ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10880.722332/2011-03

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

CÓPIA

Processo nº	10880.722332/2011-03
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2401-004.325 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	10 de maio de 2016
Matéria	IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF
Recorrente	CBD COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. Não há necessidade de perícia quando o material probatório constantes dos autos são passíveis de compreensão pelas autoridades fiscal e julgadora.

MPF. INCORREÇÕES. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) era um instrumento interno de controle administrativo do trabalho fiscal e que já se encontra revogado. Incorreções ou impropriedades no MPF não invalidam o procedimento fiscal.

IRRF. MULTA E JUROS ISOLADOS. PROCESSO REFLEXO. Tendo em vista o art. 6 da Portaria 343/2015, pelo princípio da economia processual, a decisão definitiva relativa ao processo principal que também originou o lançamento de IRRF deve ser considerada no processo vinculado .

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 Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário para, no mérito, por voto de qualidade, afastar as preliminares e dar-lhe parcial provimento para exonerar deste lançamento tributário, os valores reflexos respectivos já exonerados no processo principal conexo que originou esta autuação (19515.003483/2010-11), isto é, em relação ao levantamento LEV 4. Vencidos na votação os Conselheiros Carlos Alexandre Tortato, Theodoro Vicente Agostinho, Luciana Matos Luciana Matos Pereira Barbosa, e Rayd Santana Ferreira. O Conselheiro Cleberson Alex Friess aquiesceu com a decisão proferida no processo principal.

CÓPIA

Maria Cleci Coti Martins

Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Maria Cleci Coti Martins, Carlos Alexandre Tortato, Miriam Denise Xavier Lazarini, Cleberson Alex Friess, Theodoro Vicente Agostinho, Rosemary Figueiroa Augusto, Luciana Matos Pereira Barbosa e Rayd Santana Ferreira.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

CÓPIA

Recurso Voluntário interposto para contrapor a decisão no Acórdão 04-26.079 da 2a. Turma da DRJ/CGE, que considerou improcedente a impugnação do contribuinte relativamente ao lançamento fiscal objeto deste processo.

A autuação fiscal ocorreu tendo em vista a falta de retenção e recolhimento de IRRF referente a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2006 a 2009, conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 3410 a 3464).

Transcrevo a seguir o resumo da autuação conforme o Acórdão de Impugnação.

> *a) a presente ação fiscal foi instaurada como consequência de procedimento fiscal anterior (MPF nº 08.1.90.00-2008-00401-2), que resultou na lavratura de autos de infração contidos no processo nº 19515.003483/2010-11, referente a fiscalização previdenciária;*
>
> *b) a fiscalizada mantinha além do plano de previdência privada extensiva a todos os seus empregados, contratado junto à seguradora BrasilPrev, um outro plano restrito aos funcionários ocupantes de cargos de confiança (direção), contratado junto à seguradora Itaú Unibanco Vida e Previdência. Segundo a autoridade fiscal a "previdência complementar" do Itaú Unibanco Vida e Previdência era utilizada para pagamento de parcelas variáveis de salário, que, por seus valores, periodicidade e resgates, teriam natureza salarial. As contas de previdência privada dos dirigentes seriam utilizadas para esconder a natureza remuneratória desses aportes e, assim, afastar indevidamente a incidência das contribuições previdenciárias e do imposto de renda, configurando negócio jurídico simulado, conduta enquadrada no inciso II, § 1º do art. 167 do Código Civil;*
>
> *c) os depósitos em conta de Previdência Privada dos funcionários ocupantes de cargos de confiança (direção) da empresa configurariam remuneração de natureza salarial, e meio ardiloso de, assim, furtar-se à tributação do IRRF e das Contribuições Previdenciárias, tendo sido aplicada a multa de ofício isolada e qualificada de 150% e os juros de mora isolados pela falta de retenção do IRRF.*

Conforme o art. 6 da Portaria 343/2015 (Regimento Interno deste Conselho), os processos vinculados observam disciplina específica.

> *Art. 6º Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:*
>
> *§ 1º Os processos podem ser vinculados por:*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

I - conexão, constatada entre processos que tratam de exigência de crédito tributário ou pedido do contribuinte fundamentados em fato idêntico, incluindo aqueles formalizados em face de diferentes sujeitos passivos;

II - decorrência, constatada a partir de processos formalizados em razão de procedimento fiscal anterior ou de atos do sujeito passivo acerca de direito creditório ou de benefício fiscal, ainda que veiculem outras matérias autônomas; e

III - reflexo, constatado entre processos formalizados em um mesmo procedimento fiscal, com base nos mesmos elementos de prova, mas referentes a tributos distintos.

§ 2º Observada a competência da Seção, os processos poderão ser distribuídos ao conselheiro que primeiro recebeu o processo conexo, ou o principal, salvo se para esses já houver sido prolatada decisão.

§ 3º A distribuição poderá ser requerida pelas partes ou pelo conselheiro que entender estar prevento, e a decisão será proferida por despacho do Presidente da Câmara ou da Seção de Julgamento, conforme a localização do processo.

§ 4º Nas hipóteses previstas nos incisos II e III do § 1º, se o processo principal não estiver localizado no CARF, o colegiado deverá converter o julgamento em diligência para a unidade preparadora, para determinar a vinculação dos autos ao processo principal.

§ 5º Se o processo principal e os decorrentes e os reflexos estiverem localizados em Seções diversas do CARF, o colegiado deverá converter o julgamento em diligência para determinar a vinculação dos autos e o sobrestamento do julgamento do processo na Câmara, de forma a aguardar a decisão de mesma instância relativa ao processo principal. (sublinhei)

§ 6º Na hipótese prevista no § 4º, se não houver recurso a ser apreciado pelo CARF relativo ao processo principal, a unidade preparadora deverá devolver ao colegiado o processo convertido em diligência, juntamente com as informações constantes do processo principal necessárias para a continuidade do julgamento do processo sobrestado.

§ 7º No caso de conflito de competência entre Seções, caberá ao Presidente do CARF decidir, provocado por resolução ou despacho do Presidente da Turma que ensejou o conflito.

***§ 8º Incluem-se na hipótese prevista no inciso III do § 1º os lançamentos de contribuições previdenciárias realizados em um mesmo procedimento fiscal, com incidências tributárias de diferentes espécies**.(grifei)*

O lançamento de IRRF ocorreu como repercussão do processo 19515.003483/2010-11, relativo a contribuições previdenciárias, na modalidade reflexa. O

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

lançamento principal, das contribuições previdenciárias, foi confirmado em parte pela 1a. Turma Ordinária da 4a. Câmara - 2a. Sessão de Julgamento deste Conselho, conforme Acórdão 2401-003.021, assim ementado:

CÓPIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2006 a 31/12/2009

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO AUTO DE INFRAÇÃO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL SEGURADOS EMPREGADOS PAGAMENTOS INDIRETOS DESCUMPRIMENTO DA LEI INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO Uma vez estando no campo de incidência das contribuições previdenciárias, para não haver incidência é mister previsão legal nesse sentido, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da isonomia.

CUSTEIO NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO CONTRIBUIÇÕES SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA AOS SEGURADOS EMPREGADOS PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NATUREZA SALARIAL NÃO EXTENSÃO A TODOS OS EMPREGADOS E DIRIGENTES No caso dos benefícios de "previdência complementar, descumpriu o recorrente o preceito legal básico descrito na lei para excluir os valores da base de cálculo, qual seja, a extensão do benefício a todos os empregados, assim, correto o lançamento em relação a essas verbas.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS DESCUMPRIMENTO DOS PRECEITOS LEGAIS ESTIPULAÇÃO AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO SINDICATO. Não demonstrou o recorrente que as metas foram acordadas pela comissão de empregados, o que fere o disposto na lei 10.101. Ao descumprir os preceitos legais e efetuar pagamentos de participação nos lucros, em periodicidade superior ao permitido em lei, e em valores superiores ao acordado, o recorrente assumiu o risco de não se beneficiar pela possibilidade de que tais valores estariam desvinculados do salário.

BÔNUS DE PERMANÊNCIA GRATIFICAÇÕES E PRÊMIOS PAGAMENTO POR LIBERALIDADE NATUREZA SALARIAL O pagamento de bônus ou gratificações possuem nítida natureza salarial, uma vez que pagos em decorrência do atingimento de metas, ou mesmos de pactos realizados em decorrência de contratos de trabalho.

MULTA QUALIFICADA COMPROVAÇÃO DA INTENÇÃO DE OMITIR BASE DE CÁLCULO DE CONTRIBUIÇÕES O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nosarts. 71, 72 e 73 da Lei no4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) Demonstrou a autoridade fiscal os elementos fáticos que demonstraram a intenção de omitir base de cálculo de contribuições previdenciárias em relação ao valores pagos por

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

meio de aportes em previdência privada. Para os valores de PLR pagos por meio de Folha de Pagamento, embora correto o lançamento realizado, posto a feição salarial do benefício, deve ser afastada a qualificação da multa, posto não ter logrado êxito o auditor em enquadrar o pagamento, como verdadeira omissão, ou desvirtuamento do pagamento.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2006 a 31/12/2009

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, com esteio na legislação que disciplina a matéria. O fato de ter entrevisto ex-empregados.

CÓPIA

No Acórdão daquele processo (conexo) sobre o lançamento das contribuições previdenciárias, ficou decido *por unanimidade de votos, a rejeição da preliminar de nulidade; e por maioria de votos, o provimento parcial ao recurso, desqualificando a multa de ofício referente ao levantamento LEV 04.* (O levantamento LEV 4 refere-se aos valores que transitaram pelas folhas de pagamento).

O Recurso Voluntário foi interposto em 14/02/2012, após a ciência do Acórdão de Impugnação, que ocorreu em 17/01/2012. A seguir relato as razões do contribuinte.

PRELIMINARMENTE

1. Cerceamento de defesa e ausência do contraditório - Prova unilateral e ausência de discriminação clara e precisa da suposta infração.

1.1. A autoridade fiscal selecionou unilateralmente ex-empregados para colher informações sobre os fatos investigados. As oitivas realizadas pela RFB não foram do conhecimento do recorrente, ficando impossibilitada de exercer o direito de contraditório relativamente aos fatos. Alega que um dos entrevistados (Octoniel Pelizário) teria comparecido para a oitiva acompanhado de advogada e que não lhe permitiram acompanhar a oitiva. Considera inconstitucional o procedimento do fisco pelas razões: não intimar a recorrente para participar da oitiva e não permitir a presença de advogado na ocasião.

1.2. Na impugnação solicitou a produção de prova pericial, visando sanar a prova testemunhal produzida unilateralmente pelo fisco. A recorrente não se eximiu de juntar as provas que possui, apenas solicitou a perícia e oitiva para esclarecimento dos fatos, exercendo, dessa forma, o contraditório.

2. **Ausência de lançamento definitivo nos autos do procedimento fiscal anterior - Processo 19515.003483/2010-11 que sustenta o presente auto de infração.**

2.1. Descreve os valores lançados no processo relativo às contribuições previdenciárias. Informa que o lançamento foi efetuado pelo fato da empresa ter adotado um plano de previdência complementar (Itaú Unibanco Vida e Previdência) que denominou de "secreto", apenas para funcionários detentores de cargos de confiança, com o objetivo de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

efetuar pagamentos de parcelas variáveis de remuneração aos funcionários, incluindo verbas relativas à participação nos lucros e resultados (PLR).

2.2. De acordo com o Relatório Fiscal, os pagamentos efetuados pela recorrente ferem dispositivos da Lei 10.101/2000, pois não houve negociação "transparente" entre a empresa, seus funcionários e o Sindicato, com pacto realizado de forma clara e precisa, com estabelecimento de metas, resultados, prazos e índices de aferição comuns a todos os empregados. Os depósitos teriam sido feitos nas contas de previdência privada do Itaú Unibanco, com o objetivo de dificultar a identificação dos valores, com o fito de se eximir das contribuições previdenciárias devidas.

2.3. A recorrente espera que o recurso apresentado no processo 19515.003483/2010-11, pendente de julgamento, será provido e, portanto, o lançamento do presente auto não teria sustentação legal. Argumenta que a obrigação no presente auto - IRRF - só poderia ser cumprida se as verbas pagas a título de PLR de que trata o lançamento do processo de fiscalização previdenciária fosse confirmado pelas duas instâncias administrativas e o lançamento assumisse o caráter definitivo no âmbito administrativo.

2.4. Considera temerário e inseguro o lançamento deste processo, pois desvinculado e posterior às outras fiscalizações relativas ao mesmo fato investigado.

3. Da fundamentação legal prevista em dispositivos revogados - Lei 11.488/2007 e do artigo 9. da Lei 10.426/2002

3.1 O auto de infração infringiu o inc. IV do art. 10 do Decreto 70.235/72, citando e transcrevendo dispositivos revogados há mais de 3 anos. A Lei 11.488/2007 revogou/alterou vários dispositivos legais, dentre eles, o art. 44 da Lei 9430/96 e art. 9 da Lei 10.426/2002. Entende que vige apenas a multa isolada de 50% nos casos de falta de tributação de rendimentos sujeitos ao cognominado carnê-leão pela pessoa física ou pela falta de pagamento de estimativa mensal pela pessoa jurídica. Assim, só poderia ser aplicada a multa de ofício de 75% ou 150% nos casos do inciso I e par. 1o. do artigo 44 da Lei 9.430/96 e quando houver a cobrança em conjunto com o imposto de renda na fonte. Cita decisão desta casa.

4. Da não sujeição passiva da autuada

4.1 A recorrente não pode ser considerada sujeito passivo da obrigação acessória, em face do disposto no art. 122 c/c artigo 115 do CTN.

> ***"Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.***
>
> ***Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:***
>
> ***I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;***
>
> ***II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.***
>
> ***Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto."***

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A natureza dos depósitos realizados no Itaú tem conotação financeira, pois decorrem de Acordos Coletivos, *dando ao empregado a opção de atribuir a esses valores o caráter de previdência privada, razão pela qual essas quantias não são registradas contabilmente como pagamento a plano de previdência privada*. Neste caso, a obrigação acessória nasceu tendo como sujeito passivo alguém que não corresponde à configuração que a intuição comum indica.(grifei)

4.2. A fiscalização não cuidou de demonstrar as datas de cada aporte feito pela recorrente, em relação a cada um dos beneficiários e as respectivas datas dos pagamentos a cada um dos empregados pelo Itaú Unibanco Vida e Previdência. Preocupou-se a autoridade fiscal em atribuir à Companhia Brasileira de Distribuição o ônus da obrigação acessória de reter e recolher o imposto de renda na fonte, sem levar em consideração que esta, na ocasião dos pagamentos dos funcionários, não tinha nenhuma disponibilidade ou controle sobre os pagamentos efetuados pela seguradora que detinha esta titularidade e gestão sobre os valores, em virtude do plano de previdência pacutado de acordo com a Lei Complementar 109/2001 e outras normas legais. Desta forma foram violados dispositivos legais. Entende a recorrente que foi a seguradora quem efetuou o pagamento aos beneficiários. Desta forma, caberia à seguradora a responsabilidade pela obrigação acessória da retenção do imposto de renda na fonte, em face da aplicação do *aspecto temporal* da hipótese de incidência. Cita decisão do STJ sobre o assunto.

5. Inexistência de autorização legal em normativa para a fiscalização do IRRF em face da falta de previsão no MPF 08.1.90.00-2008-00401-2.

5.1. Como o MPF 08.1.90.00-2008-00401-2 relativo à fiscalização previdenciária somente atribuiu aos agentes os poderes para fiscalizar e lançar os tributos CPMF, Contribuição Previdenciária e para outras Entidades ou Fundos e PIS e COFINS, ocorreu vício insanável pela ausência de previsão legal para o lançamento de IRRF que supostamente deveria incidir sobre os pagamentos de PLR, depositados em contas de previdência complementar privada na instituição Itaú Unibanco Vida e Previdência. (Obs.: o MPF 08.1.85.00-2010-00208-0, suporte administrativo para o lançamento de IRRF, está anexado aos autos à efl. 3391).

5.2. A indicação do tributo objeto da fiscalização do MPF é requisito indispensável para o lançamento, razão pela qual, ausente essa indicação, o procedimento é nulo de pleno direito. O objetivo da norma é assegurar ao contribuinte a garantia constitucional da ampla defesa. Assim, o lançamento deve ser tornado nulo, em face da ausência de MPF com a indicação de autorização para a fiscalização do IRRF.

MÉRITO

6. Participação nos lucros e resultados em conformidade com a Lei 10.101/2000 c/c Lei 8.212/1991

6.1. Os auditores utilizaram-se de argumentos frágeis e provas testemunhais unilaterais e preparadas, sem assegurar a ampla defesa e o contraditório à empresa, para chegar à falsa conclusão de que os pagamentos feitos aos seus empregados a título de participação nos lucros e resultados por meio de contribuições extraordinárias para participação no plano de benefícios de previdência caracterizam-se como parcelas de natureza salarial.

6.2. O art. 28 da Lei 8.212/1991 não disciplina a matéria, remetendo-a para a Lei 10.101/2000, arts. 2º. e parágrafos. A referida lei prevê a definição dos critérios a serem utilizados/escolhidos para a participação nos lucros, que deve ser de comum acordo, e baseados

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

em índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa, bem como programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente. O instrumento do acordo celebrado deverá ser arquivado na entidade sindical dos trabalhadores.

6.3. Informa que foi feita negociação coletiva por meio de Acordo Nacional de Participação nos Resultados, celebrado com o Sindicado dos Empregados do Comércio de São Paulo, nos termos do art. 2., inc. II da Lei 10.101/2000.

6.4. Conforme o citado Acordo, consta a exposição clara e objetiva da participação nos resultados cujo enunciado dispõe que " *... está condicionada à que o colaborador tenha mais de 1 (um) ano de empresa e ao atingimento de metas de vendas e lucratividade, estabelecidos pela empresa (...)*."

6.5. Todos os pagamentos relativos ao PLR foram pagos pela empresa com base nos critérios previstos nos acordos celebrados, quais sejam, tempo de casa, vendas e lucratividade.

6.6. Os auditores teriam "criado" novos requisitos subjetivos, como por exemplo, que os pagamentos feitos por meio de aportes ao plano de previdência do Itaú nos anos de 2006 a 2008 não contemplaram todas as categorias de funcionários, além de afirmarem que nos acordos não constam regras claras e objetivas.

6.7. Afirma que a lei dá amparo para a tipificação da natureza jurídica dos pagamentos por PLR (Lei 8212/91, art. 28, par. 9, alínea j), remetendo a definição dos requisitos para a lei específica.

6.8. Todas as informações, detalhes e especificações dos programas de PLR foram amplamente divulgados aos empregados, assim como as metas a serem alcançadas e a quem eram aplicáveis, tudo de acordo com as diretrizes estabelecidas nos acordos e que foram disponibilizados à autoridade fiscal.

6.9. Não se pode admitir a interferência da fiscalização no conteúdo dos acordos que as partes livremente pactuaram. A Lei 10.101/2000 não proíbe o pagamento de PLR com assentimento dos empregados, por meio de depósitos em plano de previdência.

6.10. Os pagamentos ao plano de previdência não transitaram pelas folhas de pagamento por se tratarem de aportes que poderiam ou não se converter em benefícios de previdência.

6.11. Afirma que parte dos depósitos não se tratam de PLR, mas de esporádicas gratificações liberais ou bônus de contratação, que não integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias, razão pela qual não podem ser consideradas no cômputo da semestralidade previsto no dispositivo citado. Tais casos também não foram apontados pela autoridade fiscal, o que impossibilita a contestação.

7. Legalidade dos pagamentos de PLR por meio do plano de previdência privada - natureza jurídica e base de cálculo

7.1. Os pagamentos realizados a título de PLR por meio de contribuições extraordinárias ao plano de benefícios, de natureza previdenciária não encontra qualquer óbice por parte da Lei 10.101/2000.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

7.2. Ainda que não se entendesse que os pagamentos fossem relativos ao PLR, as verbas, forçosamente, deveriam ser enquadradas na hipótese de exclusão previsto na alínea "p" do parágrafo 9, que dispõe que *"não integra o salário de contribuição o valor das contribuições, efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os art. 9 e 468 da CLT*."

8. Ausência de dolo, fraude ou simulação

8.1. O lançamento caracterizou a simulação fiscal pelo intuito de fraude nas contribuições previdenciárias e IRRF tendo como base : a) não inclusão dos valores pagos nas declarações tributárias (DIRF e GFIP), nas folhas de pagamentos e nos acordos, b) deixar de efetuar lançamentos contábeis em títulos não próprios e, principalmente, c) depoimentos de ex-empregados. Argumenta que a fraude, o dolo e a simulação não podem ser definidos por mera presunção. Devem ser juntados aos autos provas concretas e obtidas de forma legal e com respeito à ampla defesa e ao contraditório. Afirma que a autoridade fiscal se baseou nos ilegais depoimentos de ex-empregados, colhidos de forma ilegal e sem assegurar o contraditório à empresa.

8.2. No caso dos autos não foi apresentado elemento que assegure a tipificação de simulação. A recorrente apresentou toda documentação ao fisco. Assim, não cabe nenhuma penalidade ou agravamento de penalidade pois a fiscalização não produziu prova capaz de determinar o tipo legal, tendo se valido de meras presunções e, principalmente, em depoimentos tendenciosos de ex-empregados, sem observância do contraditório.

9. Produção de prova pericial

9.1 Requer a produção de prova pericial destinada a repetir a prova testemunhal produzida unilateralmente pela fiscalização, bem como para examinar os lançamentos efetuados, que não foram detalhados e discriminados pela autoridade fiscal, notadamente em relação ao batimento dos valores depositados junto à seguradora, em cotejo com as datas dos saques efetuados e os critérios estabelecidos.

9.2. Indica como Assistente técnico o Contador Edson Cláudio Caetano, brasileiro, inscrito no CRC/SP n. 1SP216.842, CPF 091.030.028-37, com escritório na rua Quirino de Andrade, n. 219, 8. andar, conjuntos 81 e 82, Centro, São Paulo, SP, CEP n. 01.049-905, que deverá ser intimado para acompanhar a perícia e produzir laudo em separado, caso não concorde com o perito da RFB.

9.3. Requer também nova produção de prova testemunhal, com a intimação de atuais e ex-empregados da empresa, além de representantes da seguradora, para a produção de novos depoimentos.

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

CÓPIA

Conselheira Maria Cleci Coti Martins - Relatora

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos legais e deve ser conhecido.

Preliminarmente o recorrente alega cerceamento de defesa tendo em vista a ausência do contraditório e ausência de discriminação clara e precisa da suposta infração. O contribuinte alega que a autoridade fiscal selecionou ex-empregados para prestar esclarecimentos sobre os planos de participação nos lucros e que não foi informado ou intimado para participar dos depoimentos das testemunhas, tendo em vista se defender do que estaria sendo tratado.

Esclareço que o processo administrativo envolve duas fases, uma pré-lançamento, de investigação, e outra pós-lançamento, quando se inaugura o contencioso fiscal com a impugnação tempestiva. Na fase investigativa, a autoridade fiscal busca informações sobre os fatos e sobre os fundamentos legais, tendo em vista verificar se haverá necessidade de lançamento tributário de ofício. Enquanto não terminada a fase investigativa, a autoridade fiscal ainda não sabe se haverá processo ou contencioso fiscal (conforme art. 14 do Decreto 70.235/72). Desta forma, nessa fase pré-lançamento, não há que se falar em cerceamento de defesa nem de ausência de contraditório. Contudo, na fase processual, após o lançamento tributário devem ser conferidas ao recorrente todas as garantias constitucionais relativas ao processo e a ampla defesa. O contribuinte anexou ao processo tantas provas quantas entendeu necessárias para se defender. Apresentou impugnação tempestiva e foi intimado de todas as decisões do processo. Assim, não lhe assiste razão quanto à alegação de cerceamento de defesa.

Em relação à produção de prova pericial, entendo que seria necessária somente se a autoridade fiscal ou os julgadores desconhecessem algum elemento de prova trazido aos autos. Não pode ser utilizada como forma de inverter o ônus da prova do contribuinte para o fisco. Neste caso, o contribuinte poderia ter produzido quaisquer provas para contestar os fatos descritos pela autoridade fiscal, inclusive laudos de profissionais. Os documentos e as provas anexados aos autos não dependem de conhecimento estranho ao julgador ou às autoridades tributárias. Trata-se de livros fiscais, documentos da escrita contábil, relatórios, termos de intimação, etc., bastante comuns em um processo administrativo fiscal. Assim, conforme o parágrafo único do art. 420 do Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 5869/73), a perícia poderá ser indeferida nos seguintes casos:

> *I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;*
>
> *II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
>
> *III - a verificação for impraticável.*

Dado o exposto, considero dispensável a prova pericial no presente caso.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O recorrente se insurge contra o lançamento de IRRF tendo em vista que o processo por ele considerado principal (19515.003483/2010-11), ainda não está definitivamente julgado na esfera administrativa. Contudo, o referido processo já possui decisão neste Conselho, conforme incluído no Relatório acima.

