



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

Processo nº 13864.000242/2007-60
Recurso nº 165.002 Voluntário
Acórdão nº 2102-00.465 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de fevereiro de 2010
Matéria IRRF
Recorrente EMERSON SISTEMAS DE ENERGIA LTDA.
Recorrida 4ª TURMA DRJ CAMPINAS - SP

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2003

IRRF - FALTA DE RETENÇÃO - MULTA EXIGIDA DA FONTE PAGADORA

Havendo previsão legal expressa para sua exigência, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, deve ser mantido o lançamento que exige da fonte pagadora a multa incidente sobre a falta de retenção e recolhimento do IRRF.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. EMPRESA DE MARKETING DE INCENTIVO. MANOBRA PARA OCULTAR A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. SONEGAÇÃO. HIGIDEZ DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA LANÇADA.

Os pagamentos feitos por intermédio do cartão de incentivo, com a utilização de empresa de marketing como intermediária, são, na verdade, uma grosseira manobra diversionista com o fito de ocultar do fisco a tributação que deveria incidir sobre tais pagamentos. Hígida a qualificação da multa de ofício, já que se demonstrou à saciedade a manobra perpetrada pelo fiscalizado para simular situações não existentes, ocultando da fiscalização o conhecimento da ocorrência do fato gerador, que é o conhecido legalmente como sonegação (art. 71 da Lei nº 4.502/64).

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros do Colegiado, por voto de qualidade, em NEGAR provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti (Relatora), Rogério de Lellis Pinto (Suplente Convocado) e Marcelo Magalhães Peixoto (Suplente Convocado), que davam parcial provimento para desqualificar a multa de ofício. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos.

vencedor

GIOVANNI CHRISTIAN LUNES CAMPOS - Presidente e redator do voto

ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGETTI - Relatora

EDITADO EM:

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Núbia Matos Moura e Rubens Maurício Carvalho. Ausente, justificadamente, a Conselheira Vanessa Pereira Rodrigues Domene.

Relatório

Em face da contribuinte acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 167/171 para exigência de multa e juros isolados em razão da falta de retenção e recolhimento do IRRF incidente sobre pagamentos efetuados a pessoas físicas que lhe prestaram serviço. Tais serviços foram remunerados através do sistema de cartão "CASHCARD", oferecido pela empresa INCENTIVE HOUSE, e consistiam em uma remuneração variável paga a uma parte de seus funcionários, sendo certo que tal remuneração deixou de constar da DIRF apresentada pela pessoa jurídica (cf. TVF de fls. 160/166).

O lançamento abrangeu fatos geradores ocorridos em janeiro, fevereiro, outubro, novembro e dezembro de 2003, e a multa foi qualificada em 150%.

A ciência do Auto de Infração se deu em 28.09.2007, ocasião em que foi apresentada a Impugnação de fls. 178/188, por meio da qual a empresa interessada alegou que não se poderia falar em evidente intuito de fraude, razão pela qual a multa de 150% não poderia ser dela exigida, nos termos da jurisprudência consolidada do Conselho de Contribuintes. Alegou que jamais se esquivou de atender à fiscalização, tendo sempre apresentado toda a documentação que lhe foi solicitada, ressaltando o caráter confiscatório e desproporcional da multa que lhe foi aplicada.

Na análise da impugnação, os membros da DRJ em Campinas decidiram pela integral manutenção do lançamento. Consideraram que o mesmo se pautou pelas regras legais cabíveis e que obedecia ao entendimento exarado pela Administração através do Parecer Normativo nº 01/2002. Quanto à qualificação da multa exigida, entenderam que estaria configurado, em tese, intuito de sonegação e fraude.

Inconformada com a manutenção integral do lançamento, a Interessada interpõe o Recurso Voluntário de fls. 222/238, por meio do qual, após relatar os fatos envolvidos no processo, reitera os questionamentos feitos através de sua impugnação, chamando a atenção para o fato de que o art. 44, II da Lei nº 9.430/96 foi revogado através do art. 14 da Lei nº 11.488/2007, fruto da conversão da MP nº 351/2007. Desde então, segundo alega, não se poderia mais falar na aplicação da multa isolada de 150%, mas somente na exigência desta no patamar de 50%, e somente para os casos lá especificados.

Conclui então que não poderia mais a referida multa lhe ser exigida, em razão da retroatividade benigna da nova norma já referida.

Os autos foram em seguida remetidos a este Conselho para julgamento.

Voto Vencido

Conselheira Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, Relator

O contribuinte teve ciência da decisão recorrida em 13.12.2007, como atesta o AR de fls. 221. O Recurso Voluntário foi interposto em 14.01.2008 (dentro do prazo legal para tanto), e preenche os requisitos legais - por isso dele conheço.

Trata-se de lançamento para exigência de multa e juros isolados em razão da falta de retenção e recolhimento do IRRF incidente sobre pagamentos efetuados a pessoas físicas. A multa isolada foi exigida no percentual de 150%, nos termos do art. 44, II da Lei nº 9.430/96. O lançamento está fundamentado no art. 9º da Lei nº 10.426/02.

Sustenta a Recorrente que esta multa não lhe poderia mais ser exigida, uma vez que o referido art. 44 da Lei nº 9.430/96 fora alterado por meio da Lei nº 11.488/07 (MP 351/2007), tendo sido revogada a exigência isolada da multa. Esta nova norma deveria ser aplicada retroativamente ao caso vertente, nos termos do art. 106 do CTN.

De fato, a redação do art. 44, II da Lei nº 9.430/96 foi alterada por meio da MP nº 351/2007, que determinou:

Art.14.O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

I-de 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;

II-de cinquenta por cento, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a)na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b)na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)

No entanto, esta mesma lei nº 11.488/07 (fruto da conversão da MP 351/07), assim determinou:

Art. 16. O art. 9º da Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

..... " (NR)

Desde então, o referido at. 9º (fundamento deste lançamento) passou a ter a seguinte redação:

Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.

Como se vê, a legislação suscitada pela Recorrente não só alterou o art. 44 da Lei nº 9.430/96, como também alterou a legislação que dá suporte a este lançamento, mantendo a exigência da multa referida no art. 44 nas hipóteses em que a fonte pagadora deixar de reter o tributo devido quando dos pagamentos por ela efetuados.

Sendo assim, não há que se falar, aqui, na aplicação retroativa do art. 44 da Lei nº 9.430/96, pois existe uma norma específica que prevê a aplicação da multa em comento.

Outrossim, a insurgência da Recorrente se dirige também ao fato de ter a fiscalização lhe aplicado a multa qualificada de 150%. Alega que sempre atendeu às intimações recebidas, de forma que a multa não seria justificada, sendo confiscatória e desarrazoada.

Decorre do Termo de Verificação Fiscal que acompanha o Auto de Infração que a justificativa para a qualificação da multa foi o fato de a Recorrente ter efetuado o pagamento de valores "por fora", o que seria indício de sonegação de tributos.

No entanto, a meu ver, a qualificação da multa não é aplicável à espécie.

O pagamento de verbas a prestadores de serviço por meio de cartões magnéticos (como é o caso dos autos) é uma prática que foi bastante disseminada durante

algum tempo em nosso país. As empresas que ofereciam esta sistemática de pagamento ofereciam a seus clientes uma forma de conceder premiações a seus empregados e prestadores de serviço sem que tais pagamentos fossem efetuados através da folha de salários.

Na verdade, o que ocorreu foi um pagamento “por fora” (como mencionado no próprio Termo de Verificação Fiscal). Sendo assim, a hipótese se assemelha mais à de mera omissão por parte da Recorrente, e não de cometimento de fraude. Ademais, os pagamentos efetuados às empresas fornecedoras dos referidos cartões magnéticos foram devidamente contabilizados pela Recorrente, de forma que o Fisco teria acesso a tais informações quando o desejasse.

Por isso, o erro cometido pela Recorrente foi o de deixar de efetuar as retenções cabíveis na fonte, bem como o de deixar de informar ao Fisco – em DIRF – a quem os valores pagos por meio dos cartões magnéticos foi efetuado. Sob esse aspecto, está a Recorrente sujeita à aplicação da multa prevista no art. 9º já referido; a qual é devida pela simples falta de retenção do imposto. No entanto, não há justificativa para que a mesma seja qualificada, diante da falta de comprovação do intuito de fraude.

Necessário ressaltar ainda que o referido art. 44, § 1º (que hoje reproduz a norma até então contida no inciso II do mesmo artigo) da Lei nº 9.430/96, assim dispõe:

Art.44.Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(grifos não constantes do original)

Os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº Lei 4502/64, por seu turno, assim dispõem:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.



Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Não fossem suficientes tais argumentos, é imperioso ressaltar ainda que no caso vertente a autoridade fiscal justificou a aplicação da multa qualificada com base no art. 1º da Lei nº 8.137/90 – norma que não está entre aquelas elencadas no art. 44, § 1º (antigo inc. II) - não havendo, por isso, previsão legal para tanto.

Por estes motivos, deve ser acolhida a pretensão do Recorrente no que toca à necessidade de desqualificação da multa de ofício, a qual deverá ser exigida no patamar de 75%, e não de 150% (cf. constante do Auto de Infração).

Diante do exposto, VOTO no sentido de DAR PARCIAL provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 02 de fevereiro de 2010


Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti

Voto Vencedor

Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos

Com a devida vênia a nobre relatora, a quem tenho elevado respeito por seus ponderados posicionamentos jurídicos em votos prolatados no âmbito desta Turma de julgamento, ousou discordar da desqualificação da multa de ofício, como proposto no voto vencido, já que considero a conduta perpetrada pelo contribuinte EMERSON SISTEMAS DE ENERGIA LTDA de extrema gravidade.

— — — — — Sobre essa matéria, especificamente no tocante à remuneração paga a empregados através do sistema de cartão de incentivo, oferecido pela mesma empresa Incentive House, tive oportunidade de lançar as seguintes considerações no Acórdão nº 2102-00.318, sessão de 23/09/2009, desta mesma Turma julgadora, *verbis*:

(...)

Ora, não há qualquer dúvida que os rendimentos pagos por intermédio da empresa Incentive House são contraprestações a trabalho ofertado ao recorrente, quando tais trabalhadores excediam as metas estipuladas pelo recorrente. Este, como acima transcrito, reconhece que os pagamentos eram devidos sempre que as pessoas físicas cumprissem as metas estabelecidas pela empresa, objetivando o crescimento e maior reconhecimento dessa no mercado (há, registre-se, fundada dúvida se os pagamentos se referiam mesmo a algum incentivo, já que as mesmas pessoas recebiam, mês após mês, o mesmo valor, a sugerir que os pagamentos poderiam ser simplesmente parte dos pagamentos ordinários feitos pela empresa a seus empregados e diretores, sem a competente retenção do IRRF e recolhimento previdenciário – como exemplo, vide as planilhas de fls. 123-131). Sem qualquer esforço hermenêutico, vê-se que

se trata de uma simples remuneração variável (ou "pagamento por fora"), paga através de um terceiro interveniente, estando no campo da incidência do imposto de renda, lembrando que a tributação do IRPF independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título (art. 3º, § 4º, da Lei nº 7.713/88).

Os pagamentos feitos por intermédio do cartão flexcard, com a utilização de uma empresa de marketing como intermediária, são, na verdade, uma grosseira manobra diversionista com o fito de ocultar do fisco a tributação de tais pagamentos, pois estes não constaram das DIRF da real fonte pagadora, in casu, a Matrix Internet S/A, ou das DIRFs da Incentive House, ou sequer das declarações de ajuste anual dos beneficiários dos rendimentos. Eis o modus operandi dos pagamentos: no fiscalizado, houve a contabilização pelos valores globais pagos à Incentive House; já esta funcionava como meio de pagamento, fugindo de qualquer responsabilidade tributária, pois apenas vendia os cartões flexcard; e os beneficiários dos pagamentos, por milagre, também não ofertavam quaisquer dos valores à tributação. Iniludivelmente, tratou-se de uma operação para pagar valores a empregados, gerentes e terceiros sem incidência do imposto de renda (e sem recolhimento, diga-se de passagem, das contribuições previdenciárias), visando ocultar o conhecimento do fato gerador do imposto de renda da autoridade tributária.

Por tudo, não remanesce qualquer dúvida quanto à legitimidade passiva do recorrente para figurar no lançamento, já que foi o responsável pelos pagamentos a seus empregados e terceiros e deveria ter feito as retenções determinadas pela legislação tributária. Ainda, deve-se evidenciar que houve a qualificação da multa de ofício por parte da autoridade fiscalizadora, no que andou bem, pois ficou demonstrada à saciedade a grosseira manobra perpetrada pelo fiscalizado para simular situações não existentes, ocultando da fiscalização o conhecimento da ocorrência do fato gerador, que é o conhecido legalmente como sonegação (art. 71 da Lei nº 4.502/64). (aqui grifou-se)

Sem maiores considerações do que aquelas acima transcritas, por suficientes, entendo que a multa de ofício qualificada deve ser mantida, razão que me leva a NEGAR provimento ao recurso de voluntário.

Giovanni Christian Nunes Campos