretagem, ora descrito no item 11 do TIPF, porquanto se trata de serviço autônomo, no qual os corretores são remunerados diretamente pelos clientes/compradores”, conforme item 37 do Relatório Fiscal às fls. 1.154 [do processo nº 10166.724065/2013-38].

Segundo as diligências realizadas, a auditoria fiscal apurou que a situação de fato não corresponde às alegações da Empresa, pois da análise, por amostragem, dos adquirentes de imóveis diligenciados, todos afirmaram que: o imóvel foi adquirido por

intermédio da empresa imobiliária M. GARZON Eugênio; o corretor, autor da venda, não foi contratado por ele (comprador); o corretor apresentou-se como representante da imobiliária M. GARZON Eugênio, usando crachá da empresa com a sua identificação pessoal. (...)

De acordo com o Relatório Fiscal, a empresa foi intimada a apresentar demonstrativo consolidado dos empreendimentos imobiliários comercializados no período sob fiscalização e relação de todas as unidades vendidas pela Empresa, especificando, por exercício o número e data da proposta de compra e venda; a denominação do empreendimento, unidade, localidade e preço de venda da unidade comercializada; o nome, CPF/CNPJ do comprador; o nome e número do CPF e registro no CRECI do corretor responsável pela venda e o valor da comissão paga ao corretor. (...)

(...) a empresa apresentou planilha sobre as unidades vendidas no período de apuração, porém não informou os campos relativos à proposta de compra, sob a alegação que tais propostas são descartadas após a venda.

Também não preencheu os campos da planilha destinados a informação relativa a corretagem, ou seja, identificação do corretor responsável pela venda e o valor da comissão, alegando que “não possui informações a respeito da corretagem – última coluna da planilha – porquanto se trata de serviço autônomo, no qual os valores são transacionados diretamente entre cliente e corretor”.

Com relação à intimação a prestar informação sobre o fluxo das atividades de prestação de serviços de intermediação imobiliária praticado no âmbito da Empresa, bem como o nome e o CPF do responsável pela gestão dessas atividades, a empresa limitou-se a informar que “os corretores são autônomos, não possuindo qualquer vínculo com a empresa, o que a impossibilita de prestar tais informações”.

Diante desses esclarecimentos, a auditoria fiscal concluiu que a empresa se comportou perante o fisco sem compromisso com a verdade, pois em contatos presenciais da fiscalização junto ao estabelecimento sede da M. GARZON Eugênio, constatou que a Empresa mantém um departamento de vendas com corretores para atendimento do público interessado na aquisição de imóveis, inclusive, do lado externo do prédio, a Empresa mantém uma placa anunciando “CORRETORES DE PLANTÃO AQUI”.

(...)

De acordo com as informações e documentos disponibilizados ao fisco, somente a conta contábil “SERVIÇOS PRESTADOS A VISTA – Código 3101050001” registra aproximadamente 8.828 lançamentos contábeis, sendo que muitos dos lançamentos representam mais de uma unidade imobiliária vendida. Em volume financeiro, estes lançamentos representam R\$ 48.687.631,79 de comissão imobiliária recebida pela empresa

pela prestação de serviços de corretagem de imóveis no período fiscalizado.

A maioria desses lançamentos está acobertada por uma Nota Fiscal de Serviços, de emissão da M. GARZON Eugênio, cuja descrição do serviço é “Serviço de Intermediação Imobiliária referente ao empreendimento tal...” ou “Comissão pela intermediação de venda do empreendimento...” tendo por tomador do serviço o adquirente da unidade imobiliária (pessoa física ou jurídica)

(...) o contrato de prestação de serviços de intermediação imobiliária firmado com as construtoras/incorporadoras que a Empresa recusou-se a apresentar ao fisco, demonstra uma situação bem adversa das alegações da empresa, pois os contratos firmados prevêem, entre outras, as seguintes obrigações da M. GARZON Eugênio:

A comercialização propriamente dita, objeto deste contrato.

Manter no plantão de vendas corretores autônomos de imóveis, nos horários indicados pela contratante.

Nomear um supervisor de vendas, responsável no stand, exercendo as seguintes funções: orientar o trabalho dos corretores, levar e manter material publicitário e de apoio no stand de vendas, bem como tabelas, recolher as propostas, atender os clientes compradores.

Efetuar o pagamento dos corretores autônomos de imóveis mediante a emissão do correspondente RPA, não havendo, pois, nenhuma relação entre estes e a contratante, devendo manter da contratante indene de qualquer reclamação de seus corretores.

Atuar junto ao planejamento dos empreendimentos como um todo, incluindo sem se limitar, a definição do produto, campanha publicitária, tabelas de preços e treinamento geral das equipes que atenderão os clientes.

Responsabilizar-se pelo pessoal especialmente treinado e capacitado, para atuar no período de 08:00 as 20:00 hs, de segunda-feira a domingo, nos Stands de Vendas, instalados junto aos canteiros de obras, entre...

Zelar pelo nome da contratante, exigindo que seus profissionais e prepostos empreendam todos os esforços, no sentido de alcançar as metas de vendas que sejam apresentadas pela contratante.

Responsabilizar-se pelas obrigações trabalhistas, sociais e tributárias de seus respectivos profissionais e empregados, mantendo a contratante isenta de qualquer responsabilidade.

Para o desenvolvimento das atividades de intermediação imobiliária, a M. GARZON Eugênio firmou contrato de prestação de serviços de planejamento e vendas com construtoras/incorporadoras responsáveis por empreendimentos

definindo-se, nesses instrumentos particulares, as bases de sustentação da relação contratual estabelecida entre as partes. O fisco constatou que a Empresa fez declarações à fiscalização que não corresponde a verdade dos fatos, uma vez que, quando intimada, não apresentou ao fisco os referidos contratos, sob o argumento de não possuí-los, uma vez que tais acordos são realizados de forma verbal.

Diante do relatado, a fiscalização concluiu pela existência de prática fraudulenta arquitetada pela M. GARZON Eugênio com o claro objetivo de impedir ou retardar o conhecimento por parte do fisco da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal decorrente dessa prestação de serviço.

Como consequência do não reconhecimento da empresa do vínculo com o corretor de imóveis que lhe presta serviço de intermediação imobiliária, transferindo a responsabilidade pelo pagamento da comissão de venda que lhe é devida para o comprador do imóvel, a Empresa não inclui o corretor na folha de pagamento, não declara na GFIP, não contabiliza em títulos próprios de sua contabilidade e tampouco efetua o recolhimento das contribuições previdenciárias, cuja omissão caracteriza, em tese, crime de sonegação fiscal previsto no art. 337-A do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 07/12/1940) com a redação dada pela Lei nº 9.983, de 14/07/2000.

Como corolário das verificações descritas acima, a fiscalização promoveu, nos autos dos processos de nº 10166.724065/2013-38 e 10166.730552/2012-59, o lançamento de ofício de contribuições previdenciárias e, no presente processo, o lançamento da multa pela ausência de retenção e recolhimento do IRRF correspondente.

A fiscalização considerou a conduta da empresa fraudulenta, à medida que procurou impedir o conhecimento, por parte da fiscalização, dos fatos caracterizadores de sua responsabilidade quanto ao pagamento da comissão de venda aos corretores autônomos, com o claro propósito de manter-se distante do pólo passivo da obrigação tributária. Entendeu que a contribuinte incorreu nos tipos normativos de sonegação e fraude, previstos nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/1964. Em consequência, aplicou a multa isolada de forma duplicada, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.426/2004 (redação dada pela lei Lei nº 11.488/2007).

Da impugnação

A impugnação foi apresentada, tempestivamente, em 21/01/2014. Em síntese, as razões apresentadas pela interessada são as seguintes:

Da relação jurídica havida entre a impugnante e os corretores autônomos

O IRRF, assim como as contribuições previdenciárias consideradas pela Autoridade Lançadora como não declaradas -

estas no Procedimento Fiscal MPF 01.1.01.00 2011.00242-2 - somente foram consideradas como devidas em virtude da injusta e descabida desconsideração da natureza jurídica do contrato de corretagem.

Desta vez, a Receita Federal do Brasil considerou a obrigação de retenção e recolhimento do IRRF dos corretores pessoas físicas que, em tese, teriam prestado serviços de corretagem à empresa. É dizer, trata-se de mera consequência da compreensão da Fiscalização a respeito da operação já atuada e defendida.

(...) a Impugnante não efetuou a retenção e o recolhimento do IRRF sobre as comissões percebidas pelos corretores simplesmente porque não é tomadora dos serviços eventualmente prestados por eles, mas sim os terceiros adquirentes das unidades imobiliárias vendidas, motivo pelo qual não há que se falar na aplicação do art. 628 do RIR/99.

(...) inexistindo a obrigação tributária principal de proceder ao recolhimento do IRRF dos corretores pessoas físicas, é evidente que não subsiste a multa objeto da presente Impugnação (...).

Não pode Órgão Fiscalizador imiscuir-se em uma livre negociação entre as partes, autorizada expressamente pelo Legislador Pátrio, na medida em que não há óbice a que a comissão seja paga pelo comprador e de forma separada entre os diversos agentes que fizeram parte do negócio.

(...) o contrato de corretagem possui natureza jurídica distinta do contrato de prestação de serviços, ex vi o disposto no Código Civil, art. 722; sendo certo que a Fiscalização não se ocupou em descharacterizar o negócio jurídico de corretagem havido entre a Impugnante e os corretores autônomos, pelo que reconhece, ainda que tacitamente, que esta relação atende a todos os requisitos constantes do Código Civil, art. 722 e seguintes.

Tais premissas não podem levar a outra conclusão senão ao reconhecimento de que o valor referente à comissão recebida pelos corretores autônomos, por se tratar de produto oriundo de contrato típico de corretagem, não faz jus ao IRRF, tratando-se de verba não-incidente.

Se existe uma relação entre a Impugnante e os corretores autônomos, trata-se, no máximo, de uma relação de comunhão de escopo, como mencionado no sub item anterior, onde as partes visam atingir um objetivo comum - a realização do negócio jurídico de venda de imóvel -, ou seja, estariamos diante de uma relação mútua de co-propriedade entre ambos sobre um quinhão ideal do produto da venda do imóvel, não havendo que se falar, na hipótese, na prestação de serviços de qualquer natureza entre a Impugnante e os demais corretores autônomos.

Da caracterização do dolo pela fiscalização

(...) ao longo de toda a Fiscalização levada a efeito contra a Impugnante não houve qualquer prova ou sequer indício da suposta materialidade do crime de sonegação. Muito pelo contrário, o que se percebe é que ela atendeu a Fiscalização em todos os TIF's, abrindo por completo a sua contabilidade, franqueando-lhe todos os documentos que legalmente era obrigada a manter e a fornecer.

Não houve qualquer falsidade nas declarações transmitidas pela Impugnante, tampouco a sonegação acerca de sua relação mantida com os corretores de imóveis, eis que ausente qualquer elemento de dolo nas suas ações (o que se comprova pelo fato de ter a Impugnante cooperado ao longo de toda a Fiscalização). O que se verifica na presente hipótese é tão-somente a aplicação de interpretação legal diversa daquela entendida como correta pela Fiscalização.

O fato do não recolhimento de tributo por divergência de interpretação entre o contribuinte e o sujeito ativo da obrigação tributária não pode repercutir em reconhecimento da prática de sonegação.

Ademais, nos assentamentos contábeis, bem como nos documentos apresentados à Fiscalização, não há manifestação de intenção de ocultar qualquer fato. Todos os documentos que se encontravam em posse da Impugnante foram entregues à Fiscalização.

Tendo em vista que o crédito tributário ora guerreado não decorrem da falta, omissão ou sonegação de informações, mas sim da simples divergência quanto à natureza jurídica da operação de corretagem, sobretudo porque a relação corretor/vendedor e corretor/comprador do imóvel, enquanto coligadas, devem guardar a sua autonomia, conforme disciplina o Código Civil, resta configurada a inexistência de dolo, fraude ou simulação por parte da Impugnante na operação em questão, impondo a redução da multa lançada de ofício para 75%.

Da aplicação do art. 116, parágrafo único, do CTN

Subsidiariamente, ainda que se entenda que a Impugnante cometeu determinadas ações ou omissões com a única finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do IRRF, sobre o qual foi aplicada a multa ora perquirida, fato é que tais ações deverão ser desconsideradas, nos moldes do que prevê o art. 116, parágrafo único, do CTN, (...):

Da ilegitimidade da multa

O Auto de Infração ora impugnado, fundado na norma supracitada, instituiu penalidade em patamar superior ao recomendado pelo princípio da razoabilidade e, com isto, violou o princípio do não-confisco, razão pela qual há de ser declarada a sua ilegitimidade a fim de prestigiar o Texto Constitucional.

Passo adiante, a 1^a Turma da DRJ/POA entendeu por bem julgar a impugnação improcedente, em decisão que restou assim ementada:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERMEDIAÇÃO DE VENDA DE IMÓVEIS POR CORRETOR QUE ATUA EM NOME DA IMOBILIÁRIA. PAGAMENTO DA COMISSÃO DIRETAMENTE PELO CLIENTE. IRRELEVÂNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

Independentemente do fato de o cliente pagar a comissão diretamente ao corretor de imóveis, comprovando-se a existência de vínculo de trabalho deste para com a imobiliária, é esta que deve responder pelas obrigações tributárias decorrentes do serviço prestado.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA DE OFÍCIO. SONEGAÇÃO FISCAL.

A estratégia de encobrir a ocorrência do fato gerador mediante o artifício de repassar aos clientes a obrigação de pagar a comissão pelo serviço prestado à empresa imobiliária caracteriza sonegação fiscal. (Ac. 2401- 003.505)

Antes das alterações normativas implementadas pela Lei Complementar nº 104, de 2001, o CTN já previa a hipótese de a autoridade administrativa efetuar o lançamento de ofício nos casos em que comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação (art. 149, VII). A dissimulação prevista no art. 116, parágrafo único, é uma hipótese nova e distinta do caso concreto.

A autoridade administrativa não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária..

Pelo que se verifica a Recorrente foi Cientificada em 21/07/2014 (Fls. 1675), no entanto consta Termo de Perempção às Fls. 1676, interposto pela DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BRASÍLIA, indicando:

Transcorrido o prazo regulamentar de 30 (trinta) dias (Decreto nº 70.235/1972, art. 33) e não tendo o interessado apresentado recurso à instância superior da decisão da autoridade de primeira instância, lavra-se este termo de perempção na forma da legislação vigente.

Esgotado o prazo da cobrança amigável, sem que tenha sido cumprida a exigência fiscal, o processo será encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança executiva (art. 21, § 3º do Decreto 70.235/1972).

Consta às fls. 1679 a 1681 CARTA-COBRANÇA ESPECIAL- N° 981/2014, interposta pela DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BRASÍLIA, Divisão de Controle e Acompanhamento Tributário – DICAT, datada de 01/10/2014.

No entanto, de acordo com os autos a Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 20/08/2014, como se verifica às fls. 1685 a 1710, reforçando os argumentos apresentados quando da impugnação:

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos César Quadros Pierre, Relator.

Conheço do recurso, posto que tempestivo e com condições de admissibilidade.

Trata-se de lançamento de ofício da multa prevista no art. 9º da Lei nº 10.426/2002, aplicável em face da falta de retenção e recolhimento de IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte, no valor total de R\$ 39.603.081,01.

De acordo com o Relatório Fiscal e Acórdão recorrido, o lançamento foi realizado relativamente a multa por falta de retenção do IRRF, incidente sobre as remunerações pagas a Corretores ou Consultores Imobiliários e sobre as remunerações pagas por serviços prestados pelas demais pessoas físicas.

O lançamento foi realizado por aferição indireta, em virtude de o contribuinte deixar de apresentar um rol de documentos, todos requeridos no âmbito do procedimento fiscal que resultou na constituição do crédito tributário objeto destes autos.

O cerne da discussão entre as partes litigantes diz respeito a contratos de prestação de serviços (tácitos) firmados pela recorrente e corretores ou consultores imobiliários, sob a ótica da lei previdenciária (art. 22 da Lei nº 8.212/91), conforme entendimento da fiscalização/julgadores de primeira instância, e contratos de corretagem (também tácitos) firmados pelos corretores/consultores imobiliários e os adquirentes de imóveis por intermédio da recorrente, sob a ótica do art. 723 do Código Civil / Lei 6.530/79, que define a área de atuação do corretor imobiliário.

Dos fatos geradores relativos aos corretores/consultores imobiliários

De acordo com o fisco, a autuada era contratada por construtoras/incorporadoras para efetuar as vendas de imóveis, geralmente na planta, e se utilizava de corretores para concretizar as operações de venda com os clientes.

A prestação de serviço na venda das unidades imobiliárias foi considerada pelo fisco fato gerador de imposto de renda fonte, pressupondo-se que os corretores prestavam serviço à imobiliária autuada e eram remunerados mediante pagamento de comissões.

A empresa, para se livrar tributação, advoga que o serviço prestado pelos corretores tinha como destinatários os compradores dos imóveis, que eram responsáveis pelo pagamento das comissões diretamente aos profissionais, inexistindo, portanto, vínculo entre a imobiliária e os corretores.

No intuito de esclarecer essa questão, o fisco diligenciou junto às empresas construtoras/incorporadoras e clientes que transacionaram com a autuada e obteve a informação de que os corretores atuavam em nome da imobiliária, conforme se extrai de excerto do relatório fiscal:

"33. Com relação às pessoas jurídicas diligenciadas (construtoras/incorporadoras), a motivação para a realização desse procedimento fiscal deu-se a partir da informação prestada pela M Garzon Eugênio, em resposta à intimação da auditoria fiscal formulada pelo Termo de Início do Procedimento Fiscal (TIPF), datado de 18/03/2011, por meio do qual se requereu, entre outros documentos, a apresentação de contratos firmados entre a M Garzon Eugênio e as construtoras/incorporadoras para planejamento e venda de unidades imobiliárias (item 10 do TIPF), cuja atividade constitui o principal objetivo empresarial da Empresa fiscalizada. (Anexo 01, fls. 3)"

34. Nesse sentido, em 11/04/2011, a empresa M Garzon Eugênio informou, em resposta à intimação do fisco, "que não possui contratos de prestação de serviços firmados com construtoras/incorporadoras, haja vista que são realizados de forma verbal" (Anexo 01, fls. 11).

35. Diante dessa resposta, a auditoria fiscal julgou preidente checar referida informação por meio de diligências junto às construtoras/incorporadoras responsáveis pelos empreendimentos comercializados pela M Garzon Eugênio, obtendo das empresas contratantes, contrariamente às afirmações acima, contratos assinados com esta imobiliária. Entre as empresas contratantes, devidamente diligenciadas, estãc Brasai Incorporações e Construções de Imóveis Ltda (CNPJ 00.323.063/000183), Arquitetura e Lazer Ltda (CNPJ 10.450.445/0001-27) e Brookfield MB Empreendimentos Imobiliários S/A (CNPJ 04.123.616/0003-72).

36. No que se refere às diligências fiscais realizadas junto a adquirentes de imóveis com a intermediação imobiliária da M Garzon Eugênio, estas foram motivadas com base na resposta apresentada pela Empresa ao item 11 do citado TIPF. No item 11, a auditoria fiscal intimou a M Garzon Eugênio a apresentar os contratos de prestação de serviços de corretagem firmados com corretores de imóveis, pessoas físicas, para intermediação da venda de unidades vinculadas aos empreendimentos imobiliários comercializados pela Empresa, conforme determinação legal prevista na Lei nº 6.530, de 12/05/1978, e respectivo regulamento (Decreto nº 81.871, de 29/06/1978).

37. Em resposta ao requerido, a M Garzon Eugênio informou "que não possui nenhum tipo de contrato de prestação de serviços de corretagem, ora descrito no item 11 do TIPF, porquanto se trata de serviço autônomo, no qual os corretores são remunerados diretamente pelos clientes/compradores". Portanto, diante dessa informação a auditoria fiscal entendeu necessário o exame dessa questão junto a compradores/clientes

que adquiriram imóveis com a intermediação da M Garzon Eugênio. (Anexo 01, fls. 12). ”.

Diante desses dados, concluiu o fisco:

“38. Segundo as diligências realizadas, a auditoria fiscal apurou que a situação de fato, mais uma vez, não corresponde com as alegações da Empresa, pois da análise, por amostragem, dos adquirentes de imóveis diligenciados todos afirmaram que o imóvel foi adquirido por intermédio da Imobiliária M Garzon Eugênio; o corretor, autor da venda, não foi contratado por ele (comprador); o corretor apresentou-se como representante da imobiliária M Garzon Eugênio, inclusive usando crachá da empresa com a sua identificação pessoal.”.

Coletadas essas informações nos autos, já é possível expor o meu entendimento sobre a celeuma.

Para mim, o principal argumento utilizado pela recorrente, de que os serviços eram destinados unicamente aos clientes, é a repetição de uma estratégia utilizada no afã de se livrar do recolhimento do imposto de renda fonte incidentes sobre os serviços que lhes foram prestados pelos corretores.

Não há como esconder que as construtoras/incorporadoras efetuavam contrato com a imobiliária para venda dos imóveis e esta o fazia mediante o trabalho de captação de clientes realizado pelos corretores. Sendo que estes atuavam como representantes da autuada.

As informações coletadas em sede de diligências fiscais realizadas juntas às construtoras/incorporadoras e aos clientes não deixam dúvida de que o pagamento da comissão efetuado pelos clientes diretamente aos corretores representava apenas uma forma de tentar esconder do fisco a ocorrência do fato gerador.

Consigo fazer uma analogia deste caso com os representantes comerciais autônomos que vendem produtos para determinada empresa mediante o pagamento de comissão. Pergunto: se a comissão for paga aos representantes diretamente pelo comprador, esse fato afastará o vínculo de prestação de serviço entre este e a empresa que representa? É evidente que não.

Foge à razoabilidade o argumento de que era a corretora que captava os clientes e os direcionava para corretores com os quais não mantinham qualquer vínculo. Não consigo enxergar que transações imobiliárias possam ser efetuadas mediante pessoas que sequer tinham contrato escrito com a imobiliária.

Também não se sustenta a afirmação de que uma empresa imobiliária possa manter-se no mercado sem o concurso de corretores, profissionais cuja participação na intermediação de compra, venda, permuta e locação de imóveis é obrigatória, conforme previsto na Lei n. 6.530/1978 e no Decreto n. 81.871/1978.

Assim, resta claro que o fato gerador do imposto de renda fonte, consistente na prestação de serviço remunerado por pessoa física sem vínculo de emprego, configurou-se,

posto que fartamente demonstrado que os corretores prestaram à autuada o serviço de intermediação na venda de imóveis mediante o pagamento de comissão.

O artifício de firmar com os compradores dos imóveis acerto para pagamento das comissões diretamente aos corretores não tem o condão de afastar a responsabilidade da autuada, nos termos do art. 123 do CTN, segundo o qual, as convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública para afastar a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária.

Embora o pagamento tenha sido efetuado pelo comprador, a prestação de serviço de intermediação na venda dos imóveis foi feita no interesse da imobiliária, posto que essa é a sua principal atividade. Sem esquecer que os profissionais atuaram em nome da empresa recorrente.

A jurisprudência colacionada pela recorrente diz respeito à impossibilidade de caracterização de corretores como empregados da imobiliária. Ocorre que no presente lançamento não houve a caracterização de vínculo empregatício, posto que os corretores foram tratados como trabalhadores autônomos. Assim, as decisões invocadas tratam de tema diverso daquele presente no processo sob julgamento.

Já que falei em jurisprudência, devo trazer a colação precedente apresentado pelo Conselheiro Elias Freire, que com muita propriedade trouxe à baila entendimento sumulado do STJ em situação similar a que é posta à apreciação:

Súmula n. 458: A contribuição previdenciária incide sobre a comissão paga ao corretor de seguros.

Esse entendimento consagra a tese defendida no julgamento do AgRg no Ag 1186813 (2009/008635-09 - 02/02/2010), no qual o relator Ministro Benedito Gonçalves assim argumentou:

"De fato, muito embora a pessoa física também seja beneficiada pela atuação do corretor, não há como negar a prestação de efetivos serviços à seguradora, uma vez que o preenchimento de propostas/formulários, a realização de simulações, o cálculo dos prêmios, entre outras atividades, seguem critérios estabelecidos exclusivamente pelas companhias.

A propósito, é notório que os corretores participam de treinamentos institucionais promovidos pelas empresas, com vistas a incrementar argumentos de vendas e a atrair o maior número de consumidores para o mercado.

Recebem, inclusive, premiações pelos resultados positivos de seu trabalho. Logo, não há como deixar de reconhecer que as seguradoras utilizam a prestação de serviço (intermediação) dos corretores, e dela diretamente se beneficiam, para conseguirem os seus objetivos sociais. As regras de experiência afastam o argumento das seguradoras de que os corretores atuam por conta e ordem dos segurados. Antes, ao contrário: os segurados não possuem qualquer controle ou ingerência sobre a retribuição devida aos corretores de seguros. Apenas lhes é

informado o montante do prêmio a ser pago pelo eventual negócio jurídico a ser celebrado.”

Esse entendimento nos deixa, sem dúvida, mais confortáveis para encaminhar pela procedência desse lançamento.

Ante tudo acima exposto e o que mais constam nos autos, voto por negar provimento ao recurso.

Assinado digitalmente

Carlos César Quadros Pierre