



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10283.721128/2017-91
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.435 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de maio de 2021
Recorrente V. G. COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2011

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO GERENTE. INCIDÊNCIA DO ART. 135, III do CTN. ILEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA. RECURSO NÃO CONHECIDO NESTA PARTE

A alegação de afastamento da incidência do art. 135, III do CTN, desperta interesse do sócio-gerente, razão pela qual cabe a este apresentar recurso voluntário autônomo, não possuindo a pessoa jurídica legitimidade para defesa desses interesses, sem procuração do sócio para esse fim. Recurso não conhecido.

PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO E DE SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REJEIÇÃO

O dissídio sobre a incidência de IRRF é competência da Primeira Seção de Julgamento do CARF, nos termos do art. 2º do Anexo II do RICARF. A apresentação de impugnação e recurso voluntário por um dos contribuintes, suspende a exigibilidade do crédito tributário, conforme o art. 151, III do CTN. Preliminares rejeitadas.

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO

Nos termos do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, o percentual da multa de ofício de 75%, 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. A entrega de declarações falsas e o conluio entre os sócios para sonegar tributos, caracteriza as hipóteses dos arts. 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, ensejando a qualificação da multa.

IRRF. INCIDÊNCIA. PAGAMENTO A SÓCIO NÃO JUSTIFICÁVEL.

Está sujeito à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado. Nos termos do § 1º do art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, a incidência do imposto 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, e, quanto à parte conhecida, em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto condutor.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Sergio Abelson (Suplente convocado), Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa indicada acima e os responsáveis tributários.

Em resumo, o caso versa sobre auto de infração referente à exigência de IRRF, tendo por fundamento pagamentos realizados pela pessoa jurídica a terceiros, sem causa justificada.

A empresa e um dos sócios impugnou o auto de infração conforme as alegações constantes da peça de defesa. A DRJ considerou procedente a autuação de acordo com os fundamentos da decisão juntada aos autos.

A empresa e outras sócias interpuseram recurso voluntário em peça única insurgindo-se contra decisão de primeira instância.

O processo foi distribuído por sorteio à minha relatoria e este é o relatório.

Voto

Conselheiro Cleucio Santos Nunes, Relator.

1. DA ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo. No entanto, é necessário observar que o AR de fls. 287 foi devolvido com a informação “não existe o número”. De acordo com a norma do §2º, II do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, nos casos de omissão da data do AR, deve-se aplicar a regra de contagem do prazo de defesa em que o dia do começo será a data de expedição do AR

acrescida de quinze dias. Findo este último lapso temporal inicia a contagem do prazo de trinta dias para defesa.

No processo administrativo é assegurada a ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). No presente caso, houve a tentativa de se intimar a recorrente com a expedição do AR em 10/11/2017. Essa data ocorreu em uma sexta feira, iniciando-se a contagem dos quinze dias no dia 13/11/2017, o que findou em 27/11/2017, segunda feira. Contando-se trinta dias a partir dessa data, o prazo para recurso se encerraria em 27/12/2017. O despacho de fls. 288, informa que o recurso voluntário foi juntado em 26/12/2017, razão pela qual o considero tempestivo.

Quanto a admissibilidade, o recurso deve ser conhecido somente no tocante à pessoa jurídica. Registro que o sócio Alberto de Souza Rosário não interpôs recurso voluntário, tendo o patrono da recorrente qualificado referido sócio como simples representante da pessoa jurídica. Antes que se alegue excesso de formalismo, é preciso acentuar que o recurso administrativo é voluntário, não podendo o julgador incluir no polo ativo do recurso quem não quis ser incluído. Em resumo, a única recorrente é a pessoa jurídica.

Quanto aos argumentos relativos à responsabilidade tributária dos sócios, suscitada pelo recorrente pessoa jurídica, estes não devem conhecidos, por se tratar de matéria atinente aos interesses do sócio responsável que, como se viu, não apresentou recurso em apartado e nem outorgou procuração para a pessoa jurídica defender os seus interesses.

Em relação à alegação de não incidência de PIS e Cofins, arguida no recurso voluntário, esclareço que esta não faz parte da lide administrativa, porquanto a recorrente não impugnou este ponto perante a primeira instância, tanto assim que a decisão da DRJ não se reporta a este tema. Por conseguinte, não conheço também desta alegação do recurso.

No mais, o recurso preenche os outros requisitos.

Preliminarmente, a recorrente levanta o argumento sobre a competência desta 1ª Seção do CARF para decidir matéria relativa ao IRRF e necessidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário com a impugnação. Esclareço que o art. 2º, III do Anexo II do RICARF prevê explicitamente a competência da Primeira Seção de Julgamento para decidir matéria relativa IRRF, “quando se tratar de antecipação do IRPJ, ou se referir a litígio que verse sobre pagamento a beneficiário não identificado ou sem comprovação da operação ou da causa”. É caso dos autos, razão pela qual não há que se falar em incompetência desta Turma Julgadora, que pertence à Primeira Seção.

Quanto a questão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não considero tal alegação como matéria recursal porque são decorrências legais do sistema processual administrativo, que não trazem nenhum prejuízo à recorrente.

2. MÉRITO

Sobre o mérito, a única matéria recursal que restou passível de conhecimento é a incidência da multa qualificada, pois esta constitui crédito tributário da empresa, na forma do art. 142 do CTN.

O relatório da DRJ, que por sua vez alude ao Relatório Fiscal que embasa a autuação, é bastante elucidativo, razão pela qual transcrevo trechos que considero relevante para entender o caso:

INFRAÇÕES APURADAS

3. IRRF– IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE

3.1 PAGAMENTO SEM CAUSA OU BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO
INFRAÇÃO: IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS SEM CAUSA OU DE OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA O lançamento foi efetuado com aplicação de multa de ofício de 150% e juros de mora regulamentares.

4. Foi responsabilizado solidariamente o sujeito passivo ADALBERTO DE SOUZA ROSARIO, sob o amparo do art. 135 da Lei no 5.172, de 1966(CTN).

RELATÓRIO FISCAL

5. Foi lavrado o Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF) em 04/07/2016, com a intimação pessoal ao contribuinte, quando foi solicitada a apresentação de diversos documentos.

5.1 Em resposta, o contribuinte apresentou planilha com demonstrativo de faturamento da empresa em 2012 e extratos bancários, além de contrato social e alterações registrados na JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO AMAZONAS (JUCEA). Não foram apresentados o Livro Caixa e Registro de Inventário.

6. Em decorrência da omissão do Livro Caixa e Registro de Inventário, foi lavrada Representação Fiscal para exclusão do Simples, através do processo administrativo 10283.727421/2016-81, resultando na publicação do ADE 143/2016 em 21/11/2016.

6.1 Intimada novamente em 12/2016, a contribuinte responde que “os livros e documentos fiscais foram extraviados pelo contador responsável da época”, informando que “fica a critério da receita federal adotar o novo regime de tributação, seja pela presunção, arbitramento ou lucro real.”

7. Foi emitida SOLICITAÇÃO DE EMISSÃO DE REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA (RMF) ao BRADESCO. Da análise da movimentação financeira fornecida pelo banco foi emitida intimação ao contribuinte para justificar os destinatários e as retiradas efetuadas no BRADESCO, conforme listagem apresentada; reintimado novamente o contribuinte a apresentar seus livros fiscais e contábeis e informação acerca da forma de tributação de sua opção. Após deferimento de pedido de prorrogação de prazo, nenhuma resposta ou documento foram apresentados.

DA ANÁLISE DOS DOCUMENTOS

8. Diante da ausência absoluta dos elementos necessários para apuração do Lucro Real, procedeu-se a apuração pelo regime do Lucro Arbitrado, nos termos do art. 530 do RIR, de 1999 (Decreto no 3000, de 1999). Por conseguinte, as contribuições PIS e COFINS foram apuradas no regime de apuração cumulativo, nos termos do artigo 8º da Lei 10637/02 e artigo 10 da Lei 10.833/03.

O contribuinte apresentou Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS) declarando que, durante o ano de 2012, não efetuou qualquer atividade operacional, não operacional, financeira ou patrimonial. Também declarou PGDAS-D com valores zerados para todos os meses. Não há emissão de nota fiscal de compra de mercadoria referente ao período.

8.2 Com base nos extratos bancários, verificou-se que mais de 90% do total das receitas auferidas decorrentes de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica Comercio e Industria Equilíbrio Ltda, único cliente da empresa fiscalizada, foi retirada, em espécie, pelos sócios ADALBERTO DE SOUZA ROSÁRIO, GLEICIANE ALVES DO ROSÁRIO e pela ex-sócia ANDRÉIA PATRÍCIA MARTINS BARRETO.

8.2.1 Intimada a esclarecer acerca da origem dos pagamentos, a empresa não se manifestou. Observa-se que todas as retiradas/transferência selecionadas acima se deram de forma injustificada caracterizando pagamento sem causa e ensejando o lançamento do Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF.

DA APURAÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO

9. Os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS foram efetuados com base nas notas fiscais emitidas no AC de 2012, entregues à fiscalização pela autuada.

10. O IRRF foi apurado através dos extratos bancários, em relação às retiradas/transferências identificadas nestes documentos.

10.1 Os valores considerados como “rendimentos pagos”, a compor a base de cálculo que será demonstrada no Auto de Infração, encontram-se detalhados no Resumo do Extrato Bancário da conta corrente 03735, agência 8220-1, ANEXO 5.

11. Da análise dos documentos, concluiu-se que houve dolo por parte do sócio administrador no tocante à venda das mercadorias, uma vez que, conforme já mencionado acima, não foram localizadas e nem apresentadas pelo contribuinte as notas fiscais de compras. Também houve dolo por parte dos sócios (ADALBERTO E GLEICIANE) e da ex-sócia ANDREA, quando sacaram deliberadamente todos os recursos financeiros da conta corrente da empresa, ensejando o a qualificação da multa sobre os tributos devidos conforme o enquadramento legal mencionado nos Autos de Infração.

12. As condutas detectadas no curso do processo objetivaram claramente, e de forma evidentemente intencional, entre outras coisas, impedir ou retardar o conhecimento, por parte do fisco, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

13. Quanto ao crédito tributário referente ao IRF, IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, foi imputada sujeição passiva solidária ao sócio-gerente ADALBERTO DE SOUZA ROSÁRIO, em função do cometimento de excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto, previstos no art. 135 do CTN.

13.1 O sócio ADALBERTO DE SOUZA ROSÁRIO foi beneficiado com retiradas de vultosos valores feitas indevidamente, da conta corrente da empresa, sem causa vinculada às atividades operacionais desta última. Ademais, como sócio quotista, praticou atos com excesso de poderes infringindo o contrato social por ela firmado.

Impugnação

15. A tempestividade da impugnação.

16. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, tendo em vista a legislação vigente e a apresentação da impugnação. Ilustra com doutrina e jurisprudência.

17. As fazendas Públicas ao iniciarem o procedimento que resultará na execução fiscal de tributos, no momento da inscrição do débito na dívida ativa ou ainda quando da elaboração da petição inicial do processo executivo, em regra determinam a inclusão dos sócios ou administradores da empresa executada.

17.1 Entretanto, por expressa determinação do artigo 135 do CTN, a responsabilidade destas pessoas somente ocorrerá quando demonstrados, de forma inequívoca os

elementos ligando tais pessoas aos fatos, ou seja, o fato de os sócios haver agido com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

17.1.1 Portanto, é nula a pretensão da Fazenda em apropriar-se do patrimônio particular de sócios, sem demonstrar que estes praticaram infração à lei ou ao contrato social de sociedade limitada. Ilustra com doutrina e jurisprudência.

17.2 Neste contexto, o auto de infração é totalmente improcedente, pois a realidade dos fatos é outra completamente diferente, considerando que não houve a citada omissão de rendimentos pelo impugnante, pois o que ocorreu é que inadvertidamente a mencionada fonte pagadora informou na DIRF.

18. Observados os sócios da empresa e o enquadramento legal nos quais foram indicados, deve o fisco indicar corretamente qual sócio praticou atos com excesso de poderes infringindo o contrato social por eles firmados, sob pena de nulidade do Auto de Infração.

19. O STF vem exteriorizando a imposição de um limite ao percentual da multa, de modo que as penalidades que ultrapassem 100% acabariam por violar o princípio do não confisco.

19.1 “No presente Auto de Infração verifica-se que, as multas alcançam o patamar de 150% (cento e cinquenta por cento), conforme auto de infração, que está sendo cobrado pela RFB, o que é inadmissível”. Ilustra com jurisprudência judicial.

20. O artigo 61 da Lei no 8.981, de 1995 prevê que pessoa jurídica que não comprovar a operação ou causa do pagamento efetuado a terceiros ou sócios, sujeitar-se-á à incidência do Imposto de Renda, retido exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%. Entretanto, a partir do momento em que o pagamento é tributado no recebedor, não se poderá aplicar a substituição prevista pelo art. 61 da Lei n. 8.981/1995, sob pena de se incorrer em bitributação. Tanto o IRRF no pagador (substituto) quanto o IRPJ/IRPF no beneficiário visam à tributação da mesma renda do beneficiário (contribuinte e substituído), de modo a ser inviável a sua incidência simultânea.

20.1 A presunção fiscal não se justifica por meros indícios quando é possível a identificação, pelo Fisco, dos beneficiários dos pagamentos. Significa dizer que a fiscalização deve promover a circularização, procedimento de investigação junto a terceiros beneficiários (fornecedores, bancos, prestadores de serviço, etc.), cujas informações comprovam as suas conclusões, sob pena de se ter como nula a autuação.

21. Ao que se vê, é que a multa imposta no percentual de 150% somente seria admissível no caso de reincidência de sonegação, configurando assim, a continuidade delitiva do ato ilegal, o que não é o caso, uma vez que, houve foi um equívoco na declaração apresentada, e não propriamente o dolo nas informações repassadas ao fisco. Motivo pelo qual, pugna a Receita Federal pela aplicação do disposto no Art. 61 do da Lei 8.981/1995.

22. Da Insubordinação Do CARF às decisões emanadas do STF: o órgão, instância administrativa para discussões tributárias, só está obrigado a seguir a jurisprudência do Supremo fixada em ações de controle concentrado ou em recursos com repercussão geral reconhecida.

A DRJ julgou procedente o auto de infração, porquanto ficou caracterizada a incidência do IRRF sobre as remunerações pagas aos sócios e ex-sócia, isso porque, a empresa realizou pagamentos a tais pessoas, sem comprovar a causa de tais pagamentos, o que levou à incidência do IRRF, nos termos do art. 61, §1º da Lei nº 8.981, de 1995. Além disso, caracterizou-se a responsabilidade tributária exclusiva do sócio Alberto de Souza Rosário, porque este e os demais se conluíram para sacar vultosos recursos da pessoa jurídica sem que a causa

desses saques tenha sido devidamente justificada ou escriturada na contabilidade da empresa. Note-se que a fiscalização somente conseguiu apurar a realização dos saques a partir da análise dos extratos bancários da recorrente, os quais foram requisitados pela autoridade tributária ao Banco Bradesco.

No recurso voluntário, a empresa se insurgiu contra a caracterização da responsabilidade tributária do sócio e refutou a incidência da multa qualificada.

Considerando que a responsabilidade tributária não deve ser conhecida porque a empresa não tem legitimidade para defender interesse do sócio, resta a matéria relativa à incidência da multa qualificada, porquanto esta faz parte do crédito tributário a ser suportado também pela pessoa jurídica.

No caso dos autos, a empresa realizou pagamentos injustificáveis jurídica e contabilmente à pessoa dos sócios e de uma ex-sócia sem descontar o IRRF, conforme estabelecido pela legislação de regência. Note-se que, não tendo sido justificada a causa de tais pagamentos, é impossível caracterizar-se como distribuição de lucros, caso em que não incidiria o IRRF, nos termos do art. 10 da Lei n.º 9.249, de 1995. Para que tal ocorresse, seria indispensável que a empresa tivesse contabilizado o lucro da pessoa jurídica e o pagamento dos lucros dos sócios, conforme determina a legislação. Mas não foi o que ocorreu, a fiscalização somente soube dos mencionados pagamentos depois que requisitou as informações bancárias da empresa perante a instituição financeira em que mantinha contracorrente.

Vê-se, presente a hipótese de conluio entre os sócios e ex-sócia para não pagar o crédito tributário devido, ensejando a aplicação da multa qualificada, conforme prevê o art. 44, §1º da Lei n.º 9.430, de 1996:

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

§ 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 n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007)

O arts. 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964 estabelece o seguinte:

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.

Assim, entendo que está caracterizada a hipótese legal de aplicação da multa qualificada de 150% em face da empresa.

Apesar de a recorrente não se insurgir no recurso voluntário contra a incidência do IRRF, penso que, igualmente, os fatos revelam a incidência do disposto no art. 61, §1º da Lei n.º 8.981, de 1995, regulamentada pelo art. 674 do RIR de 1999, vigente à época dos fatos. Veja-se:

Pagamento a Beneficiário não Identificado

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 (Lei n.º 8.981, de 1995, art. 61).

§ 1º A incidência prevista neste artigo 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 (Lei n.º 8.981, de 1995, art. 61, § 1º).

Assim, cabível a incidência de IRRF na forma do dispositivo citado.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço em parte do recurso e, no mérito, voto em negar provimento, mantendo-se a decisão da DRJ integralmente.

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes