



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

Processo nº 35465.000454/2001-97
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-001.864 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente PROT CAP ARTIGOS P/ PROTEÇÃO IND. LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999

MULTA DE MORA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA.
ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Conforme determinação do Código Tributário Nacional (CTN) a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS. SUBSÍDIO PARA FUTURA AÇÃO EXECUTÓRIA.

O relatório de Co-Responsáveis é parte integrante dos processos de lançamento e autuação e se destinam a esclarecer a composição societária da empresa no período do débito, a fim de subsidiarem futuras ações executórias de cobrança. Esses relatórios não são suficientes para se atribuir responsabilidade pessoal.

Recurso Voluntário provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial do recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora e os conselheiros Marcelo Magalhães Peixoto e Carolina Wanderley Landim na questão do Relatório do Corresponsáveis.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Carolina Wanderley Landim.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo II, Acórdão 17-20.103 da 9ª Turma, que julgou o lançamento procedente em parte.

A autuação foi assim apresentada no relatório do acórdão recorrido:

DA NOTIFICAÇÃO

Trata-se de lançamento fiscal relativo a contribuição previdenciária devida à Seguridade Social correspondente à parte da empresa, incidente sobre a remuneração paga aos segurados empresários a título de pró-labore indireto, apurado sobre a sua contabilidade nas competências de 01/1999 a 12/1999, no montante total de R\$ 87.059,01 (oitenta e sete mil, cinqüenta e nove reais e um centavo), consolidado em 27/06/2001, por ter considerado a fiscalização que as despesas administrativas lançadas na contabilidade da empresa (demonstração do Resultado Simplificado e Livro Caixa nº 01/99) representavam pagamento de pró-labore indireto, uma vez que não foi demonstrada a composição dos saldos da conta "despesas administrativas da diretoria" e por não estar comprovada a existência de lucro e/ou sua demonstração no Resultado Financeiro, embora solicitados e não apresentados, o que ensejou a lavratura do Auto de Infração Debcad nº 35.241.327-1, em 27/06/2001, tudo conforme relatório fiscal de fls. 28/29.

O total das despesas administrativas, exercício 1999, foi rateado por 12(doze), obtendo-se o valor da remuneração mensal, conforme discriminado no Relatório Fiscal e no Discriminativo Analítico do Débito -DAD.

...

DA DECISÃO-NOTIFICAÇÃO

Concluída a instrução do processo, foi exarada a Decisão-Notificação-DN nº 21.401.4/277/2005, de fls. 65/72, pela Delegacia da SRP São Paulo Centro, em 19/05/2005, pela qual as argumentações trazidas pela impugnante foram analisadas e devidamente rebatidas, mas, que precedeu, às vistas dos documentos trazidos pela própria fiscalização e pelo contribuinte, à retificação do débito originariamente apurado, que passou de R\$ 87.059,01(oitenta e sete mil, cinqüenta e nove reais e um centavo) para R\$ 79.444,29(setenta e nove mil,

quatrocentos e quarenta e quatro reais e vinte e nove centavos), conforme demonstrado no Discriminativo Analítico do Débito Retificado — DADA, de fls. 62/64.

DO RECURSO

Devidamente cientificada do teor da DN 21.401.4/277/2005, o contribuinte interpôs recurso tempestivo pelo instrumento de fls. 74/88, sem prova do recolhimento do depósito recursal equivalente à 30% do valor da exigência fiscal, mas com medida liminar determinando o recebimento mediante arrolamento de bens, conforme documento de fls. 89/92.

Foram oferecidas contra-razões ao recurso pelo Serviço do Contencioso Administrativa da Delegacia da Receita Federal do Brasil – Previdenciária - em São Paulo Centro, fls. 222/233 apontando a falta de razões de fato e de direito capazes de elidir ou modificar o lançamento, propugnando a manutenção da decisão recorrida.

DA DECISÃO COLEGIADA

Pelo Acórdão nº 54/2006, a 2ª Caj se pronunciou pela nulidade da Decisão- Notificação, pela preterição do direito de defesa, determinando a reabertura de prazo para impugnação, após ciência ao contribuinte do resultado da diligência fiscal às fls. 58/59.

27/01/2006:

Apresento abaixo a ementa da decisão do CRPS - acórdão n.º 0000054 de

EMENTA:

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - RESULTADO DE DILIGÊNCIA FISCAL SEM A CIÊNCIA DA RECORRENTE. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO.

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

O recorrente possui direito de participação no processo administrativo em relação a qualquer ato ou documento juntado.

Diligência sem a comunicação de seu resultado a parte viola o princípio do contraditório.

Decisão-Notificação emitida sem observância dos princípios que regem o processo administrativo merece ser anulada.

DECISÃO-NOTIFICAÇÃO ANULADA.

A diligência Fiscal acima mencionada apontou a necessidade de ajustar as bases de cálculo uma vez que identificou no Livro Caixa nº 1 de 1999 na conta “Pagamento ref. Distribuição Lucros” o valor mensal distribuído a cada sócio.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, onde alega, em síntese, que:

- A NFLD em questão não teve seu mérito analisado pelo CRPS Por acórdão unânime de sua 2º Câmara, percebeu um dos vícios insanáveis na referido lançamento e na DN a ele atinente, também já epigrafada, qual seja a patente ausência de contraditório em relação às alegações administrativas de fis. 58 e 59 dos autos do processo administrativo atinente referida NFLD, materializada pela ausência de notificação das mesmas aos contribuintes, o que violou, segundo o referido acórdão, o artigo 32 da Portaria MPS nº520/2004.
- Determinou, assim, o decism, que se cumprisse o dever de ofício, lamentavelmente descumprido, de notificar à pessoa jurídica recorrente acerca do resultado da diligência fiscal referenciada nas citadas folhas, o que foi efetuado na, também já citada, data da notificação do referido acórdão.
- O primeiro agente fiscal, que elaborou a primeira NFLD, considerou que a empresa não tivera lucro.
- A Administração, por sua vez, reconheceu a existência de lucro, mas concluíram que ele não foi distribuído aos sócios e que, portanto, a importância que receberam foi percebida á título de pró-labore, devendo, assim, sofrer a incidência de contribuições previdenciárias.
- A Administração também não deixou pairar dúvida de que o motivo da consideração da existência da tributação fora a constatação de que os valores distribuídos aos sócios não tinha como origem o resultado apurado no exercício.
- Lei tributária penalizante deve ser favorável ao contribuinte em caso de dúvida.
- Requer perícia contábil.
- É tributada pelo lucro presumido (IR).
- Fizeram retiradas tanto a título de pró-labore, quanto a título de distribuição de lucro.
- O erro na contabilidade foi encontrado em 1,uma única página dos Livros Diários e,em 1 singela linha, que apresentou como resultado do exercício um número a qual foi deduzida a distribuição de lucro realizada mensalmente, o que, como o próprio contador demonstrou,

justifica-se pelo fato daquela demonstração de resultado simplificado possuir muito mais o teor de documento de organização interna de apuração do lucro que continuou na empresa, do que de balanço das atividades, o que se extrairia do próprio balanço geral e de todos os demais lançamentos do Livro Diário.

- Questiona os juros.
- Questiona a multa.
- Responsabilidade tributária – Relatório CORESP.

É o relatório

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

Segundo o Relatório Fiscal, o que motivou o lançamento foi a constatação que a empresa promoveu distribuição de lucro sem a correspondente demonstração do Resultado Financeiro. Tais valores foram considerados Pró-Labore Indireto.

4. Os fatos geradores das contribuições previdenciárias apuradas na presente NFLD são os que se seguem:

- Pró-Labore Indireto: Contribuição incidente sobre remuneração indireta, caracterizada como pró-labore, decorrente de Lucro Distribuído no período de 01.1999 a 12.1999, obedecendo a Ordem de Serviço INSS/DAF nº151 de 28 de novembro de 1996, artigo 274, abaixo transcrito.***

274 - Se a fiscalização constatar que a empresa promoveu atribuição ou distribuição antecipada de lucro sem a correspondente demonstração do Resultado Financeiro ou se a Demonstração Financeira não Indicar que efetivamente houve lucro, emitirá Auto-de-Infração e apurará o débito de forme Indireta, considerando como base de cálculo da contribuição o valor do lucro distribuído ou atribuído a título de antecipação."

...

5. Como pode ser observado pelo 2º TIAD datado de 24.05.2001, a fiscalização solicitou de forma explícita a composição dos saldos da conta "despesas administrativas da diretora", e das demais despesas, bem como o "plano de contas", visto que a empresa, em desacordo com a Resolução CFC nº 563/83 de 28.10.1983 não escriturou, ou não apresentou, seu plano de contas e o livro razão.

6. A empresa não demonstrou que obteve lucro, pois na "demonstração de resultado simplificado" que apresentou

junto com os livros diários mistura, contas de resultado (despesas e receitas) com contas patrimoniais, não obedecendo a prática contábil da elaboração de uma demonstração de resultados do exercício.

A Lei 8.212/91 estabelece que os lucros não integram o salário de contribuição quando pagos de acordo com a legislação específica.

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

...

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

...

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;

Como já apresentado neste processo, tanto na Decisão Notificação quanto no acórdão recorrido, conforme art. 10 da lei 9.249 de 26/12/95, os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, deixaram de sofrer incidência do imposto de renda na fonte, não integrando também a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

Disciplinando a distribuição de lucros e dividendos isentos de tributação foi editada a Instrução Normativa -IN SRF n.º 93 de 24/12/97, que estabelece que **no caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, poderá ser distribuído sem incidência de imposto o valor da base de cálculo do imposto, diminuída de todos os impostos e contribuições a que estiver sujeita a pessoa jurídica e a parcela de lucros ou dividendos excedentes desde que a empresa demonstre, através de escrituração contábil feita com observância da lei comercial, que o lucro efetivo é maior que o determinado segundo as normas para apuração da base de cálculo do imposto pela qual houver optado ou seja o lucro presumido ou arbitrado.**

"Art. 2º O imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro serão devidos à medida que os rendimentos, ganhos e lucros forem sendo auferidos.

§ 1º A base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro será determinada através de períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, de acordo com as regras previstas na legislação de regência e as normas desta Instrução Normativa.

§ 2º A base de cálculo do imposto de renda será determinada com base no lucro real, presumido ou arbitrado.

...

Art. 48. Não estão sujeitos ao imposto de renda os lucros e dividendos pagos ou creditados a sócios, acionistas ou titular de empresa individual.

§ 1º O disposto neste artigo abrange inclusive os lucros e dividendos atribuídos a sócios ou acionistas residentes ou domiciliados no exterior.

§ 2º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, poderá ser distribuído sem incidência de imposto:

I - o valor da base de cálculo do imposto, diminuída de todos os impostos e contribuições a que estiver sujeita a pessoa jurídica;

II - a parcela de lucros ou dividendos excedentes ao valor determinado no item I desde que a empresa demonstre, através de escrituração contábil feita com observância da lei comercial, que o lucro efetivo é maior que o determinado segundo as normas para apuração da base de cálculo do imposto pela qual houver optado ou sela o lucro presumido ou arbitrado.

§ 3º A parcela dos rendimentos pagos ou creditados a sócio ou acionista ou ao titular da pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real, presumido ou arbitrado, a título de lucros ou dividendos distribuídos, ainda que por conta de período-base não encerrado, que exceder ao valor apurado com base na escrituração, será imputada aos lucros acumulados ou reservas de lucros de exercícios anteriores, ficando sujeita a incidência do imposto de renda calculado segundo o disposto na legislação específica, com acréscimos legais.

§ 4º Inexistindo lucros acumulados ou reservas de lucros em montante suficiente, a parcela excedente será submetida à tributação nos termos do art. 3º, § 4º, da Lei nº 7.713, de 1988, com base na tabela progressiva a que se refere o art. 3º da Lei nº 9.250, de 1995.

§ 5º A isenção de que trata o "caput" não abrange os valores pagos a outro título, tais como "pro labore", aluguéis e serviços prestados.

§ 6º A isenção de que trata este artigo somente se aplica em relação aos lucros e dividendos distribuídos por conta de lucros apurados no encerramento de período-base ocorrido a partir do mês de janeiro de 1996.

§ 7º O disposto no § 3º não abrange a distribuição do lucro - presumido ou arbitrado conforme o inciso I do § 2º, após o encerramento do trimestre correspondente.

§ 8º Ressalvado o disposto no inciso I do § 2º, a distribuição de rendimentos a título de lucros ou dividendos que não tenham sido apurados em balanço sujeita-se à incidência do imposto de renda na forma prevista no § 4º.

Para a fiscalização, por 2 vezes a recorrente não demonstrou, por meio da escrituração contábil os lucros.

Quando da fiscalização, conforme acima, e quando da diligência fiscal, a recorrente não apresentou documentos à fiscalização.

Ressalte-se que a impugnante não disponibilizou os documentos necessários e solicitados pela fiscalização quando da diligência fiscal determinada para maior elucidação dos fatos, o que motivou, inclusive, a lavratura do Auto de Infração nº 35.822.731-3, com fundamento no artigo 33, § 2º da Lei nº 8.212/91.

Pelo contido no processo, entendo a perícia requerida dispensável.

Concluo que pela falta de demonstração da existência de lucro no exercício de 1999, o valor pago aos sócios constitui-se em salário-de-contribuição, sujeito à incidência das contribuições previdenciárias.

RELATÓRIO CORESP

A relação de co-responsáveis é apenas indicativa dos que possuem ou possuíam poder de mando/direção à época da ocorrência dos fatos geradores

Quanto à solicitada exclusão de pessoas do rol de co-responsáveis cabe esclarecer que esta relação, anexada aos autos pela Fiscalização, não tem como escopo incluir pessoas físicas e jurídicas no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim listar todas as pessoas representantes legais do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa, pois o chamamento dos responsáveis só ocorre em fase de execução fiscal, em consonância com a legislação, e após se verificarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa.

A responsabilização somente ocorrerá por ordem judicial, nas hipóteses previstas na lei e após o devido processo legal. O débito foi lançado somente contra a pessoa jurídica e, neste momento, demais pessoas não sofrerão restrições em seus direitos. Assim, esta discussão é inócua na esfera administrativa, sendo mais apropriada na via da execução judicial, na hipótese de convocação dos listados, por decisão judicial, para satisfação do crédito.

JUROS - SELIC - SÚMULA

Quanto à aplicação da taxa SELIC nos juros moratórios, verifica-se que essa é uma questão sobre a qual o CARF possui decisões reiteradas e, por essa razão foi editada Súmula, cuja observância é obrigatória para estes conselheiros. Abaixo apresento a Súmula número 3.

“Súmula nº 3 do CARF: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais”.

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 estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine 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 para compará-la 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.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari