



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

Processo nº 11516.005063/2008-24
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-005.857 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de junho de 2017
Matéria IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF
Recorrente NEXXERA TECNOLOGIA E SERVIÇOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Período de apuração: 09/01/2003 a 08/01/2004

DECADÊNCIA. IRRF. BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. ART.173, I, DO CTN.

A ausência de comprovação de pagamento antecipado, que tenha conexão com o fato gerador da obrigação tributária, aplica-se ao lançamento do imposto sobre a renda incidente exclusivamente na fonte, a regra geral de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso I, do CTN.

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. PROGRAMA DE INCENTIVO.

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.

MULTA QUALIFICADA. INTENÇÃO DOLOSA. COMPROVAÇÃO PELA AUTORIDADE LANÇADORA.

Uma vez devidamente comprovada a intenção dolosa do contribuinte cabe aplicação de multa de ofício qualificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, afastar a decadência e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Kleber Ferreira de Araújo - Presidente

(assinado digitalmente)

Bianca Felícia Rothschild - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Kleber Ferreira de Araújo (Presidente), Ronnie Soares Anderson, João Victor Ribeiro Aldinucci, Bianca Felícia Rothschild, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Theodoro Vicente Agostinho, Mario Pereira de Pinho Filho e Waltir de Carvalho.

Relatório

Conforme relatório da decisão recorrida, trata o presente processo de impugnação a revisão de ofício de auto de infração de fls. 04 a 24, o qual exige da interessada o recolhimento da importância de R\$ 463.377,33, acrescido de multa de ofício de 150% e juros de mora, a título de Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF, correspondente a fatos geradores ocorridos no período entre 09/01/2003 e 08/01/2004, com base no art. 674 do RIR/99.

Na Descrição dos Fatos no Auto de Infração (fls.18 e segs), temos que:

001 — OUTROS RENDIMENTOS — BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO

Esse lançamento decorre de revisão de ofício, efetuada nos termos do art.149 do CTN, determinada pela autoridade competente, e substitui e cancela o lançamento anterior, lavrado em 30/06/2008, que se encontra no processo administrativo fiscal número 11516.004787/2008-51. (...)

Fica o contribuinte cientificado que todos os documentos entregues por ele e os produzidos pela fiscalização que fazem parte do processo administrativo 11516.004787/2008-51 são parte integrante e inseparável deste auto de infração [...]

Valor apurado conforme descrito detalhadamente no "Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal", que é parte integrante e inseparável deste auto de infração.

Na empresa ora sob investigação restou configurada a prática de sonegação fiscal pela não retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte referente a pagamentos realizados a beneficiários do relacionamento da autuada (funcionários, diretores, etc.) através de outra pessoa jurídica, consoante corroboram os documentos presentes neste processo. Na forma desses assentos, no ano calendário de 2003 e janeiro de 2004, realizou pagamentos a diversos beneficiários, a título de prêmios, por intermédio da empresa SIM Incentive Marketing Ltda.

Tais operações tem por lastro notas fiscais emitidas pela empresa que intermediou os pagamentos, documentos que consignam, sob a Descrição "VR. REF. A REEMBOLSO SIM CLUB — CAMPANHA MARKETING DE INCENTIVOS", os encargos de responsabilidade do cliente, ou seja, que estão sendo apenas intermediados pelo emitente; e ainda sob a descrição "Honorários", a comissão cobrada pela intermediação. Na contabilidade o valor total das notas foi registrado sob a rubrica de "Sim Incentive — Conta nº11475 — 2.1.1.1.000", com histórico de "Despesas c/ Serviços de Assessoria" e "Conta nº98 — 1.1.1.2.0002 — Banco Bradesco — 0320555-0".

Assim, os fatos escriturados não se conformam com as operações efetivamente realizadas, permanecendo ocultos os fatos verdadeiros e os reais beneficiários dos pagamentos.

Impugnação

Cientificada do Auto de Infração e do Termo de Verificação Fiscal, a contribuinte apresentou sua impugnação (fls. 27 a 116) que a seguir se resume:

- que tendo em vista a revisão do lançamento efetuado, com lavratura de novo auto de infração, abriu-se novo prazo de defesa para a Impugnante a contar da data de ciência do ato decisório do novo lançamento, que ocorreu aos 10 de julho de 2008;

- em preliminar, alega a decadência (fls.30/35), com base no art.150 do CTN, onde menciona outros textos legais para concluir que "o termo *a quo* para cômputo do prazo decadencial começa a fluir a partir da ocorrência do "fato gerador", que relativo ao IRRF ocorre no dia da percepção do rendimento ou a data disposta como do fato gerador no próprio Demonstrativo de Multa e Juros de Mora do presente auto de infração." *assim*, considerando-se que a Impugnante teve ciência do lançamento aos 10 de julho de 2008, o Fisco decaiu do direito de lançar o IRRF relativo aos fatos geradores que indica a fl.35;

- III - DA CAMPANHA MOTIVACIONAL DE INCENTIVO (fls. 35 a 38)

- discorre sobre os programas de incentivo; que como contraprestação pelos serviços prestados, as agências de marketing são remuneradas por meio de honorários, tal como previsto na cláusula quarta do contrato de prestação de serviços firmado entre a Impugnante e a SIM IN Marketing (comissão de serviços de 7%);

- IV - DO CONTRATO FIRMADO COM A SIM INCENTIVE (fls. 38 a41)

- a SIM Incentive Marketing S/C Ltda., planejou, criou e organizou toda a campanha motivacional relativa ao exercício de 2003, ficando a seu cargo toda a gestão de resultados e premiação, bem como toda a documentação a respeito da campanha e premiados;

- que, ao contrário do que alega a fiscalização, definir os valores dos cartões NÃO significa determinar os beneficiários do programa; o contrato é claro em dizer que a Impugnante irá determinar apenas os valores dos prêmios sendo que os beneficiários serão informados pela SIM INCENTIVE, empresa responsável pelo desenvolvimento do programa de incentivos que engloba: pagamento dos beneficiários, análise de quem atingiu as metas do programa de premiação, planejamento, etc...atendimento aos participantes, administração das ferramentas de distribuição dos prêmios e encerramento;

- que a relação dos beneficiários e demais documentos relacionados à campanha , de marketing é de conhecimento exclusivo da SIM INCENTIVE MARKETING;

- que os pagamentos feitos à SIM estão lastreados em notas fiscais, que em 2003 era optante do lucro presumido, o que o desconto de eventuais parcelas não lhe traria qualquer benefício fiscal; que ao contrário do que deduz a fiscalização, a Impugnante não utiliza "essa modalidade de remuneração" no lugar de pagamento de salários;

- que os documentos relacionados com a campanha motivacional objeto do contrato de prestação de serviço firmado estavam todos com a SIM INCENTIVE, nos termos da carta enviada por esta, já anexada a este processo administrativo, que informa, ainda, sobre o incêndio no armazém onde se localizava o arquivo com os documentos e informações vinculados à Impugnante;

- V — DA SUPOSTA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRRF PARA BENEFICIÁRIOS NÃO IDENTIFICADOS

- que não existe fato gerador, que o fisco alega que a Impugnante estaria sujeito ao IRRF por efetuar pagamento a beneficiário não identificado, com base no art.674 do RIR/99; ocorre que a beneficiária do pagamento realizado está perfeitamente identificada, a SIM INCENTIVE;

- que só restaria caracterizada a incidência tributária de que trata o art. 674 se estivesse comprovado a entrega de recursos por parte da Impugnante, a terceiros; além disso, o beneficiário do pagamento deveria restar não identificado, o que não ocorreu; além de não haver comprovação sobre a operação que motivou o pagamento, o que também não ocorreu, visto estar sobejamente comprovada a contratação de serviço de marketing promocional pela Impugnante;

- VI — DA RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO

- mesmo que assim não entenda, a responsabilidade pelo tributo incidente na fonte é atribuída à fonte pagadora, ou seja, a SIM INCENTIVE; quem auferiu renda foram os beneficiários do programa e não a impugnante;

- discorre sobre conceito de obrigação tributária e fato gerador para arrematar que "Mesmo que se entendesse que a Impugnante seria a fonte pagadora dos prêmios do programa de incentivo, o que se admite apenas para fins de argumentação, a mesma não seria contribuinte, nem responsável por substituição ou por transferência e nem teria responsabilidade solidária ou subsidiária relativamente ao imposto que deveria ser retido e recolhido, independentemente de se tratar de antecipação ou tributação definitiva";

- que se não houver lei designando expressamente a fonte como contribuinte, responsável ou substituto tributário, o contribuinte é sempre o beneficiário do rendimento, quer a tributação seja definitiva ou por antecipação, razão pela qual, data vênua, compete ao beneficiário e não a fonte pagadora incluir na declaração anual a antecipação e o respectivo rendimento, bera assim os rendimentos tributados exclusivamente na fonte;

- não obstante, quando a incidência do imposto de renda na fonte ocorre por antecipação do tributo devido na declaração de ajuste anual e a ação fiscal que constata a falta de retenção é concluída após o dia 31 de dezembro do ano do fato gerador, o imposto deve ser exigido do beneficiário dos rendimentos, que é o contribuinte do tributo, nos termos do artigo 45 do CTN;

- VII — DO ACRÉSCIMO PATRIMONIAL (fls.47 .a 50)

- discorre sobre conceito de acréscimo patrimonial, para concluir que "...os prêmios fornecidos pela SIM INCENTIVE aOs funcionários da Impugnante só poderiam ser computados na conta de imposto sobre a renda, desde que não consumidos pelos beneficiários, posto que afeta seu cálculo anual. E, relativamente à Impugn- aten, esta não efetuou pagamento dos prêmios aos beneficiários do contrato de marketing firmado, assim, como não auferiu renda, fato gerador do imposto sobre a renda, não sendo, portanto, contribuinte legítima do imposto digitado."

VITI — DA SUPOSTA FRAUDE

- que para a aplicação da penalidade do art.44 da Lei 9.430/96, é indispensável a plena caracterização e comprovação da prática de uma conduta fraudulenta por parte da Impugnante, ou seja, é absolutamente necessário restar demonstrada a materialidade dessa conduta, ou que reste configurado o dolo específico do agente evidenciado não somente a intenção mas também o seu objetivo, isso porque a fraude não pode ser presumida mas sim comprovada através de elementos contundentes apuráveis, inclusive, através do devido processo legal; (transcreve ementas de julgados do CC (fl.51);

- que no presente caso, a fiscalização não logrou demonstrar a intenção dolosa da Impugnante; que durante todo o período fiscalizatório a Impugnante não poupou esforços no sentido de municiar totalmente os agentes fiscais disponibilizando-lhes toda a gama de documentos relacionados aos períodos analisados;

IX — DO ERRO NO LANÇAMENTO DA MULTA — NULIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

- não obstante não ter sido comprovado o intuito de fraude pela Impugnante que autorize a aplicação da multa do artigo 44, inciso II da Lei 9.430/96, a multa foi lançada erroneamente, com alíquota de 150% ao invés de 50%, o que leva a nulidade do lançamento;

- que a fiscalização utilizou-se da alíquota de 150% para calcular o imposto devido quando na verdade a alíquota do inciso II do art.44 da Lei 9.430/96 foi alterada pela Lei 11.488, de 15 de junho de 2007 para 50% (transcreve nova redação As fls.53/54);

- que a exata descrição da falta imputada ao contribuinte é elemento essencial de validade, nos termos do art.10 do Decreto 70.235/72, que transcreve a fl.54;

- o erro na invocação da norma infringida e discrepância entre a alíquota correta a ser aplicada de 50% para 150% representa mudança no critério jurídico do lançamento, posto que a antiga redação do artigo 44, II, fala em "caso de evidente intuito de fraude" e a nova redação trata da redução do percentual da multa de ofício, lançada isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de come- leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa;

- disso resulta claro cerceando (sic) o direito de defesa da Impugnante, posto que não se sabe com segurança qual o critério jurídico que motivou o lançamento, devendo o • mesmo ser anulado de plano;

- nos itens X (fls.55 a 58) e XI (fl.59) reclama da aplicação da taxa SELIC de juros, enquanto que no item XII (fls.60 a 62) reclama da ilegalidade da cobrança dos juros de mora e que não se observou o limite de 20% para aplicação da multa do art.61 da Lei 9.430/96;

Em sessão de 21 de novembro de 2008, a decisão da autoridade de primeira instância julgou improcedente a impugnação da Recorrente (fl. 121), cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA

FONTE - IRRF

Período de apuração: 09/01/2003 a 08/01/2004

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 no, sujeitar-se-á à incidência do imposto, exclusivamente na fonte.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 09/01/2003 a 08/01/2004

Multa de Ofício. Qualificada. Aplicabilidade A penalidade aplicada - multa de ofício - foi no percentual de 150%, pois constatada que a conduta da contribuinte foi tendenciosa, deliberada, ou seja, esteve associada as situações previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, mencionados no art.44 da Lei 9.430/96, base legal da multa em questão.

Lançamento por homologação. Dolo. Decadência. Art.173 do CTN. IRRF.

Nos casos em que comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o prazo decadencial previsto no art.173 do CTN, onde ficou constatado que não ocorreu a decadência para os fatos geradores supra indicados.

Presunções Legais Relativas. Distribuição do ônus da Prova.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

Lançamento Procedente

Cientificado da decisão de primeira instância em 15/12/2008, o contribuinte apresentou tempestivamente, fl. 144 e segs., em 14/01/2009, o recurso voluntário apenas repisando os argumentos levantados em sede de impugnação.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Bianca Felícia Rothschild - Relatora

O recurso é **TEMPESTIVO**, eis que intimado da decisão no dia 15/12/2008, interpôs recurso voluntário no dia 14/01/2009, atendendo também às demais condições de admissibilidade. Portanto, merece ser **CONHECIDO**.

Preliminar - Decadência

Cuida de tributação extraordinária do imposto sobre a renda, a alíquota de 35%, que possui regra de incidência tributária específica (art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995).

No âmbito do lançamento dos tributos por homologação, como ora se examina, a tarefa prescrita em lei de antecipar o pagamento demanda do sujeito passivo a realização de uma série de procedimentos a partir da confrontação entre o fato jurídico e a regra-matriz de incidência tributária.

Sob esse prisma, não localizei nos autos a existência de pagamento antecipado que mantenha conexão com os fatos geradores associados ao crédito tributário lançado pela fiscalização, portanto aptos a atrair a aplicação do § 4º do art. 150 do CTN.

Logo, na ausência de pagamento ou antecipação impõe-se a aplicação do inciso I do art. 173 do CTN, na esteira do REsp nº 973.733/SC, contando-se o termo inicial do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Como o contribuinte foi cientificado do lançamento em 10 de julho de 2008, conforme Auto de Infração a fl. 06 e segs, de se verificar, a luz do artigo supra, se o IRRF correspondente ao fato gerador mais antigo, no caso, de em 09/01/2003 (fl.17), teria sido atingido pela decadência:

Fato Gerador	Exercício possível de lançamento	1o dia do exercício seguinte	Contagem de 5 anos
09/01/2003	2003	01/01/2004	31/12/2008

Como o lançamento foi cientificado ao contribuinte antes de 31/12/2008, não houve a decadência alegada para nenhum fato gerador de 2003 e, conseqüentemente, para nenhum fato gerador posterior, objeto de lançamento.

Observo que as conclusões acima expostas independem da análise do dolo, fraude ou simulação na conduta do sujeito passivo.

MÉRITO

Em relação ao mérito, o cerne da questão gira em torno da suposta falta de retenção do imposto de renda na fonte, por parte do Recorrente, referente a pagamentos realizados a beneficiários não identificados, a título de prêmios, através de outra pessoa jurídica SIM Incentive Marketing Ltda. ("SIM Incentive"), no ano calendário de 2003 e janeiro de 2004.

A suposta infração legal está capitulada nos termos do art. 674 do Regulamento de Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99):

*Art. 674. 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**, ressalvado o disposto em normas especiais. (grifei)*

Vale esclarecer que, apesar dos pagamentos em questão terem sido realizados a empresa identificada, qual seja a SIM Incentive, conforme notas fiscais apensas ao autos (fl. 18 a 63), o que se alega pela fiscalização, é que os pagamentos, em verdade, eram realizados a funcionários não identificados da empresa Recorrente.

Neste sentido, a empresa SIM Incentive era remunerada mediante comissão de intermediação, que, conforme respectivo contrato de prestação de serviços, era de 7% sobre os total dos valores pagos a título de premiação.

Desta forma, excluindo-se a comissão da intermediária, todo o montante pago a título de premiação seria, portanto, pagamento efetuado a beneficiário não identificado, nos moldes do art. 674 do RIR/99. Sobre tal valor recaiu o lançamento.

Nota-se, pois, que não se está aqui questionando a legitimidade da campanha motivacional de incentivo em si, que, conforme bem fundamentado pelo Recorrente, é totalmente lícita. O que se questiona seria a forma como os respectivos pagamentos foram realizados e contabilizados pela empresa, como se fossem pagamentos de despesas operacionais a terceiro - Sim Incentive.

Uma vez realizado este esclarecimento, passa-se a análise da mérito, que requer a ponderação sobre as cláusulas do contrato celebrado entre o Recorrente e a suposta intermediária, SIM Incentive.

CLAUSULA PRIMEIRA — OBJETIVO DO CONTRATO

*A SIM INCENTIVE MARKETING S/C LTDA., garantirá o perfeito funcionamento do sistema **SIM CLUB**, cartões eletrônicos utilizados como meio de pagamento de premiação, desde que obedecidas às cláusulas seguintes.*

CLÁUSULA SEGUNDA — OBRIGAÇÕES DA SIM

*A) - Fornecer a contratante os cartões **SIM CLUB** nos valores e quantidades requisitados.*

CLÁUSULA 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 SIM INCENTIVE MARKETING.

B) - Requisitar da SIM INCENTIVE, por escrito, os cartões de premiação, respeitando o prazo estabelecido no item (B) da cláusula segunda deste instrumento.

C) - Efetuar o pagamento dos valores creditados nos cartões fornecidos pela SIM INCENTIVE, bem como da respectiva comissão no prazo (à vista) contados a partir do momento em que se der a entrega dos mesmos à CONTRATANTE.

CLÁUSULA QUARTA: COMISSÃO DE SERVIÇOS

A comissão de serviços será de 7% (sete por cento) sobre o valor de cada pedido na entrega centralizada, sendo que nesta não está contido o valor disponível no cartão SIM CLUB.

Apesar das cláusulas contratuais serem claras no sentido de que a SIM Incentive seria apenas uma intermediária, posto que a Recorrente é quem realizaria a definição e pagamento dos valores a serem distribuídos, carece de informação acerca de quem seria beneficiário do programa.

Não obstante ter sido a recorrente e a SIM Incentive intimadas a prestar tal explicação, informaram sobre um incêndio no armazém onde se localizava o arquivo com os documentos e informações vinculados, desta forma, não seria possível fornecer respectiva documentação, identificando individualmente os beneficiários agraciados.

Neste sentido, segue abaixo carta da SIM Incentive:

"Com relação a cópia do contrato de prestação de serviço e demais documentos vinculados a empresa NEXXERA TECNOLOGIA E SERVIÇOS S/A, a SIM informa que tais documentos encontravam-se em um arquivo localizado em São Paulo, na Rua Marina Ciufuli Zanfêlice, 280, na Lapa, conforme contrato de locação de espaço, firmado com a empresa ARMAZÉNS GERAIS FUR USHO E S.A LZANO LTDA.

Ocorre que em 24/12/2007 ocorreu um incêndio no local onde se estabelecia o armazém conforme comunicado enviado pela locadora em 28/12/2007, juntamente com o Boletim de Ocorrência lavrado na 7ª Delegacia Policial da Lapa. E ainda, segundo informado pela locadora, o Box onde se encontrava o arquivo da SIM foi totalmente destruído pelo incêndio.

Assim, todos os documentos da SIM que se encontravam arquivados no Armazém Geral incendiado, entre eles contratos, notas fiscais dos exercícios de 2000 a 2007, relatórios de faturamento, correspondências, recibos, etc, foram perdidos o incêndio, conforme relação anexa ao Boletim de Ocorrência lavrado na 15ª Delegacia de Polícia do Itaim Bibi, noticiado por uma das sócias da SIM. Em decorrência disso, os documentos e informações que poderiam ser fornecidos pela SIM para amparar eventual informação a Receita Federal a respeito do contrato com a empresa NEXXERA TECNOLOGIA E SERVIÇOS S/A, foram destruídos no incêndio.

Seguem, anexas a presente, cópias dos documentos que amparam os fatos acima narrados, quais sejam: a) contrato de locação de espaço, firmado com a empresa ARMAZÊNS GERAIS FUR USHO E SALZAINO LTDA.; b) comunicado enviado pela locadora em 28/12/2007, informando a respeito da ocorrência do incêndio; c) Boletim de Ocorrência lavrado na 7 Delegacia Policial da Lapa pela proprietária do Armazém; d) Boletim de Ocorrência lavrado na 15-, Delegacia de Polícia do Itaim Bibi, noticiado por uma das sócias da SIM, com a relação de todos os documentos que se encontravam no arquivo.)"(grifei)

No entanto, foi confirmado pelo próprio Recorrente em sede recurso voluntário, que os beneficiários do programa são seus próprios funcionários (fl. 158) - "*O objetivo de se contratar terceiros (agências de marketing) para operacionalizar um sistema de incentivo e premiação dos funcionários tem por objetivo aumentar a produtividade sem que a Recorrente necessite desviar-se do foco do negócio.*"

Poderia-se argumentar que o pagamento trata-se de remuneração salarial e que a infração seria, apenas, a falta de retenção na fonte, cuja penalidade seria a multa isolada, na medida em que após o encerramento do período a responsabilidade pelo pagamento do respectivo imposto passa a ser do beneficiário dos rendimentos. No entanto, a falta de identificação individualizada dos beneficiários impossibilita prosperar em tal argumentação.

Tendo em vista o acima, não é difícil concluir que a situação fática ocorrida se subsume perfeitamente a norma legal do enquadramento de exigência do IRRF, na forma do art. 674 do RIR/99, na medida em que se verificou comprovado que a Nexxera efetuou pagamentos, via SIM Incentive, a seus funcionários sob a forma de prêmios em espécie por meio de utilização de cartão eletrônico, cujos beneficiários não foram identificados.

Responsabilidade pelo imposto

Alega a recorrente que a responsabilidade pelo tributo incidente na fonte é atribuída à fonte pagadora, ou seja, a SIM INCENTIVE.

O fato de a empresa, no caso a Nexxera, afirmar que a responsabilidade da guarda da documentação é da SIM INCENTIVE e que "[...] *a relação dos beneficiários e demais documentos relacionados à campanha de marketing é de conhecimento exclusivo da SIM INCENTIVE MARKETING*", posto que tais documentos encontravam-se de posse desta empresa, não lhe retira a sua responsabilidade e o dever de comprovar as operações pactuadas e o fornecimento dos documentos correspondentes, mormente quando tais operações têm repercussões tributárias.

Ademais, acordos firmados entre particulares não podem afastar a responsabilidade pelo pagamento de tributos:

Art.123 do Código Tributário Nacional — CTN:

"Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas a responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas a Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes."

Dos pagamentos efetuados a SIM INCENTIVE, uma parte refere-se a *valor dos serviços* (VALOR REF. REEMBOLSO SIM CLUB) e a outra a *honorários*, conforme consta nas notas fiscais As fls.18 a 63, do processo apenso.

O que está se tributando a título de imposto de renda retido na fonte são aqueles valores que constam nas notas fiscais denominados VALOR REF. REEMBOLSO SIM CLUB, que, segundo tudo que aqui se mostrou, tal rubrica contemplava as importâncias que eram distribuídas como prêmios de produtividade, que, como visto, sob a forma de créditos efetuados no Unibanco vinculados aos já referidos cartões magnéticos, ocasião em que eram sacados em espécie e/ou utilizados em compras pelos contemplados, cuja identificação restou incomprovada.

Quanto a questão levantada acerca de que não existe fato gerador, na situação tipificada no enquadramento legal, uma vez que o beneficiário do pagamento foi identificado, no caso a empresa SIM INCENTIVE MARKETING LTDA., tal afirmação é incoerente, tendo em vista que a SIM INCENTIVE foi mera intermediária no repasse de valores determinados e remetidos pela Nexxera para serem destinados como prêmios aos seus funcionários e/ou colaboradores sem vínculo empregatício.

Quanto as suas outras alegações, expostas no item VI — Da responsabilidade pelo recolhimento do imposto e VII — Do acréscimo patrimonial, de se dizer apenas que suas considerações são infundadas, tendo em vista que está provado nos autos que quem determina e remete os valores destinados aos pagamentos em espécie é a Nexxera e não a SIM INCENTIVE.

Qualificação da multa

Aduz a recorrente, em seu recurso voluntário, que é inadmissível a qualificação da multa, como fez o agente fiscal, porquanto ausente o dolo, a fraude ou a simulação, não tendo cometido qualquer das condutas descritas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

As alegações da autoridade fiscal, em relação ao dolo, se baseiam nos seguintes argumentos:

É consabido, e seguramente sabe a contribuinte em questão, que o pagamento de rendimentos dessa natureza subsume as normas do IRF, donde se depreende que as operações na forma em que foram sistematizadas, tiveram o único condão de iludir a administração tributária.

Tanto isso é verdade que os rendimentos permaneceram completamente à margem dos controles do fisco, como das Declarações do Imposto de Renda na Fonte — DIRF, declarações de renda dos beneficiários pessoas físicas. Assim, a prática perpetrada teve por finalidade primordial ocultar a verdadeira operação, não resistindo, todavia, a exame um pouco mais acurado.

Pretender atribuir aos pagamentos realizados à natureza de rendimento não suscetível ao gravame do imposto de renda na fonte, a despeito de todas as formalidades adotadas, ofende a inteligência dos agentes da administração tributária, sendo capaz de ludibriar apenas os mais incautos. [fl.185, do processo apenso] [...] [grifei]

Ao remunerar os funcionários e demais pessoas do seu relacionamento com a utilização de cartão eletrônico do Unibanco S/A, com o qual os mesmos poderiam utilizá-lo para saques, compras, etc.; ficando esses pagamentos totalmente a margem da contabilidade e da escrita fiscal, a empresa tentou esconder do Fisco o seu real objetivo que era a complementação salarial sem o pagamento dos impostos devidos.

Nas notas fiscais apresentadas pela fiscalizada (Jls.18/63), emitidas pela SIM Incentive estão consignados na "Descrição dos Serviços" como pagamentos "VLR REF. A REEMBOLSO SIM CLUB". A despeito da causa declinada, da forma de pagamento sistematizada, as importâncias pagas configuram remuneração indireta paga a beneficiário não identificado, sujeitas a incidência do Imposto de Renda Exclusivo na Fonte a 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 nº8.981/95). [fls.185/186].

Entendo, assim como a autoridade de primeira instância, que ficando esses pagamentos totalmente a margem da contabilidade e da escrita fiscal, a empresa tentou esconder do Fisco o seu real objetivo que era a complementação salarial sem o pagamento dos impostos devidos.

Lançamentos contábeis e fiscais devem refletir a efetiva atividade econômica da empresa, em especial o movimento real da remuneração paga ou creditada aos segurados, mas, no caso do recorrente, restaram como instrumentos de ocultação dos tributos devidos, ao ocultar os verdadeiros contemplados pelos prêmios de incentivo pagos pelo recorrente.

Observe-se que verificada a conduta de não lançar devidamente na contabilidade e escrita as operações ora analisadas, mantém-se indene a multa qualificada aplicada.

Erro no lançamento

- não obstante não ter sido comprovado o intuito de fraude pela Impugnante que autorize a aplicação da multa do artigo 44, inciso II da Lei 9.430/96, a multa foi lançada erroneamente, com alíquota de 150% ao invés de 50%, o que leva a nulidade do lançamento;

- que a fiscalização utilizou-se da alíquota de 150% para calcular o imposto devido quando na verdade a alíquota do inciso II do art.44 da Lei 9.430/96 foi alterada pela Lei 11.488, de 15 de junho de 2007 para 50% (transcreve nova redação As fls.53/54);

- que a exata descrição da falta imputada ao contribuinte é elemento essencial de validade, nos termos do art.10 do Decreto 70.235/72, que transcreve a fl.54;

- o erro na invocação da norma infringida e discrepância entre a alíquota correta a ser aplicada de 50% para 150% representa mudança no critério jurídico do lançamento, posto que a antiga redação do artigo 44, II, fala em "caso de evidente intuito de fraude" e a nova redação trata da redução do percentual da multa de ofício, lançada

isoladamente, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de came- leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa;

- disso resulta claro cerceando (sic) o direito de defesa da Impugnante, posto que não se sabe com segurança qual o critério jurídico que motivou o lançamento, devendo o • mesmo ser anulado de plano;

- nos itens X (fls.55 a 58) e XI (fl.59) reclama da aplicação da taxa SELIC de juros, enquanto que no item XII (fls.60 a 62) reclama da ilegalidade da cobrança dos juros de mora e que não se observou o limite de 20% para aplicação da multa do art.61 da Lei 9.430/196;

Taxa Selic e Juros

A recorrente traz uma série de argumentos relativos a taxa de atualização do crédito e juros aplicados.

No entanto, como é sabido não cabe a este órgão administrativo se manifestar quanto a ilegalidade ou inconstitucionalidade de norma tributária até que esta seja declarada pelo Tribunal competente.

Neste sentido, vale mencionar a sumula CARF abaixo transcrita:

“Súmula CARF nº 02: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Ainda assim, este E. Conselho possui entendimento consubstanciado na Súmula nº 04 no sentido de que “A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais”.

Dessa forma, descabido o argumento da recorrente pela ilegalidade da aplicação da SELIC.

Ademais, em relação a cumulação de multas, apesar de já ter me posicionado de forma diversa, insta observar que a incidência dos juros sobre a multa aplicada é evento que ocorre em momento posterior ao lançamento tributário.

Importante mencionar o entendimento prevalecente neste E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, evidenciado no acórdão nº 910100.539, proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, relatoria da I. Conselheira Viviane Vidal Wagner:

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

Dessa forma, irretocável a decisão proferida pela DRJ.

Processo nº 11516.005063/2008-24
Acórdão n.º **2402-005.857**

S2-C4T2
Fl. 9

Ante o exposto, voto por **CONHECER** do recurso voluntário e, no mérito,
NEGAR PROVIMENTO nos termos do voto acima

(assinado digitalmente)

Bianca Felícia Rothschild.