



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

Processo n° 11330.000262/2007-33
Recurso n° 264084 Voluntário
Acórdão n° **2301-02.483 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 2 de dezembro de 2011
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente ATL ALGAR TELECOM LESTE S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/09/2005 a 30/09/2005

Ementa: CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE REMUNERAÇÃO DE CONTRIBUINTE INDIVIDUAL

É devida pela empresa a contribuição incidente sobre a remuneração paga ao segurado contribuinte individual que lhe presta serviços.

JUROS E MULTA DE MORA

A utilização da taxa de juros SELIC e a multa de mora encontram amparo legal nos artigos 34 e 35 da Lei 8.212/91.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Impossibilidade de apreciação de inconstitucionalidade da lei no âmbito administrativo.

RESPONSABILIDADE. SÓCIOS. REQUISITOS DO ART. 135 DO CTN.

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.

Recurso Voluntário Provido 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 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 nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redator designado: Damião Cordeiro de Moraes. Sustentação oral: Caio Tanigushi - OAB: 242.279/SP.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros- Relator.

Damião Cordeiro De Moraes - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete De Oliveira Barros, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Wilson Antonio De Souza Correa.

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, incidente sobre a remuneração paga ao contribuinte individual que lhe prestou serviços.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 38), constitui fato gerador da contribuição lançada a remuneração paga ao Diretor Alfonso Gallardo Sosa, a título de Pró-Labore, 13º. Pró-Labore, 1/3 Férias Pró-Labore e Férias Pró-Labore, quando de sua retirada da empresa.

A autoridade lançadora informa que a empresa recolheu, na competência 09/2005, o valor de R\$.14.812,49, relativo à contribuição descontada do segurado contribuinte individual e às contribuições incidentes sobre as verbas pagas a título de Pró-Labore, 13º. Pró-Labore e 1/3 Férias Pró-Labore, não recolhendo, contudo, a contribuição devida sobre Férias Pró-Labore.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 12-15.797, da 11ª Turma da DRJ/RJOI (fls. 114), julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 128), alegando, em síntese, o que se segue.

Reafirma que não incide contribuições previdenciárias sobre os pagamentos realizados a estrangeiros residentes provisoriamente no país e desvinculados do RGPS.

Alega que, ao contrário do que entendeu a Autoridade Fiscal, o fato de um estrangeiro residir no país, ainda que permanentemente (para fins meramente fiscais), não é suficiente a ensejar sua vinculação ao referido sistema, e que a legislação do "Imposto de Renda" citada no acórdão nunca poderia ter sido utilizada para fins de enquadramento de cidadão estrangeiro ao sistema previdenciário nacional, pois tal expediente é de competência exclusiva da legislação própria que trata do custeio da seguridade social brasileira.

Transcreve os arts. 11 e 12, da lei 8.212/91, para demonstrar que as contribuições devidas recaem sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados da Previdência Social e não aos residentes para efeitos de imposto de renda, e que qualquer trabalhador que não se enquadre a uma das hipóteses do citado art. 12 está dispensado de contribuir para a Seguridade Social, assim como a sua remuneração não pode ser considerada base de cálculo para as contribuições previdenciárias devidas pela empresa que o contratou.

Entende que somente nas hipóteses das alíneas "c" e "f", do inciso I, do art. 12 da Lei 8.212/91, que tratam do segurado empregado, é que um estrangeiro poderá ser considerado segurado para dar nascimento à obrigação de recolhimento da contribuição previdenciária a cargo da empresa, mas que, em ambos os casos, além de ser necessária a prova de residência no país como ânimo definitivo, o estrangeiro deve trabalhar como empregado em sucursal, agência ou empresa nacional localizada no exterior, o que não é o caso presente, uma

vez que o estrangeiro contratado pela Recorrente prestou os serviços em empresa nacional, sediada e localizada no território nacional, e para tanto precisou acomodar-se temporariamente no país.

Defende que não basta que um estrangeiro exerça o cargo de diretor não empregado para ser considerado segurado obrigatório da Previdência Social, sendo necessário, imprescindível e obrigatório que tal estrangeiro se enquadre numa das hipóteses de inscrição do RGPS, e exigir a contribuição sobre as férias *pro labore* do estrangeiro em questão implica desafiar o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial que estabelece todas as diretrizes orçamentárias do sistema previdenciário.

Ressalta que o estrangeiro contratado pela Recorrente sempre contribuiu para a seguridade social de seu país de origem, conforme comprova Declaração emitida pela própria seguridade social estrangeira, o que indica que o estrangeiro nunca pretendeu fixar residência no país, tampouco vincular-se ao sistema previdenciário.

Esclarece que a Declaração acostada pela Recorrente foi datada em janeiro de 2.007 pelo simples fato de ter sido requerida naquele momento, período em que foram coletadas as provas para instrução da impugnação, o que não significa dizer que o estrangeiro vinculou-se ao sistema previdenciário de seu país apenas em 2.007, mas sim que este sempre foi vinculado àquele sistema, até a data da emissão da declaração, ao contrário do que presumiu a Autoridade Fiscal, isso

Traz trecho do Parecer CJ 2.991/2003 que versa sobre a vinculação de estrangeiros ao RGPS, que, conforme entende, se aplica ao caso, o que não ocorre com a definição de "residente no Brasil" dada pela IN 208/02, que se presta tão somente a evitar a evasão por intermédio da indevida remessa de recursos ou indevida negociação de bens no exterior.

Assevera que se a Recorrente apurou e recolheu as contribuições previdenciárias sobre os pagamentos realizados ao Sr. Alfonso Gallardo Sosa, seja a qual título tenha sido efetuado, o fez de forma indevida, de onde se conclui pela existência de créditos perante a Secretaria da Receita Federal Previdenciária, que serão apurados e aproveitados na forma da lei, oportunamente.

Aduz que restou configurada a hipótese contida no item 7, da alínea "e", § 9º, do art. 28 da Lei 8.212/91, segundo a qual "não integram o salário de contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente, as importâncias recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário:

Alega ilegalidade e inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC para correção de débito tributário, e ilegalidade da inclusão dos diretores da recorrente no pólo passivo.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

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

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

Inicialmente, a recorrente alega que a legislação do "Imposto de Renda" citada no acórdão nunca poderia ter sido utilizada para fins de enquadramento de cidadão estrangeiro ao sistema previdenciário nacional, pois tal expediente é de competência exclusiva da legislação própria que trata do custeio da seguridade social brasileira.

Ocorre que a legislação citada não foi utilizada para fins de enquadramento de cidadão estrangeiro no RGPS, conforme entendeu de forma equivocada a recorrente, mas apenas serviu de reforço aos argumentos expendidos pelo relator do acórdão combatido.

Conforme exposto com muita clareza no art. 37 do Acórdão recorrido, a IN 208/02, foi utilizada **subsidiariamente** no presente caso para esclarecer o conceito de residente no Brasil.

Os fundamentos utilizados pela fiscalização no levantamento do débito são aqueles discriminados nos relatórios integrantes da NFLD, e em nenhum momento, reitera-se, o prolator do acórdão recorrido fundamentou a filiação do estrangeiro ao RGPS na legislação do IR .

A autoridade julgadora de primeira instância apenas demonstrou, contrapondo-se aos argumentos da recorrente em sua peça impugnatória, que o referido segurado era, sim, residente no país à época da ocorrência do fato gerador, de acordo com a definição legal de residente trazida pela legislação do IR, e segundo classificação constante da cópia da cédula de identidade de estrangeiro do Sr. Alfonso Gallardo Sosa, então diretor da empresa notificada.

Parece que a recorrente quer demonstrar que um mesmo estrangeiro pode ser enquadrado como residente nos termos da legislação do Imposto de Renda e, ao mesmo tempo, não ser residente para efeitos da legislação previdenciária, o que carece de razoabilidade.

Ademais, a recorrente não logrou êxito em comprovar que o referido estrangeiro não mantinha a condição de residente no Brasil.

Mesmo porque, em nenhum momento ela nega que o Sr. Alfonso Gallardo Sosa era Diretor da empresa notificada.

E, de acordo com a Lei nº 6.815/80, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, é vedado, ao estrangeiro titular de visto temporário, o exercício ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade comercial ou civil.

Portanto, sendo o Sr. Alfonso diretor da recorrente, não poderia ser detentor de visto temporário.

A notificada entende que somente nas hipóteses das alíneas "c" e "f", do inciso I, do art. 12 da Lei 8.212/91, que tratam do segurado empregado, é que um estrangeiro poderá ser considerado segurado para dar nascimento à obrigação de recolhimento da contribuição previdenciária a cargo da empresa.

Porém, as citadas alíneas tratam de segurados na condição de empregados, estrangeiros ou não, que trabalham para empresas brasileiras no exterior ou para empresas com maioria de capital nacional, mas domiciliada no exterior.

No caso presente, o citado segurado está enquadrado como contribuinte individual.

A alínea "f", do inciso V, do mesmo art. 12 citado acima, estabelece que o diretor não empregado, que é o caso do Sr. Alfonso, é segurado do RGPS na condição de contribuinte individual.

E o parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social trazido pela recorrente trata de técnico estrangeiro remunerado no exterior e com vinculação à previdência social do seu país, o que, conforme consta dos autos, não é o caso sob análise.

Ademais, cumpre esclarecer que, ao contrário do que entende a notificada, os pareceres da Consultoria Jurídica aprovados pelo Ministro da Previdência Social não obrigam o Conselho de Contribuintes, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda.

A recorrente insiste em afirmar, mas não prova sua afirmação, que o Sr. Alfonso Gallardo Sosa era vinculado ao regime previdenciário de seu país.

O documento acostado às fls. 90 apenas demonstra que o Sr. Alfonso laborava para a empresa Radionvável Dipsa SA de CV, estando inscrito regime previdenciário mexicano naquela data, mas não quando da ocorrência do fato gerador.

A recorrente se justifica argumentando que a Declaração acostada foi datada em janeiro de 2.007 pelo simples fato de ter sido requerida naquele momento, período em que foram coletadas as provas para instrução da impugnação, o que não significa dizer que o estrangeiro vinculou-se ao sistema previdenciário de seu país apenas em 2.007

Contudo, tal declaração foi emitida pela Radiomóvil, empresa mexicana, empregadora do segurado em janeiro de 2007, e não pelo Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

O que foi afirmado pelo julgador de primeira instância, e corroborado por esta Conselheira, é que o referido documento não comprova que o Sr. Alfonso Gallardo Sosa "sempre esteve amparado pelo Instituto Mexicano de Seguro Social".

Entendo que cabe a quem alega comprovar suas alegações. Se a recorrente afirma que o Sr. Alfonso sempre esteve amparado pela previdência social mexicana, deveria ter trazido elementos comprobatórios dessa afirmação.

Há mandamento expresso na Lei 9.784/99 quanto ao ônus probatório, conforme seu 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.*"

A parte que não produz prova, convincentemente, dos fatos alegados, sujeita-se às conseqüências do sucumbimento, porque não basta alegar. E a convicção da autoridade julgadora advém, no processo administrativo fiscal, dos elementos probatórios carreados pela fiscalização e pela recorrente.

Daí a necessidade de se juntar aos autos elementos comprobatórios dos fatos alegados.

Cumprido observar que a fiscalização constatou que a própria recorrente recolheu, na competência 09/2005, a contribuição descontada do Sr Alfonso, bem como as contribuições incidentes sobre as verbas a ele pagas a título de Pró-Labore, 13º Pró-Labore e 1/3 Férias Pró-Labore, deixando de fazê-lo somente em relação à contribuição devida sobre Férias Pró-Labore, o que denota o reconhecimento, por parte da empresa notificada, da condição de segurado contribuinte individual de seu Diretor.

A recorrente não nega tal afirmação, mas se justifica alegando que se a Recorrente apurou e recolheu as contribuições previdenciárias sobre os pagamentos realizados ao Sr. Alfonso, seja a qual título tenha sido efetuado, o fez de forma indevida, de onde se conclui pela existência de créditos perante a Secretaria da Receita Federal Previdenciária, que serão apurados e aproveitados na forma da lei, oportunamente.

Ora, mas ela não comprovou o que tenha se equivocado.

Pois, entendo que não houve equívoco algum, tendo a recorrente recolhido corretamente parte da contribuição previdenciária devida, restando apenas recolher a diferença relativa ao pagamento realizado a título de “Férias Pró-Labore”.

Na tentativa de afastar a incidência da contribuição previdenciária, a recorrente sustenta, ainda, que restou configurada a hipótese contida no item 7, da alínea "e", § 9º, do art. 28 da Lei 8.212/91, segundo a qual "não integram o salário de contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente, as importâncias recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário

No entanto, conforme se verifica, a verba em comento não se trata de abono ou ganhos eventuais, e sim de valor vinculado a férias.

Mesmo que se tratasse de abono, não há lei que expressamente o desvincule do salário.

E se a rubrica foi paga quando das férias do segurado, ou quando de sua rescisão, não há que se falar em eventualidade, pois a lei é clara em não excluir do salário de contribuição os valores relativos a férias, que é uma verba paga somente uma vez a cada ano, ou quando da rescisão do segurado, e sobre a qual incide contribuição previdenciária.

Portanto, não há que se falar em “ganhos eventuais” para pagamentos relacionados a férias.

A recorrente inova em seu recurso, em relação à impugnação, ao alegar ilegalidade e inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC para correção de débito tributário.

No entanto, cabe observar que o argumento acima não foi apresentado em defesa, o que, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, se consubstancia em matéria não impugnada, para a qual ocorreu a preclusão do direito de discussão.

Porém, ainda que não se considerasse ocorrida a preclusão, verifica-se, no caso presente, que a utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados encontra respaldo no art. 34, da Lei 8.212/91, não havendo que se falar em ilegalidade da referida exação.

E este CARF uniformizou a jurisprudência administrativa sobre tais matérias, por meio, das súmulas nºs 2 e 3.

A recorrente alega, ainda, impossibilidade da inclusão dos diretores da recorrente no pólo passivo da NFLD.

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 na NFLD 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 da NFLD, previsto na legislação previdenciária.

Como o art. 79, inciso VII, da Lei n.º 11.941/2009, revogou o art. 13 da Lei n.º 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 restar 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.

No entanto, mantenho a lista nominal **apenas como uma relação indicativa de representantes legais arrolados pelo fisco**, já que, posteriormente, poderá servir de consulta para a Procuradoria da Fazenda Nacional, cabendo a ressalva de que esses nomes não poderão ser inscritos de imediato em dívida ativa, somente com base na indicação trazida pelo fisco.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

VOTO por **CONHECER DO RECURSO**, para, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, 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 Damiano Cordeiro de Moraes

DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade da pessoa física não pode decorrer da simples falta de pagamento de tributo. É inquestionável que o lançamento tributário tem sua exigibilidade em face da sociedade contribuinte. Porém, 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.

Inexiste, no direito tributário pátrio, espécie de responsabilização objetiva do sócio por créditos tributários inadimplidos pela sociedade. O que o sistema 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.”

Sem a presença dos requisitos do art. 135, não há de se falar em responsabilidade do sócio administrador. Nesse sentido leciono 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.

12. Em 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), devem ser excluídos da relação de vínculos as pessoas nele relacionadas.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para afastar a responsabilidade dos administradores da recorrente.

Damião Cordeiro de Moraes