



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

Processo n° 10073.721860/2015-75
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-003.668 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de junho de 2017
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente TRANSFUTURO TRANSPORTES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2011

PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.
CERCEAMENTO. DRJ.INTIMAÇÃO PRÉVIA. JULGAMENTO.
IMPOSSIBILIDADE.

As Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento são órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ÔNUS DA PROVA DO FISCO.

Não é necessária a produção de prova pericial quando o relatório fiscal e as demais peças constantes no auto de infração demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS.
CONTRIBUINTE INDIVIDUAL QUE NÃO INTEGRAVA O QUADRO SOCIETÁRIO.

A distribuição de lucros realizada a contribuinte individual, como se segurado empresário fosse, deve compor a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário

(Assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

(Assinado digitalmente)

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Dione Jesabel Wasilewski, José Alfredo Duarte Filho, Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Daniel Melo Mendes Bezerra e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão nº 04-40.397 - 4a Turma da DRJ/CGE (fls. 151/162), que julgou improcedente a impugnação, nos termos da seguinte ementa:

*CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA A SEGURIDADE SOCIAL -
CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. DISTRIBUIÇÃO DE LUCRO .*

O sócio que recebe remuneração a título de distribuição de lucro, em desconformidade com a legislação tributária, esta essa remuneração sujeito a incidência da contribuição previdenciária por parte da sociedade empresária, como também, o sócio, na categoria contribuinte individual.

O lançamento é referente a contribuições previdenciárias devidas pela empresa e pelo contribuinte individual sobre as distribuições de lucro em desacordo com a legislação previdenciária e tributária, não declarados nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social - GFIP.

Os lançamentos dos Autos de Infração - DEBCAD n.ºs 51.082.492-7 e 51.082.493-5, fls. 03/16, onde constam nestes os DD -DISCRIMINATIVOS DOS DÉBITOS, RADA - RELATÓRIOS DE APROPRIAÇÕES DE DOCUMENTOS APRESENTADOS e os FLD - FUNDAMENTOS LEGAIS DOS DÉBITOS.

Os lançamentos dos Autos de Infração foram consolidados em 22/10/2015, com valor total, fls. 02.

Na impugnação de fls 110 a 128, a sociedade empresária alega, em síntese, que:

Não há previsão legal que imponha a sociedade empresária de obrigação a remunerar o sócio pelo seu trabalho;

Não há incidência de contribuição previdenciária sobre a distribuição de lucros;

As sociedade empresárias optantes pelo regime de tributação - SIMPLES NACIONAL não tem a obrigatoriedade de manter a escrituração contábil;

A incidência de contribuição previdenciária não está prevista em lei, como também, há previsão expressa, de que não se trata de salário-de-contribuição, segundo parágrafo 9º, alínea j, da Lei nº 8.212/1991 e jurisprudência;

Prova documental do livro caixa a fim de demonstrar a existência de pagamento de pró-labore;

Requer perícia para comprovar os pagamentos de pró-labore, segundo os quesitos de fls. 116 e 117.

Por fim, requer a improcedência dos lançamentos.

Cientificada do inteiro teor do acórdão da DRJ em 1º/04/2016, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, tempestivamente, em 27/04/2016, alegando, em síntese, que:

Em sede de preliminar, argúi a nulidade do acórdão recorrido por não ter havido intimação para participar da sessão de julgamento.

Suscita nulidade em razão da ausência de manifestação acerca da prova pericial requerida.

No mérito, alega que promoveu a divisão dos lucros sem infringir qualquer dispositivo legal, mesmo porque, no acórdão em questão, os julgadores não conseguiram demonstrar qualquer infringência à lei, eis que totalmente genéricas as argumentações lá lançadas.

Não deve incidir contribuição previdenciária sobre a parcela relativa à distribuição de lucros aos sócios, haja vista que não se tratou de pagamento de remuneração pró-labore. A própria organização dos documentos contábeis da sociedade, com a discriminação correta, exata e específica dos valores por si só exclui qualquer margem para entendimento contrário por parte do Fisco.

Como se sabe, a participação nos resultados de uma sociedade representa a principal motivação para qualquer pessoa se unir a outra(s), com o intuito exercer a atividade de empresa. Assim, tanto os sócios com perfil de empreendedor como os de investidor buscam, ao contratar uma sociedade limitada, obter retorno do capital nela empregado.

Assim, a repartição dos lucros da sociedade entre os seus membros é o principal fator de atração do interesse dos sócios.

O teor do acórdão recorrido afronta os princípios de direito tributário, vez que o Fisco atua de modo a presumir o fato gerador do tributo, considerando a distribuição de lucros como remuneração; estão violados, de modo cristalino, o princípio da legalidade tributária, assim como a disposição do 116 do Código Tributário Nacional.

No caso, embora o fato gerador já tenha ocorrido (distribuição do lucro), a hipótese de incidência (inexistência do lucro ao fim do exercício) ainda se encontra pendente, vindo a ocorrer somente em uma data futura.

Ademais, a previsão constante do art. 28, § 9º, j da Lei nº 8.212/1991 é clara ao observar que a parcela relativa à participação nos lucros/resultados da sociedade empresária

não representa salário contribuição, e, portanto, não está sujeita à incidência de contribuição previdenciária respectiva.

À recorrente, contudo, foi negado o direito de produzir as provas requeridas em sua impugnação, não lhe tendo sido possibilitado exibir o livro caixa e, ainda, periciá-los, não se admitindo que o acórdão recorrido mantenha hígidos autos de infração lavrados em total descompasso com a legislação vigente e sem permitir que fossem produzidas as provas pertinentes.

Posto isso, pugna pelo reconhecimento da nulidade do acórdão 04-40.397, eis que a recorrente não foi notificada para, querendo, comparecer na sessão de julgamento, assim como em virtude do indeferimento imotivado da produção das provas requeridas na impugnação; caso não seja este o entendimento, o que não se admite, requer a reforma da decisão de primeira instância, a fim de que os autos de infração sejam reputados improcedentes.

É o relatório.

Voto

Daniel Melo Mendes Bezerra, Conselheiro Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche aos demais requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Das Preliminares

Nulidade da decisão recorrida - ausência de intimação para a sessão de julgamento

Sustenta a recorrente a nulidade da decisão de primeira instância pelo fato de não ter sido intimada para participar da sessão de julgamento na DRJ.

O Decreto 7.574, de 29 de setembro de 2011, que regulamenta o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal e outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela RFB, assim dispõe:

Art. 61. O julgamento de processos sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e os relativos à exigência de direitos antidumping e direitos compensatórios, compete em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 25, inciso I; Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995, art. 7º, §5º). Grifou-se.

Como se vê, as sessões de julgamento na DRJ não são públicas. Não existe previsão legal para que seja atendido o pleito da recorrente, razão pela qual afasta-se, de plano, a arguição de nulidade.

Nulidade da decisão recorrida - ausência apreciação do pedido de perícia

A recorrente sustenta a nulidade do acórdão recorrido, visto que não foi apreciado o seu pedido de perícia. Contudo, não é isso o que se verifica da leitura da decisão de piso:

Quanto a perícia, os artigos 18 e 28, do Decreto 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal, assim, disciplina, in verbis:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 1º Deferido o pedido de perícia, ou determinada de ofício, sua realização, a autoridade designará servidor para, como perito da União, a ela proceder e intimará o perito do sujeito passivo a realizar o exame requerido, cabendo a ambos apresentar os respectivos laudos em prazo que será fixado segundo o grau de complexidade dos trabalhos a serem executados. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º Os prazos para realização de diligência ou perícia poderão ser prorrogados, a juízo da autoridade. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexactidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

No caso em exame, considera-se desnecessária a perícia proposta pelo por entendê-la dispensável para o deslinde do presente julgamento, pois, os fatos são estritamente comprovados por documentos.

A realização de perícia pressupõe que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador, o que não é o caso dos presentes autos.

Com efeito, a perícia somente se justifica quando a prova não pode ou não cabe ser produzida por uma das partes.

Assim, indefere-se a produção de prova pericial.

Assim sendo, não assiste razão à recorrente na preliminares de nulidade por falta de apreciação do pedido de perícia.

Do Mérito

Em que pese a argumentação desenvolvida pela recorrente, a Fiscalização pontuou que foi constatada distribuição de lucros efetivada em período mensal, e em valores fixos. Apurou-se, também, a inexistência de saldo na conta lucros/prejuízos acumulados em valor suficiente a acobertar a distribuição de lucros aos sócios, tendo em vista a existência de prejuízos acumulados em valor superior aos lucros acumulados e lucros do exercício, configurando-se em indício de distribuição lucros sem a compensação de prejuízos existentes.

Prossegue, ainda, a autoridade fiscal, *verbis*:

Observe-se que a distribuição de lucros é uma maneira de remuneração do capital, não integrando o salário de contribuição, desde que feita em conformidade com a legislação. No caso, nota-se que houve distribuição mensal do lucro, porém a apuração do lucro se deu em bases trimestrais, ou seja, não houve a comprovação da existência dos lucros distribuídos. Quanto a esse ponto, da leitura do contrato social consolidado, não se evidencia previsão contratual ou estatutária para que sejam levantados balanços intermediários mensais que embasariam a distribuição do lucro em períodos menores que o trimestral. Adicionalmente, é óbvio que a distribuição dos lucros, como forma de remuneração do capital, deve respeitar a proporcionalidade das quotas sociais.

Uma vez não respeitadas as premissas acima, resta descaracterizada sua natureza de remuneração do capital, constatando-se tratar na verdade de remuneração do trabalho (pro-labore).

Em decorrência do constatado, aplica-se o disposto no Art. 22, III, e no Art. 33, § 5º da Lei nº 8.212, de 24/07/2001 (DOU de 25/7/1991, republicado em 11/4/1996 e em 14/8/1998).

A nível infralegal preceitua o art. 201, § 1º do Decreto nº 3.048/99, *in verbis*:

“Art. 201. A contribuição a cargo da empresa, destinada à seguridade social, é de: (...)

*§ 1º São consideradas remuneração as importâncias auferidas em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 9º do art. 214 e **excecionado o lucro distribuído ao segurado empresário**, observados os termos do inciso II do § 5º”.*

Em vez de refutar expressamente as constatações verificadas pela autoridade fiscal, a recorrente se limitou a alegar de forma genérica que promoveu a divisão dos lucros sem infringir qualquer dispositivo legal.

Faz menção, ainda, ao disposto do art. 28, § 9º, j da Lei n.º 8.212/1991, que é trata da participação nos lucros ou resultados da empresa, que não guarda nenhuma relação com os fatos geradores que deram origem ao presente lançamento.

Em verdade, a recorrente não refutou as questões trazidas no lançamento, nem os argumentos expedidos no voto condutor da decisão recorrida.

O Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao PAF, contém expressa previsão acerca da distribuição do ônus probatório:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

É imprescindível que o contribuinte demonstre, por meio da linguagem de provas, as afirmações que alega, em especial a existência de valores não sujeitos à incidência da contribuição previdenciária.

Dessa forma, a recorrente atrai para si o ônus da prova, quanto aos fatos impeditivos, constitutivos e extintivos do direito de a Fazenda Pública lançar o crédito tributário. Não havendo produção alguma de prova, tendo a recorrente se limitado a solicitar diligência para análise de suas alegações, deve arcar com as consequências de sua conduta, que, ao fim, culmina na procedência do lançamento.

Cabe, ainda, verificar se o presente lançamento foi confeccionado em consonância com o art. 142 do CTN, *in verbis*:

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.

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

Do dispositivo transcrito verifica-se que um dos requisitos indispensáveis ao lançamento é a verificação da ocorrência do fato gerador. De fato, se o fisco não se desincumbir do ônus de demonstrar que efetivamente a hipótese de incidência tributária se concretizou no mundo fático, o lançamento é imprestável.

Todavia, não é essa situação que os autos revelam. O relato da auditoria aponta que os fatos geradores das contribuições lançadas foi a irregular distribuição de lucros aos sócios da empresa, que foi considerada como remuneração de contribuinte individual, fato gerador de contribuição previdenciária.

Nesse sentido, vejo que o Auto de Infração e seus anexos demonstram a contento a situação fática que deu ensejo à exigência fiscal, inclusive os elementos que foram analisados para se identificar a ocorrência dos fatos geradores.

Cumprе ressaltar que as bases de cálculo se encontram bem explicitadas no Relatório de Lançamentos. As alíquotas podem ser visualizadas sem dificuldades pela leitura do Discriminativo Analítico o Débito - DAD.

O Relatório Fundamentos Legais do Débito traz a discriminação, por período, da base legal utilizada para constituição do crédito previdenciário, além de que no próprio corpo do relatório fiscal houve menção aos dispositivos que levaram a auditoria a concluir pela concretização da hipótese de incidência tributária.

Por outro lado, o sujeito passivo, como dito, embora alegue que a base de cálculo é composta por valores não tributáveis, não trouxe sequer indícios de prova nesse sentido.

Assim, não enxergo motivo para que se revise o Auto de Infração sob julgamento, posto que os requisitos formais e a motivação apresentadas são suficientes para se inferir acerca da regularidade do lançamento efetuado, devendo, pois, ser mantida a decisão de primeira instância.

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento.

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator