



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

Processo nº 11080.004828/2007-95
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1301-004.001 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de julho de 2019
Matéria OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO
Embargante CONSELHEIRO DO CARF
Interessado AGROFEL AGRO COMERCIAL LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. EFEITOS INFRINGENTES.

Acolhem-se os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para suprimir as omissões apontadas do acórdão embargado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos opostos para suprir as omissões apontadas, com efeitos infringentes, e alterar o resultado do Acórdão nº 1301-003.837 para dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos seguintes termos: a) rejeitar o pedido de diligência; b) manter, em parte, a infração IRRF sobre pagamento sem causa e/ou beneficiários não identificados, com multa de 75%, nos termos da tabela contida no voto condutor; c) manter, em parte, a infração glosa de despesas/custos por pagamentos sem causa e/ou beneficiários não identificados - exigência do IRPJ e da CSLL com multa de 75%, nos termos da tabela contida no voto condutor; d) manter a infração IRRF - Multa isolada (qualificada) e Juros isolados; e) manter a infração exclusões/compensações não autorizadas- exigência de do IRPJ e da CSLL com multa de 75%.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

Processo nº 11080.004828/2007-95
Acórdão n.º **1301-004.001**

S1-C3T1
Fl. 1000

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild, Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

Trata-se dos Embargos de Declaração, opostos pelo Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, em face do Acórdão nº 1301-003.837 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, sessão de 17 de abril de 2019, que rejeitou a arguição de nulidade da decisão de primeira instância e, no mérito, negou provimento ao recurso voluntário.

O referido acórdão embargado tem a seguinte ementa e parte dispositiva, *in verbis*:

(...)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. VOTO FUNDAMENTADO. APRECIÇÃO DE PROVAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não é nulo o voto que desenvolve profunda fundamentação para justificar o porquê da imprestabilidade das provas apresentadas, e, ainda assim, as analisa e conclui não serem suficientes para infirmar o lançamento.

(...)

Acordam os membros do Colegiado, por voto de qualidade, em rejeitar a arguição de nulidade da decisão de primeira instância, e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Nelso Kichel (Relator), José Eduardo Dornelas Souza, Carlos Augusto Daniel Neto e Bianca Felícia Rothschild que votaram por anular a decisão de primeira instância. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para redigir o voto vencedor.

(...)

Por sua vez, os Embargos de Declaração, interpostos em **18/06/2019**, demonstram a existência de omissão no acórdão embargado, pois não foram apreciadas pelo Colegiado, no mérito, as razões da defesa contra as infrações imputadas pelo Fisco.

Eis as razões dos embargos de declaração opostos, *in verbis*:

(...)

*FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Conselheiro da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção do CARF, redator do voto vencedor do Acórdão em epígrafe, vem à presença de Vossa Senhoria opor, com fulcro no art. 65, § 1º, inciso I, do Regimento Interno do CARF, **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** com base nas razões de fato e de direito a seguir expostas.*

(...)

Trata-se de auto de infração do IRPJ e reflexos (...).

Em julgamento da impugnação apresentada, a 1ª Turma da DRJ em Porto Alegre julgou-a improcedente.

Apresentado recurso voluntário, o i. Conselheiro Relator, Nelso Kichel, votou por anular a decisão de primeira instância, contudo foi vencido pela maioria do colegiado, cabendo a mim a redação do voto vencedor.

Contudo, as questões de mérito não foram abordadas pela turma julgadora, incluindo aí cominação de multa qualificada e a infração sobre exclusões indevidas na apuração do lucro real. Mesmo em relação às exigências ligadas ao suposto pagamento sem causa, discutiu-se se a decisão da DRJ seria ou não nula, mas não chegou a ser debatido o mérito da exigência.

O acórdão foi formalizado em 18/06/2019, mostrando-se, assim, tempestivos os presentes embargos a teor do que dispõe o § 1º do art. 65 do Anexo II do RICARF.

(...)

Segundo o art. 65 do Anexo II do RICARF, “Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.”

No presente caso, trata-se, à toda evidência, de omissão do acórdão embargado em relação ao mérito da exigência, implicando a necessidade de novo pronunciamento do colegiado.

(...)

Os embargos de declaração foram admitidos e os autos retornaram a este Colegiado para julgamento das matérias de mérito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

Os Embargos de Declaração foram apresentados tempestivamente em 18/06/2019, ou seja, na mesma data da publicação da acórdão embargado.

A omissão suscitada também está demonstrada, pois o Colegiado, na sessão de 17 de abril de 2019, afastou a arguição de nulidade da decisão *a quo* e negou provimento ao recurso, porém não enfrentou as matérias de mérito.

Portanto, conheço dos embargos.

Quanto ao mérito da lide, os autos tratam das seguintes infrações, em resumo, quanto aos anos-calendário 2004, 2005 e 2006:

a) autos de infração do IRPJ e da CSLL:

- glosa de despesas/custos por pagamentos sem causa e/ou beneficiários não identificados, com multa de 75%;

- exclusão indevida do lucro real da parcela de indenização recebida por distrato de contrato de representação comercial, com multa de 75%.

b) autos de infração do IRRF:

- exigência do IRRF sobre pagamento sem causa e/ou beneficiários não identificados, com multa de 75%;

- exigência de multas isoladas e juros isolados, por falta de retenção e recolhimento do IRRF acerca dos beneficiários identificados dos pagamentos de salário ou gratificação (funcionários e terceiros), com multa qualificada de 150% (dissimulação dos pagamentos registrados em conta de despesa com marketing, publicidade e propaganda).

Por ter sido vencido quanto à arguição de nulidade da decisão de primeira instância, passo a enfrentar o mérito das matérias objeto das razões do recurso voluntário.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA FISCAL. INDEFERIMENTO.

A recorrente pediu a realização de diligência fiscal, nos seguintes termos:

(...)

Outrossim, para que se afastem quaisquer dúvidas sobre se os beneficiários apontados nos documentos anexos realmente perceberam os valores que aqui lhe imputados, requer a Impugnante que esta Instância Julgadora proceda diligência junto a esses beneficiários, que deverão ser intimados para confirmar se receberam, nos exercícios de 2004 e 2005, cartões de premiação por parte da Impugnante, bem como se confirmam ou não suas assinaturas nos recibos juntados.

(...)

A decisão *a quo* rejeitou a realização da diligência cuja fundamentação do voto condutor, no que pertinente, transcrevo (e-fls. 890/905), *in verbis*:

(...)

A precariedade dos elementos probatórios parece ser reconhecida até mesmo pela impugnante que sugere verificação adicional por este Colegiado mediante realização de diligência junto aos beneficiários, requerendo expressamente a realização desta para “confirmar se receberam, nos exercícios de 2004 e 2005, cartões de premiação por parte da impugnante, bem como se confirmam ou não suas assinaturas nos recibos juntados”.

Pedido impertinente, posto que a obrigação de comprovar integralmente o alegado é ônus da impugnante, a teor do art. 16, incisos III e § 4º do Decreto nº 70.235, de 1972. Ademais, era (e é) seu dever manter toda a documentação comprobatória das suas operações em boa guarda (art. 264 do RIR/99), não só para eximir-se da exigência do imposto na fonte, mas também para permitir a aferição da normalidade e usualidade das despesas pagas, sem as quais não se pode admitir sua dedutibilidade na apuração do lucro real.

(...)

Data venia, o sujeito passivo ao alegar fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do Fisco constituir o crédito tributário pela lançamento de ofício, é ônus do sujeito passivo comprová-los (CPC, art. 373, II).

O momento de juntar aos autos as provas é por ocasião da apresentação da Impugnação na primeira instância e, eventualmente, complementação das provas, quando da apresentação das razões do recurso voluntário (arts. 15 e 16 do Decreto nº 70.235/72).

Quanto a fatos de sua atividade comercial, os registros na escrituração contábil fazem prova a favor e contra o comerciante e/ou prestador de serviços (RIR/99, art. 923). Princípio da bilateralidade da prova.

No caso, conforme restou demonstrado nos autos pela Fiscalização, a contribuinte não registrou na escrituração contábil os pagamentos de remuneração a funcionários e prestadores de serviços, atinentes aos créditos - carregamentos - efetuados nos cartões magnéticos FLEXCARD, objeto da infração imputada - IRRF pagamento sem causa ou a beneficiários não identificados, Auto de Infração objeto deste Processo.

A contribuinte lançou na escrituração contábil as notas emitidas pela Incentive House, de forma dissimulada, em conluio/fraude (operação de premiação entabulada com a *Incentive House*), como sendo gastos com marketing, publicidade e propaganda, quando, na verdade, eram pagamentos de salários, remuneração por serviços prestados por funcionários e por terceiros.

Ora, a diligência fiscal não se presta a produzir prova cujo ônus é do sujeito passivo, como no caso.

Indefere-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas documentais que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal.

A perícia técnica se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para deslinde do litígio, não se justificando quando o fato puder ser demonstrado pela juntada de documentos.

A diligência fiscal, perícia técnico-contábil, não têm o condão de substituir a parte na atividade de produção de prova.

Como já dito, é ônus do sujeito passivo comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito constitutivo do Fisco (Decreto nº 70.235/72, arts. 15 e 16 e CPC - Lei nº 13.105/2015, art. 373, II).

Considera-se inexistente o pedido de diligência e perícia técnica, quando não atender aos ditames do art. 16, IV, do Decreto 70.235/72. Aplicação da inteligência do § 1º do art. 16 do mesmo diploma legal.

Não constitui cerceamento do direito de defesa o indeferimento do pedido de diligência ou perícia considerada desnecessária, prescindível e formulado sem atendimento aos requisitos do art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72.

Nesse sentido são, também, os precedentes (julgados) deste CARF, cujas ementas de acórdãos transcrevo, a título de ilustração.

NORMAS GERAIS DIREITO TRIBUTÁRIO. LIVRE CONVICÇÃO JULGADOR.. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. De conformidade com o artigo 29 do Decreto nº 70.235/72, a autoridade julgadora de primeira instância, na apreciação das provas, formará livremente sua convicção, podendo determinar diligência que entender necessária. A produção de prova pericial deve ser indeferida-se desnecessária e/ou protelatória, com arrimo no § 2º, do artigo 38, da Lei nº 9.784/99, ou quando deixar de atender aos requisitos constantes no artigo 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72.(Acórdão nº 20601.462, sessão de 09/10/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. Não constitui cerceamento do direito de defesa o indeferimento do pedido de diligência considerada desnecessária, prescindível e formulado sem atendimento aos requisitos do art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72.(Acórdão nº 10249.407, sessão de 06/11/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. A admissibilidade de diligência ou perícia, por não se constituir em direito do autuado, depende do livre convencimento da autoridade julgadora como meio de melhor apurar os fatos, podendo como tal dispensar quando entender desnecessárias ao deslinde da questão. Ademais, tem-se como não formulado o pedido de perícia que deixa de atender aos requisitos do inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, principalmente quando este se revela prescindível. (Acórdão nº 19300.018, sessão de 13/10/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA PRESCINDIBILIDADE INDEFERIMENTO. Presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia.(Acórdão nº 10515.978, sessão de 20/07/2006)

DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. Indefere-se o pedido de diligência ou perícia, cujo objetivo é instruir o processo com as provas que o recorrente deveria produzir em sua defesa, juntamente com a peça impugnatória ou recursal, quando restar evidenciado que o mesmo poderia trazê-las aos autos, se de fato existissem. (Acórdão nº 10248.141, de 25/01/2007).

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. Deve ser indeferido pedido de diligência quando prescindível, a teor do art. 18 do Decreto nº 70.235/72.(Acórdão nº 20180.294, sessão de 23/05/2007).

PERÍCIA. DESNECESSIDADE. Deve ser indeferido o pedido de perícia, quando o exame de um técnico é desnecessário à solução da controvérsia, apenas circunscrita à matéria contábil e aos argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na esfera do saber do julgador.(Acórdão nº 10222.937, sessão de 28/03/2007).

DILIGÊNCIA E PERÍCIA. NEGATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. É incabível a realização de diligência ou perícia para responder a quesitos de natureza legal, cujo conhecimento seja elementar ou que se refiram a prova passível de produção unilateral pelo contribuinte.(Ac. 330201.280, sessão de 09/11/2011, Relator José Antonio Francisco).

PEDIDO DE PERÍCIA TÉCNICA CONTÁBIL. MEIO DE PROVA DESNECESSÁRIO. INDEFERIMENTO. O pedido de perícia técnica, para análise de dados que integram a escrituração contábil e já presentes nos autos, demonstra intenção protelatória e não caracteriza cerceamento do direito de defesa quando indeferido. A autoridade julgadora é livre para formar sua convicção devidamente motivada, podendo deferir perícias quando entendê-las necessárias, ou indeferir as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, sem que isto configure preterição do direito de defesa. Por se tratar de prova especial, subordinada a requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo Julgador, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.(Ac. nº 1802001.006, sessão de 17/10/2011).

ASSUNTO: PERÍCIA/DILIGÊNCIA PRESCINDIBILIDADE –A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para deslinde do litígio, não se justificando quando o fato puder ser demonstrado pela juntada de documentos (Acórdão CSRF 107.05810, Relatora Karem Jureidini Dias).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário:2009,2010,2011.DILIGÊNCIA/PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. A conversão do julgamento em diligência ou perícias só se revela necessária para elucidar pontos duvidosos que requeiram conhecimento técnico especializado para o deslinde de questão controversa. Não se justifica a sua realização quando presentes nos autos elementos suficientes a formar a convicção do julgador.(Acórdão nº 1402-003.129–4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, sessão de 15/05/2018, Conselheiro Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Relator). ,

Pelo exposto, rejeito o pedido de realização de diligência fiscal.

1- Infração imputada: exigência do IRRF sobre pagamento sem causa e/ou beneficiários não identificados, com multa de 75%:

Períodos de apuração: anos-calendário 2004, 2005 e 2006

A infração está assim consignada no Auto de Infração do IRRF (e-fls. 231/240):

(...)

**001 IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE
PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIOS NÃO
IDENTIFICADOS /PAGAMENTOS SEM CAUSA**

Valor apurado conforme Relatório de Ação Fiscal em anexo

(...)

O Relatório de Atividade Fiscal, que integra o auto de infração, narra os fatos apurados pela Fiscalização (e-fls. 255/274), *in verbis*:

(...)

**5.1.1 Dos valores creditados/pagamentos efetuados sem
identificação dos beneficiários**

De acordo com os fatos relatados neste relatório, esta fiscalização considera que os valores creditados pela Incentive House, mediante os cartões FLEXCARD e TOP PREMIUM CARD, adquiridos pela Agrofel, os quais foram apropriados como despesas com publicidade e propaganda, onde não consta a identificação dos beneficiários, estão sujeitos à aplicação do art. 674, do RIR/99: (...).

Abaixo demonstramos o cálculo do reajustamento da base de cálculo, conforme determina o art. 725 do Decreto nº 3000/99 (RIR/99):

(...)

ANO 2004

DATA CRÉDITO	VALOR PRÊMIO	VALOR REAJUSTADO
26/1	1.101,39	1.694,45
20/2	82.112,04	126.326,22
27/2	513.773,82	790.421,26
3/3	60.059,23	92.398,82
31/3	156.592,00	240.910,77
29/4	214.254,00	329.621,54
28/5	344.070,54	529.339,29
14/6	4.688,14	7.212,52
29/6	263.636,40	405.594,46
22/7	93.336,20	143.594,15
13/8	200,00	307,69
30/8	90.873,41	139.805,25
30/9	221.154,88	340.238,28
4/10	22.076,18	33.963,35
28/10	166.866,88	256.718,28
29/10	24.623,83	37.882,82
29/11	178.603,20	274.774,15
21/dez	218.289,60	335.830,15
TOTAL	2.656.311,74	4.086.633,45

ANO 2005

DATA CRÉDITO	VALOR PRÊMIO	VALOR REAJUSTADO
31/1	174.622,08	268.649,35
22/2	271.281,66	417.356,40
23/2	347.797,00	535.072,31
25/2	2.078,89	3.198,29
TOTAL	795.779,63	1.224.276,35

ANO 2006

DATA CRÉDITO	VALOR PRÊMIO	VALOR REAJUSTADO
9/3	1.700,00	2.615,38
27/3	1.000,00	1.538,46
TOTAL	2.700,00	4.153,85

*ENQUADRAMENTO LEGAL:**Art. 674 do RIR/99**(...)*

Em relação à infração em tela, as razões aduzidas no recurso voluntário pela contribuinte estão resumidas assim no relatório da decisão embargada, *in verbis*:

(...)

- que, em sede de impugnação, trouxe ao processo a relação de todos os beneficiários dos pagamentos apontados no Auto de Infração como efetivados para beneficiários não determinados;

- que, diante de uma prova que, inequivocamente, aponta para a improcedência do lançamento, os julgadores a quo decidiram pela manutenção integral dos Autos de Infração, sob o argumento de que o direito pátrio “veda a proibição de comportamento contraditório”, bem como o “benefício pela própria torpeza”;

- que a decisão recorrida representa a própria negação da instância administrativa do processo tributário como fase de apuração de verdade material;

- que a decisão recorrida manteve o lançamento ainda que as situações de fato que ensejaram a sua lavratura tenham sido todas elididas pela prova juntada aos autos, quando da Impugnação;

- que, diante de beneficiários determinados expressamente pela prova juntada com a impugnação, como pode ser a Recorrente obrigada a responder por um tributo incidente sobre pagamentos para beneficiários não determinados?

- que, ora, não é outro senão o momento da impugnação o apropriado para que o contribuinte produza a prova suficiente e necessária para a improcedência do Auto de Infração contra si lavrado;

- que a presunção de liquidez e certeza do crédito tributário somente existe após o encerramento da instância administrativa de discussão. Justamente conforme prescreve o art. 204 do Código Tributário Nacional, que afirma que o crédito tributário somente se toma líquido e certo com a sua inscrição em dívida ativa;

- que, todavia, sob os fundamentos de que a relação apresentada pela impugnante “contém 172 (cento e setenta e dois nomes), o que de pronto já aponta para a impraticabilidade da diligência proposta” (fls. 1.201), bem como que não cabe “a determinação de diligência para a busca de prova em favor do contribuinte” (fls. 1189), foi indeferida a diligência postulada, o que configura flagrante cerceamento de defesa;

- que, demonstra a necessidade da diligência, o fato de que, a fls. 1.201, é questionada na decisão recorrida a validade da relação de beneficiários apresentada em sede de impugnação. Ora, ainda que essa relação seja praticamente idêntica aquela que

ensejou a aplicação de multa pela não retenção em se tratando de beneficiários identificados pela Fiscalização (relação que acompanha o Auto de Infração), é incontestável que, suscitadas dúvidas sobre a autenticidade da lista, deveriam ser ouvidos (bastaria uma intimação para prestação de informações) os beneficiários apontados. Beneficiários, diga-se de passagem, que assinaram recibos atestando o recebimento dos cartões de premiação, conforme prova também juntada com a impugnação.

(...)

Compulsando os autos, constata-se que a recorrente juntou, quando da apresentação da Impugnação (razões da peça de defesa), os seguintes Anexos, no sentido de afastar, elidir, a infração em tela, quanto aos anos-calendário 2004 e 2005, exceto 2006:

a) o Doc. 2 - **(anexo)** - RELAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS DOS CARTÕES FLEXCARD NO EXERCÍCIO DE 2004 e CARTÕES PREMIUM CARD NO EXERCÍCIO DE 2005, TODOS TOMADOS COMO INDETERMINADOS PELA FISCALIZAÇÃO (e-fls. 757/845);

b) **DOC. 2- (anexo)** - CÓPIAS DOS RECIBOS ASSINADOS PELOS BENEFICIÁRIOS DOS CARTÕES PREMIUM CARD NO EXERCÍCIO DE 2005 e CÓPIAS DE COMPROVANTES DE ENVIO CARTÃO FLEXCARD NO EXERCÍCIO DE 2004 (e-fls. 846/863).

Veja.

Na escrituração contábil a contribuinte registrou os pagamentos dos valores desses Anexos, de forma global, como custos/ despesas com marketing, propaganda e publicidade, para respectivos períodos de apuração.

Entretanto, em face das investigações do Fisco e informações prestadas pela Incentive House, restou configurado que, na verdade, os pagamentos foram efetuados a funcionários e prestadores de serviços da própria empresa autuada, mediante depósitos - carregamento de créditos - nos citados cartões magnéticos FLEXCARD.

Ainda na fase de Fiscalização, intimada a contribuinte (diversas vezes), prestou informação ao Fisco de que não havia condições de individualizar os pagamentos, ou seja, identificar, individualizar, o beneficiário dos créditos lançados nos cartões magnéticos FLEXCARD, pois possuía apenas o valor global.

Nesse sentido consta do Termo de Verificação Fiscal narrativa dos fatos (e-fls. 53/54), *in verbis*:

(...)

3. Dos documentos recebidos do MPF - breve histórico das operações envolvendo cartões FLEXCARD

No ano de 2004 foi instaurado procedimento pelo Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Estado do Paraná - MPF PRPR nº 1.25.000.002145/2004-52 com base em notícia de autoria não identificada, Informando que no período de julho de 2003 a fevereiro de 2004, certos itens que compõem a remuneração dos empregados de determinada empresa deixaram de ser incluídos nos contracheques daqueles empregados, compondo um valor de crédito disponibilizado mediante cartão magnético chamado "FLEXCARD", ligado ao banco Unibanco, permitindo saque de valores com possível sonegação de tributos.

O Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Estado do Paraná buscou identificar outras empresas que, porventura, tenham realizado tal modalidade de "pagamento por fora", para apurar os eventuais reflexos tributários e penais das condutas dos responsáveis, tendo sido formalizado Procedimento Criminal Diverso para levantamento dos dados.

A empresa Incentive House, administradora dos cartões, acatando a determinação judicial da 1ª Vara Criminal de Curitiba/PR, forneceu o rol de empresas que, desde o ano de 2002, adquiriram os cartões FLEXCARD, informando os valores creditados, relacionados ano a ano por empresa. Diante do pedido do Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Estado do Paraná, foi autorizado pela 1ª Vara Criminal de Curitiba/PR que os tais dados fossem encaminhados a Receita Federal.

De posse dos documentos encaminhados, a Secretaria da Receita Federal constatou que a empresa Agrofel Agro Comercial estava listada entre aquelas empresas informadas pela Incentive House como adquirente dos cartões Incentive House como adquirente dos Cartões FLEXCARD, tendo sido aberto Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) para fiscalizar tal situação.

4. Desenvolvimento da Fiscalização

4.1. Dos termos e respostas

Foi iniciada a ação fiscal nas dependências da empresa, em Porto Alegre, conforme Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº 1010100-2006-00059-9 do qual o sócio-responsável Sr. Wilson Ferrarin, CPF 054.496.180-34, tomou ciência em 21/02/2006, assim como do Termo de Início de Ação Fiscal, onde foram solicitados os livros contábeis e LALUR; o contrato social e alterações; contratos de mútuo; balancetes mensais e arquivos magnéticos referentes ao plano de contas, lançamentos contábeis e os saldos mensais.

O contribuinte apresentou procuração concedendo poderes ao Sr. Danilo Néri Machado, CPF 214.852.750-91, em 13/03/2006, e nessa mesma data, entregou os arquivos magnéticos referentes ao plano de contas, lançamentos contábeis e os saldos mensais, tendo disponibilizado a esta fiscalização, na sede da empresa, todos os outros documentos e livros solicitados.

Como o MPF abrangia vários tributos e contribuições, esta fiscalização emitiu vários termos, para os quais o contribuinte sempre apresentou resposta. Neste relatório faremos referência apenas aos termos relativos às solicitações de informações específicas sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF e Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ.

Foi solicitado ao contribuinte apresentar cópias das notas fiscais emitidas pela empresa Incentive House -cnpj 00.416.126/0002-22, a qual é prestadora de serviços, relativas ao ano de 2004 a 2005; contrato de prestação de serviços estabelecido entre o contribuinte e a Incentive House, e informar como eram utilizados pelo contribuinte os cartões e bônus oferecidos pela Incentive House: FLEXCARD, PREMIUM CARD, PRESENTE PERFEITO, TOP PREMIUM E TOP PREMIUM TRAVEL.

Em resposta, dia 18/09/2006, o contribuinte apresenta a cópia do contrato e das notas fiscais.

*Declara que o contrato celebrado com a Incentive House visava à elaboração de **programas de marketing**, sendo que a Incentive House prestava orientação, desenvolvimento e divulgação das campanhas, com o objetivo de melhorar a comunicação com os clientes, gerando maior motivação na realização dos negócios. Informa, ainda, que **"Isto ocorria através de um tipo de premiação onde eram distribuídos aos clientes vouchers e cartões, os quais poderiam ser trocados por mercadorias, viagens ou dinheiro nas redes conveniadas. Os respectivos vouchers e cartões eram emitidos ao portador e eram distribuídos aos clientes de acordo com as políticas comerciais específicas para cada região de atuação, ou dos produtos específicos que estavam sendo promovidos nas campanhas"** (grifo meu).*

O valor gasto com publicidade e prêmios dessas campanhas em 2004 e 2005 correspondem a 1,19% e 1.05% do faturamento do ano, sendo que esses valores são inferiores aos orçados, que eram da ordem de 1,5%, sendo que nos valores pagos a Incentive House estavam inclusos as despesas de divulgação, TV, etc, além de viagens e estadias, para elaboração de projetos, estruturação e divulgação de campanhas.

Considerando a resposta entregue pelo contribuinte, esta fiscalização emitiu nova intimação solicitando a relação dos beneficiários dos cartões e bônus oferecidos pela INCENTIVE HOUSE, informando nome, CPF e cargo/função que ocupa na empresa fiscalizada, além dos benefícios concedidos individualmente para cada beneficiário.

Em resposta, o contribuinte informa que a contratação da Incentive House tem como objetivo o desenvolvimento de programas de marketing, a ser desenvolvido mediante premiações distribuídas, especialmente a clientes, através do cartões e vouchers (grifo meu).

*“...a Agrofel não dispõe dos dados solicitados na presente intimação, devendo frisar, entretanto, que os programas eram desenvolvidos com os clientes de cada uma das filiais e coordenados pela incentive House, que é a empresa que detém o Know-how nesse tipo de atividade de marketing. **O único controle que a Agrofel possui da operação é o valor global da mesma (...).**”*

(...)

Como visto, a contribuinte informou, durante o procedimento de fiscalização, reiteradamente, que o único controle que possuía era o valor global da operação.

Porém, quando da apresentação da Impugnação - na primeira instância de julgamento - a contribuinte juntou cópias das Notas Fiscais emitidas pela Incentive House quanto aos pagamentos efetuados pela recorrente e juntou planilhas - relação de beneficiários - com respectivo valor discriminado, cuja relação dos beneficiários, em torno de 94%, eram ou são funcionários da empresa. Pediu, então, que seja afastada a infração imputada "PAGAMENTOS SEM CAUSA OU A BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS".

A relação de beneficiários apresentados e respectivos valores individualizados - planilhas e notas fiscais- "Doc. 2" - Anexo(e-fls. 756/844)- estão, em regra, em consonância, compatíveis, com as notas fiscais acostadas aos autos e coincidem, em regra, com os valores objeto da infração em comento.

Frise-se, e isso ficou patente durante o procedimento de fiscalização, os valores registrados na escrituração contábil ocorreram de forma dissimulada como pagamentos a título de marketing, propaganda e publicidade (notas fiscais emitidas pela Incentive House); porém, na verdade, os valores, dispêndios, pagos pelo sujeito passivo eram a título de remuneração por serviços prestados pelos próprios funcionários e por terceiros. Os pagamentos foram efetuados mediante crédito lançado - carregamento - nos Cartões FLEXCARD.

O sujeito passivo, nos presentes autos, quando da Impugnação na primeira instância, juntou provas: cópia de notas fiscais de emissão da Incentive House, referente valores, recursos que recebera transferidos para carregamento de créditos nos cartões, relação - planilhas - dos beneficiários e respectivos valores individualizados - "Doc.2"- Anexo (e-fls. 756/844).

Há, ainda, juntada de alguns comprovantes da entrega dos cartões magnéticos FLEXCARD aos beneficiários- "Doc. 3" - Anexo (e-fls. 845/862).

No meu entendimento, essas provas carregadas aos autos devem ser analisadas e consideradas quando existente coincidência de informação: (i) valor da nota fiscal; (ii) planilha (identificação do beneficiário e do valor prêmio, crédito, carregado no cartão magnético); e (iii) valor imputado no auto de infração.

Veja

"**Docs. 2 e 3**" - Anexos (documentos, provas juntados aos autos que compõem esses Anexos), constata-se:

Ano-calendário 2004:

Janeiro/2004:

a) juntada de relação de pagamentos a vendedores referente dezembro/2003 (planilha), ou seja, 4º trimestre/2003, valor Prêmio programa de estímulo, total R\$ 288.739,30 (e-fls. 761/765) e Nota Fiscal emitida pela Incentive Houve, em 16/01/2004, valor R\$ 288.739,40 + R\$ 10.452,36 (prestação de serviço) = R\$ 299.191,66 (e-fl. 766);

b) juntada cópia Nota Fiscal, emitida pela Incentive Houve, em 21/01/2004, programa de estímulo, valor **R\$ 1.101,39** + prestação de serviços R\$ 39,87 = R\$ 1.141,26 (e-fl. 769).

Obs:

Em relação ao mês de janeiro/2004 é objeto da autuação - valor tributável - de R\$ 1.101,39 (26/01/2004) - cujo valor coincide com o valor da citada nota fiscal; porém, a contribuinte não identificou o beneficiário desse pagamento. Logo, mantém-se a infração nessa parte.

Fevereiro/2004:

- juntada cópia de relação de pagamentos a vendedores (e-fls. 769/773), no valor de R\$ 513.773,83;

- juntada cópia de Nota Fiscal, emitida pela Incentive House, data de emissão **19/02/2004**, programa de estímulo R\$ 513.773,82 + prestação de serviços R\$ 18.598,61 = Total R\$ 532.372,43 (e-fl. 774).

- juntada copia de relação de pagamentos a vendedores (e-fls. 940), no valor de R\$ 82.112,04.

- juntada cópia de Nota Fiscal, emitida pela Incentive House, data de emissão **26/02/2004**, programa de estímulo R\$ 82.112,04 + prestação de serviços R\$ 2.972,46= Total R\$ 85.084,50 (e-fl. 941).

Quanto ao mês fevereiro/2004, o Fisco lançou (valores tributáveis):

a) R\$ 82.112,04;

b) R\$ 513.372,43.

Portanto, a contribuinte **comprovou** os beneficiários dos pagamentos citados, os quais devem ser excluídos do lançamento fiscal.

Junho/2004:

- juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores, referente maio/2004 (e-fls. 777/779), no valor de R\$ 263.636,35;

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 24/06/2004, programa de incentivo R\$ 263.636,40 + prestação de serviço R\$ 9.543,64 = valor total R\$ 273.180,04 (e-fl. 780).

- juntada de cópia da relação de pagamento dos beneficiários R\$ 4.688,14 (e-fl. 911).

- juntada de cópia da Nota Fiscal, emitida pela Incentive Houve, data de emissão 09/06/2004 (e-fl. 912), programa de incentivo R\$ 4.688,14 + prestação de serviços R\$ 169,71 = Total R\$ 4.857,85.

Quanto ao mês de junho, o Fisco lançou (valores tributáveis):

a) R\$ 4.688,14;

b) R\$ 263.636,40.

Portanto, a contribuinte **comprovou** os beneficiários dos pagamentos do valor de **R\$ 4.688,14** e **R\$ 263.636,40**, os quais devem ser excluídos do lançamento fiscal.

Outubro/2004:

- junta de cópia de Pedido Moto Honda NXR 125, Bross com partida elétrica, R\$ 24.623,86 (e-fl. 775);

- juntada de cópia de emissão da Nota Fiscal da Incentive Houve, emissão em 21/10/2004, programa de incentivo R\$ 24.623,83 + prestação de serviço R\$ 891,36 = total R\$ 25.515,21 (e-fl. 776).

- juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores (e-fls. 898/900), no valor de R\$ 166.866,87;

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 25/10/2004, programa de incentivo R\$ 166.866,88 + prestação de serviço R\$ 8.640,58 = valor total R\$ 172.907,46 (e-fl. 901).

- juntou relação de prêmios, valor R\$ 21.938,00 e Nota Fiscal emitida pela Incentive Houve, data de emissão 27/09/2004, programa de incentivo, valor R\$ 22.076,18 + prestação de serviço R\$ 799,16 + adicional R\$ 17,50 = total R\$ 22.892,84 (e-fl. 910). Porém, não consta nome completo e respectivo CPF dos beneficiários.

Nesse citado mês o Fisco lançou (valores tributáveis):

a) R\$ 22.076,18;

b) R\$ 166.866,88

c) R\$ 24.623,83.

Portanto, quanto ao valor:

a) de R\$ 24.623,83: embora a contribuinte tenha juntado cópia da Nota Fiscal emitida pela Incentive Houve tendo como beneficiária a autuada, esta **não comprovou** o beneficiário do pagamento do prêmio nesse valor (nome completo e CPF);

b) de R\$ 22.076,18 a contribuinte, embora tenha juntado os citados documentos, **não comprovou**, de forma cabal, os beneficiários do pagamento desse valor (faltou identificar nome completo e CPF);

c) R\$ 166.866,88 a contribuinte **comprovou** os beneficiários dos pagamentos. No mês outubro/2004, portanto, apenas esse valor deve ser excluído do lançamento fiscal.

Julho/2004:

- juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores, referente junho/2004 (e-fls. 883/885), no valor de R\$ 93.336,17;

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 22/07/2004, programa de incentivo R\$ 93.336,20 + prestação de serviço R\$ 3.378,77 = valor total R\$ 96.714,97 (e-fl. 886).

Quanto ao mês de junho/2004, o Fisco lançou, valor tributável R\$ 93.336,20.

Portanto, a contribuinte **comprovou** os beneficiários do pagamento do valor de **R\$ 93.336,20**, o qual deve ser excluído do lançamento fiscal.

Agosto/2004:

- juntada de cópia de pedido de 20 (vinte) cartões sem CPF para recarga mensal, R\$ 200,00 (e-fl. 887);

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 06/08/2004, programa de incentivo R\$ 200,00 + Prestação de serviços R\$ 7,24 + adicionais R\$ 50,00 = valor total R\$ 257,24 (e-fl. 888).

- juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores, referente agosto/2004 (e-fls. 889/891), no valor de R\$ 90.873,31.

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 25/08/2004, programa de incentivo R\$ 90.873,41 + prestação de serviço R\$ 3.289,62 = valor total R\$ 94.163,03 (e-fl. 892).

Nesse citado mês o Fisco lançou (valores tributáveis):

a) R\$ 200,00;

b) R\$ 90.873,41.

Portanto, quanto ao valor de:

a) R\$ 200,00, a contribuinte **não** comprovou os beneficiários (Nome completo e CPF);

b) R\$ 90.873,41 a contribuinte **comprou** os beneficiários do pagamento. Portanto, apenas esse valor deve ser excluído do lançamento fiscal, nesse mês.

Setembro/2004:

- juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores, referente agosto/2004 (e-fls. 893/895), no valor de R\$ 221.155,02.

- juntada de cópias:

a) Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 23/09/2004, programa de incentivo R\$ 207.332,70 + prestação de serviço R\$ 7.505,44 = valor total R\$ 214.838,14 (e-fl. 896);

b) Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 23/09/2004, programa de incentivo R\$ 13.822,18 + prestação de serviço R\$ 500,36 + adicional R\$ 5,00 = valor total R\$ 14.327,54 (e-fl. 897).

Nesse citado mês o Fisco lançou (valor tributável): R\$ 221.154,88.

Portanto, a contribuinte **comprou** os beneficiários do pagamento. Esse valor deve ser excluído do lançamento fiscal.

Novembro/2004:

- juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores (e-fls. 902/903), no valor de R\$ 178.603,32.

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 23/11/2004, programa de incentivo R\$ 178.603,20 + prestação de serviço R\$ 6.465,44 = valor total R\$ 185.068,64 (e-fl. 904).

Nesse citado mês o Fisco lançou, valor tributável: R\$ 178.603,20.

Portanto, a contribuinte **comprou** os beneficiários do pagamento. Esse valor deve ser excluído do lançamento fiscal.

Dezembro/2004:

- juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores (e-fls. 905/907), no valor de R\$ 218.289,52.

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 16/12/2004, programa de incentivo R\$ 218.289,60 + prestação de serviço R\$ 7.902,08 = valor total R\$ 226.191,68 (e-fl. 908).

Nesse citado mês o Fisco lançou, valor tributável: R\$ 218.289,60.

Portanto, a contribuinte **comprovou** os beneficiários do pagamento. Esse valor deve ser excluído do lançamento fiscal.

Maio/2004:

- juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores (e-fls. 913/915), no valor de R\$ 344.070,54..

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 25/05/2004, programa de incentivo R\$ 344.070,54 + prestação de serviço R\$ 12.455,35 = valor total R\$ 356.525,89 (e-fl. 916).

Nesse citado mês o Fisco lançou, valor tributável: R\$ 344.070,54.

Portanto, a contribuinte **comprou** os beneficiários do pagamento. Esse valor deve ser excluído do lançamento fiscal.

Abril/2004:

- juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores (e-fls. 920/923), no valor de R\$ 214.253,98.

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 26/04/2004, programa de incentivo R\$ 214.254,00 + prestação de serviço R\$ 7.755,99 = valor total R\$ 222.009,99 (e-fl. 924).

Nesse citado mês o Fisco lançou R\$ 214.254,00.

Portanto, a contribuinte **comprou** os beneficiários dos pagamentos. Esse valor deve ser excluído do lançamento fiscal.

Março/2004:

- juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores (e-fls. 925/927), no valor de R\$ 156.592,01.

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 24/032004, programa de incentivo R\$ 156.592,00 + prestação de serviço R\$ 5.668,63 = valor total R\$ 162.260,63 (e-fl. 928 e 929).

-juntada de cópia da relação de pagamentos a vendedores (e-fls. 930), no valor de R\$ 60.059,23.

- juntada de cópia Nota Fiscal, emissão da Incentive Houve, data de emissão, 26/022004, programa de incentivo R\$ 60.059,23 + prestação de serviço R\$ 2.174,14 = valor total R\$ 62.223,37 (e-fl. 931).

Nesse citado mês o Fisco lançou (valores tributáveis):

a) R\$ 60.059,23;

b) R\$ 156.592,00.

Portanto, a contribuinte **comprou** os beneficiários dos pagamentos. Esses valores devem ser excluídos do lançamento fiscal.

Demonstrativo resumo dos valores tributáveis mantidos e dos valores excluídos da infração imputada IRRF- pagamentos sem causa/beneficiários não identificados- Ano-calendário 2004

DATA CRÉDITO	VALOR PRÊMIO	SITUAÇÃO
26/1	1.101,39	MANTER
20/2	82.112,04	EXCLUIR
27/2	513.773,82	EXCLUIR
3/3	60.059,23	EXCLUIR
31/3	156.592,00	EXCLUIR
29/4	214.254,00	EXCLUIR
28/5	344.070,54	EXCLUIR
14/6	4.688,14	EXCLUIR
29/6	263.636,40	EXCLUIR
22/7	93.336,20	EXCLUIR
13/8	200,00	MANTER
30/8	90.873,41	EXCLUIR
30/9	221.154,88	EXCLUIR
4/10	22.076,18	MANTER
28/10	166.866,88	EXCLUIR
29/10	24.623,83	MANTER
29/11	178.603,20	EXCLUIR
21/dez	218.289,60	EXCLUIR
TOTAL	2.656.311,74	-

Ano-calendário 2005:

Janeiro/2005:

Nesse citado mês o Fisco lançou valor tributável R\$ 174.622,08, data do crédito 31/01/2005 (pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado).

A contribuinte fez:

- juntada de cópia de Planilha da relação de vendedores, com respectivos valores (e-fls. 902/903), no valor total de R\$ 174.603,08, valor divergente do valor lançado pelo Fisco (e-fls. 842/844)

- Além disso, não juntou cópia de Nota Fiscal do respectivo valor.

Portanto, não há indícios ou provas suficientes nos autos que pudessem afastar a infração imputada.

Fevereiro/2005:

- O Fisco lançou os seguintes valores tributáveis:

a) data do crédito 22/02/2005, R\$ 271.281,66;

b) data do crédito 23/02/2005, R\$ 347.797,00;

c) data do crédito 25/02/2005, R\$ 2.078,89.

A contribuinte, para esse mês, juntou relação, planilhas de beneficiários (e-fls. 835/838):

a) data do crédito 09/03/2006, valor R\$ 98.010,07;

b) data do crédito 27/03/2006, valor R\$ 520.168,69.

Não existe coincidência entre os valores lançados pelo Fisco e os valores das planilhas. Além disso, não há nos autos cópias de notas fiscais dos respectivos valores objeto da autuação.

Portanto, não há indícios ou provas suficientes que pudessem afastar a infração imputada.

Demonstrativo - resumo - dos valores mantidos da infração ou excluídos - Ano-calendário 2005:

DATA CRÉDITO	VALOR PRÊMIO	SITUAÇÃO
31/1	174.622,08	MANTIDO

Processo nº 11080.004828/2007-95
Acórdão n.º **1301-004.001**

S1-C3T1
Fl. 1022

22/2	271.281,66	MANTIDO
23/2	347.797,00	MANTIDO
25/2	2.078,89	MANTIDO
TOTAL	795.779,63	

Ano-calendário 2006:

O Fisco lançou os seguintes valores tributáveis:

a) R\$ 1.700,00

b) R\$ 1.000,00.

Os valores tributáveis lançados devem ser mantidos, pois o sujeito não comprovou a quem teriam sido pagos os valores (não comprovou os beneficiários).

DATA CRÉDITO	VALOR PRÊMIO	SITUAÇÃO
9/3	1.700,00	MANTIDO
27/3	1.000,00	MANTIDO
TOTAL	2.700,00	

2- Glosa de despesas/custos por pagamentos sem causa e/ou beneficiários não identificados, exigência do IRPJ e da CSLL com multa de 75%:

Em relação a essa infração, as razões aduzidas no recurso voluntário pela contribuinte estão assim resumidas no relatório do acórdão embargado:

(...)

- que, segundo o Fisco, os valores foram pagos, transferidos, para a Incentive House relacionados com beneficiários não determinados, são despesas sem causa, desnecessárias;

- que a recorrente alega: está em jogo é a legalidade da tributação e o princípio da verdade material;

- que, na medida em que comprovados os beneficiários dos rendimentos bem como a condição desses funcionários da recorrente e terceiros que lhe prestam serviços, certo é que os pagamentos a tais beneficiários preenchem as condições de dedutibilidade do art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda;

- que no próprio Relatório da Ação Fiscal é referido: em relação aos pagamentos identificados, ao tempo da lavratura dos Autos de Infração, nenhum deles foi glosado, já que como remuneração a empregados e terceiros, seja a título de salário ou de premiação pelo cumprimento de metas atingidas (o que é o caso), enquadra-se no conceito de despesa usual e necessária para fins de apuração do IRPJ e CSLL;

- que não é por demais repetir que aproximadamente 100% dos beneficiários identificados na prova juntada com a impugnação já constam do rol de anexos do Relatório de Ação Fiscal, onde estão descritos como empregados da recorrente ou terceiros que lhe prestam serviços sem vínculo empregatício, o que ratifica que os cartões estavam vinculados à manutenção e desenvolvimento das atividades da empresa;

- que não pode a decisão recorrida imputar à Recorrente uma obrigação de alcançar toda e qualquer prova no curso da fiscalização, até porque muitos documentos acabam por se tornar disponíveis quando já lavrado o Auto de Infração;

- que não se pode alegar que está a Recorrente a beneficiar-se de eventual torpeza, já que a não retenção do imposto de renda nos pagamentos aos beneficiários identificados na impugnação a sujeita à multa, conforme prescreve o Parecer Normativo SRF 01/2002;

- que não pode persistir, todavia, é a exigência de um imposto em contradição absoluta com os elementos de fato constantes do processo. Quando o Relatório da Ação Fiscal refere que os cartões de premiação eram utilizados para uma “possível sonegação de tributos”, não há dúvidas que essa “sonegação” somente pode se dar na pessoa física beneficiária dos rendimentos e que não os declara na respectiva declaração de renda. Jamais por parte da Recorrente, na condição de fonte pagadora;

- que requer a recorrente a reforma da decisão recorrida no tocante ao Auto de Infração IRRF;

(...)

Como se trata de infração reflexa da infração tratada no tópico anterior, devem ser afastadas as glosas de despesas, aqui nesta infração, correspondentes aos valores dos pagamentos excluídos da infração anterior, por serem despesas dedutíveis.

3 - Auto de Infração Multas Isoladas de 150% (qualificadas) e Juros Isolados (e-fls. 241/253):

Obs: sobre valores pagos, creditados a beneficiários identificados, porém sem retenção do IRRF pela fonte pagadora dos rendimentos (ausência de recolhimento).

(...)

001 MULTAS ISOLADAS

FALTA DE RETENÇÃO OU RECOLHIMENTO DO IRRF

Multa devida pela falta de retenção ou recolhimento do IRRF após o prazo fixado, conforme Relatório de Ação Fiscal em anexo.

(...)

Relatório de Atividade Fiscal (e-fls. 255/274):

(...)

5.1.2 Dos valores creditados aos beneficiários pessoas físicas

Em resposta à intimação fiscal onde foram apresentadas as planilhas contendo os dados fornecidos pela Incentive House (relação contendo identificação e CPF dos beneficiários, assim como data e valor do prêmio), o contribuinte declara que "Os valores constantes das planilhas desta intimação não foram objeto de tributação de imposto de renda pela Agrofel".

Considerando que a Agrofel não reteve nem recolheu Imposto de Renda Retido na Fonte IRRF sobre os valores creditados às pessoas físicas beneficiárias dos cartões/bônus disponibilizados pela Agrofel nos anos 2004 a 2006, e que o prazo para entrega das Declarações de Ajuste Anual de Imposto de Renda Pessoa Física DIRPF daqueles anos já expirou, esta fiscalização está efetuando o lançamento da multa por não retenção ou recolhimento do tributo, conforme preceitua o art. 44 da Lei 9.430/96, (...).

(...)

IRRF. (...). NÃO RETENÇÃO PELA FONTE PAGADORA. PENALIDADE (...)

5.1.2.1. Da multa qualificada

O art. 957, Inc. II, Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3000/99 (RIR/99) (...):

Art. 957. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de imposto (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44):

I - (...)

II - de cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.426, 2002, art. 9º).

(...)

Considerando que a Agrofel tinha conhecimento dos beneficiários dos valores recebidos mediante a utilização dos cartões, disponibilizados pela Incentive House e que 94% dos beneficiários são/foram funcionários da Agrofel, o que caracteriza pagamento de salário ou gratificação, e que ocultou a natureza dos pagamentos inserindo os valores em conta de despesa com publicidade e propaganda, conforme já demonstrado neste relatório, esta fiscalização considera a necessidade de aplicação da multa de 150% com relação aos valores de IRRF sobre os valores recebidos pela disponibilização dos cartões/prêmios às pessoas físicas, os quais deixaram de ser recolhidos pelo contribuinte.

(...)

MÊS	VALOR IMPOSTO (R\$)	VALOR MULTA 150%(R\$)
janeiro-06	4.393,16	6.589,74
fevereiro-06	15.452,76	23.179,14
março-06	47.845,67	71.768,51
abril-06	5.260,73	7.891,10
maio-06	19.153,35	28.730,03
junho-06	46.726,87	70.090,31
julho-06	18.119,43	27.179,15
agosto-06	8.303,51	12.455,27
setembro-06	7.065,14	10.597,71
outubro-06	563,95	845,93
novembro-06	2.832,13	4.248,20
dezembro-06	7.584,61	11.376,92

MÊS	VALOR IMPOSTO (R\$)	VALOR MULTA 150%(R\$)
janeiro-05	4.370,68	6.556,02
fevereiro-05	4.383,16	6.574,74
março-05	19.624,38	29.436,57
abril-05	1.478,67	2.218,01
maio-05	28.730,18	43.095,27
junho-05	1.566,96	2.350,44
julho-05	30.235,67	45.353,51
agosto-05	9.074,59	13.611,89
setembro-05	28.391,75	42.587,63
outubro-05	14.028,91	21.043,37
novembro-05	28.563,19	42.844,79
dezembro-05	33.355,39	50.033,09

MÊS	VALOR IMPOSTO (R\$)	VALOR MULTA 150%(R\$)
janeiro-04	1.248,59	1.872,89
fevereiro-04	647,35	971,03
março-04	9.474,26	14.211,39
abril-04	13,74	20,61
maio-04	3.936,39	5.904,59
junho-04	491,84	737,76
julho-04	5.291,95	7.937,93
agosto-04	629,28	943,92
setembro-04	39,36	59,04
outubro-04	46,23	69,35
novembro-04	158,41	237,62
dezembro-04	5.073,69	7.610,54

ENQUADRAMENTO LEGAL:

Art. 9º da Lei nº 10.426/2002:

Art.9º Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)

002 JUROS ISOLADOS

FALTA DE RECOLHIMENTO DOS JUROS DE MORA (IRRF)

(...)

5.1.2.2 – Juros Isolados

Conforme os art. 843 e 953 do RIR/99 e as orientações contidas no Parecer Normativo nº 01 de 24/09/2002, esta fiscalização está cobrando os juros de mora pelo não recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte-IRRF sobre os valores pagos aos beneficiários pessoas físicas. O cálculo dos juros foi realizado considerando como data de vencimento do imposto o 3º dia útil da semana seguinte ao pagamento (art. do RIR/99), e como data do pagamento a data de entrega da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física-DIRPF.

(...)

Quanto a essa infração, a recorrente nas razões do recurso, em síntese, alegou:

- que não havia cominação legal de multa qualificada para os anos-calendário 2004, 2005 e 2006.

Não procede a irresignação da recorrente.

A multa de 150% estava cominada, sim, no inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, conforme capitulação mencionada no auto de infração (Art. 9º da Lei nº 10.426/2002).

4- Exclusões/Compensações não autorizadas:

(...)

002 EXCLUSÕES/ COMPENSAÇÕES NÃO AUTORIZADAS NA APURAÇÃO Do LUCRO REAL EXCLUSÕES INDEVIDAS

Redução indevida do Lucro Real, em virtude da exclusão, não autorizada pela legislação do imposto de renda, de valores do lucro líquido do exercício, conforme Relatório de Ação Fiscal em anexo.

(...)

Fato Gerador	Valor Tributável (R\$)	Multa (%)
31/12/2004	3.732.014,79	75%

ENQUADRAMENTO LEGAL:

Art. 250, inciso I, do RIR/99.

Art. 70, parágrafo 3º, inciso II, da lei 9.430/96.

(...)

Nas razões do recurso, a recorrente argumentou, em síntese:

- que para o Fisco os valores não adicionados às bases do IRPJ e CSLL - indenização paga pela empresa Monsanto - são tributáveis na forma do art. 70, § 3º, II, da Lei n. 9.430/96;

- que a recorrente alega ter recebido indenização da empresa Monsanto por força de distrato comercial e que excluiu valor respectivo das bases de cálculo do IRPJ e CSLL. Afirmar que assim procedeu com base no entendimento consolidado na jurisprudência de que as indenizações não se constituem em acréscimo patrimonial. Portanto, não podem ensejar a incidência do imposto de renda e da contribuição sobre o lucro;

- que a fl. 19 do Relatório da Ação Fiscal é referido que o valor excluído da base de cálculo do IRPJ e CSLL pela recorrente foi somente aquele apurado pela sua Auditoria Externa como indenização, ou seja, ainda que a Monsanto tenha lhe indenizado em mais de R\$ 6.000.000,00, apenas o valor de **R\$ 3.372.014,79** não foi adicionado ao lucro real;

- que é uma presunção - tanto é que estabelecida no próprio instrumento de distrato - que a recorrente teria (e teve) prejuízos concretos em face da rescisão do contrato, já que se trata a Monsanto de uma das maiores produtoras de defensivos agrícolas do mundo, e esse é o produto responsável por mais de 50% da receita bruta da Agrofel, que realizou diversos investimentos para montar uma estrutura de lojas e funcionários para atender a demanda por produtos da Monsanto;

- que, isto posto, alega a recorrente deve ser reformada a decisão recorrida para afastar a exigência fiscal.

Diversamente do alegado, não procede a irresignação da recorrente.

Consta dos autos cópia do Instrumento Particular de Distrato celebrado, em 05/08/2004, entre a AGROFEL e a MONSANTO DO BRASIL LTDA ((e-fls. 863/886), onde ficou acordado, *in verbis*:

(...)

CONSIDERANDO QUE as partes não têm mais interesse em manter qualquer relacionamento comercial oriundo (i) dos Contratos de Representação Comercial firmados entre elas, sendo o último datado de 28 de abril de 2003; e (ii) do Contrato de Distribuição firmado entre elas em 06 de dezembro de 1999;

*CONSIDERANDO QUE a "AGROFEL", em virtude de Contrato de Distribuição deve a "MONSANTO" o valor de **R\$ 35.788.837,00** (...);*

CONSIDERANDO QUE, em virtude de Contrato de Representação Comercial, a "MONSANTO" deve à "AGROFEL":

(I) o valor de R\$ 76.370,86 (...) a título de comissão pelas vendas mediadas pela "AGROFEL" e, em virtude da rescisão do Contrato de Representação Comercial, a "MONSANTO" deve, de acordo com a Lei 8.420/92 e o Código Civil de 2002, (II) o valor de R\$ 15.103,00 (...), correspondente a 1/12 da remuneração auferida pela "AGROFEL" durante todo o período que exerceu a representação e (III) o valor de R\$ 579,67 (...), correspondente a 1/3 das comissões auferidas nos últimos meses de relacionamento (fevereiro a abril de 2004), consolidando o montante de R\$ 92.053,53 (...). Faz parte integrante deste instrumento, o Anexo I contendo tabela discriminatória das notas fiscais relativamente às quais foram calculadas as verbas indenizatórias, anexo este lido e achado conforme pela "AGROFEL", assim como os cálculos das verbas indenizatórias delas, (notas fiscais), derivados, para nada mais reclamar, sob qualquer título.

(...)

CONSIDERANDO QUE fazendo-se o abatimento dos créditos da "AGROFEL", referentes a Programas de Marketing e Comerciais relacionados ao Contrato de Distribuição e créditos referentes ao Contrato de Representação Comercial do valor total de sua dívida com a "MONSANTO", o débito da "AGROFEL" totaliza R\$ 34.386.674,00 (...);

CONSIDERANDO QUE a "AGROFEL" concorda em abater seus créditos do valor total de sua dívida com a "MONSANTO" e que a "MONSANTO", por sua vez, em consideração à parceria havida entre as partes durante o período de vigência dos contratos de Distribuição e de Representação Comercial, e ao fato de que a "AGROFEL" poderá ter, em razão da rescisão de ditos contratos, uma diminuição de seu volume de negócios, concorda em consolidar o valor do débito da "AGROFEL" para com a "MONSANTO" em R\$ 28.000.000,00 (...).

CONSIDERANDO QUE as partes não têm mais interesse em dar continuidade à execução dos CONTRATOS de Representação Comercial e de Distribuição, resolvem estas, em comum acordo, neste ato, ratificar sua rescisão, distratando-os a partir de 23 de abril de 2004, (...).

Consoante se verifica pela transcrição acima, a AGROFEL celebrou contratos distribuição e de representação comercial com a MONSANTO, cujo vínculo jurídico perdurou:

a) quanto ao contrato de representação comercial de 28/04/2003 a 23/04/2004;

b) atinente ao contrato de distribuição de 06/12/1999 a 23/04/2004.

Em virtude de distrato ou rescisão desses contratos, a representada MONSANTO pagou à AGROFEL indenização de **R\$ 92.053,53** assim especificada:

a) indenização de **R\$ 76.370,86**, a título de comissões pelas vendas mediadas pela representante;

b) indenização de **R\$ 15.103,00** (...), correspondente a 1/12 da remuneração auferida pela "AGROFEL" durante todo o período que exerceu a representação em virtude da rescisão do Contrato de Representação Comercial, de acordo com a Lei 8.420/92 e o Código Civil de 2002;

c) indenização de **R\$ 579,67** (...), correspondente a 1/3 das comissões auferidas nos últimos meses de relacionamento (fevereiro a abril de 2004).

Ainda, em consideração à parceria havida entre as partes durante o período de vigência dos contratos de Distribuição e de Representação Comercial, e ao fato de que **a "AGROFEL" poderá ter, em razão da rescisão de ditos contratos, uma diminuição de seu volume de negócios, a MONSANTO concedeu desconto ou crédito de R\$ 6.386.674,00 = (R\$ 34.386.674,00 - R\$ 28.000.000,00).**

Em relação à incidência do imposto de renda, a Lei n.º 9.430/96, em seu artigo 70, dispõe que:

Art. 70. A multa ou qualquer outra vantagem paga ou creditada por pessoa jurídica, ainda que a título de indenização, a beneficiária pessoa física ou jurídica, inclusive isenta, em virtude de rescisão de contrato, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento.

(...)

5º O disposto neste artigo não se aplica às indenizações pagas ou creditadas em conformidade com a legislação trabalhista e àquelas destinadas a reparar danos patrimoniais.

Neste aspecto, cumpre saber se a indenização paga ao representante por rescisão contratual visa a reparar os danos patrimoniais (dano emergente) ou se destina a compensar o ganho que a empresa deixou de auferir (lucro cessante).

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que as verbas recebidas por pessoa jurídica em razão de rescisão contratual antecipada têm natureza indenizatória por se revestirem da natureza de dano emergente, em face da assunção pela pessoa jurídica contratada de custos assumidos em razão da prestação a que se obrigara (REsp 1.118.782/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.9.2009, DJe 25.9.2009.)

Vale dizer, tratando-se de quantia devida a título de reparação patrimonial (dano emergente), não incide o imposto de renda, nos termos do artigo 70, parágrafo 5º, da Lei nº 9.430/96.

Neste sentido, confira os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS PAGAS A TÍTULO DE RESCISÃO EM CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ARTS. 27, J, E 34, DA LEI N.4.886/65. ISENÇÃO. DANOS PATRIMONIAIS. ART.70,5º, DA LEI N.9.430/96.1. Cuida-se na origem de mandado de segurança impetrado com objetivo de obstar o desconto de imposto de renda retido na fonte sobre indenização recebida a título de rescisão do contrato de representação comercial previsto na Lei n.4.886/1965, com as modificações inseridas pela Lei n.8.420/1992 e pelo novo Código Civil.2. A Corte de origem dirimiu a controvérsia com base na previsão normativa contida no art. 70, e parágrafos, da Lei n.9.430/96, que exclui da incidência do IRRF apenas as indenizações decorrentes da legislação trabalhista ou aquelas destinadas a reparar danos patrimoniais.3. As verbas recebidas por pessoa jurídica em razão de rescisão contratual antecipada têm natureza indenizatória por se revestirem da natureza de dano emergente, em face da assunção pela pessoa jurídica contratada de custos assumidos em razão da prestação a que se obrigara (REsp 1.118.782/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.9.2009, DJe 25.9.2009.) 4. À luz do quadro fático constante do acórdão recorrido - que ora não se revisa ou modifica -, conclui-se que não incide o imposto sobre a renda com fundamento no art.70,5º, da Lei n.9.430/96, uma vez que este enunciado estipula a exclusão da base de cálculo do imposto das quantias devidas a título de reparação patrimonial, como na espécie prevista no art.27, j, da Lei n.4.886/65. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1452479/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 15/09/2014).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART.523 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. IMPOSTO DE RENDA. RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. NÃO INCIDÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART.70, 5º, DA LEI 9.430/1996. RESSALVA DE MEU ENTENDIMENTO PESSOAL. 1. A tese de violação do art.523 do Código de Processo Civil, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo. Incidência da Súmula 211/STJ.2. Consolidou-se a orientação de que o pagamento feito com base no art.27, j, da Lei 4.886/1965, a título de indenização, multa ou cláusula penal, pela rescisão antecipada do contrato de representação comercial, é isento, nos termos do art.70,5º, da Lei 9.430/1996, do Imposto de Renda. Precedentes de ambas as Turmas da Seção de Direito Público do STJ. 3. Agravo Regimental provido, no sentido de conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dar-lhe provimento. Ressalva de meu entendimento

peçoal.(AgRg no REsp 1267447/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 05/08/2015).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. IMPOSTO DE RENDA SOBRE VERBAS PERCEBIDAS EM DECORRÊNCIA DE RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. NÃO INCIDÊNCIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. 1. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF. 2. In casu, o acórdão recorrido consignou que uma parcela foi paga à empresa RC Veiga Comércio e Representações de Papéis Ltda. a título de indenização, por ocasião do distrato firmado entre esta e Votorantim Celulose e Papel S/A. 3. Ressalvado meu entendimento, não incide imposto sobre renda recebida com fundamento no art. 70,5º, da Lei 9.430/96, porquanto são excluídas da base de cálculo do imposto as quantias devidas a título de reparação patrimonial, o que ocorreu no caso dos autos. 4. Agravo Regimental não provido.(AgRg no AREsp 68.235/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 24/09/2012)

Por outro lado, em relação ao desconto ou crédito concedido de **R\$ 6.386.674,00** pela MONSANTO à AGROFEL, em razão da rescisão dos citados contratos, destina a compensar o ganho que a empresa deixou de auferir (lucro cessante). Vale dizer, a empresa AGROFEL deixou de auferir ganhos após o distrato (lucros cessantes).

Assim, quanto ao valor auferido a título de lucros cessantes, o valor integral deveria ter sido oferecido à tributação pela recorrente em 2004, entretanto, deixou de tributar R\$ 3.372.014,79 do citado montante. Por isso, do lançamento de ofício do IRPJ e da CSLL sobre essa diferença de valor tributável.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, voto para acolher os embargos, com efeitos infringentes, para suprimir as omissões apontadas e alterar o resultado do Acórdão nº 1301-003.837 para dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos seguintes termos:

- a) rejeitar o pedido de diligência;
- b) manter, em parte, a infração IRRF sobre pagamento sem causa e/ou beneficiários não identificados, com multa de 75%;
- c) manter, em parte, a infração glosa de despesas/custos por pagamentos sem causa e/ou beneficiários não identificados - exigência do IRPJ e da CSLL com multa de 75%;

Processo nº 11080.004828/2007-95
Acórdão n.º **1301-004.001**

S1-C3T1
Fl. 1033

d) manter a infração IRRF - Multa isolada (qualificada) e Juros isolados;

e) manter a infração exclusões/compensações não autorizadas- exigência de do IRPJ e da CSLL com multa de 75%.

É como voto

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel