



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

Processo nº 10768.100741/2004-11
Recurso nº 164.298 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.240 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de maio de 2010
Matéria IRF
Recorrente A & M CONTABILIDADE E CONSULTORIA S/C LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

IRRF. DISTRIBUIÇÃO EXCESSIVA DE LUCRO. LUCRO PRESUMIDO

Incide o imposto de renda na fonte, na condição de responsável, quando identificada distribuição excessiva de lucro, verificada quando a empresa distribuí lucros, sem que os possuísse em montante suficiente. Na apuração pelo lucro presumido, pode ser distribuída parcela maior que a presunção se ficar comprovado que o lucro líquido deduzido do imposto de renda, apurado segundo a legislação comercial é superior ao lucro presumido.

ADESÃO AO PAES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

Não comprovado que a contribuinte tenha aderido ao PAES, afasta-se o argumento de espontaneidade, mantendo-se a multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO. 75%. ABUSIVIDADE.

A multa de ofício de 75% está prescrita na Lei nº 9.430/96, em seu art. 44, não havendo que se falar em abusividade ou confiscatoriedade da prescrição legal.

SELIC.

A Súmula nº 4 do 1º Conselho de Contribuintes dispõe 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”.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


Viviane Vidal Wagner – Presidente


Alexandre Antonio Alkmim Teixeira – Relator

EDITADO EM: 09 JUL 2010

Participaram do julgamento os Conselheiros: Viviane Vidal Wagner, Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro, Fernando Luiz Gomes de Mattos e Sandra Maria Dias Nunes.

Relatório

Trata o presente feito de auto de infração lavrado em desfavor da Recorrente, tendo em vista a identificação de distribuição excessiva de lucro.

A exigência se fundamentou na falta de retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte, na condição de responsável, sobre a distribuição excessiva de lucro presumido, tendo em vista que foram distribuídos lucros nos trimestres dos anos-calendários de 2001 e 2002, sem que possuísse lucros suficientes, quer seja apurado na modalidade de “lucro presumido” quer tenha demonstrado em sua escrituração comercial montante suficiente para a distribuição.

Ao impugnar a exigência, a ora Recorrente alegou que (fls. 286 a 288):

- os agentes do Fisco simplesmente desconsideraram a escrituração do interessado, sem que indicassem uma legítima motivação para o ato;
- a pessoa jurídica submetida ao lucro real, presumido ou arbitrado pode distribuir ao sócio o lucro ou o dividendo por conta de cada período-base não encerrado, de sorte que a parcela paga ou creditada que exceder ao valor apurado com base na escrituração, será imputada aos lucros acumulados ou reservas de lucros de exercícios anteriores, ficando sujeita a incidência do imposto de renda calculado segundo o disposto na legislação específica, com acréscimos legais, conforme disposto no §3º, do art. 48, da IN SRF 93/1997. Este foi o procedimento adotado pelo interessado;
- encontrando-se a escrituração do interessado em consonância com a legislação, os registros nela expressos não podem ser desprezados, sem o devido e indispensável suporte legal para tanto, a não ser com grave ofensa à própria legislação;
- se o excesso apurado na escrituração já foi tributado e não tendo a escrituração sido desconsiderada, ou seja declarada imprestável, não há como convaler uma apuração de excesso em relação aos lucros distribuídos em que se tomou por base



exclusivamente as regras do lucro presumido, como se inexistisse tal declaração;

- os autores do procedimento inverteram o ônus da prova, transferindo ao interessado, ao proceder o lançamento, embora sabendo que tal exação era de legitimidade no mínimo duvidosa;

- frente a tantas ilegalidades e incongruências, além da absurda, abusiva, indevida, ilegítima e arbitrária exação, fica o interessado impossibilitado de manifestar-se plenamente, o que representa preterição de seu direito de ampla defesa consagrado no art. 5º, LV, da Constituição, impedindo o estabelecimento do contraditório, pois não há como contradizer o que não foi dito, ou dito de forma dúbia e imprecisa;

- o lançamento em questão foi levado a efeito ao arrepio dos arts. 3º e 142 do Código Tributário Nacional – CTN;

