



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

Processo n° 19515.001290/2009-83
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-003.338 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de setembro de 2016
Matéria IRRF
Recorrente DPM DISTRIBUIDORA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. IRRF. INOCORRÊNCIA DE SERVIÇOS PRESTADOS POR PESSOAS FÍSICAS. ERRO NA ALÍQUOTA NÃO CORRIGIDO PELO FISCO. VÍCIO MATERIAL.

A determinação da alíquota é requisito do lançamento tributário integrando o cálculo do tributo devido, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Em razão da distinção entre as alíquotas aplicadas nos casos de prestação de serviços por pessoas físicas e de prestação de serviços por pessoas jurídicas, não há como prevalecer o lançamento efetuado, tendo em vista o vício material do lançamento.

IRRF SOBRE TRABALHO ASSALARIADO. EXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE DARF.

Extinção do crédito tributário pelo pagamento demonstrado por meio de DARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário. Realizou sustentação oral, pelo Contribuinte o Dr. Paulo Cesar França da Silva, OAB/SP 22.772/PE.

Assinado digitalmente.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Presidente.

Assinado digitalmente.

ANA CECÍLIA LUSTOSA DA CRUZ - Relatora.

EDITADO EM: 17/10/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), Carlos do Alberto do Amaral Azeredo, José Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado), Maria Anselma Coscrato dos Santos (Suplente convocada), Denny Medeiros da Silveira (Suplente convocado), Daniel Melo Mendes Bezerra, Carlos Cesar Quadros Pierre e Ana Cecília Lustosa da Cruz.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão primeira instância que julgou procedente em parte a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nesta oportunidade, utilizo-me do relatório produzido em assentada anterior, eis que aborda de maneira elucidativa os fatos objeto dos presentes autos, nos termos seguintes:

O interessado foi autuado no IRRF, em 27/04/2009, em relação ao período de 01/2004 a 12/2007, em razão de diferenças entre os valores escriturados e os valores declarados e/ou pagos de IRRF, tendo sido exigido um crédito tributário total de R\$ 2.337.305, 81, incluindo imposto, multa de ofício de 150 % e juros de mora calculados até 31/03/2009 (fls. 292 a 332).

2. Em 27/04/2009, a DEFIC/SP lavrou Termo de Sujeição Passiva Solidária - TSPS nº 1, relacionando como Sujeitos Passivos Solidários Roberto Santa Cruz Salgueiro (fls. 264 e 265), Alberto Brandão Teixeira da Silva (fls. 267 e 268), Walter da Silva Vieira Filho (fls. 271 e 272), Ana Cristina Valença Teixeira da Silva (fls. 275 e 276) e Márcia D. Assunção Vieira (fls. 279 e 280).

2.1. Referidos termos informam que: "... constatamos , nos anos calendários de 2004, 2005, 2006 e 2007, que o Sujeito Passivo reteve o Imposto de Renda na Fonte sob os códigos 0561 - Rendimento de Trabalho Assalariado e 0588 - Rendimento Trabalho sem Vínculo Empregatício e não recolheu à Fazenda Nacional. Ante o exposto, restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional)..."

2.2. Na mesma data, a DEFIC/SP lavrou Termo de Verificação Fiscal - TVF (fls. 282 a 291), que assim descreve, resumidamente.

2.2.1. Constatamos, ao procedermos a auditoria - Verificações Preliminares, anos-calendário (AC) 2004, 2005, 2006 e 2007, a escrituração de retenção do Imposto de Renda na Fonte (IRRF) sob os códigos 0561 Rendimento de Trabalho Assalariado e 0588 Rendimento Trabalho sem Vínculo Empregatício, como demonstrado a seguir.

I - IMPOSTO RETIDO NA FONTE E NÃO RECOLHIDO

A - DOS FATOS

2.2.2. O Sujeito Passivo, nos AC de 2004 a 2007, reteve o IRRF nos códigos 0561 e 0588 informados nos demonstrativos de fls. 233/245, em resposta ao Temo Intimação Fiscal (TIF), lavrado em 18/11/2008 (ciência em 21/11/2008; fls. 203/231).

2.2.3. Após exames nos sistemas Sinal e DCTF, constatamos que muitos valores não foram recolhidos, apesar de registrados contabilmente.

2.2.4. Novamente elaboramos planilhas dos valores não localizados nos sistemas da RFB e intimamos o contribuinte, TIF lavrado em 02/12/2008 (ciência em 04/12/2008; fls. 246/252).

2.2.5. Como o Sujeito Passivo ficou silente dentro do prazo legal, novamente foi intimado por meio de TIF, lavrado em 20/01/2009 (ciência em 22/01/2009; fls. 255/256).

2.2.6. O contribuinte não se manifestou sobre as duas intimações, ficando sujeito às penalidades legais pela retenção e não recolhimento. Para melhor visualização da base tributável, estamos inserindo nas folhas seguintes os valores retidos e não recolhidos.

2.2.7. Do exposto, estamos constituindo o crédito tributário sobre as diferenças apuradas que ficará demonstrado à saciedade quando do direito.

B - DO DIREITO

2.2.8. A empresa em questão, ao pagar ou creditar os rendimentos das pessoas físicas sobre as rubricas dos códigos 0561 e 0588, descontou dos beneficiários dos rendimentos e não comprovou o recolhimento aos cofres públicos.

2.2.9. Conforme legislação, toda obrigação tributária tem sujeito passivo. E, às vezes, ele repassa a terceiros os tributos, mas figura na relação tributária. Ao reter o tributo, como responsável, fica obrigado a recolhê-los. O fato de deixar de fazê-lo, no prazo legal, constitui a ação física do delito, conforme legislação penal transcrita.

2.2.10. No caso sob análise, ocorreu fraude ao fisco, caracterizada pela apropriação indevida (indébita) mediante retenção e não recolhimento, até o termo fatal. Do exposto, estamos exigindo os valores retidos e não recolhidos, com multa de 150%, conforme previsto na legislação de regência.

II - DO ENQUADRAMENTO LEGAL

2.2.11. O contribuinte infringiu aos artigos I, 2., 3 .e 7., incisos I e II, § 1º, da Lei nº 7.713/88 e ao artigo 2 .da Lei nº 8.134/90, c/c os artigos 620, 624, 628, 631, 632, 646 e 841 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), aprovado pelo Decreto

nº 3.000/99, art. 77, inciso II, do Decreto-Lei nº 5.844/43 e art. 149 da Lei nº 5.172/66.

III - DO ENCERRAMENTO

2.2.12. Do que, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo em três vias, (...).

3. Foi formalizado processo relativo a "Representação Fiscal para Fins Penais", que levou o número 19515.001267/2009-99.

3.1. Foi também lavrado Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, conforme fls. 333 e 334.

4. O contribuinte foi cientificado do teor do referido Auto de Infração em 27/04/2009 (fl. 332), dele discordando, em 27/05/2009, por meio de seu representante legal (fls. 349 a 365), impugnou-o (fls. 343 a 349), acostando documentos (fls. 258 a 1.405), alegando, em síntese, que:

DO AUTO DE INFRAÇÃO

4.1. Como se verá, a fiscalização incorreu em diversos erros no auto de infração, que resultaram na exigência de tributo absolutamente ilegal. Os equívocos aqui tratados podem ser resumidos nos seguintes itens, adiante expostos individualmente:

(i) apontamento de serviços prestados por pessoas físicas, uma vez que a impugnante tomou serviços de pessoas jurídicas;

(ii) desconsideração de recolhimentos realizados pela impugnante em suas épocas próprias, apesar de devidamente informados em DCTF.

II - SERVIÇOS PRESTADOS POR PESSOAS JURÍDICAS

4.2. Os serviços apontados na planilha do auto de infração (fls. 284 e ss.) foram executados por pessoas jurídicas (cód. Tributo 1708), conforme DARFs e planilhas em anexo, que demonstram inequivocamente a coincidência entre os valores indevidamente apontados pela fiscalização e os recolhimentos de IRRF realizados pela impugnante.

4.3. O livro razão demonstra que os valores utilizados pelo auto de infração não foram prestados por pessoas físicas (doe. 03). Houve erro da fiscalização em decorrência de resposta encaminhada pela impugnante, onde apontado que os referidos serviços haviam sido prestados por pessoas físicas, quando, em verdade, o foram por pessoas jurídicas. Tal equívoco fez com que a fiscalização não considerasse os recolhimentos realizados pela impugnante.

III - RECOLHIMENTOS REALIZADOS PELA IMPUGNANTE

4.4. A fiscalização deixou de observar recolhimentos realizados pela impugnante relativos ao IRRF de rendimentos de trabalho assalariado (cód. 0561). Os DARF em anexo comprovam o recolhimento, em época própria, dos tributos exigidos pelo auto de infração. (doc. 02), assim como esses pagamentos constaram nas DCTF por ela informadas (doe. 04).

4.5. Além disso, percebe-se que a fiscalização lançou valores em duplicidade ao desconsiderar pagamentos realizados em atraso. Nesses casos, os valores permaneceram em aberto em sua contabilidade, mas foram liquidados posteriormente, o que deixou de ser observado pelo auto de infração.

IV - RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS

4.6. A consequência da ilegal tipificação de fraude realizada pelo auto de infração é a sujeição passiva solidária dos sócios da impugnante em relação aos tributos lançados, realizada pela ação fiscal com base no art. 135, III, do Código Tributário Nacional - CTN.

4.7. Traz doutrina e jurisprudência do STJ a embasar seu entendimento de que a simples mora de obrigações tributárias não configura infração à lei (como exige o art. 135 do CTN). Afirma que a impugnante não praticou nenhum ato fraudulento, razão pela qual cai por terra a tentativa da ação fiscal de querer responsabilizar individualmente os sócios.

V - DOS PEDIDOS

4.8. Requer: (i) seja reformado o auto de infração em relação aos lançamentos por ele abrangidos; e (ii) seja afastada a responsabilidade tributária dos sócios da impugnante, uma vez que não se encontram presentes os requisitos do art. 135 do CTN.

4.8.1. Requer ainda que "as intimações sejam endereçadas ao signatário desta petição".

5. Em 27/05/2009, foram também protocolizadas impugnações pelo representante legal dos Srs. Roberto Santa Cruz Salgueiro (fls. 1.406 a 1.412), Alberto Brandão

Teixeira da Silva (fls. 1.416 a 1.422), Walter da Silva Vieira Filho (fls. 1.426 a 1.432), Ana Cristina Valença Teixeira da Silva (fls. 1.436 a 1.442) e Márcia D'Assunção Vieira (a 1.452), nos mesmos termos da apresentada pela empresa (fls. 343 a 349).

5.1. De se observar que tanto na impugnação apresentada pela empresa, quanto nas demais cinco acima referidas, a autoridade preparadora anotou nas páginas iniciais que a assinatura do representante legal não conferia com o documento apresentado, além de não ter sido anexado cópia do auto de infração (no primeiro caso).

5.1.1. Em 22/07/2009, a empresa peticionou, por meio de seu representante legal (fls. 1.456 a 1.469), anexando cópia do Auto de Infração. Acerca da legitimidade da assinatura atribuída ao procurador, acostou aos autos declaração deste, com firma reconhecida, atestando que a assinatura constante da documentação de defesa apresentada foi, de fato, por ele firmada, de próprio punho, se responsabilizando para todos os efeitos legais (fl. 1.458).

6. *É o relatório. Passo ao voto.*

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I julgou procedente em parte a impugnação, restando mantida a notificação de lançamento, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

DIFERENÇA ENTRE VALORES ESCRITURADOS E VALORES DECLARADOS.

Tendo sido apuradas diferenças entre os valores escriturados e aqueles declarados pelo contribuinte, diferenças estas por ele não esclarecidas, correta a tributação do valor do imposto não recolhido, devendo-se abater os valores informados em DCTF.

MULTA QUALIFICADA. DOLO.

A prática reiterada de informar em DCTF valores inferiores aos contabilizados, resultando em recolhimentos de imposto, ao longo dos anos analisados, em valores menores que os devidos, é procedimento doloso tendente à fraude e à sonegação, o que respalda a aplicação da multa qualificada. Sendo vinculada e obrigatória a atividade administrativa, ocorrido o fato gerador resta à autoridade fiscal o dever de constituir o crédito tributário, calculando a exigência de acordo com a lei vigente à época do fato, nos termos do artigo 142, do CTN.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS D E DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006, 2007

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Não procedem as alegações da Impugnante no sentido de que: (i) a sujeição passiva solidária dos sócios decorreu do previsto no art. 135, III, sócios (acionistas) tinham interesse comum na situação que constituiu o fato gerador do tributo lançado, correta a autuante ao imputar-lhes responsabilidade solidária.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Posteriormente, dentro do lapso temporal legal, foram interpostos recursos voluntários pela contribuinte e pelos responsáveis solidários, que sustentaram, em síntese:

a) a ausência de responsabilidade tributária dos sócios da recorrente, uma vez que não se encontram presentes os requisitos do artigo 135 do Código Tributário Nacional;

b) os serviços apontados na planilha do auto de infração (fl. 284 e seguintes) foram executados por pessoas jurídicas (cód. tributo 1708) e não por pessoas físicas, tendo a recorrente promovido o recolhimento do tributo sobre ele incidente (os DARFs anexos e

as planilhas que acompanham a impugnação demonstram a coincidência entre os valores indevidamente apontados pela fiscalização e os recolhimentos realizados a título de IRRF pela recorrente);

c) quanto aos recolhimentos realizados pela recorrente relativos ao IRRF de rendimentos de trabalho assalariado, os DARFs comprovam que a recorrente recolheu, em suas épocas próprias, os tributos exigidos pelo auto de infração, assim como esses pagamentos constaram nas DCTFs por ela informadas;

d) a fiscalização lançou valores em duplicidade, ao desconsiderar pagamentos realizados em atraso pela recorrente. Nesses casos, os valores permaneceram em aberto em sua contabilidade, mas foram liquidados posteriormente, o que deixou de ser observado pela fiscalização.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz

Conheço do recurso, posto que tempestivo e com condições de admissibilidade.

1. Da recolhimento do imposto retido

Conforme narrado, a autuação em análise ocorreu em razão da auditoria realizada, em relação aos anos-calendários 2004 a 2007, ter apurado que foram retidos e não recolhidos valores de IRRF referente aos códigos 0561 e 0588, após comparação entre os valores de **retenção escriturados** (conforme resposta do contribuinte à intimação recebida; fls. 232 a 245) e aqueles **efetivamente recolhidos**.

A decisão de piso consignou que *embora a impugnante tenha afirmado que os DARFS em anexo (código 1708) demonstravam inequivocadamente a coincidência entre os valores indevidamente apontados pela fiscalização (código 0588), não é isso que se verifica, tendo sido informado por ela o montante de **R\$ 646.188,91 no código 0588** (fls. 240 a 245), enquanto que o informado em **DCTF para o código 1708 somou R\$ 45.436,99** (dos quais somente foi comprovado o recolhimento/compensação de R\$ 34.052,54; fls. 1.536, 1538, 1.539, 1.543 a 1.545, 1.547 a 1.550, 1.621, 1.631, 1.632 e 1.636 a 1.640).*

Além disso, restou disposto na decisão mencionada que, na autuação, não foram considerados os valores informados em DCTF, devendo ser abatidos os respectivos valores, tendo em vista que foi demonstrado o efetivo recolhimento (consulta ao Sistema Sinal - código 0561 e 0588).

No que se refere à alegação da impugnante de que os valores por ela escriturados relativos ao código 0588 se referem, na verdade, ao código 1708, salienta-se que

não foram trazidas provas que demonstrassem tal afirmação, sendo insuficientes as cópias do Livro Razão anexadas.

Em sede de recurso voluntário, foram apresentados documentos comprobatórios de que os valores autuados sobre o código 0588 (serviços prestados por pessoa física) referem-se ao código 1708 (serviços prestados por pessoa jurídica), de modo que encontra-se equivocada a autuação.

Corroborando o exposto, cabe mencionar como exemplo a retenção do valor de **R\$ 122, 69**, conforme consta da planilha anexa ao acórdão de impugnação, fl. 1956. Tal valor se refere à prestação de serviços da CSI Tecnologia do Varejo, consoante planilha disposta pela recorrente, fl. 2.141, acompanhada dos comprovantes de arrecadação, fls. 2.156 e 2.157; do Livro Razão Consolidado, fl. 1956; e do Livro Diário n. 17, fl. 2045.

Diante da vasta documentação apresentada pelo contribuinte, inclusive com notas fiscais, não há como afastar o fato de que, com relação ao código 0588, na verdade, não se tratam de serviços prestados por pessoas físicas, mas sim por pessoas jurídicas, bem como que, em alguns casos, tratava-se de IRRF sobre juros de mútuo (doc. 03 a doc. 07).

Assim, em razão da distinção das alíquotas aplicadas nos casos de prestação de serviços por pessoas físicas e de prestação de serviços por pessoas jurídicas, não há como prevalecer o lançamento efetuado, sob essa rubrica (0588), tendo em vista o vício material do lançamento.

No que se refere ao adimplemento da obrigação referente ao código **0561 - IRRF sobre o rendimento do trabalho assalariado**, asseveram os recorrentes que, mesmo não tendo a pessoa jurídica declarado tais débitos, os pagamentos foram efetuados (doc. 08 e doc. 09).

Compulsando-se os autos, fls. 4.988 e seguintes, verifica-se que assiste razão ao contribuinte, pois, consoante planilha anexa, existiram períodos com recolhimento a menor e períodos com recolhimento a maior, como comprovam os DARFs respectivos, de modo que os valores exigidos na autuação já foram recolhidos.

Como exemplo, tem-se a exigência do valor de R\$ 4.927,70, de acordo com a planilha anexa à impugnação:

Período autuado - 31/01/2004

Vencimento - 04/02/2004

(A) Planilha 4.927,70

(B) DCTF Ativa R\$ 4.734,66

A - B = R\$ 193,04

Valor autuado - 4.927,00

Foi recolhido o valor de R\$ 4.734,66, conforme DARF de fls. 4.992 e 4.993, restando uma diferença de R\$ 193,04, que foi compensada pelo recolhimento a maior do período seguinte (R\$ 900,00) e assim sucessivamente.

A determinação da base de cálculo e da alíquota aplicável, ou seja o cálculo do tributo devido, é requisito do lançamento tributário segundo o artigo 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Por ser atividade vinculada e obrigatória, é dever da autoridade fiscal a determinação do critério material da regra matriz de incidência tributária, base de cálculo do tributo e alíquota aplicável.

Assim, verifica-se o patente vício material do auto de infração, de modo que a contribuinte logrou êxito em afastar os fundamentos da decisão recorrida.

Diante do exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

Assinado digitalmente.

Ana Cecília Lustosa da Cruz - Relatora