



MINISTÉRIO DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10680.009080/2006-12
Recurso nº 158.934 Voluntário
Acórdão nº 3805-00.160 – 5ª Turma Especial
Sessão de 30 de junho de 2009
Matéria IRRF
Recorrente TOLENTINO & MELO ASSESSORIA EMPRESARIAL S/C LTDA.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2003

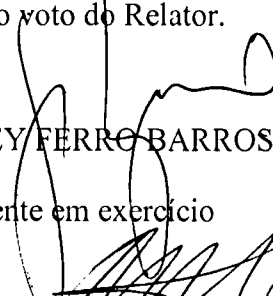
MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IRRF.

Não restando demonstrada a incorreção do trabalho levado a efeito pela autoridade fiscal, deve prevalecer o lançamento que constatou falta de retenção do IRRF sobre os serviços prestados por pessoa física não assalariada.

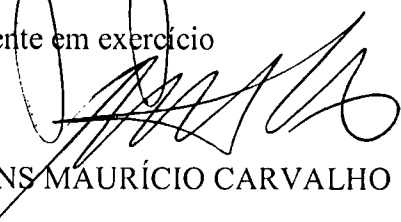
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Turma Especial da Terceira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


SIDNEY FERRO BARROS

Presidente em exercício


RUBENS MAURÍCIO CARVALHO

Relator

FORMALIZADO EM: 30 OUT 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Sandro Machado dos Reis e Núbia Matos Moura (Suplente convocada).

Relatório

Para descrever a sucessão dos fatos deste processo até o julgamento na Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), adoto o relatório do acórdão de fls. 100 a 117 da instância *a quo, in verbis*:

O presente processo versa sobre o Auto de Infração de fls. 05/07, lavrado contra a contribuinte em epígrafe, para exigência do crédito tributário no valor de R\$ 93.640,21, a título de *"Multa Isolada pela Falta / Atraso na Retenção ou Recolhimento do IRRF"*, referente a irregularidade apurada, cujo fato gerador ocorreu em 30/11/2003.

Referido crédito tributário é assim discriminado:

Multa Exigida Isoladamente	86.596,99
Juros de Mora Exigidos Isoladamente	7.043,22
Valor do crédito tributário apurado	93.640,21

De acordo com a descrição dos fatos à fl 06, o lançamento decorreu de ação fiscal levada a efeito junto à contribuinte que apurou as seguintes infrações à legislação tributária:

001. MULTAS ISOLADAS.

FALTA / ATRASO NA RETENÇÃO OU RECOLHIMENTO DO IRRF

"Multa devida pela falta de retenção do IRRF sobre os serviços prestados por pessoa física não assalariada, conforme Termo de Verificação Fiscal."

Como enquadramento legal foi citado o art. 9º, da Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002; o Parecer Normativo COSIT nº 01, de 24 de setembro de 2002; e o art. 725, do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999.

002. JUROS ISOLADOS

FALTA / ATRASO NA RETENÇÃO OU RECOLHIMENTO DO IRRF

"Juros devidos pela falta de retenção do IRRF sobre os serviços prestados por pessoa física não assalariada, conforme Termo de Verificação Fiscal."

Como enquadramento legal foi citado o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; o Parecer Normativo – COSIT nº 01, de 24 de setembro de 2002; e o art. 725, do RIR de 1999.

A contribuinte, foi cientificada do auto de infração em 25 de agosto de 2006 (fls. 05, 10 e 41). Não resignada, apresentou a impugnação de fls. 45/50, que foi recepcionada em 11 de setembro de 2006, expendendo, em síntese, as seguintes razões de discordância:

.a autuação se refere a aplicação de multa isolada pela não retenção do IRRF sobre o valor de R\$ 305.940,00, pagos ao sócio Rogério Lanza Tolentino em 11/11/2003;

.durante a ação fiscal a empresa teria informado à fiscalização que o pagamento referia-se a uma gratificação ao referido sócio, por serviços prestados de advocacia

tributária, em função de sua maior participação no acompanhamento de determinados processos que menciona;

.em face da não retenção do IRRF, foi aplicada a multa prevista no art. 9º, da Lei nº 10.426, de 2002, sobre o valor reajustado da gratificação, nos termos do art. 725, do RIR de 1999;

.discorda de a fiscalização ter tributado referida saída de numerário, ratificando a alegação de que o sócio Rogério Lanza Tolentino teria recebido gratificação, que segundo seu entendimento, nada mais seria que uma parcela maior de distribuição de lucros; mesmo porque em sendo sócio não poderia receber salários pela prestação de serviços de advocacia tributária;

.argumenta que não pode haver relação de vínculo empregatício entre sócio e empresa. De tal modo, sua remuneração consistirá tão-somente em lucros distribuídos ou pro-labore por serviços administrativos e de gestão;

.os serviços prestados pelo referido sócio, consistentes em acompanhamento, como advogado, de processos fiscais no Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, caracterizam-se como serviços de advocacia tributária e se confundem com o objeto social da empresa, que é a prestação de serviços de assessoria empresarial;

.sustenta que, como de praxe nas sociedades de advogados, as pessoas jurídicas que contrataram os aludidos serviços, teriam firmado contrato com a empresa e não com o sócio referido;

.com fito de discordar, sob o argumento de que "o sócio prestou serviços genuinamente de sócio e não de empregado", transcreve o terceiro parágrafo da segunda folha do Termo de Verificação Fiscal, onde a fiscalização mencionou que "a gratificação tem natureza salarial por estar destinada a pessoa física do sócio Rogério Lanza Tolentino por serviço prestado a sociedade, inclusive classificado na conta contábil de Honorários Advocatícios";

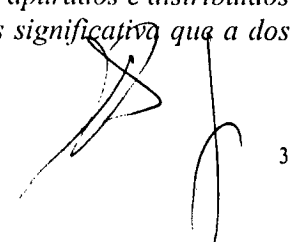
.sócios de sociedades prestadoras de serviços devem colaborar para a obtenção dos resultados da atividade, que no seu caso é assessoria empresarial, com maior atuação na esfera administrativa;

.o Sr. Rogério Lanza Tolentino, que é sócio da empresa, é advogado especializado em advocacia empresarial. Nessa qualidade atuou em processos de interesses de clientes da empresa Tolentino & Melo, confundindo seu trabalho com o trabalho remunerado da empresa;

.pela prestação desse serviço, o sócio não poderia receber um salário ou outra remuneração qualquer que tipifique a existência de vínculo empregatício;

.o trabalho que ele prestou, na qualidade de sócio da empresa, só pode ser considerado o descrito como objeto social da empresa, confundindo a prestação da pessoa física com a da pessoa jurídica. Assim sendo, sua retribuição só poderia ser lucro;

.o sócio referenciado fez jus a um quinhão maior nos lucros apurados e distribuídos no ano de 2003, justamente por ter tido uma atuação mais significativa que a dos



3

demais sócios no acompanhamento de dois processos específicos junto ao Conselho de Contribuintes;

.no balanço do ano de 2003, haviam lucros acumulados de R\$ 713.037,70, remanescentes após o pagamento de todas as despesas e distribuição de lucros aos demais sócios, caracterizando que a empresa tinha condições e recursos para remunerar o sócio referenciado com valor maior de lucros;

.não há obrigação de as empresas distribuírem lucros de forma equânime. Em especial as empresas prestadoras de serviços que podem remunerar seus sócios na proporção de sua atuação na consecução do trabalho e obtenção do êxito;

.conclui que:

a) o sócio Rogério Lanza Tolentino não recebeu salário ou verba similar pela prestação de serviços de natureza advocatícia, por que não tem vínculo empregatício;

b) a remuneração em questão” deriva obrigatoriamente dos lucros apurados e tributados pela empresa em 2003, uma vez que detinha ela amplas condições de fazê-lo, já que contava, naquele ano, inclusive, com lucros acumulados”;

c) “o fato de o contador ter nomeado a conta como ‘honorários advocatícios’ não lhe tira a feição e as características de lucros distribuídos”;

d) os valores relativos aos lucros distribuídos só sofrerão incidência do imposto de fonte quando excederem o lucro disponível e os lucros acumulados, ou seja quando não existirem lucros acumulados, nos termos §§ 3º e 4º, do art. 48, da Instrução Normativa SRF nº 93, de 1997;

Com a impugnação a defendente aportou ao processo cópias reprográficas, não autenticadas, das folhas do livro Diário, onde constam os termos de abertura e encerramento e a transcrição do balanço patrimonial e demonstração de resultado em 31 de dezembro de 2003 (fls. 51/55).

É o Relatório.

Considerando esses fatos, as alegações da impugnação e demais documentos que compõem estes autos, o órgão julgador de primeiro grau, ao apreciar o litígio, em votação unânime, considerou procedente o lançamento, mantendo o crédito consignado no auto de infração, pela falta de apresentação de provas e previsão legal, já que os argumentos da recorrente foram improcedentes, no seu entender, diante dos fatos postos nos autos, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

MULTAS ISOLADAS. FALTA / ATRASO NA RETENÇÃO OU RECOLHIMENTO DO IRRF.

No caso de falta de retenção do imposto sobre pagamento de eventual serviço profissional de habilitação específica prestado por sócio pessoa física, a fonte pagadora obrigada a reter imposto fica sujeita à multa isolada de 75% (setenta e cinco por cento).

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, de fls. 120 a 122, repisando, os mesmos argumentos trazidos na sua impugnação dirigida à DRJ, requerendo ao final, pelo provimento ao recurso e cancelamento da exigência.

Dando prosseguimento ao processo este foi encaminhado para o Primeiro Conselho de Contribuintes para julgamento.

É O RELATÓRIO.

Voto

Conselheiro RUBENS MAURÍCIO CARVALHO, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Assim sendo, dele conheço.

Observo que nos termos da Portaria MF n.º 41/2009, os regimentos internos dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovados pela Portaria Ministerial nº. 147, de 28 de junho de 2007, são aplicáveis a este julgamento.

Em sede de recurso, não foram apresentados novos elementos de prova para contestar os argumentos utilizados pelo relator do voto do acórdão da DRJ, apenas foi solicitada novamente que fosse aceita a tese que o pagamento, objeto da autuação, foi à título de pró-labore, independente dos registros contábeis, sem embasamento legal, doutrinário ou jurisprudencial.

De outro lado, como visto acima, o acórdão recorrido, foi minucioso acerca da impossibilidade legal e fática para que seja aceita a tese da defesa, impedindo o provimento ao recurso, conforme se vê nos seguintes excertos do julgado de primeira instância que transcrevo livremente:

(...)

A defendente intenta descaracterizar a despesa por ela apropriada no seu resultado e que reduziu o lucro líquido do exercício, pretendendo agora tipificá-la como uma extravagante e sem previsão legal, “*distribuição*” suplementar e unitária de lucro ao sócio em referência, Sr. Rogério Lanza Tolentino. A tese por ela encetada se concentra em atacar a fala da fiscalização de que a gratificação teria natureza salarial. Isso porque, a seu ver, o sócio jamais tem relação de vínculo empregatício, podendo receber como remuneração tão-somente lucros e dividendos ou *pro-labore*, por serviços administrativos e/ou de gestão prestados.

No entanto, labora em equívoco a defendente haja vista que, nas circunstâncias, tal natureza salarial, que é estritamente no sentido de recompensa de serviços prestados, é evidente. A uma, porque a hipótese, inequivocamente, é de remuneração de rendimento do trabalho, ainda que sem vínculo empregatício e, diferentemente do que alega a defendente, é impróprio dizer que sócio pode perceber apenas duas espécies de remuneração, quais sejam lucros distribuídos ou *pro-labore* por *serviços administrativos e/ou de gestão prestados*. Ora, para efeito fiscal, todo rendimento do trabalho é tributado, irrelevante se proveniente do trabalho com vínculo empregatício ou do trabalho sem vínculo empregatício.

O fato de o serviço ter sido prestado a clientes da empresa em nada descaracteriza a peculiaridade de que em determinado momento teriam sido tomados

pela empresa serviços de terceiro, serviços esses de notória especialização para consecução de tarefas atinentes ao objetivo social da sociedade que é a de assessoria empresarial.

Obviamente, a empresa poderia ter contado com os préstimos e pago honorários tanto ao “*especializado advogado tributarista Dr. Rogério Lanza Tolentino*”, como a qualquer outro advogado de notória especialização. No entanto, em qualquer caso, a empresa tomadora desses serviços teria que arcar com o encargo e o assentamento contábil correspondente seria como despesas com honorários advocatícios e não como “*Gratificação*” suplementar de êxito, eis que a pessoa física prestadora de serviço profissional nem sequer assume o risco da atividade econômica. Ela presta o serviço e recebe remuneração, haja êxito ou não.

Na circunstância, o serviço em questão teria sido tomado para suprir a carência do recurso humano e intelectual que demandava o acompanhamento dos processos. Então, em qualquer hipótese, fosse o prestador o sócio em questão (Dr. Rogério L. Tolentino), fosse um terceiro, a despesa seria incorrida e ocorreria o desembolso como rendimento de trabalho.

Tanto é assim que a empresa apropriou, efetivamente, como despesa com honorários e não como distribuição de lucro. Ora, distribuição de lucro, é aquela efetuada após a apuração do lucro líquido do exercício. Na hipótese é irrelevante a existência ou reminiscência de lucros acumulados após a distribuição, haja vista que o único requisito é que o lucro do exercício seja suficiente para ensejar a distribuição pretendida.

Ademais disso, afigura-se insólita a natureza atribuída ao gasto, como sendo “*distribuição*”, que a defendente quer atribuir, agora na impugnação, ao valor do honorário contabilizado, haja vista que ao efetuar a apropriação como despesa do exercício da aludida “*gratificação*” a título de honorário, a contribuinte reduziu seu lucro líquido contábil.

E, ainda que tenha adotado a forma de tributação pelo lucro presumido, a contribuinte mantinha escrituração contábil, escrituração essa que deve ser mantida com observância da legislação comercial e dos princípios contábeis. Advirta-se, por relevante, que consoante o art. 527, inc. I, e parágrafo único do RIR de 1999, a pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deve manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial, salvo se mantiver livro Caixa.

Então, estar-se-ia diante um fato contábil inusitado, ou no mínimo de uma impropriedade contábil. Ora, não tem cabimento uma distribuição de lucros figurar na demonstração de resultados antes mesmo de esse suposto lucro ser apurado. Lucro para distribuir entre os sócios é somente o crédito remanescente após o confronto das receitas e das despesas.

É imperioso ressaltar que, no que diz respeito ao ônus da prova na relação processual tributária, a idéia de *onus probandi* não significa, propriamente, a obrigação, no sentido da existência de dever jurídico de provar, tratando-se antes de uma necessidade ou risco da prova, sem a qual não é possível se obter o êxito na causa. Sob esta perspectiva, a pretensão da Fazenda deve estar fundada na ocorrência do fato gerador, cujos elementos configuradores se supõem presentes e comprovados, atestando a identidade de sua matéria fática com o tipo legal. Se um desses elementos se ressentir de certeza, ante o contraste da impugnação, incumbe à Fazenda, o ônus de comprovar a sua existência. Da mesma forma, o sujeito passivo, não tem a obrigação de produzir as provas, tão só incumbe-lhe o ônus.

Contudo, à medida que ele se omite na produção de provas contrárias às que ampararam a exigência fiscal, compromete suas possibilidades de defesa.

Assim sendo, é imprescindível que as provas e argumentos sejam carreados aos autos, no sentido de refutar o procedimento fiscal, se revistam de toda força probante capaz de propiciar o necessário convencimento e, conseqüentemente, descaracterizar o que lhe foi imputado pelo fisco.

No presente processo está clara pela instrução, provas prestadas e confirmadas pelos próprios interessados, que houve a contabilização de despesa administrativa de honorários advocatícios, v.g., fls. 19, 20 e 28, sem o devido recolhimento do IRRF, obrigando que a autoridade fiscal, em função da seu dever de ofício, promovesse o lançamento atendendo a legislação tributária vigente.

Assim, constatadas as irregularidades descritas nos autos de infração, tendo sido observadas na autuação as respectivas legislações regentes das matérias e não tendo a contribuinte apresentado qualquer prova ou argumento capaz de elidir o que lhe foi imputado, devem ser mantidas as exigências

Desta forma, estando correto o lançamento e, por conseguinte, não merecendo reparos a decisão de primeira instância, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Sala das Sessões, em 30 de junho de 2009


RUBENS MAURÍCIO CARVALHO.

