MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

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

Processo nº	10880.722332/2011-03
Recurso	Embargos
Acórdão nº	**2401-006.784 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	06 de agosto de 2019
Embargante	COMPANHIA BRASILERA DE DISTRIBUIÇÃO
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. LAPSO MANIFESTO. CABIMENTO.

Os embargos de declaração têm por finalidade a eliminação de obscuridade, contradição e omissão existentes no julgado, e, ainda, por construção pretoriana, a correção do erro material, sendo certo que a atribuição de efeitos infringentes constitui medida excepcional apenas para atender à necessidade de solucionar tais defeitos. Verificada a omissão no julgado, acolhem-se os embargos para sanar o vício constatado e esclarecer a decisão embargada

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos, sem efeitos infringentes, para, sanando a omissão apontada, manter a decisão embargada e a multa qualificada no percentual de 150%.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier (Presidente), Cleberson Alex Friess, Andréa Viana Arrais Egypto, Luciana Matos Pereira Barbosa, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Rayd Santana Ferreira e Cláudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez (Suplente Convocada). Ausente a Conselheira Marialva de Castro Calabrich Schlucking.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração apresentados pelo contribuinte contra o Acórdão nº 2401-004.325 em 10/05/2016 (fls. 3667/3679), que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção, de relatoria da Ilustre Conselheira Maria Cleci Coti Martins.

No caso em tela o contribuinte alegou no item 2.5 do Embargo de Declaração que o CARF se omitiu ao não apreciar a questão referente à impossibilidade de aplicação de multa isolada pela falta de retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte, prevista no art. 9º da Lei n° 10.426/02 com redação data pela Lei n° 11.488/07, nos casos em que o imposto não mais é exigível da fonte pagadora, haja vista que o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96 trata de multa exigida juntamente com o imposto.

Todavia, referida alegação de omissão não foi admitida, já que se constatou da análise do Acórdão nº 2401-004.325 proferido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção que a relatora considerou correta a aplicação dos referidos dispositivos legais pela autoridade lançadora e apresentou suas justificativas para esse entendimento, não merecendo ser acolhida omissão apontada pelo embargante.

Quanto ao pedido do embargante para aplicação de decisão do CARF com interpretação à legislação tributária divergente da decisão embargada, a Ilustre Presidente deste Colegiado, quando do exame de admissibilidade esclareceu que referida alegação não é objeto de Embargos de Declaração e sim de Recurso Especial, nos termos do art. 67, Anexo II do RICARF.

Por fim, no que concerne às omissões apontadas no item 2.6 do Embargo de Declaração, verifica-se que todas se referem ao não pronunciamento desta relatora sobre questões suscitadas pelo contribuinte a respeito da qualificação da multa aplicada e da ausência de dolo, fraude e simulação no caso concreto.

Com efeito, extrai-se dos autos que de fato o sujeito passivo apresentou diversas alegações sobre o tema no item 2.3 de seu Recurso Voluntário (fls. 3607/3609) mas as mesmas, apesar de terem sido sintetizadas no item 8 do relatório do acórdão embargado (fls. 3676), não foram enfrentadas em nenhum momento no voto condutor, restando confirmada a omissão quanto a esse ponto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Os presentes embargos são tempestivos, razão pela qual CONHEÇO DO RECURSO já que presentes os requisitos de admissibilidade.

2. DO MÉRITO

Em análise da omissão apontada no item 2.6 do Embargo de Declaração, verifica-se que a Embargante, também em sede de Recurso Voluntário, alegou que não cabe nenhuma penalidade ou agravamento de penalidade na vertente hipótese, 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. Alegou também que nenhum elemento dos autos assegura a tipificação de dolo, fraude ou simulação, tendo sido apresentada toda a documentação ao fisco (contrato de adesão aos planos de previdência privada, documentação contábil e fiscal e acordos coletivos) e se orientado segundo as regras estabelecidas pela Lei nº 10.101 e Lei nº 8.212, que excluem da base de cálculo os valores depositados junto à seguradora Itaú.

Noutro giro, verifica-se que a fiscalização caracterizou a prática da simulação, sob tópico do termo de verificação, denominado "Da Simulação do Negócio Jurídico" (fls. 3451 e seguintes).

Da análise de todos os elementos constantes dos autos verifica-se que restou comprovada a prática da simulação, bem como restou demonstrado que o procedimento adotado pela contribuinte, retardou o conhecimento, por parte da Administração Tributária, da ocorrência dos fatos geradores em debate, e tal conduta se encontra tipificada na Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Como bem pontuado pela instância *a quo*, o fato de serem, em regra, lícitos e explícitos os depósitos em conta de Previdência Privada, instituída em favor dos funcionários, não retira a ilicitude da conduta adotada, no presente caso, de ocultar, mediante utilização das tais contas, as remunerações variáveis, pagas em função de programa de incentivo, por atingimento de metas fixadas pela empresa.

Logo, o que se verifica é que, ao contrário do que alega a Contribuinte, a fiscalização produziu, sim, prova capaz de determinar o tipo legal em comento, tendo se valido não apenas de depoimentos de ex-funcionários, mas também da análise da escrituração contábil da fiscalizada e dos documentos obtidos por meio da diligência na seguradora Itaú Unibanco. Tem-se ainda que o contraditório foi oportunizado em todas as fases processuais, caso houvesse alguma observação ou contestação a ser apresentada em razão dos depoimentos dos ex-funcionários a Contribuinte deveria

Conforme restou esclarecido, na contabilização dos pagamentos referentes ao salário variável, a Contribuinte os omitiu da folha de pagamentos, só sendo possível identificá-los (contas n° 213.350 e 407.150) recorrendo aos depoimentos dos ex-funcionários e, através da utilização de um 'software' de auditoria em arquivos digitais, executando um rastreamento de 'palavras', ou seja, não tivesse a fiscalização confrontado estas evidências não seria possível identificar a infração. Neste sentido, resta demonstrado que a Recorrente retardou o conhecimento, por parte da Fazenda Pública, da ocorrência do fato gerador;

Tem-se ainda que além dos depósitos efetuados em conta de previdência privada,os quais indicavam que se tratava de uma forma de ocultar o pagamento de verba de natureza salarial, foram identificados diversos resgates em exagerada freqüência, dissociados da ocorrência de um estado de necessidade, subvertendo o instituto da previdência privada, conforme se verifica no extratos obtidos junto à seguradora Itaú Unibanco (Anexos 17 e 37) das contas dos empregados beneficiários dos depósitos nos quais foi possível constatar a ocorrência dos resgates.

Ressalte-se ainda que restou constatado que a própria fiscalizada acabou por confessar, em documentação apresentada em 20/08/2010 (Anexo 28), a sistemática dos pagamentos correspondentes à participação nos resultados pagos por meio da Previdência Privada dos funcionários.

Ou seja, conforme consta dos autos, para que o contribuinte pudesse acordar com o sindicato que representa seus funcionários módicos valores de participações nos resultados, e, ao mesmo tempo, remunerar seus principais executivos com vultosos 'bônus', foi contratado, em segredo, um plano corporativo de previdência complementar com a seguradora Itaú Unibanco. Agindo desta maneira, o contribuinte se beneficiava da isenção prevista na legislação (lei 10.101 de 19/12/2000), bem como se apropriava dos tributos incidentes sobre os aportes na previdência complementar.

Dessa forma, restou configurado o intuito de sonegar quando se constatou que:

1) os valores pagos não constam nas declarações tributárias (DIRF e GFIP), nas folhas de pagamento e nos acordos de participações nos resultados;

2) houve lançamentos contábeis em títulos não próprios;

3) houve omissão do plano e dos valores nos relatórios societários divulgados (CVM e SEC), e,

4) todos os fatos encontram respaldo nos depoimentos dos ex-funcionários;

No presente caso, a teor do disposto nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, impõem-se a cominação da multa no percentual de 150%, em especial ao que prevê o artigo 72 do diploma legal citado

Assim, em face dos elementos narrados, fica justificada a aplicação da multa qualificada.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, VOTO para acolher os embargos, sem efeitos infringentes, para, sanando a omissão apontada, manter a decisão embargada e a multa qualificada no percentual de 150%.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora