



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

Processo nº 10680.721674/2010-73
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.319 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de janeiro de 2013
Matéria SALÁRIO INDIRETO: MÚTUO.
Recorrente RDB ALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2009

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VERBA PAGA A TÍTULO DE ALIMENTAÇÃO SEM INSCRIÇÃO NO PAT. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. Tendo em vista que a recorrente deixou de impugnar expressamente a exigência fiscal no que se refere a impossibilidade de incidência das contribuições previdenciárias sobre verbas pagas ao segurado a título de alimentação, referida matéria se encontra preclusa, nos termos do art. 17 do Decreto 70.235/72.

MULTA. CONFISCO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. Não cabe ao CARF a análise de constitucionalidade da legislação tributária.

MULTA. FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA EDIÇÃO DA MP 449/08, CONVERTIDA NA LEI 11.941/09. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. CÁLCULO QUE CONSIDERA A SOMA DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA. Nos termos do artigo 144 do CTN, o lançamento deve se reportar à legislação tributária válida no momento da ocorrência do fato gerador, mesmo que venha a ser posteriormente revogada. Se além do descumprimento da obrigação principal relativa ao adimplemento de contribuições devidas, deixou o contribuinte de informar tais fatos geradores em GFIP, em se tratando de fatos geradores ocorridos anteriormente à edição da MP 449/08, não pode a fiscalização considerar para fins de aplicação da multa mais benéfica a soma da obrigação acessória e da principal, eis que, à época dos fatos, possuíam fundamentação legal específica.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, dar provimento parcial para que seja aplicada a multa de mora prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991 na redação vigente à época dos fatos geradores, limitada a 75%.

Júlio César Vieira Gomes - Presidente

Lourenço Ferreira do Prado - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima MAcado, Tiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por RDB ALIMENTOS LTDA, em face de acórdão que manteve a integralidade do Auto de Infração n. 37.264.155-5, lavrado para a cobrança de contribuições previdenciárias parte da empresa e destinadas ao GILRAT, incidentes sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais.

Consta do relatório fiscal (fls. 59) que a empresa foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas de Pequeno Porte - SIMPLES e do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e contribuições - SIMPLES NACIONAL, de acordo com o que se segue:

a-) SIMPLES - através do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 153/2009 de 20/10/2009 por ter auferido no ano calendário 2006 faturamento superior ao limite estabelecido para a permanência no sistema nos termos do art.9º, inciso II da Lei 9.317/1996, com efeito, a partir de 01/01/2007.

b-) SIMPLES NACIONAL - através do Ato Declaratório Executivo DRF/BHE nº 154/2009 de 20/10/2009 por ter auferido no ano calendário 2006 receita bruta superior ao limite estabelecido para a adesão conforme o disposto no inciso I do art. 12º da Resolução CGSN nº 4, com efeitos a partir de 01/07/2007.

Por tais motivos, foram considerados como fatos geradores o (i) valor das remunerações de seus segurados empregados, equivocadamente recolhidas nos termos da legislação que rege o SIMPLES, (ii) os valores pagos aos segurados empregados a título de alimentação, (iii) os valores de empréstimos concedidos ao sócio Fernando Martins Francisco Domingues Areco, considerados pela fiscalização como pró-labore e (iv) os próprio pró-labore declarado como creditado ao mesmo sócio na sistemática da legislação do SIMPLES.

No que se refere a caracterização dos empréstimos como pró-labore, o relatório fiscal justificou que apesar da contabilidade apresentar escrituração de entradas e de valores da pessoa jurídica na Conta Empréstimos aos sócios, não restou comprovada as transferências de valores, uma vez que a documentação que a contribuinte possuía para tanto resumia-se no contrato de mútuo, sem os comprovantes das transferências dos valores, tendo justificado que todo o empréstimo se deu em moeda corrente, para suprimento de caixa.

O relatório fiscal aponta que também não foram contabilizados os juros.

Em primeira instância o lançamento só fora combatido no que se refere a caracterização dos empréstimos a título de pró-labore, tendo a contribuinte informado, inclusive, já ter retificado suas GFIP's quanto aos pagamentos das contribuições aos segurados empregados.

Devidamente intimado do julgamento em primeira instância (fls. 239/244), a recorrente interpôs o competente recurso voluntário, através do qual sustenta:

1. que a justificativa adotada pelo v. acórdão no sentido de que a comprovação dos empréstimos deveria se dar mediante cheque nominal ou mesmo declaração de IR, por não possuir amparo na Lei, mas apenas na jurisprudência do CARF, deve ser afastado, por ofensa ao princípio da legalidade, insculpido na Constituição Federal;
2. que o art. 591 do CPC não exige que a operação de mútuo possua ajuste de juros para que venha a ser considerada como tal, tendo em vista que referido artigo apenas estabelece que no mútuo os juros são presumidos.
3. que a desconsideração da possibilidade de realizar-se o mútuo em moeda nacional, mas somente por cheque nominal, configura-se em contravenção penal, tendo em vista o curso forçado da moeda;
4. que os valores lançados sobre a verba paga a título de alimentação devem ser expurgados, mesmo que a contribuinte não esteja inscrita no PAT, em conformidade com o que determina a jurisprudência do STJ;
5. que a exigência de multa no patamar de 75%, haja vista a edição da MP 499/2008, implicou retroatividade e agravamento da penalidade, sem embargo de que a devida, se algo for devido a esse título, é a prevista no art. 35, inciso II, alínea "a", da Lei 8.212/91, no patamar de 24%.
6. que a multa aplicada viola o princípio do não confisco;

Processado o recurso sem contrarrazões da Procuradoria da Fazenda Nacional, subiram os autos a este Eg. Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado, Relator

CONHECIMENTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, dele conheço.

Sem preliminares.

MÉRITO

Inicialmente, conforme já relatado, há de se considerar que a recorrente impugnou parcialmente o presente Auto de Infração, deixando de fazê-lo de forma expressa com relação ao lançamento efetuados sobre as rubricas salários de segurados empregados e pró-labore pago aos sócios em decorrência de sua exclusão do SIMPLES, bem como com relação ao lançamento de contribuições relativas a salário indireto a título de alimentação.

Logo, resta imperioso reconhecer, que a discussão relativa a tais matérias encontra-se preclusa, nos termos do que dispões o art. 17 do Decreto 70.235/72, a seguir:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Assim, não conheço do recurso quanto a tais matérias.

Também deixo de analisar as alegadas violações ao princípio do não-confisco e da legalidade, tendo em vista, que tais matérias não podem ser analisadas por este Eg. Conselho, em respeito à competência privativa do Poder Judiciário, já que, o afastamento da aplicação da Legislação referente, indubitavelmente, ensejaria o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei em vigor, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, "a" e III, "b" da Constituição Federal, o que é vedado a este Eg. Conselho.

Sobre o tema, o CARF consolidou referido entendimento por meio do enunciado da Súmula n. 02, a seguir:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”.

Já no que se refere a irresignação quanto a comprovação dos empréstimos realizados, num primeiro momento faz-se necessário apontar que a recorrente não trouxe aos autos qualquer comprovação de suas alegações, mormente no que se refere a comprovação da saída e entrada de recursos no caixa da empresa, seja na tentativa de justificar a possibilidade deste colegiado aceitar, em conjunto com outras provas, que de fato houve o empréstimo, e que este foi em dinheiro em espécie.

Todavia, nem mesmo o próprio contrato de mútuo a recorrente traz aos autos.

Desta forma, não vejo como adotar-se outra conclusão, senão aquela constante no v. acórdão de primeira instância, que a mímica de afastar a possibilidade de reconhecimento de um empréstimo em dinheiro, apenas adotou a indicação da existência de cheque nominal como um dos meios de prova cabíveis para a comprovação da transferência de recursos.

Por fim, a recorrente também se insurge quanto multa aplicada no presente Auto de Infração, sustentando erro do fiscal na aplicação da legislação referente a penalidade.

Sobre o assunto, assim justificou o fiscal a aplicação da multa:

6.3. - Entretanto, relativamente aos fatos geradores, descritos nos itens 4.1, 4.2 e 4.3. competências até 11/2008. cujas contribuições devidas não foram recolhidas e nem declaradas em GFIP, foi observado o disposto no art. 106, inciso II. alínea c do Código Tributário Nacional - CTN (Lei 5172 de 25/10/1966), em que a lavratura da multa deve ser feita com a penalidade menos severa, resultante da comparação entre a aplicação da multa de ofício estabelecida pelo inciso I do art. 44 da Lei nº 9430/96(75%) e a soma da multa de mora do inciso I do art. 35(24%) mais a multa prevista na legislação anterior à edição da medida provisória 449/2008, aplicando-se a que for mais benéfica para o sujeito passivo.

6.4 - Esclarecemos que em relação à legislação anterior para efeito da comparação da penalidade mais benéfica foi calculada a multa sobre as contribuições dos segurados empregados e dos contribuintes individuais que não foram declaradas em GFIP. contrariando o artigo art.32, inciso IV, parágrafo 3. e 5., cujo cálculo e respectiva base de cálculo consta do anexo VI deste relatório.

6.6- Diante disso nas competências 01/2007 à 11/2008 foi feita à comparação entre multa de ofício estabelecida pelo inciso I do art. 44 da Lei nº 9430/96(75%) e a soma da multa de mora do inciso I do art.35(24%) mais a multa prevista no art.32, parágrafo 5. da Lei 8212, com redação dada pela Lei 9528/97. NO anexo VII deste relatório consta o quadro comparativo das multas.

6.6.1 - Após a comparação verificamos que para as competências 01/2007, 02/2007, 03/2007, 07/2007 e 13/2007, representadas pelo código de levantamento "SCI" "ALI", e "CU" a multa mais benéfica é a prevista no art. 44, inciso I, da Lei 9430/96, no importe de 75% sobre a totalidade das contribuições que não foram declaradas e não recolhidas, instituída pela MP 449 de 03/12/2008 e para as demais competências citadas no item acima, representadas pelo código de levantamento "SC", "AL", "CI", "EP". "PL" multa mais benéfica é da legislação anterior a MP449. ou seja, a multa de mora do inciso I do art.35(24%) para contribuições não recolhidas e não declaradas, mais a multa prevista no art.32, parágrafo 5. da Lei 8212, com redação dada pela Lei 9528/97 por deixar de declarar todos os fatos geradores das contribuições.

Ao assim proceder, o fiscal autuante efetuou para efeitos de aplicação da legislação mais benéfica a soma da multa de mora de 24% pelo descumprimento da obrigação principal com a multa a ser aplicada pela entrega de GFIP com omissão de todos os fatos geradores de contribuição previdenciária. Do resultado da soma, a comparou com a multa de ofício de 75%, trazida à lume pela redação da nova Lei 11.941/09. Entendeu, pois, por aplicar esta última, com base no art. 106, III, “c”, do CTN, considerando-a como mais benéfica.

Em que pese referido entendimento, o mesmo não há que prosperar.

Ao aplicar a multa relativamente a fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei 11.941/09, deveria o fiscal ter considerado aquilo o que determinado pelo art. 144 do CTN, a seguir:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

E a época dos fatos geradores, a multa que vigia para o presente lançamento era a multa de mora, estabelecida para o art. 35 da Lei 8.212/91, a seguir:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

Logo, na aplicação da multa, deveria o fiscal ter observado o comando do Código Tributário Nacional e ter aplicado no presente Auto de Infração a multa objeto do art. 35 supra, além de lavrar o competente Auto de Infração (FL 68), aplicando a multa pelo descumprimento de obrigação acessória conforme determinava o art. 32 da Lei 8.212/91.

Ante todo o exposto, voto no sentido de **CONHECER PARCIALMENTE** do recurso voluntário, e na parte conhecida em **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, apenas para que a multa aplicada no período anterior à vigência da MP 449/08, seja aquela descrita no revogado artigo 35 da Lei 8.212/91, limitada a 75%.

É como voto.

Lourenço Ferreira do Prado