



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

Processo n° 16062.720155/2015-66
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-006.863 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de janeiro de 2019
Matéria Imposto Sobre a Renda de Pessoa Física
Recorrente OSWALDO REZENDE FILHO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011, 2012, 2013

MULTA REGULAMENTAR. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS AOS SÓCIOS POR EMPRESA EM DÉBITO NÃO GARANTIDO.

As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em débito, não garantido, por falta de recolhimento de imposto no prazo legal, não poderão dar ou atribuir participação nos lucros a seus sócios ou quotistas, importando a sua desobediência em multa aos diretores e demais membros da administração superior que tiverem recebido as importâncias indevidas.

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. MULTA. PERCENTUAL. LEGISLAÇÃO.

A multa a ser aplicada, no caso de distribuição de lucros, estando a empresa em débito não garantido para com a União, corresponde a 50% do montante distribuído a cada diretor e demais membros da administração superior, nos termos da legislação de regência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Votaram pelas conclusões os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci e Gregório Rechmann Junior.

Julgamento iniciado na sessão de 4/12/18, com início às 9h, e concluído na sessão de 17/1/19, com início às 14h.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cláudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez, Denny Medeiros da Silveira, Gregório Rechmann Junior, Jamed Abdul Nasser Feitoza, João Victor Ribeiro Aldinucci, Luís Henrique Dias Lima, Mauricio Nogueira Righetti, e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Trata o presente processo do Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) de fls. 2 a 10, referente aos anos-calendário de 2009 a 2013, cuja ciência ao contribuinte se deu em 7/7/15, segundo o Aviso de Recebimento (AR) de fl. 209.

Por bem descrever os fatos ocorridos até a decisão de primeira instância, transcrevemos os seguintes excertos do Acórdão nº 02-67.073, da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) de Belo Horizonte/MG, fls. 256 a 268:

De acordo com o Auto de Infração, fls. 02/208, o motivo da autuação foi o recebimento de lucros de empresa em débito não garantido perante o Fisco Federal e/ou Previdência Social (INSS), por falta de recolhimento de tributo no prazo legal. A distribuição de lucros foi informada pela pessoa jurídica em sua declaração (DIPJ) e confirmada nas declarações do sujeito passivo (DIRPF).

Consta das fls. 14 a 27 dos autos, Termo de Solidariedade e Responsabilidade Tributária – Grupo econômico – Fato gerador comum – Infração à lei – Lucros fictícios, onde a fiscalização detalha os passos seguidos e informa que durante os procedimentos de auditoria interna de DCTF previstos na IN RFB 1.110/2010, art. 8º, § 1º, realizados no contribuinte CBS (CNPJ 57.170.375/-0001-17), verificou-se que esse constitui uma única unidade administrativa e produtiva, sendo na realidade a mesma pessoa jurídica, ou ao menos levando a solidariedade à pessoa jurídica ELOS (CNPJ 04.868.082/0001-41).

[...]

O termo acostado às fls. 204 a 208 detalha a forma de aplicação da multa, legislação aplicável e cálculos efetuados para se chegar a seu montante e demais informações do procedimento realizado.

Cientificado do lançamento, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 210 a 234, alegando, em síntese que:

- Vício no auto de infração por inexistência de notificação para que o contribuinte prestasse esclarecimentos antes da autuação;
- Nulidade pela ausência de requisitos mínimos da autuação;
- Inexistência de repasse de valores;
- Possibilidade de realizar distribuição de capital pelo impugnante;

- Caráter confiscatório da multa aplicada.

Ao julgar a impugnação, a DRJ de Belo Horizonte/MG, por unanimidade de votos, conclui pela sua improcedência, consignando a seguinte ementa em sua decisão:

*CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.
INOCORRÊNCIA.*

Os procedimentos da autoridade fiscalizadora têm natureza inquisitória, não se sujeitando necessariamente ao contraditório os atos lavrados nesta fase. Somente depois de lavrado o auto de infração e instalado o litígio administrativo é que se pode falar em obediência aos ditames do princípio do contraditório e da ampla defesa.

MULTA REGULAMENTAR. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS AOS SÓCIOS POR EMPRESA EM DÉBITO NÃO GARANTIDO.

As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em DÉBITO, não GARANTIDO, por falta de recolhimento de imposto no prazo legal, não poderão dar ou atribuir participação nos lucros a seus sócios ou quotistas, importando a sua desobediência em multa aos diretores e demais membros da administração superior que houverem recebido as importâncias indevidas.

INTIMAÇÃO PARA PRESENÇA DE PROCURADORES NO JULGAMENTO.

Não há previsão legal na legislação que cuida do processo administrativo fiscal para a intimação para presença de procuradores em sessão de julgamento de primeira instância. A legislação de regência do processo administrativo fiscal não prevê a sustentação oral como meio de prova, ao contrário, a impugnação deve ser formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar.

Cientificado da decisão de primeira instância, em 18/12/15, segundo o AR de fl. 272, o contribuinte, por meio de seu advogado (procuração de fls. 235 e 236), interpôs o recurso voluntário de fls. 274 a 293, em 15/1/16, no qual apenas repete e reforça argumentos da sua impugnação, nos seguintes termos, em síntese:

DA INEXISTÊNCIA DE REPASSE DE VALORES

A Autoridade-Fiscal autuou o Recorrente, todavia, não observou fatos que delineiam a não incidência na norma sob comento, notadamente em razão da falta de transferência de valores.

O Recorrente por meio de lançamento contábil em razão dos lucros obtidos de sua atividade empresarial, realizou tão somente a movimentação de seu patrimônio líquido ativo, para o seu patrimônio passivo a longo prazo.

Em razão da movimentação contábil, onde houve a transferência somente do patrimônio ativo para o passivo, sem qualquer efetiva transferência de valores aos sócios, conforme declaração

realizada tanto pela empresa, quanto pelo Recorrente em declaração de imposto de renda pessoa física.

[...]

Por meio dos argumentos lançados, verificamos que não houve a incidência do fato determinado pela lei, eis que o substrato fático necessário não se fez presente. A finalidade da lei é coibir a transferência de valores aos sócios em prejuízo ao ente tributante (União), fato que não ocorreu, determinando a insubsistência do auto.

DA POSSIBILIDADE DE REALIZAR DISTRIBUIÇÃO DE CAPITAL PELO RECORRENTE

[...]

Quando pensamos na hipótese de incidência da norma, devemos observar que o lucro distribuído deve ser aquele do período do qual há o débito, não sendo cabível a imposição da multa, quando há distribuição de lucro anteriormente auferido pela pessoa jurídica que realizou a distribuição de lucro, como ocorreu no presente caso.

Com isso, chegamos à conclusão de que a distribuição do lucro que foi obtido em momento anterior a existência do débito, não pode determinar a imposição de multa, porquanto o que se distribui é lucro pretérito, do qual poderia ter sido distribuído anteriormente e por motivo estratégico não o foi, mas que se tivesse sido distribuído não haveria a imposição da multa.

Quando aplicamos o entendimento acima apresentado, observamos que o ato jurídico perfeito está sendo respeitado, porque o direito já existia anteriormente, somente foi utilizado no momento ao qual o titular do direito entendeu ser melhor, como ocorreu no presente caso.

[...]

Os próprios débitos constituídos que determinam a aplicação da multa conforme consta do auto de infração são posteriores ao ano de 2011, o que por si só já determina a minoração da multa nos termos apresentados.

Não bastasse isso, observamos que os lucros distribuídos são aqueles anteriores à 2009, lucros que foram obtidos com as atividades exercidas de 2003 a 2008, fato que não foi observado pela autoridade fiscal que preferiu impor a multa ao Recorrente.

[...]

Outro ponto que não foi observado para a imposição da multa é de que a ELOS não possuía qualquer débito para que o lucro não pudesse ser distribuído, o que retira da mesma forma a ilegalidade.

A proibição legal quanto à distribuição de lucro é determinada pela lei, onde não há possibilidade de analogia ou interpretação extensiva para a aplicação da punição, onde a pena deve estar restrita ao agente não podendo passar da esfera desta.

DO PERCENTUAL DA MULTA APLICADA

O § 2º do Artigo 32 a Lei 4.357/1964, determina a imposição da multa limitada a 50% (cinquenta por cento) do débito não garantido, onde não houve qualquer critério para a aplicação da multa sob comento.

De primeiro é necessário observar que a multa aplicada não observou os critérios objetivos da lei, porquanto não foi observado qual o valor que estava garantido e com isso o percentual que deveria incidir.

Ademais, os lucros distribuídos foram realizados pela importância de R\$ 3.734.836,60 (Três Milhões, Setecentos e Trinta e Quatro Mil, Oitocentos e Trinta e Seis Reais e Sessenta Centavos), sendo que a multa aplicada somente ao Recorrente é superior ao dobro.

Com a alegação acima formulada observamos o caráter de confisco da imposição da multa que é superior ao lucro transferido, o que determina desproporcionalidade da mesma.

(Grifos no original)

É o relatório.

Voto

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira – Relator.

Da admissibilidade

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6/3/72. Assim, dele tomo conhecimento.

Da alegada inexistência de repasse de valores

Segundo o Recorrente, por meio de lançamento contábil em razão dos lucros obtidos de sua atividade empresarial, realizou tão somente a movimentação de seu patrimônio líquido ativo, para o seu patrimônio passivo a longo prazo, havendo, pois, somente a transferência do patrimônio ativo para o passivo, sem qualquer efetiva transferência de valores aos sócios, conforme declaração realizada tanto pela empresa, quanto pelo Recorrente em declaração de imposto de renda pessoa física.

Em primeiro grau de julgamento, assim discorreu a DRJ quanto a alegada inexistência de repasses:

Na peça de defesa, o contribuinte não questiona a caracterização do grupo econômico. Ele alega que não houve repasse de valores sendo que a empresa realizou somente a movimentação de seu patrimônio líquido ativo para o seu patrimônio passivo a longo prazo. No entanto, não são apresentadas provas cabais dessa alegação tais como cópias de livros Diário e Razão, acompanhados de toda a documentação que deu suporte às movimentações, de todas as empresas do grupo ou outros elementos suficientes a demonstrar a alegação.

Junto a peça de defesa do processo principal, foram trazidos apenas balanços patrimoniais de vários anos da empresa Elos, onde fica demonstrado que essa empresa teve lucros significativos em todos os anos. Não foram trazidos os balanços das outras empresas do grupo econômico para permitir a análise completa do grupo. Os lucros recebidos foram declarados pelos sócios em suas declarações de ajuste anual. Assim, descabida a alegação de que não houve repasse e sim movimentação de um campo contábil para outro.

Da transcrição acima, tem-se que o Recorrente não carrou aos autos, junto com sua impugnação, elementos de prova necessários para demonstrar sua alegação, tais como livros Diário e Razão de todas as empresas do grupo econômico, com os documentos das movimentações, ou outros elementos capazes de fazer a demonstração.

Agora, com seu recurso voluntário, além de não fazer qualquer complementação probatória, o Recorrente se limita a repetir as alegações de sua impugnação.

Pondere-se que o lançamento, devidamente motivado, é ato administrativo que goza do atributo de presunção relativa de legalidade e veracidade, e, portanto, cumpria ao Recorrente o ônus de afastar, mediante prova robusta e inequívoca em contrário, essa presunção (vide art. 16, inciso III, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972), o que não aconteceu no presente caso.

Ademais, com base nos documentos constantes dos autos, constata-se que a empresa ELOS teve lucro nos anos-calendário sob exame e que o Recorrente declarou, em suas DAAs, fls. 28 a 71, ter recebido lucros dessa empresa.

Sendo assim, mantemos a decisão de primeira instância quanto a esse item do recurso voluntário.

Da alegada possibilidade de distribuição de capital

Segundo o Recorrente, o lucro distribuído corresponde a lucro pretérito (2003 a 2008), do qual poderia ter sido distribuído anteriormente e por motivo estratégico não o foi, mas que se tivesse sido distribuído não haveria a imposição da multa, uma vez que na época não tinha débito.

Aduz, ainda, que o débito em questão diz respeito à empresa CBS e não deveria passar da esfera dessa.

Pois bem, tendo em vista que o Recorrente repete as alegações recursais, sem trazer qualquer razão nova, nos termos do art. 57, § 3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, com redação dada pela Portaria MF nº 329, de 4/6/17, transcreveremos, no presente voto, as razões de decidir da decisão de primeira instância, com as quais concordamos e adotamos:

A auditoria fiscal fundamentou o lançamento da multa regulamentar pela distribuição de lucros por pessoa jurídica em débito não garantido por falta de recolhimento de imposto no prazo legal nos artigos 889 e 975 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda - RIR/1999, os quais têm como matriz legal o artigo 32 da Lei nº 4.357, de 1964, alterado pela Lei nº 11.051, de 2004:

[...]

Note-se que a condição legal que determina a aplicação da multa regulamentar consiste na existência de débito não garantido, que no caso concreto foi demonstrada pela autoridade fiscal que salienta na fl. 03 dos autos que a Distribuição dos lucros foi informada pela pessoa jurídica em sua declaração (DIPJ), e confirmada nas declarações do sujeito passivo (DIRPF).

É importante esclarecer que a norma instituidora da citada multa dispõe que a pessoa jurídica estará impedida de distribuir lucro enquanto estiver em débito, não garantido, por falta de recolhimento de imposto no prazo legal, de modo que a conduta vedada se aperfeiçoa no momento em que são distribuídos os lucros aos sócios, no caso, os anos-calendário 2009 a 2013.

Quanto à expressão “débito não garantido”, tem-se que na legislação tributária federal, como regra, não exige garantia, ressalvadas algumas garantias previstas na legislação aduaneira e o depósito administrativo, que é uma faculdade do contribuinte, de forma que tendo o sujeito passivo efetuado o depósito ou prestado garantia por exigência da legislação tributária, estaria eximido da aplicação da penalidade de que se trata.

Assim, deveria a pessoa jurídica, previamente à distribuição de lucros, procurar a Repartição Fazendária para prestar a garantia do débito de modo espontâneo, a fim de que não lhe fosse imputada ou a um de seus diretores, a penalidade de que ora se trata.

Observa-se que a fiscalização realizou uma minuciosa pesquisa interna da situação cadastral, social e econômica das empresas do grupo e das atividades de industrialização desenvolvidas entre elas, demonstrando por meio do Termo de Solidariedade e Responsabilidade Tributária, a união entre as empresas ali citadas.

Os débitos das empresas estão descritos no referido termo, fls. 22/25, inclusive constando ali depoimentos dos próprios sócios

afirmando que a empresa DR recebe valores referentes a Elos e CBS (pé da fl. 24).

Da leitura atenta desse termo, fica patente que as referidas empresas trabalham em uníssono e constituem um verdadeiro grupo econômico, sendo que os débitos para com a União ficam centralizados em uma empresa, enquanto se distribui os lucros aos sócios, por meio de outra.

[...]

A defesa alega também que para valer a norma essa deveria incidir sobre a distribuição do lucro que ocorre no período para o qual há débito e que por isso a distribuição de lucro obtido em momento anterior a existência do débito não pode determinar a imposição de multa. Afirma que os lucros distribuídos são aqueles anteriores à 2009, lucros que foram obtidos com as atividades exercidas de 2003 a 2008, fato que não foi observado pela autoridade fiscal.

Também essa alegação não se sustenta. A interpretação da lei em comento é de que a empresa ou o grupo não pode distribuir lucros aos sócios estando, no momento dessa distribuição, com débitos não garantidos perante a União. Na lei não há referência sobre o momento da obtenção dos referidos lucros.

A definição desses momentos (obtenção e distribuição) é uma prerrogativa da própria empresa e de seus sócios que definem essas datas de acordo com seu plano estratégico de administração e com sua conveniência.

As meras alegações do impugnante a respeito das datas de distribuição dos lucros e dos valores que ainda teria a distribuir trazidos na peça de defesa, não tem o condão de modificar o lançamento aqui em análise que é conclusivo de que houve distribuição de lucros havendo débitos do grupo econômico não garantidos junto à União.

Do percentual da multa aplicada

O Recorrente alega que a multa aplicada não teria observado os critérios objetivos da lei”, porquanto não teria sido observado qual o valor que estava garantido e com isso o percentual que deveria incidir.

Alega, também, que teria sido aplicada multa em relação ao Recorrente em valor “superior ao dobro”, com caráter de confisco, o que determinaria a sua desproporcionalidade.

Em que pese a defesa, aqui também não procedem as alegações recursais.

Primeiramente, vejamos o que dispõe a Lei 4.357, de 16/7/64, com redação dada pela Lei 11.051, de 29/12/04, a respeito da multa ora em análise:

Art 32. As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e

Assistência Social, por falta de recolhimento de impôsto, taxa ou contribuição, no prazo legal, não poderão:

[...]

b) dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta: (Redação dada pela Lei nº11.051, de 2004)

[...]

II - aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

Conforme se observa nos dispositivos acima, a multa a ser aplicada, no caso de distribuição de lucros realizada em desacordo com o art. 32, corresponde a 50% do montante distribuído a cada diretor e demais membros da administração superior.

Quanto à alegação de que a multa aplicada teria caráter confiscatório e seria desproporcional, impende ressaltar que o princípio do não-confisco, estabelecido na Constituição Federal de 1988, é dirigido ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observado esse princípio, a lei deixa de integrar o mundo jurídico, por inconstitucional.

Além do mais, independente do seu *quantum*, a multa, ora em análise, decorre de lei e deve ser aplicada, pela autoridade tributária, sempre que for identificada a subsunção da conduta à norma punitiva, haja vista o disposto no art. 142, § único, do CTN:

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Sendo assim, uma vez positivada a norma, é dever da autoridade tributária aplicá-la, sem perquirir acerca da justiça ou injustiça dos efeitos dela decorrentes.

Portanto, improcedem as alegações recursais quanto à multa aplicada.

Conclusão

Isso posto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira