



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

Processo nº 14474.000147/2007-12
Recurso nº 200.000 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.633 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de julho de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FERREIRA DE SOUZA ADVOGADOS ASSOCIADOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2004 a 31/10/2006

PREVIDENCIÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRÓ-LABORE. MULTA DE MORA.

O Auto de Infração deve ser analisado como um todo, não se considera cerceamento de defesa a análise isolada pelo contribuinte.

Considera-se pró-labore os valores fixos creditados em cartão corporativo utilizado pelo sócio que não comprova as despesas.

Recálculo da multa para que seja aplicada a mais benéfica ao contribuinte por força do art. 106, II, “c” do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule o valor da multa de mora, de acordo com o disciplinado no art. 35 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Ivacir Julio de Souza – Presidente - Substituto

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marcelo Magalhães Peixoto, Cid Marconi Gurgel de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza e Marthius Savio Cavalcante Lobato.

Relatório

FERREIRA DE SOUZA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C foi notificada a recolher contribuições previdenciárias, parte dos segurados e parte da empresa, incidentes sobre as remunerações (pró-labore), pagas a segurado contribuinte individual (sócio), através da empresa, prestadora de serviços Salles, Adan & Associados Marketing de Incentivos S/C Ltda., nas competências março de 2004 a outubro de 2006.

O lançamento atingiu o montante de R\$ 45.997,82 (quarenta e cinco mil, novecentos e noventa e sete reais e oitenta e dois centavos), valor consolidado em 17 de agosto de 2007.

DA IMPUGNAÇÃO

A empresa impugnou tempestivamente a exigência, através do arrazoadado de fls. 43/51. A ciência da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD ocorreu em 20 de agosto de 2007, e a protocolização da impugnação, em 19 de setembro de 2007.

Aponta, inicialmente, a nulidade da NFLD e seus relatórios, sob o fundamento de que não haveria sido respeitada a forma legal necessária para justificar a sua lavratura. Mais especificamente, no tocante à fundamentação legal, a Fiscalização não teria indicado de forma clara e precisa os artigos de lei, decreto, etc., nos quais enquadrou a empresa, apresentando apenas um rol genérico. Aduz que os fundamentos legais do débito abrangem todo tipo de contribuição previdenciária, e não só aquela relativa ao contribuinte individual. Entende que deveria ter-lhe sido dada ciência apenas dos dispositivos legais que embasaram o lançamento e nos quais efetivamente está incurso, e não de todos os dispositivos legais aplicáveis a toda e qualquer possível hipótese de infração, na espera de que adivinhe o dispositivo em que a Fiscalização deseja que a empresa se enquadre.

Conclui, portanto, como cerceado o seu direito de defesa, na medida em que a NFLD apresenta-se omissa quanto à descrição clara e precisa dos dispositivos legais aplicáveis ao caso.

Em relação ao crédito exigido, refere que não ocorreram os pagamentos efetuados a título de pró-labore, referidos pela Fiscalização, mas, sim, a disponibilização, a seu sócio, de um cartão com limite de utilização mensal a título de provimento de caixa, para gastos com viagens, hospedagem, transporte, custas processuais, etc., para futura prestação de contas. Insurge-se, ainda, contra a utilização, por parte da Fiscalização, como fundamento para a exigência dos créditos previdenciários, de planilha elaborada por ela mesma, pois a que fora solicitada à empresa não poderia ser fornecida ante a inexistência da situação presumida pela, Fiscalização.

Afirma, ainda, que a ação fiscalizadora limitou-se única e exclusivamente a presumir a infração de dados não verificados. Por outras palavras, a Fiscalização teria presumido, a partir de fato conhecido, qual seja o acesso do sócio a um cartão que lhe permitia saques em valores limitados a cada mês, o fato desconhecido: a omissão do recolhimento de contribuições. Trata-se de presunção totalmente inválida e em desconformidade com o direito vigente. Não há espaço fático-jurídico para concluir que existiu omissão de tributo, quando não

foram enfocados justamente os acontecimentos passíveis de originarem a obrigação. A Administração furtou-se, portanto, à tipicidade tributária.

Em seqüência, refere que, conforme a própria Fiscalização explicita em seu relatório, teriam sido examinadas apenas notas fiscais de uma empresa fornecedora, livros Diário e Razão e contrato social. Não foram solicitadas nem, portanto, examinadas as folhas de pagamento, GFIP e SEFIP. A Fiscalização, desta forma, não observou as normas próprias, no sentido de apurar efetivamente qualquer omissão, deixando de examinar aqueles documentos que teriam o condão de esvaziar o fato tido como infrator. Aliás, a impugnante não foi sequer instada, oficialmente, a prestar esclarecimentos, nem houve oportunidade para contraprova. A conduta da Fiscalização contaminou, assim, o procedimento de absoluta nulidade, violando regramento administrativo próprio à espécie e extrapolando os limites peculiares no tocante à imposição, com nítido caráter punitivo.

Conclui que o lançamento é nulo, por não conter os fundamentos legais em que se embasam o crédito e os respectivos acréscimos, nem a indicação do cálculo da correção monetária e da maneira de calcular os juros, bem como os percentuais incidentes.

Ao final, a empresa requer seja julgada nula de pleno direito a NFLD em apreço, liberando-a dos encargos, exigências e penas que sobrecarregaram dito lançamento.

Protesta pela juntada de documentos, e requer que a decisão, motivada e fundamentada, seja comunicada à sua procuradora legal.

Posteriormente, através da petição de fl. 52, apresentada em 21 de setembro de 2007, foi feita a juntada, às fls. 53/62, de documento comprobatório da assinatura da procuradora da empresa.

Anexa os documentos de 65/541.

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar os argumentos da impugnante, a 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre – RS - DRJ/POA, emitiu o Acórdão nº 10-16.512, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Inconformada, a empresa interpôs Recurso Voluntário (fls. 558/563), com os mesmos argumentos de sua defesa, além da alegação de cerceamento de defesa, pelo fato do fiscal ter utilizado uma planilha elaborada por ele.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 556 e 558, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA NULIDADE DA NFLD POR CERCEAMENTO DE DEFESA

Alega a recorrente que o fiscal autuante se utilizou de fundamentação genérica nos Fundamentos Legais do Débito – FLD, cerceando o seu direito de defesa, razão pela qual o AI objeto da lide deveria ser considerado nulo.

Ocorre que o Auto de Infração não pode ser analisado de forma isolada, mas como um todo. Não é o caso dos autos, mas, não se pode falar em cerceamento de defesa se há mais dispositivos legais do que o caso demanda.

Nesse sentido seguem as lições de Marcos Vinícios Neder e Maria Teresa Martínez López (Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, 3ª edição, Dialética, 2010, pág. 249), *verbis*:

“Cerceamento do Direito de Defesa – Não é cabível a alegação de cerceamento ao legítimo direito de defesa quando as infrações apuradas estiverem perfeitamente identificadas e os elementos dos autos demonstrarem, inequivocamente, a que se refere à autuação, dando suporte material suficiente para que o sujeito passivo possa conhecê-los e apresentar a sua defesa e também para que o julgador possa formar livremente a sua convicção e proferir a decisão do feito.”

Portanto, não há que se falar em nulidade por cerceamento à ampla defesa, vez que, da análise de todos os documentos e anexos que compõem o Auto de Infração em tela, é possível compreender o motivo da autuação, tanto que a recorrente está utilizando o contraditório e ampla defesa em conformidade com a autuação.

DO MÉRITO

O auto de infração lançado contra a empresa teve por base o fato de a empresa ter deixado de incluir em Folha de Pagamento valores de pró-labore pagos a sócio (contribuinte individual), no período de 03/2004 à 10/2006, infringindo assim, o disposto no artigo 28, III, da Lei 8.212/91, c/c o art. 214, III do Regulamento da Previdência Social, Decreto n. 3.048/99, *verbis*:

Lei n. 8.212/91:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º;

Decreto n. 3.048/99:

Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observados os limites a que se referem os §§ 3º e 5º;

É fato incontroverso que o sócio recebia esse valor, tanto que a recorrente assim justificou: “*O cartão corporativo que a Recorrente cedia ao sócio da empresa com limite de utilização mensal para provimento de caixa, e para gastos com viagens, hospedagem, transportes, custas processuais, e outros, obrigava o sócio a futura prestação de contas, conforme constam nos lançamentos contábeis.*”

Ocorre que, com o objetivo de comprovar o alegado, a recorrente juntou os recibos de fls. 452/541 dos autos, sem, contudo, demonstrar que todas as despesas foram realizadas pelo sócio que recebeu o cartão corporativo. Porém, mesmo considerando que todos os recibos se refiram ao sócio detentor do cartão corporativo, da análise da documentação, constata-se, claramente, que os valores devidamente comprovados estão bem abaixo dos valores fixos creditados a título de despesas.

Nas fls. 551/552 do acórdão, a DRJ detalhou, através de uma planilha não impugnada, todos os recibos juntados pela recorrente, onde é evidente que não se tratava de cartão para ressarcimento de despesas e sim de complementação ao pró-labore demonstrado nas planilhas de pagamentos juntados nas fls. 290/381 dos autos.

Logo, resta evidenciando que a empresa cometeu uma falha ao não incluir na Folha de Pagamento valores de pró-labore pagos a sócio (contribuinte individual) no período de 03/2004 à 10/2006.

MULTA DE MORA

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabelece que os débitos referentes a contribuições não recolhidas no prazo previsto em lei, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, comine-lhe penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 em comparativo

com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

DOS JUROS DE MORA

Os juros de mora estão perfeitamente detalhados na fl. 20 dos autos, *verbis*:

602 - ACRESCIMOS LEGAIS – JUROS

602.07 - Competências :03/2004 a 12/2004, 01/2005 a 12/2005, 01/2006 a 10/2006

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 34 (restabelecido com a redação dada pela MP n. 1.571, de 01.04.97, art. 1., e reedições posteriores até a MP n. 1.523-8, de 28.05.97, e reedições, republicada na MP n. 1.596-14, de 10.11.97, convertidas na Lei n. 9.528, de 10.12.97); Regulamento da Organização do Custeio da Seguridade Social - ROCSS, aprovado pelo Decreto n. 2.173, de 05.03.97, art. 58, I, "a", "b", "c", parágrafos 1, 4 e 5 e art. 61, parágrafo único; Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.1999, art. 239, II, "a", "b" e "c", parágrafos 1., 4. e 7. e art. 242, parágrafo 2.; CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINÁRIO, MEDIANTE A APLICAÇÃO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) 1% (UM POR CENTO) NO MES SUBSEQUENTE AO DA COMPETÊNCIA; B) TAXA MÉDIA MENSAL DE CAPTAÇÃO DO TESOURO NACIONAL RELATIVA À DÍVIDA MOBILIÁRIA FEDERAL / TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E DE CUSTÓDIA - SELIC, NOS RESPECTIVOS PERÍODOS; C) 1% (UM POR CENTO) NO MES DO PAGAMENTO.

Destarte, não deve prosperar a alegação de que o Auto de Infração não indicou a “*maneira de calcular os juros*”.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso, para que se recalcule o valor da multa de mora, de acordo com o disciplinado no art. 35 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Marcelo Magalhães Peixoto