



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

Processo nº 10166.722652/2010-40
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-002.785 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente RÁPIDO BRASÍLIA TRANSPORTE E TURISMO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

AUTO DE INFRAÇÃO -DEIXAR DE INCLUIR REMUNERAÇÃO DE SEGURADO EM FOLHA DE PAGAMENTO

Toda empresa está obrigada a preparar folha de pagamento das remunerações pagas ou creditada a todos os segurados a seu serviço.

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.

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.

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 ao recurso voluntário, nas preliminares, para afastar a responsabilidade dos administradores da recorrente, nos termos do voto do Redator. 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 nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redator: 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 Auto de Infração, lavrado em 17/11/2010, por ter deixado a empresa acima identificada de preparar folhas de pagamento das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo INSS, infringindo, dessa forma, o art. 32, inciso I, da Lei 8.212/91, c/c o art. 225, inciso I e § 9º, Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

Conforme Relatório Fiscal da Infração, a autuada efetuou pagamento de remuneração a segurados empregados e contribuintes individuais, sem que essas parcelas remuneratórias tenham transitado pela Folha de Pagamentos, conforme constatado por meio de análise das folhas e da escrituração contábil do Contribuinte, na qual foram identificados os registros de pagamentos de remuneração em diversas contas contábeis, bem como da documentação por ele apresentada.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 03-42.889, da 7ª Turma da DRJ/BSB (fls. 467), julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário.

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

Inicialmente, reitera que, ao contrário do que apontou a fiscalização, não houve qualquer omissão no preparo de folhas de pagamento pela empresa, uma vez que os valores pagos aos empregados da empresa e aos contribuintes individuais não se caracterizam, em absoluto, remuneração a ensejar contribuição previdenciária.

Reafirma que as verbas concedidas a título de produtividade tratam-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.

Argumenta que, se não subsistem os lançamentos correspondentes às obrigações principais, a mesma sorte devem seguir os autos de infração lavrados em decorrência do descumprimento de obrigações acessórias, impondo o afastamento da multa aplicada.

Assevera que não há que se falar em qualquer incorreção ou omissão nas informações prestadas pela empresa por meio de GFIP.

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 alega que não houve qualquer omissão no preparo de folhas de pagamento pela empresa, uma vez que os valores pagos aos empregados da empresa e aos contribuintes individuais não se caracterizam, em absoluto, remuneração a ensejar contribuição previdenciária.

Entende que os pagamentos a título de produtividade foram feitos com base na Lei 10.101/2000, não se tratando, portanto, 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.

Cumprir 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” .

Assim, está correto o procedimento fiscal ao lavrar o Auto de Infração por ter a empresa deixado de informar, em folha de pagamento, na base de cálculo da contribuição previdenciária, os valores pagos pela recorrente a título de produtividade, como também está correta a decisão recorrida em manter o auto em relação a tal rubrica;.

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.

A recorrente omitiu, ainda, em folha, 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 autuação relativamente a tais valores não informados em folha de pagamento.

Nesse sentido, tendo as verbas pagas a título de produtividade ou adiantamento natureza salarial, a sua não inclusão em folha de pagamento constitui infração à legislação previdenciária, consoante determinação expressa no art. 32, inciso I, da Lei 8.212/91, transcrito a seguir:

Art. 32. *A empresa é também obrigada a:*

I - preparar folhas-de-pagamento das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo órgão competente da Seguridade Social;

A penalidade aplicada encontra fundamento nos dispositivos legais discriminados nos relatórios que compõem o Auto de Infração, não podendo ser relevada, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos previstos no §1º, do art. 291, do Decreto 3.048/99.

Portanto, ao deixar de informar, em folha de pagamento, a remuneração paga à totalidade dos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviços, a recorrente infringiu obrigação a todos imposta, prevista na legislação previdenciária.

E como não é facultado ao servidor público eximir-se de aplicar uma lei, a Autoridade Fiscal, ao constatar o descumprimento de obrigação acessória, lavrou corretamente o presente auto, em observância ao art. 33 da Lei 8212/99 e art. 293 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99:

Art.293. Constatada a ocorrência de infração a dispositivo deste Regulamento, a fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social lavrará, de imediato, auto-de-infração com discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, dispositivo legal infringido e a penalidade aplicada e os critérios de sua gradação, indicando local, dia, hora de sua lavratura, observadas as normas fixadas pelos órgãos competentes.

Pelo exposto, constata-se que, o ao contrário do que afirma a recorrente, o auto foi lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente autuante identificado, de forma clara e precisa, a obrigação acessória descumprida e os fundamentos legais da autuação e da penalidade, bem como demonstrado, de forma discriminada, o cálculo da multa aplicada.

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 somente 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/06/2013 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 07/08

/2013 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 02/07/2013 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, As

sinado digitalmente em 28/06/2013 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES

Impresso em 04/12/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 arrazoadado 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.

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;

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Redator designado