- não ocorreu o fato gerador da obrigação acessória, não podendo ser exigida a penalidade,

- o Decreto 70.235/1972 fixa os requisitos que devem constar, obrigatoriamente do auto de infração, dentre os quais estão a descrição dos fatos e a determinação da exigência. Suas ausências implicam na nulidade do lançamento;

- em face da falta de precisão e clareza na determinação da matéria tributável, quer quanto à forma e fundamento legal, quer quanto à própria base de cálculo, evidencia-se a inobservância do disposto no art. 3º da IN SRF 94/1997, de forma que não havendo sido perfeitamente determinada a matéria tributável, não há que se falar em ocorrência do fato gerador e em constituição de crédito tributário, eis que não se encontram presentes e comprovados seus elementos configuradores no auto de infração, de modo a possibilitar ao interessado o amplo exercício do direito de defesa;

- o lançamento não identificou o sujeito passivo, a matéria tributável, assim entendida a descrição dos fatos e a base de cálculo, bem como a norma legal infringida, ocasionando dubiedade na identificação de dispositivo do ADN Cosit 4/1996, sujeitando-se à declaração de nulidade;

- o auto de infração foi lavrado sem constar suficientes e precisos elementos, de modo a conferir ao crédito tributário constituído os indispensáveis e regulares requisitos de liquidez e certeza e, em especial, o efeito de prova pré-constituída, contrariando o disposto no art. 9º do Decreto 70.235/1972;

- o interessado observou em sua escrituração a legislação comercial e fiscal, além de manter em boa forma a guarda e a ordem dos documentos e papéis que serviram de base às referidas escriturações, atendendo fielmente ao preceituado no art. 527 do RIR/1999. Em consequência, todas as declarações apresentadas retratam com absoluta regularidade os resultados apurados;



- a pessoa jurídica submetida ao lucro real, presumido ou arbitrado pode distribuir ao sócio lucro ou dividendo por conta de período-base não encerrado, de sorte que a parcela paga excedente será tributada conforme legislação específica, conforme disposto no §3º, do art. 48, da IN SRF 93/1997;
- o Fisco não declara em nenhum momento do procedimento fiscal que a escrituração contábil do interessado é imprestável, inexistindo razão ou base legal para sua desclassificação;
- os autuantes basearam-se, equivocadamente, numa conta do livro razão em que constavam apenas as retiradas dos sócios, eis que não tinham sido ainda levados a crédito, nessa conta, os resultados apurados, pois o programa que gerou tal relatório permitia listar apenas os débitos;
- na verdade o interessado deu cumprimento ao que dispõe o §3º, do art. 48, da IN SRF 93/1997. Assim, resta comprovado que a escrituração do interessado encontra-se em consonância com a legislação comercial e fiscal, não podendo desprezar os seus registros sem o devido e indispensável suporte legal;
- não procede o cômputo dos valores considerados pelo Fisco como excedentes dos lucros, posto que o excesso verificado limitou-se ao montante evidenciado pelo interessado no demonstrativo ora juntado, que está rigorosamente de acordo com os balanços constantes dos diários;
- se a escrituração do interessado não apresenta motivo para ser desclassificada, não há como convaler a apuração de excesso com base, exclusivamente, no lucro presumido, quando a escrituração demonstra e comprova sua inexistência;
- como o interessado distribuiu o lucro questionado com absoluta observância da legislação aplicável, mediante a demonstração e comprovação de sua regularidade, não há que se falar em multa pela falta de retenção e na tributação de eventuais valores excedentes. Os rendimentos distribuídos não perdem o caráter de rendimento isento ou não tributável para o beneficiário, a teor do art. 10 da Lei 9.249/1995;
- se dúvida ainda permanecer a respeito da matéria, o interessado requer a realização de perícia ou diligência, a critério da Turma julgadora, de modo a comprovar que sua escrituração comercial e fiscal guarda absoluta conformidade com a legislação e registra, com exatidão, os resultados apurados nos anos-calendário alcançados pela exação fiscal, de modo a concluir o imputado excesso na distribuição de lucros. Não apresenta toda a documentação, diante do expressivo volume de documentos. Protesta pela ulterior formulação de quesitos e indicação do perito.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro considerou o lançamento procedente em parte, conforme acórdão DRJ/RJOI nº 8.721 (fls. 283/291) e ementa que segue:



4

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2001, 2002

Ementa: LUCRO PRESUMIDO. DISTRIBUIÇÃO DO RESULTADO EFETIVO. COMPROVAÇÃO. INCIDÊNCIA DO IRF SOBRE O EXCEDENTE.

O lucro a ser distribuído sem a incidência do imposto de renda na fonte é aquele apurado segundo o regime do lucro presumido, líquido de tributos. Pode ser distribuída parcela maior se ficar comprovado que o lucro líquido deduzido do imposto de renda, apurado segundo a legislação comercial, é superior ao lucro presumido. Se ainda assim houver parcela excedente, este valor se sujeita a tributação do imposto de renda na fonte.

Inconformada, a Recorrente apresentou o presente recurso voluntário, alegando, em suma, que:

- a) O valor do excesso apurado no 1º trimestre de 2001 foi calculado pela D. Autoridade Julgadora indevidamente, pois não foi considerado neste cálculo o saldo de Lucros Acumulados existentes em 31/12/2000, sendo este o valor de R\$ 12.352,76;
- b) A Recorrente efetuou sua adesão ao PAES em 30/07/2003 e o procedimento fiscal só teve início em 05/08/2003, portanto *“é fácil concluir que a Recorrente não pode dever multa de ofício por falta de espontaneidade, visto que tais valores puderam ser incluídos no rol do PAES”*;
- c) Requer que, diante da íntima relação de causa e efeito deste processo com o processo administrativo nº 10768.100743/2004-01 da pessoa física, o presente processo seja reunido com aquele para julgamento simultâneo;
- d) A multa de ofício de 75% é desproporcional e confiscatória;
- e) Seja excluída da presente autuação a taxa SELIC, tendo em vista que o Poder Judiciário já decidiu no sentido da impossibilidade de aplicação da SELIC como juros moratórios.

Voto

Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Relator

O recurso é tempestivo e, atendidos os demais requisitos legais, dele conheço.

Dos saldos de Lucros Acumulados



Alega a Recorrente que o valor do excesso apurado no 1º trimestre de 2001 foi calculado pela D. Autoridade Julgadora indevidamente, pois não foi considerado neste cálculo o saldo de Lucros Acumulados existentes em 31/12/2000, sendo este o valor de R\$ 12.352,76.

Ocorre que consta no Balancete do ano de 2001 (fl. 110), na coluna “Saldo Anterior”, conta de Lucros/Prejuízos Acumulados, o valor de R\$ 44.273,22, devedor. Ou seja, em 31/12/2000, a empresa possuía um Prejuízo Acumulado, conforme anotou a Autoridade Fiscal no Termo de Verificação Fiscal (fl. 181).

Inexiste, assim, o lucro acumulado pretendido, pelo que resta configurada a distribuição excessiva de lucro, devendo ser negado provimento ao recurso nesse particular.

Da adesão ao PAES

Aduz a Recorrente que não deve a multa de ofício por falta de espontaneidade, tendo em vista que tais valores puderam ser incluídos no rol do PAES, mas até a data do protocolo do presente Recurso, o contribuinte ainda não tinha a consolidação dos débitos fiscais.

Dispõe o art. 4º da Lei nº 10.684/03, que instituiu o parcelamento especial:

Art. 4º O parcelamento a que se refere o art. 1º:

I - deverá ser requerido, inclusive na hipótese de transferência de que tratam os arts. 2º e 3º, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da publicação desta Lei, perante a unidade da Secretaria da Receita Federal ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, responsável pela cobrança do respectivo débito; (Vide Lei nº 10 743, de 9 10 2003)

II – somente alcançará débitos que se encontrarem com exigibilidade suspensa por força dos incisos III a V do art. 151 da Lei nº 5 172, de 25 de outubro de 1966, no caso de o sujeito passivo desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial proposta, e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais, relativamente à matéria cujo respectivo débito queira parcelar;

III – reger-se-á pelas disposições da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, ressalvado o disposto no seu art. 14;

IV – aplica-se, inclusive, à totalidade dos débitos apurados segundo o SIMPLES;

V – independe de apresentação de garantia ou de arrolamento de bens, mantidas aquelas decorrentes de débitos transferidos de outras modalidades de parcelamento ou de execução fiscal

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, o valor da verba de sucumbência será de um por cento do valor do débito consolidado decorrente da desistência da respectiva ação judicial.

(Sem destaques no original)

Tendo em vista a ora Recorrente deveria desistir do presente Recurso, mesmo que parcialmente, para aderir ao parcelamento e não constam nos autos nenhum pedido de desistência, conclui-se que o débito em discussão não incluído no parcelamento.

Além disso, não trouxe a Recorrente nenhuma prova de quitação, mesmo que parcial, dos débitos ora discutidos.

Neste sentido, não procede o argumento de que os presentes débitos seriam incluídos no PAES e, portanto, estaria a Recorrente declarando tais débitos espontaneamente.

Ausente a espontaneidade, deve ser mantida a multa de ofício.

Da Multa Confiscatória e SELIC

Insurge-se, o Recorrente, contra a aplicação da multa de 75%, alegando ser mesma abusiva e confiscatória.

Sem razão a Recorrente.

Isso porque a referida penalidade está prescrita na Lei nº 9.430/96 que, em seu art. 44, dispõe o seguinte:

“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” (...)

De outra feita, não há que se falar, no presente caso, em supressão da norma legal por aplicação dos dispositivos constitucionais invocados, como o da proporcionalidade e do não-confisco.

Isso porque, a penalidade não é definida em termos absolutos, mas sim relativos, dado que seu quantum é apurado pela aplicação de percentual sobre o montante de tributo não recolhido. Portanto, a multa só pode ser quantificada depois de apurado o montante de tributo devido, pela aplicação do percentual, assegurada resta a proporcionalidade pleiteada.

E, posta a proporcionalidade da multa aplicada, afastasse, como decorrência lógica, o alegado efeito confiscatório da penalidade.

No que tange à aplicação da Taxa SELIC como juros de mora, o Código Tributário Nacional, no §1º do art. 161, estabelece que os juros moratórios serão de 1% quando não houver lei tributária que disponha em sentido contrário.

Com fulcro na citada norma, foi elaborada a Lei nº. 9.430/96, que dentre outras medidas, estabeleceu, no parágrafo § 3º do art. 61, a Taxa SELIC como os juros que seriam aplicados, a partir de 01 de janeiro de 1997, aos débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal.



Neste diapasão, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é unânime e pacífica em afirmar que “é legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários - AgRg nos EREsp 579565/SC, 1ª S., Min. Humberto Martins, DJ de 11.09.2006; AgRg nos EREsp 831564/RS, 1ª S., Min. Eliana Calmon, DJ de 12.02.2007” (REsp nº. 665.320/PR, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 03/03/2008).

Ademais, é importante ressaltar que no entendimento daquela Colenda Corte a Taxa SELIC não pode ser acumulada com nenhum outro índice inflacionário, vez que *“inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real”* (REsp nº. 861.777/SP, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12/03/2008).

Por fim, a Súmula nº 4 do 1º Conselho de Contribuintes dispõe 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”.

Diante o exposto, face à inovação proposta pela Lei nº. 9.430/96, a Taxa SELIC pode ser utilizada como indicadora dos juros moratórios, porquanto excepciona a regra contida no §1º do art. 161 do CTN.

Por todo o exposto, voto por negar provimento do recurso voluntário.



Alexandre Antonio Alkmim Teixeira



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS - CARF
1ª SEÇÃO DE JULGAMENTO/4ª CÂMARA

1ª Seção
4ª Câmara
Fls.: _____
CARF

Processo nº : 10768.100741/2004-11

Interessado(a) : A & M CONTABILIDADE E CONSULTORIA S/C LTDA.

TERMO DE JUNTADA

1ª Seção/4ª Câmara

Declaro que juntei aos autos o Acórdão nº 1401-00.240, (fls. _____/_____), e certifico que a cópia arquivada neste Conselho confere com o mesmo.

Encaminhem-se os presentes autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil _____.

Em ____/____/____

Chefe da Secretaria