



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

Processo nº 13637.000227/2007-03
Recurso nº 157.661 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.363 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de dezembro de 2009
Matéria CONTRIBUINTE INDIVIDUAL
Recorrente ADEMAC - ADVOCACIA EMPRESARIAL CONTABILIDADE E CONSULTORIA LTDA S/C
Recorrida DRJ-JUIZ DE FORA/MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2006 a 30/06/2006

PAGAMENTO ANTECIPAÇÃO DE LUCROS - INEXISTÊNCIA DE LUCROS - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INCIDÊNCIA

Incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de antecipação de lucros se verificada a inexistência de lucro face à existência de despesas não contabilizadas.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente

ANA MARIA BANDEIRA – Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Marcelo Freitas de Souza Costa (Convocado) e Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente).



Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa incidentes sobre valores pagos a contribuintes individuais, bem como a contribuição dos mesmos, cuja arrecadação e recolhimento passou a ser responsabilidade da empresa após a vigência da Lei nº 10.666/2003.

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 21/26), foi constatado pagamento de antecipação de lucro aos sócios da empresa, o qual ainda não havia sido apurado por meio de demonstração de resultado de exercício.

A auditoria fiscal apurou que a empresa não havia contabilizado a retirada de pró-labore para todos os sócios administradores, conforme determina o contrato social. Não contabilizou os pagamento feitos à UNIMED Barbacena, bem como os salários das empregadas admitidas como sócias.

No caso das empregadas admitidas como sócias, a auditoria fiscal verificou que as mesmas prestavam serviços como chefes de setores, como contabilidade e departamento pessoal, sendo que as mesmas continuaram exercendo as mesmas atividades que exerciam como empregadas. Por essa razão, a auditoria fiscal considerou a relação como empregatícia, o que levou ao lançamento das contribuições devidas na NFLD nº 37.028.072-5.

A considerar as despesas não lançadas na contabilidade, não haveria lucro a ser distribuído. Assim, a auditoria fiscal considerou que tais valores seriam pró-labore pago aos sócios.

A notificada apresentou defesa (fls. 93/105) onde alega que promoveu a admissão das sócias Márcia Helena Piazzzi, Patrícia Lima Armentano Rossi, Alessandra Fátima de Faria, Leila Maria do Nascimento e Daniela Fytyzallen Viana e que o fato das mesmas terem sido, anteriormente, empregadas da sociedade em nada obsta a figuração das mesmas na condição de sócias.

Argumenta que a admissão se deu a partir da liberdade individual do exercício de qualquer atividade econômica e que as sócias foram admitidas sem qualquer vício de consentimento.

Considera que a partir da integração na sociedade, a subordinação relativa a tais sócias deixou de existir.

Aduz que de acordo com a alteração contratual, as citadas pessoas foram admitidas na condição de sócias supervisoras de serviços e que a administração da sociedade permaneceu com os sócios diretores, por essa razão, os últimos é que detinham a prerrogativa de retirada de pró-labore e não as primeiras, às quais era garantida apenas a participação nos resultados da sociedade.

Afirma a inexistência de vínculo empregatício e, conseqüentemente, de fato gerador de contribuição previdenciária.

Quanto às despesas de contratação de planos de saúde e medicamentos, afirma que as mesmas não foram suportadas pelos empregados e não possuíam caráter de salário *in natura*, não integrando o salário de contribuição.

Aduz que a divergência entre as GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social e a relação fornecida pela UNIMED contendo os beneficiários vinculados à empresa se explica a partir do fato de que o rodízio de empregados na empresa, eventualmente, não é acompanhado pela atualizados dos dados cadastrais junto à UNIMED Barbacena, fazendo crer, falsamente, que o plano não abrangia a totalidade dos empregados.

Entende que pelo fato de não haver sido descontado dos empregados quaisquer despesas de reembolso de plano de saúde, medicamentos ou produtos similares, não há que se falar em despesa e, por consequência, a obrigação acessória de contabilizá-las.

Alega a regularidade na apuração dos lucros distribuídos, pois não houve pagamentos de salários às sócias supervisoras e ainda que as despesas relativas à UNIMED Barbacena tivessem sido contabilizadas, haveria lucro no exercício.

Finaliza com a solicitação de julgamento conjunto com as notificações 37.028.072-5 e 37.028.073-3.

Pelo Acórdão nº 09-17.843 (fls. 127/138), a 5ª Turma da DRJ Juiz de Fora (MG) considerou o lançamento procedente.

Contra tão decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 142/161) onde efetua a repetição das alegações já apresentadas em defesa e inova na arguição de que a auditoria fiscal teria desafiado a competência privativa do Ministério do Trabalho e Emprego.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente apresenta argumentos no sentido de que não haveria qualquer irregularidade na inclusão na sociedade de sócias supervisoras de serviços, as quais seriam ex-empregadas na recorrente.

Também tece considerações a respeito da não incidência de contribuições previdenciárias sobre os valores pagos à UNIMED Barbacena.

De fato, as contribuições decorrentes das duas situações encimadas foram objeto de lançamento por meio das NFLD nº 37.028.072-5 e 37.028.073-3. Contra tais lançamentos, a recorrente apresentou os recursos nº 157833 e 157660, os quais também foram a mim distribuídos para análise.

Da análise dos dois recursos, entendi por não conferir razão à recorrente, à exceção do reconhecimento da decadência à luz da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal e manifestei-me por manter as notificações quanto ao mérito.

Assim, transcrevo partes do voto com o objetivo de demonstrar as razões que levaram à convicção de que os lançamentos deveria prosperar.

NFLD 37.028.072-5

A recorrente apresenta argumentos no sentido de que não haveria qualquer irregularidade na inclusão na sociedade de sócias supervisoras de serviços, as quais seriam ex-empregadas na recorrente.

Inicialmente cumpre ressaltar que a recorrente é uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, a qual pode ser administrada pelos próprios sócios, na condição de sócios-gerentes ou terceiros.

O sócio que não participa da gestão da sociedade é o sócio-cotista.

Ou seja, nesse tipo de sociedade, pode-se verificar a existência do sócio-gerente e do sócio-cotista. Entretanto, a recorrente cria a figura do chamado sócio supervisor, ou seja, pessoa que participa do capital social, exerce atividade na sociedade, porém não é remunerado para isso sob o argumento de que não se trata de atividade de gestão.

Ao meu ver a conduta da recorrente é totalmente irregular pois cria a situação em que as chamadas sócias supervisoras podem vir a não ter qualquer retorno pelo trabalho realizado.

Ao determinar que as chamadas sócias supervisoras sejam remuneradas, tão somente, via participação nos resultados, na ausência de resultado ou lucro, tais pessoas teriam trabalhado sem qualquer retribuição o que é inadmissível.

Além disso, entendendo ser precário sujeitar a retribuição do trabalho da pessoa, as sócias supervisoras, à atuação de outra pessoa, no caso os sócios gerente.

Assevere-se que as funções desempenhadas pelas tais sócias supervisoras, quais sejam, chefias de setores, são comumente desenvolvidas por segurados empregados, fazem parte da estrutura organizacional da empresa e estão subordinados a sua política administrativa/produativa/econômica.

O fato das ditas sócias supervisoras terem mantido vínculo empregatício até serem admitidas como sócias reforça a convicção de que não houve alteração na forma de desenvolvimento das atividades das mesmas.

Diante da situação verificada, a auditoria fiscal utilizou a prerrogativa legal prevista no § 2º do art. 229 do Decreto nº 3.048/1999 que dispõe o seguinte:

§ 2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado Ou seja, ao manter segurados empregados sob a falsa condição de sócios, a conduta adotada pela recorrente revela-se verdadeira simulação.

Escudada no Princípio da Verdade Material e pelo poder-dever de buscar o ato efetivamente praticado pelas partes, a Administração, ao verificar a ocorrência de simulação, pode superar o negócio jurídico simulado para aplicar a lei tributária, ou seja, a auditoria fiscal, na presença de simulação não se obriga a permanecer inerte, pois tais negócios são inoponíveis ao fisco no exercício da atividade plenamente vinculada do lançamento.

Nesse diapasão, pode-se citar o entendimento de Heleno Tórres em sua obra Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária – Ed. Revista dos Tribunais – 2003 – pág. 371:

“Como é sabido, a Administração Tributária não tem nenhum interesse direto na desconstituição dos atos simulados, salvo para superar-lhes a forma, visando a alcançar a substância negocial, nas hipóteses de simulação absoluta. Para a Administração Tributária, como bem recorda Alberto Xavier, é desprocurando que tais atos sejam considerados válidos ou nulos, eficazes ou ineficazes nas relações privadas entre os simuladores, nas relações entre terceiros ou nas relações entre terceiros com interesses conflitantes. Eles são simplesmente inoponíveis à Administração, cabendo a esta o direito de superação, pelo regime de desconsideração do ato negocial, da personalidade jurídica ou da forma apresentada, quando em

presença do respectivo "motivo" para o ato administrativo: o ato simulado" A recorrente alega a legalidade da inclusão das ditas sócias supervisoras no sociedade, no entanto, para alcançar o fato gerador ocorrido, não é necessário que o fisco demonstre que o negócio simulado seja ilegal. Ao contrário, a natureza da simulação pressupõe atos jurídicos lícitos, uma vez que o que a caracteriza é a desconformidade entre a negócio formal e o efetivamente praticado.

Portanto, o fato da inclusão das empregadas no quadro social da empresa como sócias supervisoras ter ocorrido de acordo com os ditames legais, não significa que a auditoria fiscal se veja impedida de efetuar o lançamento diante da constatação da existência do fato gerador, verificada ante a abstração do negócio legal aparente.

NFLD 37.028.073-3

Quanto ao mérito, a recorrente alega que o lançamento foi efetuado com base em presunção da auditoria fiscal e que o fornecimento de assistência médica e medicamentos por parte da mesma se deu de acordo com o que dispõe a legislação.

Relativamente à assistência médica fornecida, a auditoria fiscal verificou que a relação de usuários fornecida pela UNIMED não continha todos os empregados e sócios da recorrente.

Por sua vez, a notificada atribui a existência da relação incompleta ao fato de que haveria rodízio de empregados e a atualização a cada mudança de empregado ou sócio instalaria o caos.

Ao contrário do que entende a recorrente a auditoria fiscal demonstrou que tais benefícios não eram destinados à totalidade dos empregados e sócios diretores.

O contrato firmado dispõe a obrigação da contratada em fornecer assistência médica aos diretores e empregados da contratante de acordo com o contingente cadastrado, ou seja, caberia à recorrente informar à UNIMED a totalidade dos funcionários e dirigentes.

Se a informação não correspondia à totalidade de empregados e dirigentes, parte destes deixou de ser atendida.

O argumento de que se fosse exigido o cadastramento ou atualização a cada mudança de empregado ou sócio da empresa, o caos se instalaria, também não pode ser aceito como justificativa para o fato de a relação de beneficiários fornecida pela UNIMED não conter a totalidade dos empregados e dirigentes da notificada.

Primeiramente porque a recorrente não é uma empresa do porte que justificasse tal impossibilidade. Conforme se verifica na cópia do Livro Diário juntada aos autos (fl. 89) o montante de salários pagos leva a inferir que a empresa não possui número

significativo de empregados. Além disso, sua atividade não demanda rodízio de empregados conforme afirmou.

Em segundo lugar, haja vista os recursos disponíveis, como automação e internet, por exemplo, bem como a facilidade de envio de informações, não é possível crer que a recorrente não tivesse condições de manter atualizados em tempo real, o contingente de beneficiários da assistência médica que oferece.

Quanto aos valores pagos a farmácias, as quais a auditoria fiscal considerou salários indiretos, melhor sorte não assiste à recorrente.

A justificativa apresentada pela recorrente de que tais produtos eram destinados ao uso efetivo de sócios e empregados no local de trabalho não se sustenta, haja vista a quantidade e os tipos de produto adquiridos que, dentre outras coisas, encontram-se sabonetes, fraldas descartáveis, maquiagens, escovas de dente, desodorante, etc. (fl. 78).

Além disso, no que tange a medicamentos, a lei dispõe que não integrariam o salário de contribuição os valores dos reembolsos na compra dos mesmos. Ou seja, não há na lei a possibilidade de se excluir da base de incidência valores de medicamentos adquiridos pela empresa e colocados à disposição dos empregados no local de trabalho, sem qualquer controle, bem como de produtos estranhos ao conceito de medicamentos.

Para que seja possível afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de assistência médica é necessário que tal benefício seja concedido nos exatos termos da lei;

Pelo Princípio da Legalidade, a autoridade administrativa deve exercer suas funções, dentre as quais o ato que resulta no lançamento tributário, na estrita conformidade com a lei;

Com o objetivo de evitar toda sorte de interpretações, por parte da administração e dos administrados, a respeito da incidência ou não da contribuição previdenciária sobre determinada verba paga, a lei veio definir expressamente quais os pagamentos não integrariam o salário de contribuição. Tal definição encontra-se disposta no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91;

O cuidado do legislador se fez necessário pois seria temerário submeter à análise discricionária da autoridade administrativa a possibilidade de afastar ou não a incidência da contribuição previdenciária;

A fim de reforçar o entendimento de que o propósito do legislador foi de restringir à lei todas as hipóteses de não incidência de contribuição, a Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97, introduziu o termo "exclusivamente" ao § 9º da Lei nº 8.212/91, que elenca as verbas que não integram o salário-de-contribuição;

A aliena "q" do citado parágrafo dispõe que não integram o salário de contribuição o valor relativo à assistência prestada

por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa.

Se os requisitos para a isenção não foram cumpridos em sua totalidade, incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos.

Assevere-se que ainda que os valores pagos à UNIMED Barbacena tivessem sido efetuados de acordo com o que dispõe a alínea "q" do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991, tal fato não desobrigaria a recorrente de efetuar a contabilização dos valores correspondentes.

A Lei 8.212/1991, em seu art. 22, inciso III, estabelece o seguinte:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (...)

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços (g.n.)

Por sua vez, o Decreto nº 3.048/1999, dispõe o seguinte:

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

II-vinte por cento sobre o total das remunerações ou retribuições pagas ou creditadas no decorrer do mês ao segurado contribuinte individual; (...)

§5º No caso de sociedade civil de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissões legalmente regulamentadas, a contribuição da empresa referente aos segurados a que se referem as alíneas "g" a "i" do inciso V do art. 9º, observado o disposto no art. 225 e legislação específica, será de vinte por cento sobre: (...)

II-os valores totais pagos ou creditados aos sócios, ainda que a título de antecipação de lucro da pessoa jurídica, quando não houver discriminação entre a remuneração decorrente do trabalho e a proveniente do capital social ou tratar-se de adiantamento de resultado ainda não apurado por meio de demonstração de resultado do exercício (g.n.)

De acordo com o Regulamento da Previdência Social, o pagamento a título de adiantamento de participação nos lucros integrará o salário de contribuição quando não precedido de demonstração de resultado do exercício.

No presente caso, a questão encontra maior óbice no fato de a recorrente haver deixado de contabilizar despesas o que levou a uma distribuição de lucros que, na verdade, não existiram. Portanto, agiu bem a auditoria fiscal em efetuar o lançamento das contribuições incidentes sobre os valores pagos a título de antecipação de lucros.

Nesse sentido e considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 2 de dezembro de 2009


ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

