



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

Processo nº 10166.722648/2010-81
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-002.795 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2012
Matéria SALÁRIO INDIRETO
Recorrente RÁPIDO BRASÍLIA TRANSPORTE E TURISMO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2005 a 30/12/2009

**SALÁRIO INDIRETO - AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO E PRODUTIVIDADE
REMUNERAÇÃO - CONCEITO**

Remuneração é o conjunto de prestações recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, decorrentes do contrato de trabalho.

**AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO *IN NATURA* - NÃO INCIDÊNCIA DE
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

Não há incidência de contribuição previdenciária sobre os valores de alimentação fornecidos *in natura*, conforme entendimento contido no Ato Declaratório nº 03/2011 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN

PRODUTIVIDADE - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS

Para ocorrer a isenção fiscal sobre os valores pagos aos trabalhadores a título de participação nos lucros ou resultados, a empresa deverá observar a legislação específica sobre a matéria.

Ao ocorrer o descumprimento da Lei 10.101/2000, as quantias creditadas pela empresa aos empregados passa a ter natureza de remuneração, sujeitas, portanto, à incidência da contribuição previdenciária.

O PRL pago em desacordo com o mencionado diploma legal integra o salário de contribuição.

MULTA DE MORA

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

LISTA DE CO-RESPONSÁVEIS

A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à comprovação das demais condutas nele descritas: prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei contrato social ou estatutos.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, para excluir do lançamento os valores oriundos de auxílio alimentação pagos in natura, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva que votou em negar provimento ao Recurso nesta questão; b) em manter a aplicação da multa, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pelo afastamento desta multa, até 11/2008; c) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, até 11/2008. para que seja aplicada a multa referente o previsto no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Redator designado(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada; d) em dar provimento ao recurso voluntário, nas preliminares, para afastar a responsabilidade dos administradores da recorrente, nos termos do voto do Redator designado. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira que votaram em dar provimento parcial para deixar claro que o rol de co-responsáveis é apenas uma relação indicativa de representantes legais arrolados pelo Fisco, já que, posteriormente, poderá servir de consulta para a Procuradoria da Fazenda Nacional, nos termos do voto do(a) Relator(a); II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso na questão da produtividade, nos termos do voto da Relatora; b) em negar provimento ao recurso na questão dos levantamentos FO, FP e SI, nos termos do voto da Relatora; c) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redator designado: Damião Cordeiro de Moraes.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Bernadete De Oliveira Barros - Relator.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Leonardo Henrique Lopes

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa e ao SAT.

Conforme Relatório do AI, o débito apurado se refere a contribuições incidentes sobre os pagamentos habitualmente efetuados a segurado empregado, a título de auxílio alimentação sem inscrição no PAT (levantamentos AA e AL) e produtividade (levantamentos PR e PT), considerados remuneração pela auditoria fiscal, verificados em Folha de Pagamentos e na Contabilidade, e não declarados em GFIP, bem como outros pagamentos efetuados pela empresa a seus empregados, declarados em folha de pagamento (levantamentos FO e FP), e não declarados na FP (levantamento SI).

Segundo relato fiscal, integram também o lançamento a contribuição incidente sobre a remuneração paga ou creditada a contribuintes individuais que prestaram serviços à autuada, incluídos ou não em folhas de pagamento (CI, CO, C1 e C2).

A autoridade lançadora informa que a apuração dos valores de remuneração foi feita a partir das Folhas de Pagamentos, dos registros contábeis e de planilhas fornecidos pelo Contribuinte em meio digital.

Esclarece que, ao se comparar o valor da multa aplicada na forma da legislação vigente à época do fato gerador com aquele resultante da aplicação da legislação vigente à época da lavratura do Auto de Infração, verificou-se condição de penalidade menos severa ao Contribuinte quando aplicada a legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 03-42.881, da 7ª Turma da DRJ/BSB, julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo, alegando, em síntese, o que se segue.

Em relação ao auxílio alimentação concedido *in natura* (cartão magnético), argumenta que não há que se falar em ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, uma vez que a ausência de renovação de inscrição no PAT e mesmo a ausência da própria inscrição não afasta a natureza não salarial de tal verba.

Relativamente a verbas pagas a título de produtividade, alega que trata-se de pagamentos realizados com base na Lei 10.101/2000 e não de remuneração que ensejasse incidência de contribuição previdenciária.

Observa que a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa constitui garantia constitucional prevista no inciso XI do art. 7º, da CF, que exclui, de forma expressa, a natureza remuneratória da referida verba, e que nenhuma norma

infraconstitucional teria o condão de fazer incidir a contribuição previdenciária sobre o pagamento realizado a esse título.

Afirma que a premiação paga pela empresa aos seus empregados atende perfeitamente a regra matriz de exclusão da incidência da contribuição previdenciária, não se caracterizando como salário de contribuição e cita a jurisprudência do STJ para demonstrar que é pacífico o entendimento de que não incide contribuição sobre a participação nos lucros a empregados

Quanto ao valor de R\$13.300,00 que, segundo a fiscalização, corresponderia a pagamento de remuneração à segurada empregada Vilma, sustenta que, de fato, trata-se de valor pago pela empresa a título de adiantamento no dia 10/09/2008, mas que, ao contrário do que restou consignado no relatório fiscal, há sim comprovação de sua devolução à empresa no dia 11/09/2008, conforme registrado nos Livros Razão e Diário.

Da mesma forma, relativamente ao pagamento feito pela empresa ao sócio Valmir Antônio Amaral, a título de adiantamento no dia 10/09/2008, trata-se de distribuição de lucros futuros, configurando, assim, despesa salarial, o que afasta a exação pretendida.

Com relação aos pagamentos realizados a segurado contribuinte individual pelos serviços prestados à empresa, defende que é relevante considerar, no ponto, é que não houve emissão de nota fiscal pelo suposto prestador dos serviços, não restando caracterizado, por conseguinte, o fato gerador da obrigação previdenciária, pois, para a deflagração da incidência tributária em questão, não basta o mero reconhecimento contábil da despesa pela empresa.

Entende que considera-se ocorrido o fato gerador da obrigação previdenciária principal, em relação à empresa, no mês em que for paga ou creditada a remuneração, sendo certo que se considera creditada a remuneração na data da emissão do documento comprobatório, qual seja, a nota fiscal de prestação de serviços.

Requer que seja afastada, ou ao menos reduzida, a multa de ofício aplicada no percentual de 75% do tributo a pagar, por ser excessivo e desproporcional e possuir caráter confiscatório, sob pena de afronta ao princípio da vedação ao confisco, previsto no art. 150, IV, da CF.

Solicita que seja afastada a responsabilização pessoal dos sócios pelas dívidas tributárias da empresa, ressaltando que não restou demonstrado, pela autoridade fiscal, a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Finaliza concluindo que impõe-se a reforma do acórdão, julgando-se improcedente o auto de infração em todos os seus termos, e requerendo que seja julgado improcedente o lançamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

O recurso é tempestivo e todos os requisitos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice para seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue.

Inicialmente, a autuada insurge-se contra o lançamento de contribuição sobre a concessão de auxílio alimentação *in natura*, argumentando que não há que se falar em ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, uma vez que a ausência de renovação de inscrição no PAT e mesmo a ausência da própria inscrição não afasta a natureza não salarial de tal verba.

Em relação a essa matéria, é oportuno observar que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN emitiu o Ato Declaratório nº 03/2011, publicado no D.O.U em 22/12/2011, autorizando a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistia outro fundamento relevante “nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o pagamento *in natura* do auxílio-alimentação não há incidência de contribuição previdenciária”.

Diante do citado Ato, e considerando que o Decreto 70.235/72 estabelece que o disposto no caput do art. 26A não se aplica aos casos de lei ou ato normativo que fundamente crédito tributário objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, e que a Lei 10.522/2002, citada no art. 26A, determina que os créditos tributários já constituídos relativos à matéria de que trata o seu artigo 19 devem ser revistos de ofício pela autoridade lançadora, entendo que devam ser excluídos do débito, por provimento, a contribuição lançada incidente sobre o fornecimento de alimentação *in natura*, por não integrar o salário de contribuição, independente de a empresa ter ou não efetuado adesão ao PAT.

Relativamente a verbas pagas a título de produtividade, a recorrente alega que trata-se de pagamentos realizados com base na Lei 10.101/2000 e não de remuneração que ensejasse incidência de contribuição previdenciária.

No entanto, o conceito de salário de contribuição expresso no art. 28 inciso I da Lei 8.212/91 é “...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,...” (grifei).

A própria Constituição Federal, preceitua, no § 4º do art. 201, renumerado para o § 11, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, o seguinte:

*§ 11. Os ganhos habituais do empregado, **a qualquer título**, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüentemente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. (grifei)*

Portanto, a condição de se tratar ou não de salário não está vinculada ao interesse da fonte pagadora ou do empregador em, com aquele pagamento, assalariar ou não

seu empregado. Ou seja, não é o nome do pagamento ou a vontade da empresa em si que vai determinar sua natureza jurídica.

O que irá afastar a verba paga da incidência tributária é a estreita observância à legislação específica que trata da matéria.

No presente caso, não resta dúvida que a verba intitulada “produtividade”, não está incluída nas hipóteses legais de isenção previdenciária, previstas no § 9º, art. 28, da Lei 8.212/91.

De fato, a alínea “j”, do § 9º, do art. 28 da Lei 8.212/91, isenta de contribuição previdenciária apenas a participação nos lucros ou resultados da empresa quando paga ou creditada de acordo com a lei específica, no caso a Lei nº 10.101/99, o que não é o caso em tela, já que a fiscalização constatou que a referida verba foi paga pela autuada em desacordo com o mencionado diploma legal, integrando, portanto, o salário de contribuição.

Assim, está correto o procedimento fiscal em incluir na base de cálculo da contribuição previdenciária os valores pagos pela recorrente a título de produtividade, como está correta a decisão recorrida em manter tal rubrica no lançamento.

A recorrente argumenta que a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa constitui garantia constitucional prevista no inciso XI do art. 7º, da CF, que exclui, de forma expressa, a natureza remuneratória da referida verba, e que nenhuma norma infraconstitucional teria o condão de fazer incidir a contribuição previdenciária sobre o pagamento realizado a esse título.

Porém, como exposto acima, o legislador isentou da contribuição previdenciária apenas os PLR pagos de acordo com lei específica que, no caso, é a Lei 10.101/00.

Dessa forma, para que não incida a contribuição social, a empresa deve, sim, observar o disposto na Lei 10.101/00.

Esse também é o entendimento da ministra Eliana Calmon, do STJ, que se manifestou no sentido de que, para ocorrer a isenção fiscal sobre os valores pagos aos trabalhadores a título de participação nos lucros ou resultados, a empresa deverá observar a legislação específica sobre a questão.

Para a ministra, ao ocorrer o descumprimento da Lei 10.101/2000, as quantias creditadas pela empresa aos empregados passa a ter natureza de remuneração, sujeitas, portanto, à incidência da contribuição previdenciária.

A fiscalização constatou que os pagamentos eram mensais, o que contraria o disposto no § 2º, do art. 3º, da Lei 10.101/00, além de não constar, no texto das Convenções Coletivas de Trabalho, regras claras e objetivas quanto às metas a serem alcançadas ou quanto periodicidade da distribuição, conforme exige o § 1º do art. 2º, do mesmo diploma legal.

Cumpramos observar ainda que, ao contrário do que defende a autuada, a não vinculação da participação nos lucros à remuneração não é auto aplicável, já que a Constituição Federal remeteu à lei a função de estabelecer critérios e regras para desvincular a participação

nos lucros da remuneração, o que, entendo, foi feito com muita propriedade pelo legislador, ao editar a Lei 10.101/00.

Nesse sentido, não é a simples previsão em acordo coletivo ou o pagamento de parcelas intituladas pelo empregador de PRL é que vai retirar a natureza salarial da verba em comento.

Em que pese o entendimento da recorrente de que as Convenções Coletivas de Trabalho, conforme a CLT, produzem efeitos de lei entre as partes, conforme o art. 7º, XXVI da CF, vale esclarecer que a doutrina há muito já consagrou a autonomia científica do Direito Previdenciário em face do Direito do Trabalho.

O conceito de salário-de-contribuição não se confunde com o conceito de remuneração retirado do Direito Laboral. Segundo Wladimir Novaes Martinez (Comentários à Lei Básica da Previdência Social), *“O conceito previdenciário de salário-de-contribuição não tem de coincidir exatamente com a definição trabalhista de remuneração ou, com mais razão, com a descrição de salário. Para isso é necessário o tipo legal circunscrever o fato gerador, impondo suas condições”*.

Ademais, os efeitos indenizatórios pactuados em acordos coletivos somente repercutem na esfera da relação de emprego, não atingindo terceiros estranhos à relação laboral, entre os quais, a Previdência Social.

Nesse sentido, nos ensina Adriana Hilgenberg de Araújo (Direito do trabalho e direito processual do trabalho: temas atuais, Editoria Juruá, p 55 e 56) : *“ Como visto, as convenções e acordos coletivos são fontes do Direito do Trabalho, cujas cláusulas serão aplicadas a todos os pertencentes a uma determinada categoria ou empresa (no caso dos acordos). As cláusulas, tanto as obrigatórias (CLT artigo 616), facultativas, obrigatórias ou normativas, devem respeitar o ordenamento legal, não podendo ferir preceitos, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, salvo expressa autorização .”* (grifei).

Assim, a observância ao ordenamento jurídico infraconstitucional não agride a garantia constitucional do reconhecimento das convenções e acordos coletivos, prevista no inciso XXVI, art. 7º, da Constituição Federal, vez que se encontra insculpida, em toda a Constituição, o respeito ao princípio da legalidade.

Em consequência, os acordos coletivos não têm a força de alterar disposições legais, em especial, as inseridas nas Leis 8.212/91 e 10.101/00.

Ademais, a própria autuada afirma que os valores pagos pela empresa a título de produtividade possui a natureza de prêmio.

E, segundo Amauri Mascaro Nascimento: *“A natureza jurídica do prêmio não sofre, praticamente, contestações. É uma forma de salário vinculado a um fator de ordem pessoal do empregado ou geral de muitos empregados, via de regra a sua produção. Daí falar-se, também, em salário por rendimento ou salário por produção. Caracteriza-se, também, pelo seu aspecto condicional. Uma vez verificada a condição de que resultam, devem ser pagos”*. (In “Teoria Jurídica do Salário”, Editora LTR, 1994, pg. 256).

Portanto, prêmio é remuneração. Esse também é o entendimento do TST:

“Prêmio é gratificação, e gratificação é salário, se ajustada expressa ou tacitamente, porque a CLT não exige o ajuste expresso” TST pleno E-RR 1943/82 - DJU 06/12/85 - pág. 22644”

E, sendo o lançamento um ato vinculado, a fiscalização, ao constatar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária e o não recolhimento do valor devido, lavrou o competente AI, em estrita observância aos ditames legais.

Dessa forma, não há amparo legal para a não-incidência de contribuição previdenciária sobre a verba intitulada “produtividade”, pago pela empresa em favor de seus empregados.

A fiscalização constatou, ainda, que a empresa pagou à empregada Vilma e ao sócio Valmir Amaral, a quantia de R\$13.300,00 que, segundo a fiscalização, corresponde a pagamento de remuneração.

A recorrente não nega tais pagamentos, mas apenas se justifica alegando tratar-se, no caso da empregada Vilma, de adiantamento pago no dia 10/09/2008, e devolvido pela beneficiária no dia 11/09/2008.

Contudo, não prova o alegado.

Ou seja, a empresa apenas insiste em afirmar que não houve o fato gerador da contribuição social sem, contudo, apresentar provas. O art. 333 do Código de Processo Civil estatuiu que o ônus da prova cabe a quem alega, ou seja, aquele que alega um fato é quem deve provar. A parte que não produz prova, convincentemente, dos fatos alegados, sujeita-se às consequências do sucumbimento, porque não basta alegar.

Há mandamento expresso na Lei 9.784/99 quanto ao ônus probatório, conforme segue: ART 36. *Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.*

Em que pese a autuada insistir em afirmar que a devolução da quantia citada está registrado nos Livros Razão e Diário, não juntou cópia dos referidos registros para provar suas alegações, ou outros elementos para serem analisados por este Conselho, não havendo, portanto, que se falar em cancelamento das exigências lançadas por meio do AI ora discutido.

Da mesma forma, relativamente ao pagamento feito pela empresa ao sócio Valmir Antônio Amaral, a título de adiantamento no dia 10/09/2008, não traz provas de que trata-se de distribuição de lucros futuros, conforme alegado.

Já os registros contábeis fazem prova de que tais pagamentos não se tratam de adiantamento de remuneração ao de distribuição de lucros futuros, devendo, dessa forma, serem mantidos os lançamentos relativos à contribuição incidente sobre os valores pagos a título de adiantamento.

É ainda objeto do lançamento objeto do presente processo administrativo fiscal a contribuição incidente sobre os pagamentos realizados a contribuinte individual que prestou serviços à empresa.

Observa-se que a recorrente não nega que tenha tomado os serviços do segurado citado no Relatório Fiscal, mas apenas alega que, por não ter sido emitida nota fiscal de serviços, não restou caracterizado o fato gerador da obrigação previdenciária, pois entende que, para a deflagração da incidência tributária, não basta o mero reconhecimento contábil da despesa pela empresa, mas considera-se ocorrido o fato gerador da obrigação previdenciária

principal em relação à empresa no mês em que for paga ou creditada a remuneração, sendo certo que se considera creditada a remuneração na data da emissão do documento comprobatório, qual seja, a nota fiscal de prestação de serviços.

Contudo, a IN 03/2005 e a IN 971/2009, vigentes à época da ocorrência do fato gerador, deixam claro que considera-se ocorrido o fato gerador da obrigação previdenciária principal e existentes seus efeitos, em relação à empresa, no mês em que for paga ou creditada a remuneração, o que ocorrer primeiro, ao segurado contribuinte individual que lhe presta serviços e considera-se creditada a remuneração na competência em que a empresa contratante for obrigada a reconhecer contabilmente a despesa ou o dispêndio ou, no caso de equiparado ou empresa legalmente dispensada da escrituração contábil regular, na data da emissão do documento comprobatório da prestação de serviços.

No caso da empresa recorrente, não há a dispensa da escrituração contábil regular, e seus livros contábeis registraram as despesas com os pagamentos ao referido contribuinte individual, devendo ser mantida a contribuição previdenciária incidente devida.

A recorrente insurge-se, ainda, contra a multa e a correção aplicada.

Contudo, é oportuno salientar que a utilização da taxa para atualizações e correções dos débitos apurados e a multa aplicada encontram respaldo nos art. 34 e 35, da Lei 8.212/91 vigentes à época da ocorrência do fato gerador (multa mais benéfica ao contribuinte).

Cabe destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: *“o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”*

E sendo a atividade administrativa vinculada aos ditames legais, a fiscalização lavrou o competente Auto, fazendo incidir juros e multa, em observância à legislação que rege o lançamento.

Em relação ao argumento de ausência de prejuízo, mister lembrar que o descumprimento de obrigações legais, sejam elas acessórias ou principais, sempre prejudica o erário, e é com o objetivo do melhor funcionamento da administração tributária, para que não se faça letra morta à lei e se evite a sonegação fiscal em massa é que o legislador impôs a penalidade pecuniária ao sujeito passivo que vilipendia obrigação legal a todos imposta.

A empresa autuada requer, ainda, que seja afastada a responsabilização pessoal dos sócios pelas dívidas tributárias da empresa, ressaltando que não restou demonstrado, pela autoridade fiscal, a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Todavia, cumpre esclarecer que a inclusão do nome dos co-responsáveis é um dos requisitos necessários para a constituição do crédito.

O sujeito passivo que deve suporta o ônus contido no AI em tela é a própria empresa, sendo ela, em primeira análise, a responsável pelo crédito ora discutido, não podendo

se afirmar que sejam as pessoas arroladas no relatório de co-responsáveis, neste momento, o sujeito passivo da obrigação inadimplida.

Desse modo, a indicação dos sócios e administradores no anexo denominado de CORESP nada mais representa do que documento instrutório do AI, previsto na legislação previdenciária.

Como o art. 79, inciso VII, da Lei nº 11.941/2009, revogou o art. 13 da Lei nº 8.620/93, a simples indicação dos representantes legais da empresa por meio do CORESP não implica a sua inscrição de imediato em dívida ativa.

Registre-se que a lista nominal serve apenas como uma relação indicativa de representantes legais arrolados pelo fisco, já que posteriormente servirá de consulta para a Procuradoria da Fazenda Nacional.

Porém, para deixar claro que o fisco não pode incluir as pessoas físicas relacionadas no CORESP de pronto na certidão da dívida ativa, entendo que deva ser deixado consignado o provimento parcial do recurso, eis que necessário para o dispositivo final do julgado.

Nesse sentido, acato o requerimento formulado pela recorrente, a fim de afastar a co-responsabilidade dos representantes legais.

Pelo exposto e

Considerando tudo mais que dos autos consta,

VOTO por CONHECER DO RECURSO, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para excluir do débito os valores relativos ao Auxílio Alimentação, por improcedência, e para deixar claro que o rol de co-responsáveis é apenas uma relação indicativa de representantes legais arrolados pelo fisco, podendo servir, posteriormente, de consulta para a Procuradoria da Fazenda Nacional

É como voto

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes - Redator

DO CORESP

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa RÁPIDO BRASÍLIA TRANSPORTE E TURISMO LTDA em face da decisão que manteve o lançamento referente às contribuições devidas e não pagas a Terceiros e Fundos (FNDE, INCRA, SEBRAE, SEST e SENAT).

No caso em análise, não obstante o bom arrazoado trazido pela nobre Conselheira Relatora, no sentido de que o rol de co-responsáveis é apenas uma relação

indicativa de representantes legais arrolados pelo fisco, que pode servir, posteriormente, de consulta para a Procuradoria da Fazenda Nacional, tenho como certo que a responsabilidade da pessoa física não pode decorrer da simples falta de pagamento de tributo.

Além disso, é inquestionável que o lançamento tributário tem sua exigibilidade em face da sociedade contribuinte. O que é questionável é a exigibilidade de tais créditos perante o administrador dessa sociedade.

A sujeição passiva da obrigação principal no direito tributário, como é sabido, se dá de duas formas: por contribuição (CTN 121, parágrafo único, inciso, I) ou por responsabilização (CTN 121, parágrafo único, inciso II). No caso em tela, inegável a condição de contribuinte da sociedade.

De outro lado, é completamente dúbia a condição de responsável do administrador por esses créditos. O que o sistema tributário prevê é a responsabilidade tributária do administrador por atos irregulares – atos ultra vires –, seja este administrador sócio ou não.

A forma da responsabilização daquele que exerça cargo de administração ou gerência encontra-se presente no art. 135, inc. III do CTN, que dispõe: “Art. 135 – São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...] III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

De maneira que, sem a presença dos requisitos do art. 135, não há de se falar em responsabilidade do sócio administrador. Nesse sentido leciona o prof. Luciano Amaro: “Para que incida o dispositivo, um requisito básico é necessário: deve haver prática de ato para qual o terceiro não detinha poderes, ou de ato que tenha infringido a lei, o contrato social ou o estatuto de uma sociedade. Se inexistir esse ato irregular, não cabe a invocação do preceito em tela”(in *Direito Tributário Brasileiro*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P.319).

In casu, o fisco não colacionou aos autos nenhuma manifestação que delimite a ter havido a prática de ato para o qual os relacionados não detivessem poderes, ou de ato que tenha infringido a lei, o contrato social ou o estatuto da empresa. Nesse sentido, uníssono é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO. RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. ART. 135, III. DO CTN.

PRECEDENTES.1. A arguição da exceção de pré-executividade com vista a tratar de matérias de ordem pública em processo executivo fiscal – tais como condições da ação e pressupostos processuais – somente é cabível quando não for necessária, para tal mister, dilação probatória. 2. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à comprovação das demais condutas nele descritas: prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei contrato social ou estatutos.3. Recurso especial provido”[g.n]

(Resp 426.157/SE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 18.08.2006 p. 361)."

Assim, ante a impossibilidade de responsabilização tributária dos administradores da recorrente pelos créditos lançados (art. 135 do CTN), ante a ausência de provas no sentido da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei contrato social ou estatutos, devem ser excluídos da relação de vínculos as pessoas nele relacionadas, no que dou provimento ao recurso voluntário nesta parte.

DA MULTA

E no que se refere à multa aplicada, torna-se importante apreciar, de ofício, a matéria, tendo em vista se tratar de questão de ordem. Dessa forma, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea "c", deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

"Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996."

E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

"Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso."

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento."

Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

No mais, acompanho as doughtas considerações da relatora em seu voto condutor.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, nos seguintes termos:

a) preliminarmente, voto no sentido de afastar a responsabilidade dos administradores da recorrente inseridos na lista do anexo CORESP;

b) aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/91 combinado com o art. 61, §2º da Lei nº 9.430/96, até A COMPETÊNCIA 11/2008, se benéfica ao contribuinte.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Redator designado