



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

Processo n° 10530.003287/2007-70
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° 2403-000.749 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de setembro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/10/2006

PREVIDENCIÁRIO. ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA
CONSTITUCIONAL. MULTA DE MORA.

Ao contribuinte cabe o ônus de provar o alegado.

O CARF não se pronuncia sobre matéria tributária constitucional, nos termos da Súmula n° 2 do CARF.

Recálculo da multa de mora 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, 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 Mauricio Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

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

Relatório

Assim relatou a DRJ, *verbis*:

“DO LANÇAMENTO.

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD nº 37.124.752-7), lavrada pela fiscalização em face da empresa DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA E OUTROS, refere-se, de acordo com o Relatório Fiscal às fls. 181/209, às contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados contribuintes individuais.

O presente lançamento corresponde ao montante de R\$ 402.047,81 (quatrocentos e dois mil, quarenta e sete reais e oitenta e um centavos), valor consolidado em 09/10/2007, referente ao período de 04/1999 a 10/2006.

O procedimento fiscal foi autorizado pelo Mandado de Procedimento Fiscal a fl. 433. Conforme detalhadamente descrito no Relatório Fiscal, constam do presente lançamento os seguintes levantamentos:

- 1- ASJ (Assessoria Jurídica), relativo ao período de 06/1999 a 10/2005;*
- 2- CIN (Contribuintes Individuais), relativo ao período de 04/1999 a 05/2006;*
- 3- CPA (Contribuintes Individuais Pastas Apreendidas), relativo ao período de 04/1999 a 05/2006;*
- 4- DPS (Despesas Particulares Sócios), relativo ao período de 06/2000 a 04/2006;*
- 5- FRN (Frete não declarados em GFIP), relativo ao período 06/1999 a 07/2005;*
- 6- FPA (Frete Pastas Apreendidas), relativo ao período de 06/1999 a 01/2001;*
- 7- PLI (Pró-labore Indireto), relativo ao período de 06/1999 a 10/2006;*
- 8- RCA (Representantes Comerciais Autônomos), relativo ao período 02/2002 a 10/2006;*
- 9- RCV (Recibos Comissões s/ Vendas), relativo ao período de 08/1999 a 03/2004;*

10- TCH (Troca de Cheques), relativo ao período de 06/1999 a 11/2002.

As contribuições apuradas, as alíquotas aplicadas e os créditos considerados, assim como os acréscimos legais aplicados, constam explicitados nos seguintes anexos: Discriminativo Analítico do Débito (DAD), Discriminativo Sintético do Débito (DSD) e Relatório de Lançamentos (RL).

A empresa Cerealista Castro Ltda foi cientificada do presente lançamento, em razão de pertencer a grupo econômico de fato com a empresa Cerealista Castro Ltda, em 29/10/2007, conforme AR à fl. 890.

A empresa Nova Colina Administrações de Bens Patrimoniais Ltda foi cientificada via Edital, à fl. 891, em razão de pertencer a grupo econômico de fato com as empresas Distribuidora Barreiras de Alimentos Ltda e Cerealista Castro Ltda.

A empresa Distribuidora Barreiras de Alimentos Ltda (DIBAL) foi cientificada do presente lançamento em 15/10/2007, conforme AR A fl. 455, tendo sido cientificada novamente em 29/10/2007, conforme AR A fl. 889, onde consta a informação que ela pertence a grupo econômico de fato.”

DA IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA DIBAL.

A empresa Distribuidora Barreiras de Alimentos Ltda apresentou impugnação em 13/11/2007, as fls. 897/911, alegando, em síntese, que:

PRELIMINAR: DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.

Entende a Impugnante que os supostos créditos levantados pela fiscalização, anteriores a outubro de 2002, não podem ser constituídos, uma vez que fulminados pelo instituto jurídico da decadência.

As contribuições previdenciárias correspondem à modalidade de lançamento por homologação, não se aplicando o art. 45 da Lei 8.212/91, incidindo o §4º, do art. 150, do CTN.

O art. 45 da Lei 8.212/91 é inconstitucional.

INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AUTÔNOMOS E AVULSOS.

Inicialmente é importante destacar que as irregularidades apontadas como receitas indiretas dos sócios efetivamente foram contabilizadas erroneamente como ‘suprimento de caixa’. Verificado o equívoco, a Impugnante já providenciou as correções devidas configurando os valores como empréstimo aos sócios, calculado a dívida perante a empresa com os juros e as correções devidas, já sendo iniciada a amortização.

Isto por si só já é razão para a desconsideração da presente imputação, porque empréstimo não é remuneração. Se assim for considerado, haverá enriquecimento ilícito uma vez que o valor retirado pelos sócios está sendo devolvido à empresa.

Mesmo que não fosse, exigência da contribuição sobre autônomos e avulsos denota falta de qualquer suporte de juridicidade.

Os pagamentos efetivados aos autônomos não têm natureza salarial, posto que não se lhe pode atribuir vínculo de emprego. A remuneração paga ou creditada aos prestadores de serviços não se enquadra no art. 195, inciso I, da Constituição Federal, logo a exigência se torna indevida por ausência de previsão constitucional.

Ainda que não fosse por esse motivo, já suficiente para decretar a procedência da ação, note-se que as mencionadas Lei 8.212/91 e 9.528/97, quando de suas edições, alargaram a hipótese de incidência até então existente, em total afronta aos termos do art. 146 e 149 da Carta Magna.

Tal contribuição foi, no entanto, declarada inconstitucional pelo STF, concluindo-se não dever a obrigação atingir autônomos que pagam outros autônomos, bem assim as cooperativas de trabalho e as sociedades civis prestadoras de serviços.

Não há contribuição, portanto, quando o prestador de serviços é firma individual.

DA REVISÃO FISCAL.

Assim, a toda evidência decorrente dos documentos ora anexados, resta equivocado o levantamento fiscal procedido.

Em face da nova realidade trazida pelos referidos documentos, que devem ser analisados em respeito a busca da verdade material, é a presente para requerer expressamente uma REVISÃO FISCAL para que seja depurado do suposto débito os valores indevidamente exigidos, com a realização da devida prova pericial.

DO PEDIDO.

Requer que a Notificação Fiscal ora impugnada seja declarada nula, tendo em vista a afronta à legislação e a princípios constitucionais, ou caso assim não entenda, seja julgada improcedente ante a ocorrência da decadência, e todas as alegações da defesa.

Requer, ainda caso este julgador não entenda pela nulidade do presente levantamento, seja procedida uma REVISÃO FISCAL para o fim de se depurar do suposto débito os valores indevidamente exigidos, ou, em sendo necessária, a produção de PROVA PERICIAL.

DA DILIGÊNCIA.

O presente processo foi baixado em diligência, conforme despacho às fls. 925/927, no intuito de ser regularizada a ciência da empresa Nova Colina Administradora de Bens Patrimoniais

Ltda, em razão de não constar nos autos o motivo dela ter sido cientificada através de Edital.

DA IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA NOVA COLINA ADMINISTRADORA DE BENS PATRIMONIAIS LTDA.

Regularizada a sua ciência, conforme assinatura à fl. 927, a empresa Nova Colina apresentou defesa às fls. 928/946, alegando, em síntese, que:

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA.

O patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o patrimônio dos sócios, devendo aquela responder pelos débitos eventualmente decorrentes do exercício da atividade empresarial.

Para que seja exigido dos sócios o adimplemento da obrigação contraída pela empresa é indispensável a prova, a cargo do Fisco, de que os sócios agiram com excesso de poder ou contrários à lei, conforme art. 135 do CTN. É imprescindível que reste comprovada a conduta dolosa na prática de infração ou excesso de poderes autorizadora da responsabilização pessoal, ressaltando-se que, o simples inadimplemento não configura essa situação.

Não há prova pela fiscalização de que tenha ocorrido qualquer ato previsto no art. 135 do CTN, que justifique a inclusão da Impugnante, sócia da pessoa jurídica contribuinte ou responsável pelas exações ora cobradas, como sujeito passivo co-responsável por tais débitos.

O fato de ser a Impugnante uma pessoa jurídica, mesmo que sócia do contribuinte fiscalizado, não dirime o Fisco do ônus de comprovar que o sócio do contribuinte autuado tenha dado razão a qualquer ocorrência dos requisitos previsto pelo citado art. 135, conforme assegura o STJ.

Importante considerar, por fim, que a Impugnante somente foi constituída em agosto de 2004, conforme se pode observar dos atos constitutivos anexos. Assim, não poderia ser responsabilizada por atos ocorridos antes desta data, que a luz do art. 135 do CTN, somente poderiam ser praticados por aqueles com poderes de administração e gerência, conforme jurisprudências transcritas.

Assim, ao não poder ingressar no pólo passivo da obrigação tributária decorrente dos débitos ora lançados e cobrados, é ilegítima a imputação de responsabilidade à Impugnante pelo presente débito, devendo ser a NFLD anulada ou que seja sanada tal equívoco com o afastamento desta empresa do pólo passivo deste PAF.

DA DECADÊNCIA.

O art. 45 da Lei 8.212/91 é inconstitucional, conforme Súmula Vinculante no 08 do Supremo Tribunal Federal.

No presente caso, entende a Impugnante que os supostos créditos levantados pela fiscalização, anteriores a outubro de 2002, não

podem ser constituídos, uma vez que fulminados pelo instituto jurídico da decadência.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AUTÔNOMOS E AVULSOS.

A empresa Nova Colina alega nesse tópico, da mesma forma que a empresa DIBAL, que as irregularidades apontadas como receitas indiretas dos sócios efetivamente foram contabilizadas erroneamente como 'suprimento de caixa'. Verificado o equívoco, a Impugnante já providenciou as correções devidas configurando os valores como empréstimo aos sócios, calculado a dívida perante a empresa com os juros e as correções devidas, já sendo iniciada a amortização."

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar aos argumentos das impugnantes, a 7ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de Salvador – BA - DRJ/SDR, emitiu o Acórdão nº 15-23.557, mantendo procedente em parte o lançamento nos seguintes aspectos:

Aplicando a decadência referente ao período compreendido entre 04/1999 a 12/2003;

Determinando, de ofício, no que tange à aplicação da multa de mora, aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106 do CTN, para o momento do pagamento da referida contribuição, *verbis*:

“Nos casos de falta de declaração e falta de recolhimento, a Medida Provisória nº 449 alterou a regra de imposição das multas de mora por lançamento de ofício, anteriormente prevista no art. 35 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e por falta de declaração, anteriormente prevista no § 5º do art. 32 da mesma Lei, submetendo o lançamento de ofício à capitulação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que versa sobre a multa de 75%, nos casos de falta de recolhimento, de falta de declaração ou de declaração inexata, e de seu agravamento, quando couber.”

DO RECURSO

Inconformada, a recorrente apresentou, tempestivamente, Recurso Voluntário de fls. 1.035/1.044, com o mesmo argumento de inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre autônomos e avulsos; além da necessidade de se aplicar imediatamente a nova redação do art. 35 da Lei n. 8.212/91, no que tange à multa de mora.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fl. 1.051, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO MÉRITO

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada contra a recorrente, referente às contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados contribuintes individuais.

A recorrente alega inconstitucionalidade do art. 22, I da Lei n. 8.212/91. Diante disso, não há o que se pronunciar, posto que o CARF não é competente para se pronunciar sobre matéria constitucional nos termos da Súmula nº 02 do CARF, abaixo transcrita:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Noutro ponto, a recorrente assim impugna a autuação, *verbis*:

“Inicialmente é importante destacar que as irregularidades apontadas como receitas indiretas dos sócios efetivamente foram contabilizadas erroneamente como ‘suprimento de caixa’. Verificado o equívoco, a recorrente já providenciou as correções devidas configurando os valores como empréstimo aos sócios, calculado a dívida perante a empresa com o juro e as correções devidas, já sendo iniciada a amortização.

Isto por si só já é razão para a desconsideração da presente imputação, porque empréstimo não é remuneração. Se assim for considerado, haverá enriquecimento ilícito uma vez que o valor retirado pelos sócios está sendo devolvido à empresa.

Ocorre que, como bem frisou a DRJ no seu Acórdão de fls. 975/982v, a recorrente, que não estava desincubida de provar o alegado, apenas alegou equívoco na contabilização do empréstimo, sem, contudo, provar o alegado.

Por esse motivo, no que tange à alegação de empréstimo aos sócios, não subsiste razão à recorrente, devendo o recurso ser julgado improcedente.

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, **no momento do pagamento.**

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.

Por falta de amparo legal, não há como prosperar o pleito da recorrente para que seja aplicado o recálculo nesta fase processual, devendo ocorrer, quando do pagamento, conforme já destacado.

CONCLUSÃO

Do exposto, dou provimento parcial ao recurso, para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Marcelo Magalhães Peixoto