O contribuinte alega ainda a necessidade de se julgar o processo principal, relativo aos fatos geradores do crédito tributário para então se proceder a análise do crédito tributário reflexo, lançado neste processo. Pois bem, a questão principal, ou seja, o processo 19515.003483/2010-11, já possui decisão definitiva na esfera administrativa e assim, tanto para atender ao solicitado pelo contribuinte, quanto pelo princípio da economia processual subentendida no art. 6 da Portaria 343/2015, entendo que não há que se questionar o mérito dos fatos geradores que originaram o lançamento naquele processo e que são os mesmos desta lide. Reforço que o lançamento deste processo refere-se apenas à multa e juros isolados pelo não recolhimento do imposto de renda na fonte quando do pagamento dos valores consignados no processo principal.

O lançamento tributário deste processo foi baseado no art. 9 da Lei 10.426/2002 (a seguir transcrito), ainda vigente no sistema jurídico brasileiro. A multa isolada é decorrente da não retenção na fonte do imposto de renda sobre os valores relativos ao PLR quando do pagamento disponibilização aos beneficiários/empregados.

> *Lei 10.426/2002 - Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*
>
> *Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.*

Observo que a retenção de Imposto de Renda na Fonte não tem outra finalidade senão a de fornecer subsídios à fiscalização tributária. Assim, a multa isolada e juros pelo não recolhimento de IRF definidos no art 9º. da lei 10.426/2002 visam punir as empresas que não prestaram ao fisco informações sobre pagamentos efetuados a terceiros (não identificados, ou sem causa). Observo que o recolhimento de IRF não se caracteriza efetivamente num tributo, pois a empresa deduz do valor a pagar, o montante a recolher ao fisco, e o beneficiário aproveita tal valor no momento da declaração de ajuste anual de Imposto de Renda. Assim, repetindo, a multa e juros isolados visam punir o não cumprimento da obrigação acessória pela empresa, que deixou de informar ao fisco os pagamentos feitos e que, por isso, se transforma em obrigação principal.

A falta de informação sobre valores pagos a terceiros dificulta o trabalho do fisco para detectar sonegação fiscal em decorrência de tais pagamentos. Entendo que é esse objetivo da multa e juros cobrados de forma isolada sobre pagamentos a beneficiários não identificados ou sem determinação da causa. Assim, mesmo que o beneficiário tenha sido identificado e tenha declarado os valores recebidos na declaração de ajuste anual, entendo que, ainda assim, deve subsistir a multa isolada e os juros pois a obrigação da empresa pagadora não foi cumprida.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acrescento que a multa decorre de lei, portanto dentro do princípio da legalidade, e entendo que caso não existisse, tornaria o comando legal da obrigatoriedade de retenção de imposto de renda na fonte sem efetividade.

Argumenta a recorrente que conforme o artigo 122 c/c artigo 115 do CTN, não pode ser considerada sujeito passivo da obrigação principal. O entendimento da recorrente está incorreto, pois antes dos valores serem sacados pelos empregados, foram depositados no plano de previdência em nome dos mesmos. Na ocorrência desse depósito sem a correspondente retenção na fonte do imposto de renda é que está sendo feito lançamento tributário.

Em relação às inconsistências relativas ao Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) alegadas pela recorrente, entendo que é um instrumento interno de controle administrativo do trabalho fiscal e que já foi extinto no âmbito da RFB. Incorreções no seu uso não tornam inválido o procedimento fiscal. A competência para o lançamento tributário do Auditor Fiscal decorre de lei e, portanto, independe de procedimentos internos para o exercício de tal competência, conforme art. 836 do RIR/99, a seguir transcrito, que corresponde ao art. 142 do Código Tributário Nacional.

> *Art. 836. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível (Lei nº 5.172, de 1966, art. 142).*
>
> *Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (Lei nº 5.172, de 1966, art. 142, parágrafo único).*

Dado o exposto, voto por afastar as preliminares e dar provimento parcial ao recurso para exonerar deste lançamento tributário, os valores reflexos respectivos já exonerados no processo principal conexo que originou esta autuação (19515.003483/2010-11).

Maria Cleci Coti Martins.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS, Assinado digitalmente em 03/07/2016 por MARIA CLECI COTI MARTINS
Impresso em 06/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA