



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

Processo n° 11516.004030/2008-67
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-003.437 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de fevereiro de 2017
Matéria IRF - PAGAMENTO SEM CAUSA OU OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA
Recorrente PROSUL PROJETOS SUPERVISÃO E PLANEJAMENTO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2003

IRRF. PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. ARTIGO 61 DA LEI Nº 8.981/95. FATO GERADOR E BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO.

Está sujeito à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado ou quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

MULTA QUALIFICADA DE 150%. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E CAPITULAÇÃO. NULIDADE. DESQUALIFICAÇÃO.

O erro no enquadramento legal da multa causa deficiência na motivação do lançamento, prejudicando, sobremaneira, a ampla defesa e contraditório da contribuinte, pois esta necessita conhecer as razões e fundamentos que lhes estão sendo imputados a fim de exercer o seu direito de defesa garantido constitucionalmente. Desqualificação da multa de 150% para a multa de 75% aplicada de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para determinar a exclusão da multa qualifica aplicada. Vencidos os Conselheiros Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Daniel Melo Mendes Bezerra e Carlos Henrique de Oliveira.

Assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

Assinado digitalmente

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator.

EDITADO EM: 20/02/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Daniel Melo Mendes Bezerra, Dione Jesabel Wasilewski, José Alfredo Duarte Filho (suplente convocado), Marcelo Milton da Silva Risso e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 303/314, interposto contra decisão da DRJ em Florianópolis/SC, de fls. 289/297, que julgou procedente o lançamento de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF de fls. 241/252 dos autos, lavrado em 13/06/2008, relativo ao período de 05/02/2003 a 18/12/2003, com ciência da RECORRENTE em 13/06/2008, conforme nota de ciência do procurador da RECORRENTE no próprio rosto do Auto de Infração (fl. 248). Procuração acostada às fls. 07/08.

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo foi apurado no valor de R\$ 3.245.160,25 (três milhões, duzentos e quarenta e cinco mil, cento e sessenta reais e vinte e cinco centavos), já inclusos juros de mora (até o mês da lavratura) e a correspondente multa de ofício qualificada de 150%, aplicada nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

Termos de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal de fls. 253/265, parte integrante do lançamento, a autoridade fiscal constatou os seguintes fatos relevantes ao caso:

- Foi solicitada Documentação Contábil/Fiscal Referente aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2003, especificamente a respeito dos valores colocados à disposição dos beneficiários, Pessoas Físicas e/ou Jurídicas, através do cartão de débito eletrônico utilizado como meio de pagamento de premiação através do UNIBANCO S/A, denominado SIM CLUB, administrado pela empresa SIM INCENTIVE MARKETINK S/C LTDA – CNPJ nº 03.745.219/0001-08, detalhada com no mínimo os seguintes dados: Relação dos Beneficiários - empregados, gerentes, diretores, ou qualquer pessoa física ou jurídica do relacionamento comercial da intimada, com os valores colocados à disposição (data do crédito da "carga" ou "recarga" do cartão) identificados mês a mês por beneficiário.

- Após sucessivos pedidos de dilação de prazo, a RECORRENTE apresentou os seguintes documentos (fls. 12/93):

a) Cópia e original com as justificativas pela não apresentação dos demais documentos (contrato e relação dos beneficiários dos pagamentos) elaborada pelo Sr. Jefferson E. D. Borges (fls. 13/18), afirmando, em síntese, que as informações sobre o SIM INCENTIVE MARKETING S/C LTDA., estão inclusas nos autos dos Recursos nº 153074 e 153080 (descreveu as folhas onde supostamente estariam os documentos), em trâmite perante o Conselho de Contribuintes, e que não foi possível providenciar cópia dos documentos

tendo em vista que os mesmos estavam em processos pautados para julgamento e encontravam-se com o relator;

b) Cópia do Razão Consolidado — conta 2861 — 3.05.01.001.001 — Salários e Ordenados (fls. 19);

c) Cópia do Razão Consolidado — conta 1287— 3.03.02.001.001 — Salários (fls. 20);

d) Cópia do Razão Consolidado — conta 5530 — 2.01.04.003.001 — Sim Incentive Marketing (fls. 21/22);

e) Cópia do Razão Consolidado — conta 1258 — 3.05.05.001.001 — Anúncios e Publicidades (fls. 23);

f) Cópia das Notas Fiscais emitidas pela SIM INCENTIVE MARKETING LTDA e dos respectivos comprovantes de transferência eletrônica bancária, onde constam as remessa dos valores realizadas pela fiscalizada à emitente das notas fiscais (fls. 24/93).

- Mais uma vez, a RECORRENTE foi intimada para apresentar o Contrato celebrado com a SIM INCENTIVE MARKETING LTDA e a relação dos beneficiários dos pagamentos, o que deixou de fazer sob a mesma justificativa (processos pautados para julgamento no Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda). Assim, a fiscalização enviou através do correio eletrônico (notes) da RFB, solicitação das folhas do processo que a RECORRENTE alegou serem dos documentos solicitados (fl. 166). O Conselho de Contribuintes, encaminhou cópias das folhas do processo nº 11516.000766/2005-13. (fls. 167/184). Ao analisar tal documentação, a autoridade lançadora constatou que os mesmos foram todos emitidos em 2001, portanto, não são do ano-calendário ora em fiscalização (2003).

- Após nova intimação, a RECORRENTE apresentou aos autos cópia da a 14ª Alteração Contratual Consolidada (fls. 103/111) e fotocópias de fax os seguintes documentos:

a) Esclarecimentos apresentados pelo Sr. Jefferson E.D. Borges, advogado (fls. 116/117);

b) Regulamento denominado "Programa de Reconhecimento — PROSUL" (fl. 118/145);

c) Doc. 08 — Nota fiscal de serviços nº 000606 (fls. 146/147);

d) Doc. 09 — Envelope lacrado (fls. 148/149);

e) Doc. 10 — Manual SIM (fls. 150/157);

f) Doc. 11 — Cartões resgatados (fls. 158/159);

g) Doc. 12 — Envelope lacrado do Unibanco com uma senha (fls. 160/162);

h) Contrato de Prestação de Serviços (fls. 163/165).

- Através dos esclarecimentos de fls. 116/117, a RECORRENTE alegou:

“Em face da especialidade da fiscalizada, que conta em seu quadro funcional com mais de 60 (sessenta) engenheiros, e técnicos especializados, impôs a diretoria da PROSUL que em vez implantado o plano nos moldes em anexo, a diretoria, não se envolveria direta ou indiretamente na distribuição, pontuação, ou qualquer outra forma na aplicação dos recursos relativos ao programa.

Destaque-se: Os diretores na empresa JAMAIS participaram, receberam, ou utilizaram dos cartões do programa de incentivo, ficando alheios ao processo, limitando-se tão somente em pagar as faturas da empresa contratada.

(...)

Embora o período fiscalizado neste momento seja diverso do período já em fase do RECURSO VOLUNTÁRIO, a matéria é similar, donde se deflui que a Única empresa detentora da relação dos participantes do programa contratado é a empresa UNIBANCO S A — SIM INCENTIVE MARKETING S/C LTDA — CNPJ 03.745.219/0001-08.

(...).

Reafirma-se que com relação aos participantes do programa bem como os valores repassados nos custos de desenvolvimento do programa contratado e reconhecido como válido pelos MDs. Conselheiros da 5ª Câmara, são de conhecimento exclusivo da contratada SIM INCENTIVE MARKETING S/C LTDA. Uma vez que fiscalizada (PROSUL), limitou-se a repassar os valores apresentados nas faturas emitidas por aquela empresa.

(...).”

- Em relação aos demais documentos apresentados, a fiscalização extraiu os seguintes pontos relevantes (indicação das folhas alteradas em razão da renumeração das mesmas):

“2.1) Do Programa de Reconhecimento — PROSUL (fls. 121):

PÚBLICO ALVO

Colaboradores internos

- Diretoria administrativa;

- Diretoria Técnica;

- Engenheiros e projetistas.

Colaboradores externos

- Consultores;

- Prestadores de serviços.

As fls.134/135, estão dois quadros denominados "Sustentação — Desempenho x Salário", onde estão demonstrados que o desempenho por parte dos beneficiários para atingir os objetivos e metas estabelecidas (fls. 122/127) os fará atingir a pontuação

(fls. 139) que será convertida em ganhos salariais através do cartão SIM CLUB, com todas as suas vantagens (fls. 140/142-152/157).

Ora, o que fica evidente da simples análise dos documentos apresentados, e aqui transcritos em síntese, é de que os pagamentos realizados aos beneficiários do programa foram previamente determinados pela própria fiscalizada por atingirem metas individuais e globais de trabalho, conforme esta definido na letra "A", Cláusula Terceira do Contrato de Prestação de Serviços (fls. 163). Além disso, as afirmações de que a empresa não se envolveu direta ou indiretamente no programa tendo se limitado a repassar os valores apresentados nas faturas emitidas pela SIM INCENTIVE, e que os diretores na empresa JAMAIS participaram, receberam, ou utilizaram dos cartões do programa de incentivo, ficando alheios ao processo, caem por terra quando confrontamos com o que está escrito nos próprios documentos apresentados pela contribuinte:

- As pessoas beneficiárias: funcionários, diretores, consultores externos, prestadores de serviços, são do próprio relacionamento da fiscalizada, o que comprova que é ela que têm total conhecimento sobre essas pessoas, se estão executando alguma atividade, se foram demitidas, se ainda são diretores, etc (fls. 116-121-163/164).

- A afirmativa de que os diretores jamais foram beneficiários também não pode prosperar, pois no próprio regulamento do programa as diversas diretorias constam como público alvo (fls. 121).

- Os valores dos cartões SIM CLUB são definidos previamente pela Contratante — Prossul (fls. 164).”

- Face ao exposto, a autoridade lançadora afirmou que o fato acima narrado “não passou de um planejamento engendrado arditosamente para remunerar os funcionários, diretores, e demais entes relacionados à empresa, sem o pagamento dos tributos devidos, principalmente o imposto de renda retido na fonte, e posteriormente os impostos sujeitos as declarações das pessoas físicas e jurídicas beneficiárias”. Ademais, entendeu que a RECORRENTE pretendeu dificultar a fiscalização ao afirmar que a relação de beneficiários é de exclusivo conhecimento da SIM INCENTIVE MARKETING S/C LTDA, pois tal empresa atuou no processo somente como intermediária dos pagamentos, recebendo para isso comissão, no caso, denominada de honorários.

- No entender da fiscalização “caso essa modalidade de remuneração fosse aceita sem qualquer tributação, em pouco tempo não haveria mais salários ou pagamentos por serviços prestados, o que fulminaria o imposto de renda, pois todos, empresas e pessoas físicas receberiam seus rendimentos através de um cartão de incentivo como o aqui descrito”.

- A SIM INCENTIVE MARKETING LTDA foi intimada para apresentar os documentos relativos ao contrato com a RECORRENTE, porém respondeu que todos os seus documentos, incluindo os relacionados a PROSUL, foram destruídos por incêndio, ocorrido em 24/12/2007, no armazém onde estavam seus arquivos. Anexou à resposta, documentos para

provar suas afirmações, tais como: Contrato de Aluguel celebrado com a empresa proprietária do espaço, Boletim de Ocorrência lavrado na Delegacia de Polícia (185/221).

- Ainda foram carreados ao processo os elementos e/ou informações a seguir especificados, constantes do seu dossiê ou produzidos pela fiscalização:

a) *Fotocópia da Representação Fiscal formalizada pela DRF-Cuiabá/MT e do documento intitulado "Opinião Legal" (fls. 221/234);*

b) *Fotocópia de Denúncia Anônima encaminhada ao MPF/PR e do Ofício nº 0715/2006 — NUCICRIM — Procuradoria da República no Estado do Paraná dando ciência ao MPF/SC da instauração de procedimento criminal (fls. 235/237);*

c) *Fotocópia do Ofício nº 027/2007-PECCO/SC, de 14 de março de 2007, da Procuradoria da República no Estado de Santa Catarina dando ciência a RFB da instauração de Procedimento Administrativo Criminal pela utilização de empresas de nossa região do cartão "FLEXCARD" (fls. 238);*

d) *Demonstrativo de Apuração de Imposto de Renda Devido — Exclusivo na Fonte — Beneficiários Não Identificados (fls. 239/240);*

a) *Demonstrativo de Apuração — IRRF (fls. 241/243);*

b) *Demonstrativo de Multa e Juros de Mora (fls. 244/246);*

c) *Auto de Infração (fls. 247/248);*

d) *Folha de Continuação do Auto de Infração (fls. 249/251);*

e) *Instruções ao contribuinte (fls. 252).*

- Após tecer comentários acerca da prática do uso de flexcards como forma de pagamento a funcionários, pessoas físicas sem vínculo empregatício e empresas de seu relacionamento comercial, a autoridade fiscal entendeu que, no presente caso a RECORRENTE, descumpriu normas inerentes ao imposto de renda na fonte, por se tratar Remuneração Indireta Paga a Beneficiários não Identificados.

- Do Contrato de Prestação de Serviços (fls. 163/166), extraiu o seguinte:

CLAUSULA PRIMEIRA — OBJETIVO DO CONTRATO

1.1. O objetivo do presente contrato é a elaboração, pela CONTRATADA, de uma campanha de incentivo à pessoas e empresas relacionadas com a CONTRATANTE anexa a este e parte integrante deste instrumento ("Proposta e Campanha").

1.2. A Campanha incluirá a criação e desenvolvimento de um site exclusivo aos participantes cadastrados da CONTRATANTE ("Site") e a atribuição, a cada um desses participantes, de um cartão de débito eletrônico utilizado como meio de pagamento de premiação (SIM CLUB), através do qual o participante receberá créditos e com o qual o participante terá acesso ao conteúdo do site, além de outras vantagens, conforme descritas a seguir:

O premiado terá direito de até 4 (quatro) saques por premiação, através do Banco 24 horas, Unibanco 30 horas, ou ainda efetuar saques em qualquer caixa do Banco Unibanco

- *O premiado poderá efetuar transferência bancária através de DOC em qualquer agência dos Bancos Unibanco*
- *O premiado poderá efetuar compras de produtos como roupas, calçados, eletrodomésticos, remédios ou ainda realizar suas compras em mais de 150 redes de supermercados através do Cheque Eletrônico e Redeshop.*
- (...).

1.3. O SIM CLUB inclui o SIM SAQUE e o SIM Compras, que permitirão ao funcionário, respectivamente:

a) sacar o valor do seu prêmio em mais de 1670 terminais eletrônicos do Banco 24 horas, em mais de 1500 agências do Unibanco S/A em todo o Brasil; além de 30 horas conveniência de atendimento, 24 horas por dia;

b) compras em 20282 estabelecimentos da rede instalada e compras virtuais.

(...)

CLAUSULA TERCEIRA: OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE

A CONTRATANTE, obriga-se a,

A) - Definir previamente os valores dos cartões SIM CLUB, respeitando-se os valores mínimos de cada um deles, sendo informados pela CONTRATADA.

B) - (...).

C) - (...).

D) - Orientar os favorecidos dos cartões SIM CLUB, quanto a sua correta utilização junto a Rede Bancária credenciada pela CONTRATADA.

(...).

- Sendo assim, concluiu que “as importâncias pagas configuram remuneração indireta paga a beneficiário não identificado, sujeitas à incidência do Imposto de Renda Exclusivo na Fonte à alíquota de 35% sobre as diferenças apuradas, entre os valores identificados e o total pago a SIM Incentive Marketing Ltda, a título de "Pagamento a Beneficiários não Identificados", conforme definido no artigo 674 e 675 do RIR/99 (art. 61, da Lei nº 8.981/95)”.

- Foi elaborado o "DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA DEVIDO - EXCLUSIVO NA FONTE", acostado às fls. 239/240, onde aponta o imposto devido foi calculado sobre base reajustada, uma vez que que o rendimento pago foi

considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recaiu o imposto (arts. 675 e 725, do RIR/99).

DA IMPUGNAÇÃO

Intimada em 13/06/2008, a RECORRENTE apresentou a Impugnação de fls. 271/280, oportunidade em que alegou, resumidamente, a seguinte matéria de defesa:

- Os atos administrativos como é cediço, apresentam características que objetivam, simultaneamente, conferir garantia aos administradores e prerrogativas à Administração. Dentre elas, releva destacar a presunção de legalidade, caracterizando presunção *juris tantum* de validade. Essa presunção, entretanto, não exige a Administração do dever de comprovar a ocorrência do fato jurídico, bem como das circunstâncias em que este se verificou;

- Além da presunção dos fatos terem ocorrido como o relatado no Termo de Verificação Fiscal, Auto de Infração, houve por bem a Autoridade Administrativa em agravar o fato, com multa de 150% sobre o valor do imposto “devido” e atualizado, caracterizando assim DOLO; com a devida vênia DOLO não se presume, se comprova de maneira cabal, o que não acontece neste processo; a ausência de provas de cunho doloso é verificado a todo instante;

- A campanha Publicitária e Motivacional contratada tinha como um de seus objetivos norteadores a propagação da empresa RECORRENTE, cuja evolução e crescimento se deve em parte pelo trabalho de divulgação, marketing, propaganda e motivação desenvolvida pela SIM INCENTIVE — UNIBANCO;

- Em busca da verdade material, um dos princípios do Direito tributário, a Autoridade Fiscal oficiou conforme se infere às fl. 182 "Termo de Intimação Fiscal nº 01/2008", intimação esta direcionada para a empresa SIM INCENTIVE MARKETING LTDA., com o objetivo de comprovação das manifestações da RECORRENTE de que a documentação relativa a todo contrato entre as partes aqui noticiada estaria em PODER EXCLUSIVO da intimada SIM INCENTIVE; uma vez que a RECORRENTE já havia se manifestado expressamente de que a empresa CONTRATADA SIM INCENTIVE é que detinha tais documentos, bem como a isenção dos sócios e diretores da impugnante na campanha publicitária e motivacional contratados;

- Em resposta à INTIMAÇÃO FISCAL 01/2008, a empresa SIM INCENTIVE, atualmente SIM GROUP Soluções de Reconhecimento, afirmou que a cópia do contrato de prestação de serviço e demais documentos vinculados à empresa RECORRENTE, encontravam-se em um arquivo localizado em São Paulo, na Rua Mariana Ciufuli Zanfelic, 280, na Lapa, conforme contrato de locação de espaço, firmado com a empresa ARMAZÉNS GERAIS FURUSHO E SALZANO LTDA. [fls. 194/205]. No entanto, em 24/12/2007 ocorreu um incêndio no local onde se estabelecia o armazém, conforme comunicado enviado pela locadora em 28/12/2007 (fl. 206) juntamente com o Boletim de Ocorrência lavrado na 7ª Delegacia Policial da Lapa (fl. 214/215), ocasião em que o Box onde se encontravam os arquivos do RECORRENTE foi totalmente consumido pelo incêndio, Dessa forma, todos os documentos da SIM que se encontravam arquivados no Armazém Geral incendiado, entre eles notas fiscais dos exercícios de 2000 a 2007, relatórios de faturamento, correspondências, recibos, etc., foram perdidos no incêndio, conforme relação anexa ao Boletim de Ocorrência lavrado na 15ª Delegacia de Polícia do Itaim Bibi, noticiado por uma das sócias da SIM (fls.

216/219 e fls. 207/213). Juntou também cópia de Publicação em jornal dando conta do Incêndio ocorrido (fl. 220);

- As presunções que não conseguem estabelecer relação de causalidade entre o indício e o fato presumido são insuficientes para fundamentar os lançamentos tributários e autuações fiscais;

- Exigir-se da empresa que mesma apresente documentos que estavam em poder da empresa contratada, posto que, esta era responsável por força de contrato, é exigir-se o impossível, em face das provas existentes nestes autos;

- Que o Boletim do Ocorrência da 7º D.P. Lapa SP. (fls. 214/215) resume os fatos da seguinte forma:

a) *Vitima: Armazéns Gerais FURUSHO e SALZANO LTDA.*

b) *Representante: Valter Ferreira da Silva*

c) *Condutor: Leandro Ferreira de Faria - Policial Militar -*

d) *Histórico: " Noticia o Condutor acima que se encontrava em patrulhamento pela área...quando foi acionado pelo COPOM para atender ocorrência... No local dos fatos, o responsável pelo combate ao incêndio era o Major, viatura Bombeiro ASE17, também responsável pelas unidades de Bombeiros que se encontravam no local.... Foi requisitado perícia para o local junto a instituto de criminalística,... fora encaminhado pelo próprio IC no nr do Laudo 01/040/63222/07."*

- Assim, ao contrário do que narra e afirma a autoridade lançadora, não se trata de um simples Boletim de Ocorrência SUBJETIVO e ou Mera Afirmação da ocorrência de fato a Autoridade Policial. O conteúdo do Boletim de Ocorrência é de lavra de Policial Militar em serviço, que atendeu a ocorrência, sem qualquer ingerência do representante da Vítima do sinistro;

- Ademais, estaria diligenciando junto às Autoridades competentes, para se possível obter o laudo pericial do sinistro em questão. Requereu, portanto, a posterior juntada de documentos para elucidar o caso, pois se trata de documento de terceiros com as inerentes dificuldades em sua obtenção por particular;

- Afirmou que a prova emprestada, em matéria tributária, é entendida apenas e tão somente como informação fornecida por qualquer das Fazendas Públicas, não configura prova de fato jurídico em sentido estrito;

- Alega que em momento algum afigura-se com as desastrosas comparações (prova emprestada) de terceiros, totalmente estranhos à RECORRENTE, sendo inadmissíveis na espécie, posto que agredem os princípios do Direito tributário Brasileiro; requereu, assim, a retirada das peças de fls. 221/238 deste processo, pois os conteúdos de tais documentos não dizem respeito à RECORRENTE, não se podendo permitir que fatos ocorridos com outros contribuintes sirvam de fundamentação para autuação de outrem;

a) *Fotocópia da Representação Fiscal formalizada pela DRF-Cuiabá/MT e do documento intitulado "Opinião Legal" (fls. 221/234);*

b) *Fotocópia de Denúncia Anônima encaminhada ao MPF/PR e do Ofício nº 0715/2006 — NUCICRIM — Procuradoria da República no Estado do Paraná dando ciência ao MPF/SC da instauração de procedimento criminal (fls. 235/237);*

c) *Fotocópia do Ofício nº 027/2007-PECCO/SC, de 14 de março de 2007, da Procuradoria da República no Estado de Santa Catarina dando ciência a RFB da instauração de Procedimento Administrativo Criminal pela utilização de empresas de nossa região do cartão "FLEXCARD" (fls. 238);*

- Reitera que a PROSUL apresentou todos os documentos solicitados pela Receita Federal do Brasil, não criou nenhum obstáculo que dificultasse a fiscalização, ao contrário, sempre agiu no sentido de prover a Auditoria de plano, não forneceu os relatórios relativos a empresa SIM INCENTIVE, posto que tais documentos encontravam-se de posse desta empresa, que confirma e ratifica expressamente as afirmativas da impugnante. Inexistem quaisquer indícios de prática de dolo, a justificar a multa de 150% (a chamada multa agravada);

- Transcreve excertos de lavra do MD. Auditor Fiscal, no Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, fls.265 "*De acordo com a determinação contida no MPF citado neste termo, foi realizada por amostragem as 'Verificações Obrigatórias', referentes ao período ali definido, não tendo a fiscalização encontrado nenhuma irregularidade. (03/2005 a 01/2008);*

DA DECISÃO DA DRJ

A DRJ, às fls. 289/297 dos autos, julgou procedente o lançamento, conforme acórdão com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA

FONTE - IRRF

Período de apuração: 05/02/2003 a 18/12/2003

Pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.

A pessoa jurídica que efetuar pagamento a beneficiário não identificado ou não comprovar a operação ou a causa do pagamento efetuado ou recurso entregue a terceiros, contabilizados ou não, sujeitar-se-á à incidência do imposto, exclusivamente na fonte.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 05/02/2003 a 18/12/2003

Multa de Ofício. Qualificada. Aplicabilidade

Constatado que, à conduta do contribuinte esteve associada a prática de sonegação fiscal, é aplicável a multa de ofício qualificada de 150%.

Lançamento Procedente

Nas razões do voto do referido julgamento, rebateu, uma a uma, as alegações da RECORRENTE, mantendo o lançamento de IRRF objeto do presente processo.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A RECORRENTE, devidamente intimada da decisão da DRJ em 15/12/2008, conforme faz prova o “Aviso de Recebimento” de fl. 301, apresentou seu recurso voluntário de fls. 302/314 em 12/01/2008.

Em suas razões de recurso, a RECORRENTE reiterou as afirmações de sua impugnação, acrescentando à sua defesa alegações de que não houve prova de qualquer fraude ou dolo, nem mesmo ocorrência de indícios dos mesmos. Neste sentido, argumentou o seguinte:

“No caso em questão, o procedimento do ora recorrente não revela qualquer ajuste doloso que pudesse trazer como resultado supressão de tributo devido, fraudando o fisco. (...) Apesar da afirmativa do fisco da ocorrência de dolo, que ocorre quando a empresa omite das autoridades fiscais dados importantes do seu dia-a-dia, fazendo com que as mesmas incorram em erro, o conceito de dolo é consiste na vontade deliberada do agente em alcançar seu objetivo e deve ser provado pela disposição do contribuinte em fugir ao cumprimento da obrigação tributária.

(...)

A título de ilustração, citamos Silva, De Plácido e, Vocabulário Jurídico 1 1º ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993:

"por fraude, derivado do latim fraus, fraudis (engano, má fé, logro), entende-se geralmente engano malicioso ou ação astuciosa, promovidos de má fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever.

E a prova da fraude se faz por todos os meios permitidos em Direito, admitindo-se mesmo sua evidência em face de indícios e conjecturas, tanto bastando a verificação do prejuízo ocasionado a outrem pela prática do ato oculto ou enganoso. A fraude, assim, firma-se na evidência do prejuízo causado intencionalmente, pela oculta maquinação."

(...)

Não se ocultou da administração tributária qualquer dado de suas operações. A falta de indicação dos beneficiários dos incentivos não decorreu de ato de vontade da recorrente. O sinistro em empresa de "guarda de documentos", que não tem qualquer relação ou vínculo com a recorrente, nem mesmo com

a contratante desta (SIM INCENTIVE), não pode caracterizar evidente intuito de fraude.

Trata-se simplesmente de falta de apresentação de documentos, que, na forma da lei poderia ensejar, ou a glosa de despesa, ou a tributação como posta nos autos.

Reafirma-se que, a falta de entrega de documentos não foi deliberada pela recorrente, mas caso fortuito, sem qualquer culpa por omissão ou negligência da contribuinte, ora recorrente.

A despeito dos esforços já empreendidos para identificar os beneficiários dos prêmios, a recorrente está em contato não só com a contratante, mas também com o cartão UNIBANCO, fornecendo-lhe a lista de funcionários, para que se possa receber informações a respeito dos valores utilizados pelos funcionários.

Assim que estiver de posse dessas informações fará a devida comunicação, protestando pela posterior anexação aos autos do resultado então obtido.”

Pública. Este recurso voluntário compôs lote sorteado para este relator em Sessão

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos legais, razões por que dele conheço.

Do lançamento do IRRF sobre pagamento efetuado pela RECORRENTE a beneficiário não identificado.

Conforme relatado acima, a RECORRENTE foi intimada diversas vezes durante a fiscalização para apresentar Documentação Contábil/Fiscal com todos os valores colocados à disposição dos beneficiários, Pessoas Físicas e/ou Jurídicas, através do cartão de débito eletrônico utilizado como meio de pagamento de premiação através do UNIBANCO S/A, denominado SIM CLUB, administrado pela empresa SIM INCENTIVE MARKETINK S/C LTDA., assim como o contrato celebrado entre ambos e notas fiscais emitidas pela empresa SIM INCENTIVE MARKETINK S/C LTDA, que deram coberturas às despesas realizadas.

Através de solicitação interna dirigida ao Conselho de Contribuintes, a autoridade fiscal obteve as folhas do processo nº 11516.000766/2005-13 que a RECORRENTE alegou serem dos documentos solicitados pela fiscalização (fls. 167/184). Dentre tais documentos, encontra-se o contrato firmado pela RECORRENTE (CONTRATANTE) a SIM Incentive Marketing S/C Ltda. (CONTRATADA). Referido contrato possui as seguintes cláusulas (fls. 174/177):

CLAUSULA PRIMEIRA — OBJETIVO DO CONTRATO

1.1. O objetivo do presente contrato é a elaboração, pela CONTRATADA, de uma campanha de incentivo à pessoas e empresas relacionadas com a CONTRATANTE anexa a este e parte integrante deste instrumento ("Proposta e Campanha").

1.2. A Campanha incluirá a criação e desenvolvimento de um site exclusivo aos participantes cadastrados da CONTRATANTE ("Site") e a atribuição, a cada um desses participantes, de um cartão de débito eletrônico utilizado como meio de pagamento de premiação (SIM CLUB), através do qual o participante receberá créditos e com o qual o participante terá acesso ao conteúdo do site, além de outras vantagens, conforme descritas a seguir:

- O premiado terá direito de até 4 (quatro) saques por premiação, através do Banco 24 horas, Unibanco 30 horas, ou ainda efetuar saques em qualquer caixa do Banco Unibanco
- O premiado poderá efetuar transferência bancária através de DOC em qualquer agência dos Bancos Unibanco
- O premiado poderá efetuar compras de produtos como roupas, calçados, eletrodomésticos, remédios ou ainda realizar suas compras em mais de 150 redes de supermercados através do Cheque Eletrônico e Redeshop.
- (...).

1.3. O SIM CLUB inclui o SIM SAQUE e o SIM Compras, que permitirão ao funcionário, respectivamente:

a) **sacar o valor do seu prêmio** em mais de 1670 terminais eletrônicos do Banco 24 horas, em mais de 1500 agências do Unibanco S/A em todo o Brasil; além de 30 horas conveniência de atendimento, 24 horas por dia;

b) **compras** em 20282 estabelecimentos da rede instalada e compras virtuais.

(...)

CLÁUSULA SEGUNDA: OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

(...)

C) Fornecer à CONTRATANTE os cartões SIM CLUB nos valores e quantidades requisitados.

D) Colocar à disposição da CONTRATANTE os cartões SIM CLUB no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contados da data do recebimento do pedido, salvo motivo de força maior ou caso fortuito alheio à vontade da CONTRATADA. Após o pagamento da Nota Fiscal, os créditos estarão liberados nos cartões no prazo de 48 horas.

(...)

G) A CONTRATANTE deverá efetuar os pagamentos na conta bancária da CONTRATADA destinada exclusivamente aos depósitos de incentivos que serão distribuídos aos beneficiários, conforme segue:

Banco UNIBANCO, Agência 0591, Conta Corrente 132612-1

CLAUSULA TERCEIRA: OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE

A CONTRATANTE, obriga-se a,

A) - Definir previamente os valores dos cartões SIM CLUB, respeitando-se os valores mínimos de cada um deles, sendo estes informados pela CONTRATADA.

(...)

D) - Orientar os favorecidos dos cartões SIM CLUB, quanto a sua correta utilização junto a Rede Bancária credenciada pela CONTRATADA.

(...)

CLÁUSULA QUARTA: -COMISSÃO DE SERVIÇOS

A comissão de serviços será de 6% (seis por cento) sobre o valor de cada pedido na entrega centralizada, sendo que, nesta não está contido o valor disponível no cartão SIM CLUB.

(...)

Dentre a documentação apresentada pela RECORRENTE, destacam-se as cópia das Faturas/Notas Fiscais emitidas pela SIM Incentive Marketing S/C Ltda. e dos respectivos comprovantes de transferência eletrônica bancária, onde constam as remessa dos valores realizadas pela RECORRENTE à SIM Incentive (fls. 24/93), as fichas “razão” indicando que toda a operação foi contabilizada (fls. 19/23), a slides da do "Programa de Reconhecimento — PROSUL" (fl. 118/145) e o Manual SIM (fls. 150/157).

Da análise dos documentos acima relacionados, interpreta-se que o valor pago pela RECORRENTE para a SIM Incentive foram destinados exclusivamente aos depósitos de incentivos distribuídos aos beneficiários da RECORRENTE (cláusula segunda, alínea “g” do contrato de prestação de serviços), sendo que a própria RECORRENTE tinha a obrigação de definir previamente os valores dos cartões SIM CLUB (cláusula terceira, alínea “a” do contrato de prestação de serviços).

Conforme indica o Programa de Reconhecimento — PROSUL" (fl. 118/145), o público alvo de tal programa são:

Colaboradores internos

- diretoria administrativa;

- diretoria técnica;

- engenheiros e projetistas.

Colaboradores externos

- *consultores;*
- *prestadores de serviços.*

O mesmo Regulamento estipula, de forma genérica, a distribuição de pontos em razão das metas alcançadas por departamento, sendo os prêmios distribuídos por meio do cartão SIM CLUB. Ou seja, os beneficiários do programa SIM CLUB foram, portanto, funcionários da RECORRENTE

Conforme estipula o contrato, o valor destinado a cada beneficiário era pré-definido pela RECORRENTE que, portanto, tinha (ou deveria ter) conhecimento do exato montante recebido por cada um. Assim, cai por terra o argumento da RECORRENTE prestado durante a fiscalização, de que “*a diretoria não se envolveria direta ou indiretamente na distribuição, pontuação, ou qualquer outra forma na aplicação dos recursos relativos ao programa*” e de que “*a Única empresa detentora da relação dos participantes do programa contratado é a empresa UNIBANCO S A — SIM INCENTIVE MAKETTNG S/C LTDA.*”

Ademais, da análise das Faturas/Notas Fiscais emitidas pela SIM Incentive e dos respectivos comprovantes de transferência (fls. 24/93), verifica-se que a RECORRENTE realizava o “pagamento” das notas fiscais emitidas pela SIM Incentive, acrescida do percentual de 6% sobre o valor dos serviços. Este percentual (classificado como honorários) seria a quantia destinada à SIM Incentive pela comissão de serviços, conforme cláusula quarta do contrato de prestação de serviços celebrado com a RECORRENTE. Na descrição dos serviços consta o seguinte: “*-VLR. REF. A REEMBOLSO SIM CLUB CAMP.MARKETING DE INCENTIVOS*”.

Note-se que a conta bancária de destino das transferências dos pagamentos (indicada nos diversos comprovantes de transferência) é a mesma citada na cláusula segunda, alínea “g” do contrato de prestação de serviços, cuja redação é válida transcrever novamente:

G) A CONTRATANTE deverá efetuar os pagamentos na conta bancária da CONTRATADA destinada exclusivamente aos depósitos de incentivos que serão distribuídos aos beneficiários, conforme segue:

Banco UNIBANCO, Agência 0591, Conta Corrente 132612-1

Assim, está claro que o “valor dos serviços” explicitado em cada nota era o desembolso realizado pela RECORRENTE correspondente ao total da quantia distribuída aos beneficiários, a qual era definida previamente pela RECORRENTE (nos termos da cláusula terceira, alínea “a”, e da cláusula segunda, alínea “g”, do contrato de prestação de serviços), ao passo que a remuneração da SIM Incentive era de 6% sobre o valor distribuído. Tanto é que este valor da comissão era acrescido ao valor da nota, e não era um percentual contido no valor dos “serviços”, pois esta última quantia pertencia a outros destinatários (os beneficiários).

Com essas considerações, entendo que o valor dos serviços explicitados nas notas não tinha como destinatário a empresa SIM Incentive, mas sim outros beneficiários relacionados à RECORRENTE. A SIM Incentive era destinatária tão-somente do valor correspondente a 6% ao montante distribuídos aos beneficiários (percentual este calculado “por fora”, ou seja, não contido no valor disponibilizado no cartão SIM CLUB aos beneficiários).

O art. 61 da Lei nº 8.981/95 estipula o seguinte:

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

Conforme acima exposto, o pagamento efetuado sob a rubrica “valor dos serviços” estipulados nas notas fiscais não eram destinados à empresa SIM Incentive. Na realidade, tais valores eram repassados pela SIM Incentive aos beneficiários apontados pela RECORRENTES, revestindo-se em verdadeiros pagamentos.

Não basta identificar os pagamentos na contabilidade ou ainda apontar o terceiro a quem cabia distribuir os valores. É necessário identificar os reais beneficiários dos valores. Neste sentido, não consta nos autos documentação comprobatória dos beneficiários dos pagamentos realizados pela RECORRENTE.

A RECORRENTE alegou em seu Recurso Voluntário que estaria em contato com a SIM Incentive e também com o UNIBANCO, para receber informações a respeito dos valores utilizados pelos funcionários e que juntaria aos autos tais informações. No entanto, desde a apresentação do recurso (2008) até a presente data não houve nova documentação acostada pela RECORRENTE.

Portanto, diante da falta de comprovação dos destinatários dos pagamentos efetuados pela RECORRENTE, entendo que foi correto o enquadramento realizado através do presente lançamento, devendo ser exigido o percentual de 35% a título de IRRF calculado sobre a base reajustada do rendimento bruto, nos termos do art. 61, §3º, da Lei nº 8.981/95.

Da multa qualificada.

Por outro lado, entendo que deve ser afastada a aplicação da multa qualificada. Explico

De acordo com o Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fl. 264), “a multa aplicada foi capitulada no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, ante as circunstâncias de qualificação já declinadas acima”. O demonstrativo de multa e juros de mora (fl. 246) também aponta que o enquadramento legal da multa é o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.

Em princípio, verifica-se que a autoridade lançadora não apresentou a necessária fundamentação da multa qualificada de forma detalhada.

Ao afirmar tão-somente que as circunstâncias qualificadoras estariam delineadas no Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, deixou de motivar a razão pela qual entendia que deveria ser cobrada a multa de 150%. Não bastam alegações de que tal prática se constituiria em sonegação, dolo ou fraude. É preciso haver a devida comprovação, pela autoridade fiscal, da intenção da contribuinte em praticar tal ato com a finalidade de fraudar o recolhimento de tributos. A ausência de firmes e expressas comprovações não permite a qualificação do lançamento.

A RECORRENTE pode ter sido simplesmente mal instruída em relação aos reflexos tributários da operação, sem necessariamente haver intuito de fraude na operação.

Ademais, a qualificação do lançamento não pode ser embasada em no documento intitulado "Opinião Legal" (fls. 223/234), em Denúncia Anônima encaminhada ao MPF/PR (fls. 235/237) e em Ofício do MPF/SC comunicando a instauração de Procedimento Administrativo Criminal pela utilização do cartão "FLEXCARD" por empresas de Santa Catarina (fls. 238), pois referidos documentos são de casos genéricos, devendo a multa qualificada ser analisada caso a caso.

Além do exposto, a autoridade fiscal apontou o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 como enquadramento legal da multa. Ora, conforme abaixo exposto, a redação do referido dispositivo é a seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Ora, é evidente que houve a incorreta capitulação legal da multa qualificada, visto que o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 converge para a aplicação da multa de 50% exigida isoladamente. A redação do referido artigo foi dada pela lei nº 11.488/2007, que entrou em vigor na data de sua publicação (15/06/2007).

Portanto, quando da lavratura do presente auto de infração, a redação do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 era a acima transcrita, e não mais tratava da multa qualificada de 150%.

O erro no enquadramento legal da multa causou deficiência na motivação do lançamento, prejudicando, conseqüentemente, na ampla defesa e contraditório da RECORRENTE, pois esta necessita conhecer as razões e fundamentos que lhes estão sendo imputados a fim de exercer o seu direito de defesa garantido constitucionalmente.

Assim, entendo que deve haver a desqualificação da multa pela nulidade da aplicação da multa de 150%, tendo em vista que ela não foi devidamente capitulada em um dos dispositivos apontados pelo art. 44, I, §1º, da Lei nº 9.430/1996, encontrando-se mal fundamentada pela autoridade lançadora. Este é o entendimento do CARF, conforme excerto abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007

(...)

MULTA QUALIFICADA DE 150%. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E CAPITULAÇÃO. NULIDADE. DESQUALIFICAÇÃO.

Apesar de ter havido presumidamente omissão de receitas em valores 50% acima dos declarados pela contribuinte, o Auto de Infração e o Termo de Verificação Fiscal carecem de fundamentação e de devida capitulação legal, devendo ser mantida a desqualificação da multa.

Recurso de Ofício Negado

(Processo nº 19515.722088/2011-11; Primeira Seção / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARF; julgado em 04/02/2016)

Em substituição à multa qualificada, deve ser aplicada ao caso a multa de 75%, a qual incide automaticamente em todo lançamento realizado de ofício pelo Fisco, nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Conclusão

Em razão do exposto, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, para desqualificar a multa aplicada em 150% para o percentual de 75%, devendo ser mantido integralmente o lançamento de IRRF.

Assinado digitalmente

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator