



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

Processo n° 13971.003321/2010-19
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2403-002.052 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MONTE CLARO PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/11/2008

INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTAMENTO DE NORMAS LEGAIS. VEDAÇÃO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não é competente para afastar a aplicação de normas legais e regulamentares sob fundamento de inconstitucionalidade.

PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Conforme determinação do Código Tributário Nacional (CTN) a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Recurso Voluntário provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32A da Lei 8.212/91, na redação dada pela

Lei 11.941/2009. Votaram pelas conclusões os conselheiros Ivacir Julio de Souza, Jhonatas Ribeiro da Silva, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e Marcelo Freitas de Souza Costa.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Freitas Souza Costa e Jhonatas Ribeiro Da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis, Acórdão 07-24.457 da 6ª Turma, que julgou a impugnação improcedente.

A autuação foi assim apresentada no relatório do acórdão recorrido:

Trata-se de Auto de infração, lavrado contra a empresa identificada, por ter deixado de informar mensalmente ao INSS, por intermédio da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), os dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias e outras informações de interesse do mesmo, o que constitui infração ao inciso IV, do art. 32, e §§ 3.º e 9.º da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, acrescentados pela lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997, c/c o art. 225, IV e §§ 2.º, 3.º e 4.º do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999.

Consta dos autos amplo e detalhado relatório fiscal, fls. 19/35, emitido pela fiscalização, a qual considerou como fato gerador de contribuição previdenciária os valores contabilizados pela empresa supracitada a título de mútuo ao Diretor Presidente, Sr. Rolf Kuehnrich.

Os fatos apurados estão indicados como segue, e os elementos de prova acompanham o processo principal, auto de infração 37.280.445-4, autuado no processo administrativo 13971.003319/2010-31.

A autoridade lançadora informa que a ação fiscal na empresa Monte Claro Participações e Serviços S.A teve como precedente a fiscalização desenvolvida na pessoa física do Sr. Rolf Kuehnrich, com o objetivo de verificação do imposto de renda das pessoas físicas.

No curso daquela ação fiscal, da análise da elevada movimentação bancária do contribuinte, se verificou que os recursos recebidos por Rolf Kuehnrich foram provenientes de operações de mútuo firmadas com a empresa Monte Claro. O relatório fiscal apresenta no item 05, descrição detalhada dos fatos e dos documentos examinados na fiscalização efetuada na pessoa física. O contribuinte pessoa física apresentou 02 contratos de mútuo a respeito dos quais, a fiscalização informa o que segue: Os contratos não estão registrados em cartório; disponibilizam créditos na ordem de R\$ 900.000,00 e R\$ 1.800.000,00 com vencimentos em 09/01/2007 e 09/01/2008 respectivamente; não consta remuneração pelo empréstimo, que

ficou em aberto; os contratos foram assinados por Rolf Kuehnrich, como mutuário, e Frederico Kuehnrich Neto, seu filho, que é o Diretor Vice Presidente. Informa que a dívida não está registrada nas DIRPF referente aos anos calendários 2006 e 2007, sendo que consta da DIRPF do ano calendário 2008, quando o contribuinte já estava sob investigação.

Relata que em decorrência da conexão da movimentação financeira do contribuinte (Rolf Kuehnrich) com a empresa Monte Claro, foi efetuada a intimação desta para a apresentação de documentos e livros. Da análise dos elementos disponibilizados constatou-se a situação relatada a seguir.

A empresa não tinha imobilizado, nem apresentava movimentação contábil em bancos. A Monte Claro registrou em sua contabilidade o mútuo concedido ao Diretor Presidente Rolf Kuehnrich, na conta 1933- 2.1.9.1.10, a qual está classificada no passivo com sinal negativo. A empresa registra valores elevados de investimento na empresa que detém o controle, a Teka Tecelagem Kuehnrich S. A. A Monte Claro apresentou prejuízo acumulado nos exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2008, no valor aproximado de 30 (trinta) milhões de reais por exercício. Detinha dívidas classificadas no grupo exigível a longo prazo, também na ordem de 30 milhões de reais. Que apesar de estar previsto nas Atas de Assembléia, remuneração ao Presidente e Vice Presidente, limitada ao valor de R\$ 1.000,00, não foram apurados registros na contabilidade da empresa; A Monte Claro não registrou pagamentos de despesas de custeio, como água, luz, telefone, transporte, escrituração etc, normais em qualquer tipo de empreendimento. Cita que em decorrência destes fatos, é de se questionar a razão de uma empresa conceder empréstimos milionários ao seu Diretor Presidente, não obstante apresentar dívidas com valores substanciais em seu passivo, e vultoso prejuízo acumulado. Não se verificou a intenção da reaver estes empréstimos, concedidos desde 2006.

Apresenta quadro de créditos concedidos, o qual indica a movimentação bancária na conta pessoal de Rolf Kuehnrich e a conexão com a conta contábil 1933- 2.1.9.1.10 - ROLF KUEHNRIK. Informa que os recursos financeiros tinham como origem a empresa TEKA. Os valores perfazem um total de R\$ 1.664.000,00 nos anos de 2006 e 2007. Foram efetuadas diversas intimações a empresa, no sentido de que esta apresentasse esclarecimentos a respeito dos fatos apurados. Nas diversas respostas efetuadas pelo contribuinte, a fiscalização informa que restou confirmado que não houve amortização dos empréstimos efetuados.

A fiscalização relata que se verificou a prática de irregularidade da Monte Claro ao deixar de proceder a retenção do imposto de renda na fonte e o recolhimento de contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos ao seu Diretor Presidente.

Apresenta conclusão, na qual entende que os valores pagos pela Monte Claro, a título de mútuo na realidade se trata de pagamentos de verbas remuneratórias. Em resumo, elenca os seguintes fatos apurados: a) O mutuário obteve ao longo dos anos de 2006, 2007 e 2008, empréstimos mensais, sucessivos e

com valores elevados, b) Não houve qualquer tipo de amortização na dívida ao longo dos anos de 2006, 2007 e 2008 e o mútuo permanece inalterado 4 anos após as primeiras concessões, c) Que ocorre uma clara rotina de pagamentos, efetuados próximo do dia 05 de cada mês, no valor exato de R\$ 60.000,00 com uma complementação menor a cada quinzena de cada mês. d) Que em valores históricos foi concedido um total de R\$ 2.492.600,00 até 31/12/2008, conforme registro no livro Razão, com uma remuneração inexpressiva da Monte Claro a título de atualização monetária, e) Os contratos não prevêem qualquer tipo de garantia da dívida, f) O Sr. Rolf Kuehnrich atesta que os valores recebidos do mútuo foram consumidos como despesas pessoais, g) A dívida não consta das declarações de imposto de renda de 2006 e 2007 de Rolf Kuehnrich. h) Os contratos de mútuo apresentados não foram averbados em registro público, não tendo validade perante terceiros, nos termos do Código Civil Brasileiro, i) O mutuário é o próprio mandatário da mutuante, sendo que também tem influência sobre a Teka, empresa do qual os recursos se originaram, j) A Monte Claro apresentou prejuízos acumulados substanciais e dívidas elevadas em seu passivo, não se justificando a concessão dos empréstimos a título de mútuo, sem qualquer esforço para o recebimento, k) Que apesar de constar em atas, não se constatou o pagamento de honorários a diretores, na contabilidade da empresa. Que em decorrência de todos estes fatos, os pagamentos foram considerados como verbas de natureza remuneratória, com a incidência de contribuição previdenciária.

Para os fatos geradores lançados no presente auto de infração, em virtude de ausência de recolhimento e de declaração em GFIP, em cada competência foi aplicada multa considerando a penalidade menos severa, resultante da comparação entre a multa de ofício, estabelecida no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996 (75%) e a soma das multas pelo descumprimento de obrigação acessória - AI 67, com a multa de mora dos lançamentos das obrigações principais inclusas nos autos de infração 37.280.445-4 e 37.280.446-5, prevista na Lei 8.212/91, artigo 35, II, com a redação da Lei 9.876/99.

*Conforme demonstrativo fls. 36/38, a multa mais benéfica ao contribuinte foi a decorrente da legislação anterior. Nos termos da legislação anterior, pela infração acima descrita, foi aplicada multa no valor de **R\$ 70.157,71** (prevista na Lei 8.212/91, art. 32, IV, §§ 4.º e 7.º, acrescentados pela Lei 9.528/97 e no art. 284, inciso I e §§ I.º e 2.º do Regulamento da Previdência Social.*

A fiscalização cita ainda que a omissão de fato gerador de contribuição previdenciária em GFIP configura, em tese, crime de sonegação de contribuições previdenciárias de acordo com o disposto no Código Penal - Decreto Lei nº 2.848 de 07/12/1940, alterado pela Lei nº 9.983, de 14/07/2000, tendo motivado Representação Fiscal para Fins Penais, com comunicação as autoridades competentes para as providências cabíveis.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, onde alega, em síntese, que:

- Nulidade do acórdão por não ter analisado a totalidade dos pedidos e fundamentos apresentados.
- Excesso de exação, pois sobre a multa majorada ainda houve um acréscimo de 5% por mês calendário
- Ilegalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada.
- O Acórdão é nulo, porque indeferiu o requerimento formulado pela empresa (item III da Impugnação), no sentido de que fosse determinada a reunião, para julgamento conjunto, deste processo àqueles relacionados na Impugnação: 13971.003292/2010-87, e 13971.003293/2010-21, porque envolvem os mesmos "fatos geradores" e existe identidade dos elementos de prova (art. 9º, § 1º, do Decreto nº 70.235/72).
- O fato gerador, motivador da autuação em apreço, diz respeito aos mútuos firmados entre a Recorrente e o seu Diretor, que no entender da fiscalização se tratavam de verbas remuneratórias, objeto de discussão no AI nº 37.280.445-4.
- Ao contrário do que continua defendendo o Acórdão recorrido, tais valores não se referem a verbas remuneratórias, mas a empréstimos realizados por meio de contratos de mútuo.
- A empresa não informou os referidos "pagamentos" em GFIPs, porque os mesmos não são fatos geradores do tributo em questão.
- Insubistência do AI nº 37.280.445-4 (Processo nº 13971.003319/2010-31)
- Não houve prova de nenhum fato gerador.
- Da aplicação da Lei nº 11.941/09
- Atualmente, para o caso em apreço, a alteração benéfica trazida pela Lei nº 11.941/09, sem dúvida, é aquela que resultou no art. 32-A, I, da Lei nº 8.212/91.

É o relatório

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

PRELIMINARES**NULIDADE – ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE**

A recorrente pleiteia a nulidade do acórdão recorrido por não ter analisado a totalidade dos pedidos e fundamentos apresentados (ilegalidade e inconstitucionalidade)

Inicialmente deve-se registrar que tanto o lançamento como os acréscimos têm respaldo nas leis.

Cumpra esclarecer que não compete aos órgãos julgadores da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade de normas legais.

O Decreto nº 6.764, de 10 de fevereiro de 2009, que aprovou a Estrutura Regimental do Ministério da Fazenda apresenta as atribuições do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, no artigo 32.

Art. 32. Ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, órgão colegiado julgante, paritário, compete julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos especiais, sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme estabelecido nos arts. 25, inciso II, e 37, § 2º, do Decreto nº 70.235, 6 de março de 1972, alterado pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008.

Parágrafo único. Metade dos conselheiros integrantes do CARF será constituída de representantes da Fazenda Nacional, e a outra metade, de representantes dos contribuintes, indicados pelas confederações representativas de categorias econômicas de nível nacional e pelas centrais sindicais

Note-se, que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

A Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF, em seu artigo 62 expressamente veda aos julgadores do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Observe-se, que somente nas hipóteses contempladas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência, o que não se vislumbra no presente caso.

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Para haver harmonia nos julgamentos, conforme artigo 72 do Regimento Interno, o CARF emitirá súmulas para decisões reiteradas e uniformes, de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Nesse sentido, quando da Consolidação das Súmulas dos Conselhos de Contribuintes, foi editada a Súmula CARFnº 2:

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

Dessa forma, não há como se acolher a pretensão da contribuinte, em relação a ilegalidade e inconstitucionalidade de normas ou atos normativos que fundamentaram o presente lançamento.

NULIDADE – APRECIÇÃO CONJUNTA DE PROCESSOS

A tese apresentada pela recorrente é da nulidade do Acórdão, porque indeferiu o requerimento formulado pela empresa (item III da Impugnação), no sentido de que fosse determinada a reunião, para julgamento conjunto, deste processo àqueles relacionados na Impugnação: 13971.003292/2010-87, e 13971.003293/2010-21, porque envolvem os mesmos "fatos geradores" e existe identidade dos elementos de prova.

Tal tese é apresentada com fundamento no artigo 9º, § 1º, do Decreto nº 70.235/72, que transcrevo:

*Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em **autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade**, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

Entendo que a questão foi bem abordada e bem resolvida na decisão de primeira instância. Por esse motivo transcrevo trecho daquela decisão, informando que, pelas mesmas razões, também aqui no CARF tais processos não serão julgados por turmas distintas:

*Quanto aos demais lançamentos citados pelo contribuinte, informo que o processos **13971.003292/2010-87, trata de exigência de imposto de renda da pessoa jurídica e o processo 13971.003293/2010-21, se refere a lançamento de imposto de renda retido na fonte**. Ambos tem como sujeito passivo a pessoa jurídica Monte Claro Participações e Serviços S.A e são inerentes a exigência de outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, não se tratando, portanto de matéria conexa ao presente lançamento e deverão se apreciados por outra turma de julgamento, com competência específica para estes tributos.*

MÉRITO

A recorrente vincula este processo ao processo nº 13971.003319/2010-31, que trata da obrigação principal e que foi julgado por este colegiado nesta sessão de julgamento.

Por concordar com a recorrente reapresento aqui o discutido naquele processo.

MÚTUO / PRÓ-LABORE

O lançamento tem por base o que a fiscalização considerou verbas remuneratórias (pró-labore) do senhor Rolf Kuehnrich, presidente da empresa.

O recurso alega que trata-se de mútuo, apresenta contratos e afirma que não ocorreram fatos geradores da contribuição.

Entendo que deve prevalecer a verdade material e o que me leva a concordar com a fiscalização é o conjunto de indícios abaixo apresentados:

- O senhor Rolf é o presidente da empresa.
- Não houve pagamento de pró-labore (as atas das assembleias da MONTE CLARO prevêm o pagamento de honorários aos seus diretores, porém a contabilidade da mesma não registra nenhum tipo de pagamento a este título).

Relatório Fiscal

h) Ainda de acordo com as atas de assembleias, havia previsão de remuneração aos administradores, limitada ao valor de R\$ 1.000,00 ao mês. De se ressaltar que os administradores eram ROLF KUEHNRIK e seu filho FREDERICO KUEHNRIK NETO. Ou seja, havia previsão de remuneração aos diretores da empresa, sendo que, nos livros contábeis, não foram identificados pagamentos de honorários.

- Regularmente, por volta do dia 5 de cada mês, ocorria transferência.

- Mensalmente, sem exceção, ocorreram transferências bancárias para o senhor Rolf, média de R\$ 62.666,67 no ano 2006, de R\$ 76.000,00 no ano 2007 e R\$ 69.050,00 no ano 2008.

Relatório Fiscal

A vinculação destes créditos com o mútuo firmado entre ROLF e a MONTE CLARO está fundamentada na contabilidade da própria empresa, bem como nos históricos dos lançamentos bancários.

- O primeiro contrato de mútuo apresentado, refere-se ao ano 2006, com vencimento em 09/07/2007, não foi cobrado.
- O segundo contrato, ano 2007, vencimento em 09/01/2008 também não foi cobrado.
- Não houve qualquer tipo de amortização da dívida ao longo dos anos de 2006, 2007 e 2008, 2009 e 2010 (07/2010, final da ação fiscal).
- Em valores históricos, nos anos 2006 a 2008 foi transferido um total de R\$ 2.492.600,00.
- Os contratos de mútuo apresentados não foram averbados em registro público, não sendo oponível a terceiros, conforme artigo 221 do Código Civil Brasileiro;

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

- Os contratos foram assinados por Rolf Kuehnrich, como mutuário, e Frederico Kuehnrich Neto, seu filho, que é o Diretor Vice Presidente, como mutuante.
- Os contratos não prevêm qualquer tipo de garantia da dívida.
- A contabilidade não apresenta a apropriação dos juros atinentes ao respectivo contrato.

Relatório Fiscal

d) O saldo da dívida em 31/12/2008 era de R\$ 2.570.431,81, considerando os valores de atualização monetária. Em valores históricos, foi concedido um total de R\$ 2.492.600,00. Cumpre registrar que, como explicitado, a atualização monetária teve como base algum índice de risco, o que gerou atualização negativa em vários períodos. Do acima, verifica-se que a remuneração obtida pela MONTE CLARO foi mínima;

- Conforme o contrato, de acordo com a Cláusula Segunda, a remuneração pelo empréstimo ficou em aberto, devendo ser pactuada periodicamente pelas partes, sendo que não poderia ser inferior ao custo financeiro que a credora tivesse sobre a captação de seus recursos;

CLÁUSULA SEGUNDA - A importância efetivamente recebida constituirá débito líquido e certo, e sobre ela incidirá, até o efetivo reembolso, a remuneração que for pactuada periodicamente entre as partes, não podendo a mesma ser inferior ao custo financeiro que a CREDORA tiver sobre a captação de seus recursos.

- O Código Civil prevê a cobrança de juros em contratos de mútuo.

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

- A dívida não consta nas DIRPF de 2006 e 2007 de ROLF KUEHNRIKCH.
- Na DIRPF relativa ao ano de 2008, entregue em 28/04/2009, há o registro deste mútuo, (o contribuinte estava sob procedimento de investigação do Ministério Público Federal, cujo objeto era justamente a incompatibilidade com a movimentação financeira do Fiscalizado).

Relatório Fiscal

Cumpra ainda registrar que a dívida em questão, contraída junto à empresa MONTE CLARO, não está registrada nas DIRPF, referentes aos anos-calendário 2006 e 2007. Na DIRPF relativa ao ano de 2008, entregue em 28/04/2009, há o registro deste mútuo, sendo relevante comentar que, a esta época, o contribuinte já estava sob procedimento de investigação do Ministério Público Federal, cujo objeto era justamente a incompatibilidade com a movimentação financeira do Fiscalizado.

- Não se verifica, neste procedimento, qualquer benefício para a empresa (mútuo)
- A Monte Claro apresentava prejuízos acumulados substanciais, e dívidas milionárias em seu passivo, não justificando a concessão de outros empréstimos em relação aos quais não envidou esforços no recebimento.

Relatório Fiscal:

e) A empresa não registrou RECEITA OPERACIONAL, e apresentou um Prejuízo Acumulado de R\$ 36.635.355,44 em 31/12/2005, R\$ 34.434.210,02 em 31/12/2006, de R\$ 30.444.175,86 em 31/12/2007 e de R\$ 37.841.929,16 em 31/12/2008;

f) Detinha dívidas, classificadas no grupo do EXIGÍVEL A LONGO PRAZO, da ordem de 30 milhões de reais;

- O Sr. Rolf Kuehnrich atestou que os valores recebidos do mútuo foram consumidos como despesas pessoais.
- O acórdão apresentou jurisprudência onde consta que “As retiradas mensais da sócia da empresa, quando não confortadas com provas suficientes de se constituir mútuo, configura pro labore indireto, incidindo as contribuições previdenciárias pertinentes”

ALIMENTAÇÃO - PRESTAÇÃO IN NATURA - ADESÃO AO PAT - DESNECESSIDADE - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - RETIRADA DE NUMERÁRIO - PRO LABORE INDIRETO - SALÁRIO-MATERNIDADE - O prazo decenal, previsto no art. 45 da lei 8.212 /9i, foi declarado formalmente inconstitucional

por esta Corte, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 2000.04.01.092228-3. Assim, o prazo aplicável à decadência é o de 5 anos, cuja interrupção ocorre com a constituição dos créditos tributários. Não incide contribuição previdenciária sobre as parcelas relativas a alimentação prestadas in natura pelo empregador, forte no art. 28, § 9º, c, da lei nº 8.212/91, independente de adesão ao Programa de Alimentação ao Trabalhador (PAT), conforme orientação do STJ. A alimentação prestada ao trabalhador e custeada, total ou parcialmente pela empresa, efetivamente não configura contraprestação pelo trabalho, mas investimento da empresa na nutrição e bem-estar de seus empregados no ambiente de trabalho, de modo que tenham mais saúde e produtividade. Para configurar o benefício previsto no art. 7º da Constituição, a distribuição do lucro aos empregados deve obedecer aos requisitos da lei nº 10.101/00, excluindo-se o valor que excedeu ao limite de dois pagamentos por ano civil. A participação nos resultados da empresa pelos empregados implica existência de lucro, caso contrário a rubrica 'distribuição de lucro' configura salário. As retiradas mensais da sócia da empresa, quando não confortadas com provas suficientes de se constituir mútuo, configura pro labore indireto, incidindo as contribuições previdenciárias pertinentes. Salário-maternidade de empregada no comércio varejista, com salário variável, calculado na forma dos acordos coletivos de trabalho. (TRF-4ª R. - AC 2005.71.00.021538-9 - 2ª T. - Rei. Eloy Bernst Justo - DJ04.06.2008)(grifo nosso)

Entendo que a operação não foi de mútuo e que o procedimento fiscal está conforme o artigo 28, inciso III, da Lei nº 8.212/1991, segundo o qual, é responsabilidade a cargo da empresa a contribuição previdenciária incidente sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviço.

MULTA

O processo refere-se às competências 01/2006 a 11/2008 e a multa foi aplicada conforme o artigo 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 e parágrafos 4º e 7º.

No que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da recente Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009. A citada Lei 11.941/2009 alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, a Lei 11.941/2009, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:

“Art.32-A.O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do art. 32 no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:”

I- de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no §3º; e

II- de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de dez informações incorretas ou omitidas

§1º-Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso I do caput, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento

§2º Observado o disposto no § 3º, as multas serão reduzidas:

I- à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II- a setenta e cinco por cento, se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação

§3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I- R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária;

II- R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos”.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

Art.106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

No caso da presente autuação, a multa aplicada ocorreu nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 e do art. 32, § 5º, da Lei nº 8.212/1991, o qual previa que pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no art. 32, § 4º, da Lei nº 8.212/1991.

Para efeitos da apuração da situação mais favorável, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32,

§ 5º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32-A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Nesse sentido, entendo que na execução do julgado, a autoridade fiscal deverá verificar, com base nas alterações trazidas, a situação mais benéfica ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Carlos Alberto Mees Stringari