



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

Processo nº	15940.720174/2013-72
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	2201-003.413 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	07 de fevereiro de 2017
Matéria	Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente	VITAPPELLI LTDA - EM RECUPERACAO JUDICIAL
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2009 a 31/12/2011

COMPENSAÇÃO. COMPROVAÇÃO DO CRÉDITO PELO CONTRIBUINTE. OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS LEGAIS. NECESSIDADE.

Não havendo comprovação, pelo Contribuinte, de seu direito à compensação em decorrência da não exposição dos trabalhadores aos riscos ocupacionais, tampouco a correta informação no documento de crédito ensejador de seu direito ao encontro de contas com o sujeito ativo, é dever da Autoridade Fiscal glosar a compensação efetuada.

PRÓ-LABORE. COMPROVAÇÃO.

A alegação da existência de contrato mútuo, que justifique o pagamento de valores pela empresa ao sócio controlador, deve ser comprovada pela efetiva transferência e devolução dos valores envolvidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e no mérito, negar provimento ao recurso voluntário. Realizou sustentação oral o Dr. Eduardo Ferrari Lucena, OAB/DF nº 41.497.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Presidente.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Relator.

EDITADO EM: 24/02/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Dione Jesabel Wasilewski, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Daniel Melo Mendes Bezerra e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão que julgou improcedente a impugnação ao lançamento de contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamentos efetuados aos empregados e contribuintes individuais pela empresa, inclusive despesas com cooperativas de trabalho médico

Os motivos ensejadores do lançamento tributário se encontram no Relatório Fiscal (fls 1027 do processo digitalizado). Na ação fiscal foram constituídos os seguintes documentos de crédito:

- **Auto de Infração - Debcad nº 51.023.924-2**, no valor de R\$ 14.631.983,26, atualizado até dezembro de 2013, referente ao valor do tributo, juros e multa de ofício, relativo à quota patronal de contribuição previdenciária.
- **Auto de Infração - Debcad nº 51.023.925-0**, no valor de R\$ 3.440.520,00 atualizado até dezembro de 2013, referente ao valor do tributo, juros e multa de ofício, relativo à contribuição previdenciária devida sobre os valores pagos aos contribuintes individuais.
- **Auto de Infração - Debcad nº 51.023.926-9**, no valor de R\$ 5.051.150,44, atualizado até dezembro de 2013, referente ao valor do tributo, juros e multa de ofício, relativo à contribuição previdenciária retida dos segurados e não repassada.
- **Auto de Infração - Debcad nº 51.023.927-7**, no valor de R\$ 424.776,36, atualizado até dezembro de 2013, devida aos terceiros.
- **Auto de Infração - Debcad nº 51.023.928-5**, no valor de R\$ 11.662.498,88, atualizado até dezembro de 2013, multa isolada sobre a declaração de compensações indevidas, constituído no âmbito do processo administrativo nº 15940.720182/2013-19.
- **Auto de Infração - Debcad nº 51.023.930-7**, no valor de R\$ 10.886.926,50, atualizado até dezembro de 2013, referente a glosa de compensação indevida, constituído no âmbito do processo administrativo nº 15940.720182/2013-19.
- **Auto de Infração - Debcad nº 51.023.929-3**, no valor de R\$ 13.500,00, atualizado até dezembro de 2013, constituído no âmbito do processo administrativo nº 15940.720176/2013-61.

O crédito tributário constituído se refere a período de novembro de 2009 a dezembro de 2011. O lançamento tributário se aperfeiçoou com a ciência do devedor por via postal (AR fls. 1852), em 26 de dezembro de 2013.

Inconformado, o sujeito passivo apresenta impugnação (fls. 1854), tempestivamente. A 5ª Turma da DRJ em Juiz de Fora/MG, por unanimidade de votos, por meio do Acórdão 09.54.598 (fls. 1912), decidiu pela improcedência da impugnação.

Tal decisão contém o seguinte relatório, que adoto, por sua clareza e precisão (fls. 1183):

O Termo de Verificação e Conclusão Fiscal, ou Relatório Fiscal, de fls. 1027/1077, trata conjuntamente dos processos 15940.720174/2013-72 e 15940.720182/2013- 19 e explicita que a empresa entregou diversas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP) para o período objeto de apuração, de 11/2009 a 12/2011.

Afirma que, mesmo que o envio das informações através de GFIP retificadoras tenha sido efetuado antes do início do procedimento fiscal, não resta caracterizada a denúncia espontânea, uma vez que se trata de lançamento por homologação e tendo em vista que o contribuinte não quitou as diferenças devidas, concomitantemente com a retificação das GFIP, conforme entendimento expresso na Súmula nº 360 do STJ, segundo a qual “o benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, regularmente declarados, mas pagos a destempo”. Nesse sentido, cita ainda o art. 47 da Lei nº 9.430, de 1996 e a Súmula CARF nº 33.

De acordo com o mesmo Relatório Fiscal, o início do procedimento fiscal ocorreu em 07/05/2012, através do recebimento pessoal do Termo de Início do Procedimento Fiscal. Durante a ação fiscal, além de diversos termos lavrados, foram emitidos Termos de Ciência e de Continuação do Procedimento Fiscal, entre eles o termo datado de 10/09/2012, recebido por via postal em 19/09/2012, e o termo datado de 05/12/2012, recebido por via postal em 11/12/2012.

Da compensação de valores relativos a aquisições de produtos rurais Conforme item V do referido Relatório Fiscal, o contribuinte efetuou a compensação de contribuições previdenciárias incidentes sobre a aquisição da produção rural de produtores rurais pessoas físicas e segurados especiais, recolhidas no período de 01/2005 a 02/2008, conforme planilhas apresentadas à fiscalização, em resposta ao Termo de Intimação Fiscal de 05/04/2013.

De acordo com a autoridade lançadora, o contribuinte afirmou ter se compensado da contribuição patronal de 2,1%, incidente sobre a aquisição da produção rural, em razão de grande parte de sua produção ser destinada à exportação.

O Relatório Fiscal informa que o contribuinte não retificou as GFIP de 01/2005 a 02/2008 para delas excluir a aquisição de produtos rurais, não tendo desconstituído o crédito tributário anteriormente declarado.

Registra que as aquisições da produção rural de produtores pessoas físicas foram objeto de retenção das contribuições para a previdência social, conforme consta dos lançamentos levados a efeito na conta 4.1.03.100.00012-INSS AUTÔNOMOS PRODUTOR RURAL e contrapartidas na conta 2.1.03.002.00010-INSS RETIDO A RECOLHER.

Da compensação de valores declarados como adicional para financiamento da aposentadoria especial Conforme Relatório Fiscal, a compensação efetuada pelo contribuinte no período de 11/2009 a 12/2010 também se refere ao adicional de contribuição devido em razão da exposição dos trabalhadores a agentes nocivos, para financiamento da aposentadoria especial após vinte e cinco anos.

Novamente, o contribuinte não retificou as GFIP anteriormente entregues, para o período de 01/2005 a 08/2009, para delas excluir a referida contribuição, pelo que foram glosadas as compensações efetuadas.

Da compensação com direito a ressarcimento de crédito presumido de IPI Em outro item, a autoridade lançadora relata a ocorrência de compensações realizadas com direito a ressarcimento de crédito presumido de IPI, compensações essas já recepcionadas pelo sistema informatizado da RFB, pelo que não foi efetuado o lançamento de ofício.

Da glosa de retenção declarada em GFIP Foi efetuada ainda a glosa da retenção, prevista na Lei nº 9.711, de 1998, declarada em GFIP em 11/2009, 01/2011, 06/2011, 11/2011 e 12/2011, visto o contribuinte não ter prestado serviços, mediante cessão de mão de obra, mas ter comprado os supostos créditos de terceiros.

O contribuinte informou à fiscalização que as GFIP com retenção foram enviadas erroneamente e de forma irresponsável por empresa de consultoria tributária com sede no Rio de Janeiro.

Consta registrado contabilmente que os créditos adquiridos pela autuada foram deduzidos na conta INSS A PAGAR – 2.1.04.001.0002.

Em razão de as retenções declaradas serem inexistentes e, por se tratar de falsidade na declaração, reconhecida pela empresa, foi lançada a multa isolada, nos termos do art. 89, §10, da Lei nº 8.212, de 1991.

Do pro-labore indireto

De acordo com o Relatório Fiscal, o contribuinte fez costumeiramente operações de mútuo não oneroso entre a pessoa jurídica e a pessoa física do sócio administrador, Sr. Nilson Riga Vitale, não possuindo, os contratos realizados,

validade perante terceiros, incluindo a RFB, por não terem sido levados a Registro Público, conforme previsão contida no art. 221 do Código Civil Brasileiro.

A seguir, a descrição das operações realizadas:

Nos termos do artigo 586 do Código Civil o mútuo é definido como empréstimo de coisa fungível (dinheiro), portanto, o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu.

Em 30/11/2009, a Vitapelli debitou R\$ 6.000.000,00, na conta 2.2.02.002.00001- Nilson Riga Vitale-Longo Prazo e, em contra partida creditou a conta 2.1.01.002.20182-Nilson Riga Vitale. Senão vejamos o quadro demonstrativo abaixo:

(...)

O saldo final da conta 2.2.02.002.00001 é exatamente igual ao valor lançado na ficha "DECLARAÇÃO DE BENS E DIREITOS" da DIRPF do ano calendário de 2009, ou seja, R\$ 10.421.462,02, portanto, os cheques emitidos, em 30/11/2009, contra o Banco Bradesco S A (20 cheques no valor R\$ 300.000,00 cada um), foram considerados como efetivamente resgatados, conquanto estes, ao menos até 31.12.2012, figurem no passivo da empresa VITAPELLI LTDA- Em recuperação Judicial e como credor o Senhor NILSON RIGA VITALE.

Ocorre que na mesma data, a empresa emitiu 20 cheques contra o Banco Bradesco S A (BBV), no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) cada, totalizando R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), para devolução de empréstimos de mútuo ao senhor NILSON.

Contudo, também na mesma data (30.11.2009), os referidos cheques foram creditados na conta Banco Bradesco S A (BBV) - conta contábil 1.1.01.0002.00006 e debitados na conta cheques a compensar -Bradesco - código contábil 2.1.02.001.00083.

Em janeiro de 2010, os cheques a compensar suso referido retornaram para a conta contábil 2.2.02.002.00001 com nomenclatura de NILSON RIGA VITALELONGO PRAZO.

Em 01/02/2010, o crédito do Sr. NILSON, relativo aos cheques em comento foi transferido para a conta contábil 2.2.01.0001.00004-Outras Instituições - RJ (a sigla RJ significa Recuperação Judicial).

Enfim o direito do Senhor Nilson, referente aos cheques a compensar, no valor de R\$6.000.000,00 (seis milhões de reais), continua figurando no passivo da empresa, até 31/12/2012 (data do último Balanço Contábil conhecido).

De outra feita, o Sr. NILSON enviou a Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física, referente ao ano-calendário de 2009, sem considerar como bens e direito o crédito de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) junto à Vitapelli Ltda-Em Recuperação Judicial. Infere-se, pois, que o Senhor Nilson considerou o valor

R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), efetivamente recebido por ocasião da emissão dos cheques, ou seja, em 30/11/2009.

Ora, se na Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física, referente ao ano-calendário de 2009, considerou-se o valor de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) efetivamente recebido e, de outra feita, o Senhor Nilson mantém o direito creditório junto à Vitapelli Ltda, no valor, também, de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), resta claro que tal valor não se trata de crédito de mútuo.

Compulsando os extratos bancários do BANCO BRADESCO S.A. (B.B.V.), nota-se que nenhum pagamento há referente aos cheques em comento. Conquanto, repita-se, o Senhor Nilson Riga Vitale, os tenham levado a efeito como efetivamente compensados.

Para aclarar as delineações descritas até o momento, transcrevemos a conta contábil com lançamentos da movimentação bancária dos registros os cheques que perfazem a somatória suso mencionada, senão vejamos:

(...)

E verdade que o crédito que o NILSON detém junto a Vitapelli, no valor de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), poderá nunca ser resgatado. Porém, sempre subsistirá, a menos que tal direito seja totalmente remitido pelo credor no caso o Senhor NILSON, que, aliás, diga-se de passagem, é detentor 95,46% das cotas de capital da empresa Vitapelli Ltda.

Os demais sócios da empresa são Cleide Nigra Marques, com 2,27% das cotas de capital; e Marina Fumie Sugahara, com 2,27% das contas de capital.

De qualquer sorte, em 30/11/2009, houve pagamento/crédito ao Senhor Nilson no valor R\$6.000.000,00, que, deveras, não corresponde à devolução de empréstimo, em que a Vitapelli Ltda figura na condição de mutuária.

Importante mencionar que na declaração do IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA do Sr. Nilson Riga Vitale, referente ao ano calendário de 2009 o valor de R\$ 6.000.000,00 consta como efetivamente recebido inclusive por que se assim não fosse, apura-se considerável valor de variação patrimonial a descoberto.

Observações:

1) mesmo não se considerando os R\$ 6.000.000,00 como efetivamente recebido no ano calendário de 2009, já tem variação patrimonial a descoberto; e, 2) outrrossim, há que se levar a efeito como aplicação as despesas pessoais, tais como: tributos (impostos, taxas, contribuições), plano de saúde, honorários, tarifas e outras despesas pessoais (nos quadros retro foram levados em conta apenas dados da declaração de ajuste do ano calendário de 2009).

Nos quadros abaixo, resta demonstradas as origens e aplicações de recursos ocorridas no ano-calendário de 2009; o primeiro, levando-se em conta que os cheques emitidos contra o Bradesco S A, em 30/11/2009, como efetivamente compensados; e o segundo, considerando os cheques emitidos pelo Bradesco em 30/11/2009, como cheques a compensar, quais sejam:

Quadro 1 - Demonstração de Origens e Aplicações de Recursos, considerando os cheques emitidos em 30/11/2009, no valor total de R\$ 6.000.000,00, como compensados:

(...)

Quadro 2 - Demonstração de Origens e Aplicações de Recursos, considerando os cheques emitidos em 30/11/2009, no valor total de R\$ 6.000.000,00, como NÃO compensados:

(...)

Cumpre esclarecer que:

A partir do ano-calendário 1989, o acréscimo patrimonial não justificado deve ser apurado mensalmente, confrontando-se os rendimentos do respectivo mês, com transporte para os períodos seguintes dos saldos positivos de recurso, conforme determina o artigo 2º da Lei nº 7.713/1988. A origem dos recursos capazes de justificar o acréscimo patrimonial pode advir de rendimentos tributáveis, isentos ou tributáveis exclusivamente na fonte.

Vale registrar que os empréstimos e financiamentos obtidos especificamente para a atividade rural não podem justificar acréscimo patrimonial. Senão vejamos o que foi declinado sobre o assunto no Perguntas e Respostas (pergunta 476) - IRPF 2013:

476 — Os valores dos empréstimos ou financiamentos obtidos especificamente para emprego em atividade rural podem justificar acréscimo patrimonial?

Preliminarmente, deve-se comprovar se os empréstimos ou financiamentos obtidos especificamente para emprego em atividade rural, ou seja, aplicação em custeio ou investimentos, foram efetivamente utilizados nessa atividade, como estabelece o art. 1º do Decreto-lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967. Em caso afirmativo, os respectivos valores não podem justificar acréscimo patrimonial, devendo ser informados em Dívidas Vinculadas à Atividade Rural do Demonstrativo da Atividade Rural, o saldo devedor ao final do ano-calendário.

(Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto sobre a Renda - RIR/1999, art. 62, § 12; Instrução Normativa SRF nº 83, de 11 de outubro de 2001, art. 21)

Outrossim, a Vitapelli durante o ano calendário de 2009 não efetuou distribuição de lucros, aliás, nem sequer tinha lucros acumulados à disposição para tanto.

Destarte, por presunção legal, resta configurado pagamento de "pró labore" indireto.

A fundamentação legal que embasa a ocorrência do fato gerador sobre as retiradas "pro-labore" consta das seguintes normas (...)

Resta claro, pois, que, os recebimentos/créditos tratados no presente tópico, num total de R\$6.000.000,00 (seis milhões de reais) percebido pelo Sr. NILSON RIGA VITALE, enquadraria-se, por presunção legal, como PRÓ-LABORE INDIRETO.

Acrescente-se que há entendimentos administrativos que dispõe sobre o assunto senão vejamos, exemplificativamente:

MINISTÉRIO DA FAZENDA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM RECIFE - 7º TURMA - ACÓRDÃO N° 11 - 31033 de 16 de Setembro de 2010 ASSUNTO: Contribuições Sociais Previdenciárias - PRÓ LABORE INDIRETO.

INCIDÊNCIA. Constituem pró labore indireto valores pagos aos sócios a título de empréstimo, quando não reste comprovado sua devolução e seja efetivado em condições de nítido favorecimento ao beneficiário, em decorrência de sua posição no quadro societário. Período de apuração: 01/01/2004 a 31/08/2004 (...)

Conclui-se, por fim, que é despiciendo uma percuciente análise dos fatos para se presumir que o valor de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) considerado como efetivamente recebido na Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física, referente ao ano calendário de 2009, do Senhor NILSON RIGA VITALE, a título de devolução de MÚTUO seria, na realidade, remunerações sujeitas à contribuição previdenciária ("pro - labore" indireto).

Da multa por compensações indevidas Neste ponto, a autoridade lançadora afirma que o contribuinte não se enquadra na condição de credor da RFB, vez que não retificou as GFIP de 01/2005 a 02/2008, para as aquisições de produção rural de produtores pessoas físicas e segurados especiais, e de 01/2005 a 08/2009, para o adicional da contribuição para financiamento da aposentadoria especial, pelo que não poderia ter efetuado as compensações declaradas em GFIP de 11/2009 a 11/2010.

Por esta razão, foi aplicada a multa isolada em dobro, nos termos do art.

89, §10, da Lei nº 8.212, de 1991, combinado com o art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996.

Dos créditos relativos a 13/2010 e 10/2011

A autoridade fiscal informa que foram enviadas diversas GFIP para as competências 13/2010 e 10/2011, as quais estavam na situação "excluídas" no início do procedimento fiscal. As GFIP válidas, enviadas após o início do procedimento fiscal, estão na situação "aguardando exportação". À vista disso, restando caracterizada a falta de recolhimento e de declaração em GFIP,

foi lançado o valor não declarado e não recolhido, com a multa de ofício (art. 44, I, da Lei 9.430, de 1996).

Da ciência e da impugnação

Cientificado das autuações em 26/12/2013, conforme Aviso de Recebimento de fls. 1852, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 1854/1904, em 24/01/2014, conforme documento de fls. 1905/1906, alegando, em síntese, o que vem abaixo descrito.

Da nulidade

Preliminarmente, o autuado alega a nulidade do lançamento por ser incompleta e imprecisa a sua capitulação legal e por consequente cerceamento de defesa e comprometimento do contraditório, princípios sobre os quais discorre.

Afirma ter a fiscalização se limitado a anexar relação confusa, genérica e imprecisa da legislação que rege as contribuições ao INSS, não correlacionando os dispositivos com a matéria tributária glosada.

Entende que do lançamento deveriam constar somente os dispositivos infringidos pela impugnante e não a relação de todos os dispositivos legais pertinentes às contribuições previdenciárias.

Transcreve decisão administrativa a respeito da nulidade argüida.

Da reaquisição da espontaneidade

Em seguida, alega a reaquisição da espontaneidade, em razão de a empresa ter sido cientificada de Termo de Ciência e Continuidade do Procedimento Fiscal em 19/09/2012 e, a partir desta data, ter sido novamente cientificada de outro Termo de Ciência e Continuidade do Procedimento Fiscal apenas em 11/12/2012, com intervalo de 84 dias, maior que o intervalo de 60 dias previsto no §2º do art. 7º do Decreto nº 70.235, de 1972.

Nesse sentido, cita o art. 138 do CTN, o art. 7º do Decreto nº 70.235, de 1972, o art. 472 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, e a Súmula CARF nº 75.

Entende que a recuperação da espontaneidade afasta as infrações descritas no item VIII do Relatório Fiscal, que trata da glosa de retenção da Lei nº 9.711, de 1998, tendo em vista a emissão de novas GFIP, as quais devem ser recepcionadas, devendo ser revisto o procedimento fiscal, para afastar a multa de ofício isolada, nos termos do §10 do art. 89 da Lei nº 8.212, de 1991.

Da compensação com aquisição de produtos rurais

Discorre, em seguida, acerca da compensação das contribuições relativas à aquisição de produtos rurais e afirma atuar no mercado nacional e internacional como produtora de couro.

Insurge-se contra o entendimento da autoridade fiscal, segundo o qual o primeiro passo para se pleitear a compensação é a desconstituição do crédito tributário, através da retificação das GFIP anteriormente enviadas, referentes ao período de 01/2005 a 02/2008.

Aduz que o descumprimento de obrigações acessórias, como é o caso, não descharacteriza o seu direito creditório, uma vez que o art. 165 do CTN lhe confere o direito de pleitear a restituição do tributo pago indevidamente ou a maior sem impor condição para tanto.

Argui que a legislação ordinária não pode se sobrepor à complementar e estabelecer condições para a restituição do crédito.

Alega que a IN RFB 971, de 2009, ofende o disposto no art. 149, §2º, I, da CRFB, de 1988, ao restringir a imunidade relativa às contribuições previdenciárias apenas às exportações realizadas diretamente com adquirente domiciliado no exterior, excluindo as operações realizadas por empresas comerciais e “trading companies”.

Alega ainda que a referida IN 971, de 2009, ofende também o art. 150, I, da CRFB, de 1988, por não ser instrumento hábil para exigir tributos de produtores rurais e agroindústrias, e o art. 3º, II, da Carta Magna, uma vez que a restrição por ela imposta contraria os objetivos fundamentais da República, que visam garantir o desenvolvimento nacional.

Conclui que a restrição imposta pela IN é inconstitucional, ilegal e ofende os princípios da isonomia, da razoabilidade, da legalidade, da atividade econômica, pois onera os produtos dos produtores rurais e agroindústrias de pequeno e médio porte.

Da compensação de valores relativos ao adicional de aposentadoria especial

Em relação à compensação de valores declarados em GFIP no período de 01/2005 a 10/2009, relativos ao adicional de 6% (seis por cento) da contribuição para o financiamento da aposentadoria especial, a impugnante alega que a fiscalização não pode, como fez, se basear apenas na atividade da empresa para definir a incidência ou não da referida contribuição, sendo necessária a verificação dos documentos relacionados na IN RFB 971, de 2009, os quais não foram solicitados na ação fiscal, para se verificar a efetiva exposição dos trabalhadores aos agentes nocivos.

À vista disso, requer o afastamento da exigência, ainda que sejam realizadas diligências posteriores.

Da compensação com resarcimento de crédito presumido de IPI

Neste ponto, ressalta ter havido o pagamento, ainda que parcial, das contribuições devidas, conforme processo nº 10835.001313/2003-77.

Da glosa da retenção declarada em GFIP Em relação à glosa de retenção da Lei nº 9.711, declarada em GFIP, afirma não ter prestado qualquer serviço às empresas informadas no Relatório Fiscal, conforme já explicitado à autoridade lançadora no curso da ação fiscal.

Alega ter sido vítima de uma quadrilha que afirmava possuir créditos com a União, a qual foi contratada pela empresa e, de posse de sua senha para regularizar as compensações junto a RFB, inseriu indevidamente em GFIP dados não representativos da realidade, nos períodos de 11/2009, 01/2011, 06/2011, 11/2011 e 12/2011.

Diz que, no inicio do procedimento fiscal, a empresa já havia efetuado a transmissão de GFIP retificadoras, mas seu processamento foi obstado pela fiscalização.

Argui que, todavia, em decorrência da reaquisição da espontaneidade em 11/12/2012, as referidas declarações devem ser processadas e afastada a multa de ofício.

Afirma ter agido de boa-fé, tendo ingressado judicialmente contra os contratados para se ressarcir dos prejuízos sofridos.

Conclui que, comprovada sua boa-fé e o parcelamento dos débitos do período mencionado com a posterior compensação de ofício com créditos perante a RFB, requer o afastamento da multa isolada.

Do pro-labore indireto Ao discorrer acerca do pró-labore indireto, reitera que a empresa se encontra em recuperação judicial, deferida pelo Juízo da 2a. Vara Cível de Presidente Prudente, em 29/01/2010, o que justifica as constantes injeções de recursos pelo sócio, através dos contratos de mútuo.

Diz que o contrato de mútuo não se confunde com a cessão de créditos e que a RFB não é terceiro interessado na relação jurídica mutuante x mutuário, de forma que não é necessário o registro público do referido contrato.

Citando o art. 129 da Lei nº 6.015, de 1973, aduz que a referida lei, que trata dos Registros Públicos, não faz menção ao contrato de mútuo e, sendo lei especial, deve prevalecer sobre a lei geral, no caso, o Código Civil, não podendo a fiscalização fazer exigências não previstas em lei.

Em relação aos fatos descritos no Relatório Fiscal, afirma que, em 30/11/2009, a empresa efetuou o pagamento de contrato de mútuo anteriormente contraído com o Sr. Nilson Riga Vitale, através da emissão de 20 cheques no valor de R\$300.000,00 cada, totalizando a quantia de R\$6.000.000,00.

Argui que, com isso, os contratos de mútuo foram liquidados, já que os cheques, por definição legal, são uma ordem de pagamento à vista, além de títulos de créditos autônomos, que não precisam ter vínculo com a operação anterior.

Aduz que a empresa vinha passando por dificuldades financeiras, o que obstou a compensação dos cheques emitidos para o sócio, o qual, com o deferimento da recuperação judicial, passou a figurar como credor quirografário (exigível a longo prazo).

Entende ter sido extinta a relação anterior mutuante x mutuário, tendo se estabelecido uma nova relação credor x devedor, com o título de crédito “cheque”, que perdeu a executabilidade, passando a ser mero direito creditório em face da recuperanda.

Afirma que, por sua vez, o sócio considerou como recebido o valor dos cheques, em razão da natureza dos mesmos: uma ordem de pagamento à vista.

Conclui, assim, ser obrigatório que o valor de R\$6.000.000,00 figure no passivo da empresa em 31/12/2012, já que sujeito aos efeitos da recuperação judicial.

Descreve os fatos jurídicos mencionados pela fiscalização e destaca a redução do saldo relativo aos contratos de mútuo pela entrega dos cheques, explicitando os lançamentos contábeis efetuados.

Em relação à Declaração de Rendimentos do sócio, ressalta que sua análise não está prevista no Mandado de Procedimento Fiscal emitido, devendo, se for o caso, ser objeto de fiscalização em separado.

Destaca que eventuais irregularidades nela encontradas não se refletem na impugnante, até porque o Sr. Nilson Riga Vitale tem outras fontes de rendimento.

Cita a Súmula CARF nº 67 e afirma que a legislação citada pela fiscalização não traz hipótese de presunção legal para o caso e que o mencionado Acórdão nº 11-31033, de 16/09/2010, trata de situação contrária aos fatos, visto que não foi a empresa que emprestou dinheiro ao sócio e sim este que emprestou dinheiro à empresa.

Conclui não haver que se falar em pro-labore indireto, quer pelos argumentos apresentados, pela ausência de comprovação da infração ou pela falta de fundamentação legal.

Da multa por compensações indevidas Impugna a multa, aplicada em dobro, com fundamento no art. 89, §10 da Lei nº 8.212, de 1991, e art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996, considerando que, para sua aplicação, é necessária a comprovação da ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, o que não se verifica no caso. Nesse sentido, cita entendimentos do CARF e do Conselho de Contribuintes e o art. 46 da IN RFB nº 900, de 2009.”

Cientificado de decisão que contrariou seus interesses em 10 de outubro de 2014, por meio postal (AR de folhas 1937), o sujeito passivo interpôs, tempestivamente, em 10 de novembro de 2014, recurso voluntário (fls. 1940).

Constam do apelo, em síntese, as mesmas alegações constantes da impugnação interposta e acima reproduzida.

O processo foi distribuído, por sorteio eletrônico, para este Conselheiro.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço e passo a apreciá-lo na ordem das alegações.

DA REGULARIDADE DAS COMPENSAÇÕES EFETUADAS COM CRÉDITO DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS PRODUTORES RURAIS PESSOAS FÍSICAS E SEGURADOS ESPECIAIS.

Alega a Recorrente (fls. 1944 a 1953), que as compensações realizadas foram incorretamente glosadas pela Autoridade Fiscal, posto que regulares, uma vez que a compensação de tributos pagos indevidamente ou a maior é direito do contribuinte segundo o artigo 165 do CTN.

Alega ainda, que seu direito decorre de expressa previsão constitucional, verdadeira imunidade, vez que a Carta - por meio de disposição constante no artigo 149, §2º, I - afasta a tributação pelas contribuições sociais das receitas decorrentes de exportação, o que não pode ser restringido por meio de atos normativos emitidos pela Administração Tributária. Ressalta ainda que tal imunidade alcança as exportações realizadas por intermédio das empresas comerciais exportadoras, o que abrange, inclusive, as contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência na incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

Sobre o tema, assim decidiu a DRJ (fls

"Inicialmente, cabe esclarecer que, no presente processo, não foi lançada a glosa dos valores de retenção declarados indevidamente em GFIP pela empresa. Tais valores constam do levantamento L3 e foram incluídos no AI DEBCAD 51.023.930-7. Da mesma forma, a multa de ofício qualificada relativa às compensações indevidas consta do AI DEBCAD 51.023.928-5, sendo que ambos os AI integram o processo 15940.720182/2013-19, cuja impugnação já foi apreciada por esta Turma de Julgamento, através do Acórdão nº 09- 51.430, de 23/04/2014.

Desta forma, não são pertinentes a este processo as alegações do impugnante relativas à glosa dos valores retidos, informados indevidamente em GFIP, nem à multa isolada, relativa às compensações indevidas.

(..)

Assiste razão à decisão de piso. O tema em apreço não consta do lançamento tributário que aqui se discute, não integrando o auto de infração cuja lide se encontra consubstanciada no presente processo administrativo fiscal.

Em decorrência, entendo despicienda a análise dos argumentos da recorrente sobre o tema, que será efetivada no devido processo administrativo, por falta de objeto.

Recurso não conhecido nessa parte.

DA REGULARIDADE DA COMPENSAÇÃO E DO DIREITO AO CRÉDITO DECORRENTE DO RECOLHIMENTO INDEVIDO DO ADICIONAL DE 6% (SUBSÍDIO APOSENTADORIA ESPECIAL).

Segundo a Recorrente (fls. 1953/1954)

"Em relação a esse item do Termo de Verificação Fiscal a fiscalização entendeu que as compensações efetuadas no período de 11/2009 a 12/2010, com crédito decorrente do recolhimento indevido do subsídio Aposentadoria Especial de 6% também não poderiam ser homologadas.

Nesse ponto, argumenta mais uma vez de que haveria necessidade de retificação da GFIP para que as compensações pudessem ser homologadas, argumento este já combatido no tópico anterior.

Em relação ao direito de crédito a fiscalização buscou afastá-lo com base na presunção de que "pela atividade da empresa resta claro que alguns funcionários estão expostos a agentes nocivos e perigosos."

Ou seja, como o próprio fisco aduziu no Termo de Verificação e conclusão Fiscal o lançamento em questão foi realizado com base na presunção de ocorrência do fato gerador a obrigar a empresa ao recolhimento do acréscimo de 6% de subsídio para aposentadoria especial.

Ocorre que não se pode efetuar lançamento com base em presunção. É necessário que a administração pública prove que ocorreu o fato jurídico tributário, ou seja, prove a existência de funcionários expostos a riscos de saúde e integridade física, o que não ocorreu no presente caso.

Conforme se extrai do art. 291 da IN-RFB 971/09 não basta as informações prestadas em GFIP para

aférição sobre a existência ou não de riscos ambientais em níveis que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador. Há obrigatoriedade de verificação pela fiscalização.

Assim, não pode a fiscalização se basear apenas na atividade da empresa para concluir pela ocorrência do fato gerador da contribuição de 6%. Seria necessária a verificação através de laudos e documentos elencados na IN-RFB 971/09, se os funcionários realmente tiveram contato com os agentes nocivos listados. Não há nos autos notícias de que tais documentos tenham sido solicitados e examinados pela fiscalização."

Sobre o tema, assim se pronunciou a decisão de piso (fls. 1926):

"Em relação à contribuição adicional para o financiamento da aposentadoria especial, a impugnante alega a necessidade de verificação, pela fiscalização, da efetiva exposição dos trabalhadores a agentes nocivos.

De fato, tal procedimento é necessário para que a fiscalização possa constituir o crédito tributário relativo ao referido adicional. Todavia, este não é o caso em tela.

Isso porque a empresa declarou em GFIP, no período de 01/2005 a 10/2009, a exposição de alguns trabalhadores a agentes nocivos, confessando, portanto, nos termos do §2º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, ser devido o referido adicional.

Desta forma, não é cabível a compensação da contribuição anteriormente declarada, sem a prévia retificação das GFIP em que seus valores foram declarados como devidos, como explicitado acima.

Correta, portanto, a glosa da compensação efetuada pela autoridade lançadora."

Como bem apontado pela Recorrente, a exigência do adicional GILRAT, assim denominado a contribuição adicional ao seguro acidente do trabalho em razão da aposentadoria especial decorrente da exposição ao agentes físicos, químicos ou biológicos nocivos a saúde do trabalhador , depende da comprovação da efetiva exposição dos trabalhadores ao agentes nocivos.

Porém, no caso em tela, a própria empresa declarou em GFIP a exposição de alguns de seus trabalhadores, o que, aliado à atividade empresarial desenvolvida, permitiu ao Auditor Fiscal a presunção da efetiva exposição desses trabalhadores com a consequente exação.

Porém, diferentemente do alegado, com o fito de comprovar a ilação realizada, a Autoridade Fiscal intima a empresa a comprovar o direito à compensação realizada, como se pode comprovar pelo TIPF constante das folhas 1133. Vejamos a transcrição do trecho em comento:

I - Prestar esclarecimentos sobre o cálculo das compensações efetuadas apresentando:

- Memória de Cálculo dos valores a compensar e planilha atualizada de valores já compensados;
- Informar quais Títulos de Contribuições Previdenciárias foram objetos de compensação, seu respectivo período e fundamentação legal;
- Se a compensação efetuada refere-se a valor arrecadado indevidamente de segurados ou empresa e se foi efetivamente recolhido;

Tanto assim o foi que, em resposta, o Contribuinte alega (fls 1143):

Estabelece o Decreto nº 3.048/99 em seu Anexo IV (*classificação dos agentes nocivos*) - Cód. 1.0.15 Letra I, que o adicional devido pela empresa é de 6% (25 anos). Porém, a legislação menciona que este adicional é imposto somente aos funcionários sujeitos a "condições especiais" (no caso da Intimada, somente o setor de curtimento).

No entanto, a Intimada, além de oferecer todos os equipamentos de proteção individual e coletiva, por anos recolheu o referido adicional sobre todos os setores da empresa, dentre eles o setor de embalagem, de segurança e medicina do trabalho, de Recursos Humanos, secagem, limpeza, serralheria, mecânica, laboratório, hidráulica, sendo que esses setores sequer têm contato com a substância "cromo", que determina a incidência do adicional em questão.

Se observa, portanto, que houve, por parte do Fisco a intimação para a comprovação do direito de compensação. Tal intimação foi recebida e respondida pelo sujeito passivo que, além de não comprovar seu direito à compensação, posto que aqui sim, necessária a prova documental da não exposição dos trabalhadores ao agente nocivo presente no meio ambiente do trabalho, não foi precedida da necessária formalidade, verdadeira instrumentalidade do direito de compensação, previsto na Lei de Custeio de Previdência Social.

Mister recordar, como faz o relatório fiscal (fls 1042), que o direito à compensação decorre expressamente de lei.

O instituto da compensação é forma de extinção do crédito tributário, consoante o disposto no artigo 156 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66, recepcionada pela Carta de 1988 (artigo 146, III) como lei complementar.

Tratando especificamente do tema, o *Código Tributário* explicita em seu artigo 170:

"Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública"

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo

a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento."
(negritei)

Exsurge da leitura do texto legal que os limites da compensação decorrem de expressa previsão legal, uma vez que a lei pode estipular não só a própria compensação em si, como também as condições e garantias que a autorizem. Não cabe ao interprete do direito, tampouco ao sujeito passivo, estipular as condições da compensação dos eventuais créditos existentes frente ao débito decorrente do surgimento da obrigação tributária.

Explicitando o caráter singular da compensação tributária, leciona Luis Eduardo Schoueri (*Direito Tributário*, 3ª ed., Ed. Saraiva, pg. 619):

"Em matéria tributária, não se aplica a compensação legal regulada no Código Civil. Na verdade, quando o novo Código Civil foi promulgado, seu artigo 374 estendia o instituto à matéria fiscal, mas o referido artigo, matéria de lei complementar nos termos do artigo 146 da Constituição Federal, foi imediatamente revogado pela Lei nº 10.677/03. Assim, aplica-se o que dispõe o artigo 170 do Código Tributário Nacional:

(...)" (negritei)

Paulo de Barros Carvalho (*Curso de Direito Tributário*, 14ª ed. Ed. Saraiva, pag. 457), no mesmo sentido das especificidades da compensação tributária, nos lembra que:

"Sempre em homenagem ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos, o Código Tributário Nacional acolhe o instituto da compensação como forma extintiva, mas desde que haja lei que autorize. É a seguinte a redação do seu art. 170:

(...)" (destaquei)

Os dois professores titulares de Direito Tributário na Faculdade de Direito do Largo São Francisco apontam - de maneira inequívoca - a necessária autorização legal para que exista a compensação tributária. Schoueri (*ob. cit. pg.620*) é veemente quanto à questão:

"Relevante, outrossim, notar que, na matéria fiscal, a compensação somente se dá quando a lei autorizar, e nos limites desta. Não há um direito assegurado à compensação ampla e irrestrita. Diversos Municípios não preveem compensação. Nesses casos, o sujeito passivo mantém sua obrigação, mesmo tendo créditos contra a Administração Pública" (destaques não constam do original)

Patente a ausência de direito à compensação fora dos limites da lei tributária. Nesse sentido os argumentos da recorrente padecem de respaldo jurídico. Há, forçosamente, que se verificar no caso concreto quais as exigências legais que permitem a extinção do crédito tributário relativo às contribuições previdenciárias por meio de compensação.

De plano constatamos que existe permissivo legal para a compensação. A Lei de Custeio da Previdência Social, Lei nº 8.212/91, em seu artigo 89, prescreve:

"Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil." (negrito)

Voltando os olhos para as condições estabelecidas pela RFB, encontramos na Instrução Normativa RFB nº 900, vigente à época dos procedimentos, as regras necessárias para o encontro de contas. Expressamente o artigo 44, § 7º, determina a informação da compensação em GFIP na competência de sua efetivação

Com o fito de espantar qualquer dúvida: no caso em apreço, o que se discute, a motivação da glosa de compensação realizada pelo Fisco, é além do direito à compensação, o cumprimento das exigências legais para se possa implementar o encontro de contas autorizado. Não se observou nem um requisito nem outro.

Não pode o Recorrente comprovar à Fiscalização, tampouco à decisão de piso, nem em sede de recurso voluntário o direito à compensação em decorrência da não exposição dos trabalhadores aos riscos ocupacionais. Não pode também, demonstrar o direito à compensação por meio da informação no documento de crédito ensejador de seu direito ao encontro de contas com o sujeito ativo.

Logo, correta a glosa da compensação efetuada. Não se verifica a nulidade arguída (fls 1957).

Recurso negado nessa parte.

DA INEXISTÊNCIA DE "PRO-LABORE INDIRETO". AUSÊNCIA DE MOTIVO NA AUTUAÇÃO. VALIDADE DO CONTRATO DE MÚTUO CELEBRADO ENTRE A RECORRENTE E O SEU SÓCIO SR. NILSON RIGA VITALE

Consta do relatório fiscal (fls. 1049):

O contribuinte costumeiramente faz operações de mútuos entre a pessoa jurídica e a pessoa física do sócio administrador, Senhor NILSON RIGA VITALE.

Convém registrar que as operações de mútuo entre a VITAPELLI LTDA e o Sócio NILSON RIGA VITALE, pelo que depreende dos contratos e da escrituração contábil, trata-se de mútuo não oneroso.

Insta argüir que o simples contrato entre as partes não é suficiente para legitimar a operação de mútuo. Contrato de mútuo para ter validade, faz-se necessário que seja levado à transcrição no Registro Público. Destarte, os contratos de mútuos entre o Sr. NILSON RIGA VITALE e a pessoa jurídica com a denominação social de Vitapelli Ltda estão em desacordo com o artigo 221 do Código Civil Brasileiro, por isso, não podem serem admitidos como documentos válidos para gerar efeitos perante terceiros, dentre eles, a Receita Federal do Brasil. Outrossim, os referidos contratos não estão dotados, sequer, de reconhecimento de assinatura.

Nos termos do artigo 586 do Código Civil o mútuo é definido como empréstimo de coisa fungível (dinheiro), portanto, o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu.

Em 30/11/2009, a Vitapelli debitou R\$ 6.000.000,00, na conta 2.2.02.002.00001-Nilson Riga Vitale-Longo Prazo e, em contra partida creditou a conta 2.1.01.002.20182-Nilson Riga Vitale. Senão vejamos o quadro demonstrativo abaixo:

(...)

O saldo final da conta 2.2.02.002.00001 é exatamente igual ao valor lançado na ficha "DECLARAÇÃO DE BENS E DIREITOS" da DIRPF do ano calendário de 2009, ou seja, R\$ 10.421.462,02, portanto, os cheques emitidos, em 30/11/2009, contra o Banco Bradesco S A (20 cheques no valor R\$ 300.000,00 cada um), foram considerados como efetivamente resgatados, conquanto estes, ao menos até 31.12.2012, figurem no passivo da empresa VITAPELLI LTDA- Em recuperação Judicial e como credor o Senhor NILSON RIGA VITALE.

Ocorre que na mesma data, a empresa emitiu 20 cheques contra o Banco Bradesco S A (BBV), no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) cada, totalizando R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), para devolução de empréstimos de mútuo ao senhor NILSON.

Contudo, também na mesma data (30.11.2009), os referidos cheques foram creditados na conta Banco Bradesco S A (BBV) - conta contábil 1.1.01.0002.00006 e debitados na conta cheques a compensar -Bradesco - código contábil 2.1.02.001.00083.

Em janeiro de 2010, os cheques a compensar suso referido retornaram para a conta contábil 2.2.02.002.00001 com nomenclatura de NILSON RIGA VITALE-LONGO PRAZO.

Em 01/02/2010, o crédito do Sr. NILSON, relativo aos cheques em comento foi transferido para a conta contábil 2.2.01.0001.00004-Outras Instituições - RJ (a sigla RJ significa Recuperação Judicial).

Enfim o direito do Senhor Nilson, referente aos cheques a compensar, no valor de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), continua figurando no passivo da empresa, até 31/12/2012 (data do último Balanço Contábil conhecido)."

Alega a Recorrente (fls 1958):

"Em relação a este ponto, a autuação é, antes de mais nada, desprovida de MOTIVO.

A autuação não poderia ser baseada em "pro-labore indireto" se quem disponibilizou o numerário foi o sócio Sr. Nilson Riga Vitale em favor da recorrente, e não o contrário. É dizer, somente faria sentido autuar a recorrente se a quantia tivesse sido por ela disponibilizada em favor do sócio

(...)

As autuações efetivamente carecem de motivação, sendo nulas, por vício material, não havendo outro desfecho para presente caso senão o cancelamento dos autos de infração.

Sem embargo, cumpre novamente frisar que recorrente se encontra em recuperação judicial, deferida pelo Juízo da 2^a Vara Cível de Presidente Prudente, em 29/01/2010, tendo em vista que já vinha enfrentando dificuldades financeiras, o que justifica as constantes injeções de recursos pelo sócio Nilson Riga Vitale através de contratos de mútuo.

Pois bem. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal a fiscalização classificou como "pro-labore indireto" os pagamentos feitos pela recorrente ao sócio Sr. Nilson Riga Vitale a título de pagamento em cumprimento a Contrato de Mútuo firmado entre ambos.

(...)

Como vem sendo exposto até aqui, no dia 30/11/2009 a recorrente efetuou o pagamento de Contrato de Mútuo anteriormente contraído com o Sr. Nilson Riga Vitale através da emissão de 20 cheques no valor de R\$ 300.000,00 cada, totalizando a importância de R\$ 6.000.000,00.

Com isso os Contratos de Mútuo foram liquidados, já que os cheques p. definição legal são uma ordem de pagamento à vista, além de títulos de crédito autônomos, isto é, que não precisam ter vínculo com a operação anterior

A recorrente registrou o fato jurídico-contábil em sua contabilidade, assim como o Sr. Nilson Riga Vitale lançou em sua Declaração de Rendimentos Pessoa Física.

Conforme já dito, a recorrente vem enfrentando dificuldades financeiras, o que acabou obstando a compensação dos cheques emitidos para o Sr. Nilson Riga Vitale que, com o deferimento da Recuperação Judicial, passou a figurar no rol dos credores quirografários (exigível a longo prazo).

Note-se que a relação jurídica anterior foi extinta - Contrato de Mutuo (mutuário x mutuante) e estabeleceu-se uma nova relação jurídica - Título de Crédito Cheque (credor x devedor), que, com a recuperação judicial, perdeu a executabilidade,

passando a ser mero direito creditório em face da recuperanda"

A lide se instaura em torno da validade de contrato de mútuo firmado entre a Recorrente e seu sócio majoritário.

Nesse ponto, mister uma consideração. Como sempre externalizo, em meus votos e verbalmente nas sessões, me filio àqueles para quem o contrato de mútuo em dinheiro, pela sua inerente falta de formalidade e infelizmente, inegável desvirtuamento de uso por muitos, exige que se comprove, como matéria de defesa, o fluxo de numerário. Isto é, o efetivo empréstimo e a devolução.

Para mim, mesmo sendo um contrato jurídico válido, o mútuo de dinheiro atrai um ônus probatório mais custoso para quem dele se utiliza, justamente por ele se prestar muito facilmente à simulação e como dito, infelizmente, ser muito utilizado para tanto - ou seja, o mútuo deve ser efetivamente comprovado pelo interessado, não bastando a mera apresentação de seu instrumento de constituição

Assim, entendo que soube a Fiscalização comprovar o fluxo financeiro da Recorrente para seu controlador, que inclusive, registra em sua declaração de renda tal montante, ressaltando ser esse valor imprescindível para que não houve variação patrimonial a descoberto por parte desse controlador.

Tal sorte não coube a Recorrente. Como se observa em suas alegações, sua premissa decorre de empréstimo do sócio majoritário para a empresa em face da fase de dificuldades financeiras que ostenta. Ora, se tal situação efetivamente tivesse ocorrido, bastaria ao Recorrente demonstrar o ingresso do numerário nas contas correntes da empresa e teríamos, aliado ao fluxo de retorno - como dito demonstrado pelo Fisco - para que o mútuo dessevesse ser reconhecido.

Recurso negado também nessa parte.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto e pelo fundamentos apresentados, voto por conhecer do recurso para no mérito negar-lhe provimento.

assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira - Relator

