



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

Processo nº 10865.003024/2007-89
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-003.501 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de março de 2017
Matéria MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Recorrente SILVANA ARANA NUNES LIMEIRA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 31/12/1999 a 31/12/2005

INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/91. SÚMULA VINCULANTE Nº 08.

Nos termos da Súmula Vinculante nº 08, "são inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário". Neste sentido, deve ser aplicado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no CTN aos créditos oriundos de contribuições previdenciárias.

PRAZO DECADENCIAL ORDINÁRIO REGIDO PELO ART. 150, § 4º, DO CTN, DESDE QUE HAJA PAGAMENTO ANTECIPADO. NA AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO, APLICA-SE A REGRA DECADENCIAL DO ART. 173, I, DO CTN. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REPRODUÇÃO NOS JULGAMENTOS DO CARF, CONFORME ART. 62-A, DO ANEXO II, DO RICARF.

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005). O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à

ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). Reprodução da ementa do leading case Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, relator o Ministro Luiz Fux, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (regime dos recursos repetitivos).

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DISTRIBUIR LUCROS ESTANDO EM DÉBITO COM A UNIÃO. INFRAÇÃO.

Deve ser penalizada com multa a pessoa jurídica que distribuir lucros aos seus sócios enquanto estiverem em débito não garantido com a União, conforme prevê o art. 52 da Lei nº 8.212/1991.

APLICAÇÃO DA MULTA MAIS FAVORÁVEL. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Na aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, "c", do CTN, como consequência da alteração do dispositivo do art. 52 da Lei nº 8.212/91, promovida pela Lei nº 11.941/2009, o valor da multa prevista por tal artigo é de 50% do lucro distribuído indevidamente ou de 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica à época da distribuição, o que for menor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para (i) reconhecer a decadência das multas relativas aos períodos de 12/1999, 12/2000 e 12/2001; e (ii) nos períodos restantes, reduzir a multa lavrada relativa aos anos de 2002 a 2005, quando for caso, para 50% dos débitos reconhecidos, constantes do parcelamento de LDC.

Assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

Assinado digitalmente

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator.

EDITADO EM: 12/04/2017

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

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 59/66, interposto contra decisão da DRJ em Ribeirão Preto/SP, de fls. 45/54, que julgou procedente o lançamento de Multa por infração ao art. 52, II, da Lei nº 8.212/91, de fls. 03/18 dos autos (DEBCAD 37.129.257-3), lavrado em 15/10/2007, relativo ao período de 12/1999 a 12/2005, com ciência da RECORRENTE em 15/10/2007 (fl. 03).

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo foi apurado no valor de R\$ 113.900,00. De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 15/18, entre 1999 e 2005, foram distribuídos para a titular da empresa RECORRENTE (Sra. Silvana Arana Nunes) os seguintes valores a título de lucro:

12/1.999 — R\$ 4.800,00
12/2.000 — R\$ 25.000,00
12/2.001 — R\$ 25.000,00
12/2.002 — R\$ 38.000,00
12/2.003 — R\$ 45.000,00
12/2.004 — R\$ 40.000,00
12/2.005 — R\$ 50.000,00
Total - R\$227.800,00

No entanto, neste período, a RECORRENTE encontrava-se com contribuições declaradas em GFIP não recolhidas, o que se enquadra como débito para a Seguridade Social, nos termos do art. 677, §4º, da IN/INSS/DC nº 100, de 18/12/2003.

Assim, restou infringido o art. 52, II, da Lei nº 8.212/91, combinado com art. 280, II do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. Consequentemente, foi aplicada a multa no percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do lucro indevidamente distribuído, conforme art. 285 do RPS (Decreto nº 3.048/99), perfazendo o valor de R\$ 113.900,00.

Além do presente lançamento, foram emitidos os AI de nº 37.071.384-2 e 37.129.256-5 e lavrada a NFLD 37.129.260-3 e o LDC 37.129.259-0.

DA IMPUGNAÇÃO

Em 14/11/2007, a RECORRENTE apresentou, tempestivamente, sua impugnação de fls. 29/38, por meio da qual expôs, em síntese, a seguinte matéria de defesa:

- impugnou o lançamento no valor de R\$ 46.400,00 (quarenta e seis mil e quatrocentos reais), referente a 50% (cinquenta por cento) dos montantes totais eventualmente distribuídos durante o período de 1999 a 2002, defendendo que estaria maculado pela decadência do direito de constituir o crédito tributário, nos termos do art. 173 do CTN;

- não se aplicam os artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91 (10 anos prazo decadencial e prescricional, relativo a crédito previdenciário), os quais foram considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;

- afirmou que a autuação se deu única e exclusivamente em função de erro na escrituração da Impugnante, que registrou as transferências a título de empréstimo como lucros distribuídos, gerando, assim, apenas a presunção de que houve distribuição de lucros;

- no entanto, alegou que o montante total retirado pela sócia, no valor de R\$ 227.800,00 (duzentos e vinte e sete mil e oitocentos reais) não possui natureza de lucros distribuídos pela Impugnante, mas sim pagamento efetuado a título de empréstimo. A sócia jamais recebeu qualquer quantia neste período a título de dividendos;

- a ora Impugnante jamais realizou distribuição de lucros no período de 1999 a 2005, fazendo com que a autuação seja totalmente indevida.

DA DECISÃO DA DRJ

A DRJ, às fls. 45/54 dos autos, julgou procedente o lançamento, conforme acórdão com a seguinte ementa:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 15/10/2007

*PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.
DESCUMPRIMENTO. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS.
EMPRESA EM DÉBITO COM A SEGURIDADE SOCIAL.
INFRAÇÃO.*

Constitui infração à Legislação Previdenciária distribuir lucros a sócio, estando a empresa em débito para com a Seguridade Social, ficando o responsável sujeito à penalidade (multa).

DECADÊNCIA. PRAZO DECENAL.

A decadência no âmbito da Previdência Social é decenal. O direito de o fisco previdenciário constituir seu crédito sujeita-se ao prazo decadencial de 10 anos, previsto em norma específica da Previdência Social.

*AUTUAÇÃO PROCEDENTE COM A MANUTENÇÃO DA
Multa APLICADA*

Lançamento Procedente

Nas razões do voto do referido julgamento, a autoridade julgadora de primeira instância rebateu, uma a uma, as alegações do RECORRENTE, mantendo o lançamento de Contribuições Previdenciárias. As principais razões para manutenção do lançamento foram as seguintes:

Não há decisão do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou Resolução do Senado Federal, na hipótese prevista na Constituição Federal, afastando a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212/91 por inconstitucionalidade. Deste modo, o referido dispositivo está em plena vigência e não pode deixar de ser aplicado pela Administração, com base em entendimento outro do contribuinte.

(...)

A Empresa Autuada afirma em sua defesa que os valores constatados não se referem à distribuição de lucros, mas sim, pagamentos a título de empréstimos. No entanto, tal assertiva não pode prosperar, visto que a Empresa não traz qualquer comprovação neste sentido, limitando-se a afirmar que houve erro na escrituração, que registrou as transferências a título de empréstimos como lucros distribuídos.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A RECORRENTE, devidamente intimada da decisão da DRJ em 12/07/2008, conforme faz prova o “Aviso de Recebimento” de fl. 48, apresentou o recurso voluntário de fls. 59/66 em 12/08/2008.

Em suas razões de recurso, a RECORRENTE reiterou as afirmações de sua impugnação.

DA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

Ao analisar o Recurso Voluntário da RECORRENTE, a 3ª Turma Especial da 2ª Seção deste CARF verificou que a Lei nº 11.941/2009 alterou o dispositivo legal que fundamentou a multa objeto do presente processo. A multa não deixou de existir, porém ficou limitada a 50% do valor devido pelo contribuinte à época da distribuição do lucro. Foram as seguintes as afirmações da Turma Julgadora:

A fundamentação da autuação lavrada foi alterada pela Medida Provisória 449/2008, convertida na lei 11941/2009, no entanto a

conduta ora sob exame não deixou de constituir infração, mas a multa passou a ser limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica, nos termos do § 2º do art. 32 da lei 4.357/64.

Dessa feita, consoante o art. 106,II,"c" do CTN, a fim de se observar se os valores lançados estão dentro do limite legal, se faz necessária a baixa dos autos em diligência para que sejam informados os valores dos débitos na ocasião das distribuições efetivadas.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por converter o julgamento em diligência para que seja informado qual era o valor total do débito não garantido da pessoa jurídica, nas competências 12/2001; 12/2002; 12/2003; 12/2004 e 12/2005.

Assim, foram acostados aos autos os extratos de fls. 79/108 e a informação de fl. 109 elaborada pelo fiscal constando os valores dos débitos não garantidos pela RECORRENTE, cujos totais reproduzo abaixo:

MES/ANO	2001	2002	2003	2004	2005
Janeiro	62,70	24,06	149,02	11.477,26	4.901,19
Fevereiro	62,06	50,01	161,01	8.729,99	5.355,23
Março	61,98	170,01	144,56	1.536,61	5.192,84
Abril	148,23	337,29	248,61	9.331,22	834,36
Maio	248,59	280,36	345,74	8.660,07	6.627,98
Junho	222,91	321,63	383,07	8.593,39	1.859,57
Julho	251,21	242,68	339,83	1.205,78	739,06
Agosto	267,21	162,81	309,32	5.942,68	1.532,45
Setembro	292,95	210,78	430,98	6.200,42	1.699,83
Outubro	249,28	168,58	518,92	1.069,66	1.567,53
Novembro	278,21	191,55	589,89	5.195,22	1.448,34
Dezembro	256,61	172,22	590,41	5.786,60	3.925,51
TOTAL ANUAL	2.401,94	2.331,98	4.211,36	73.728,90	35.683,89

Cientificada da decisão do CARF em 13/10/2014 (AR de fl. 111), a RECORRENTE apresentou nova manifestação em 24/10/2014 (fls. 114/115), oportunidade em que argumentou o seguinte:

- nos termos do Despacho Decisório nº 0351/2011, proferido no processo nº 10865.002938/2007-22 (LDC 37.129.259-0), acostado às fls. 121/141, foi declarada a decadência das seguintes competências: 09/99 a 12/2000; 05/2001; e 04/2001 a 12/2001;

- Por meio da homologação do parcelamento nº 60.409.534-1, já foram pagas 31 das 60 parcelas, estando portanto o débito com a exigibilidade suspensa.

Tendo em vista o acima exposto, a RECORRENTE afirmou que não haveria que se falar em irregularidade de sua parte.

Este recurso voluntário compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos legais, razões por que dele conheço.

Inaplicabilidade do Despacho Decisório nº 0351/2011 ao presente caso

Em suas argumentações de fls. 114/115, a RECORRENTE pretende seja cancelado o presente lançamento em razão do que restou decidido através do Despacho Decisório nº 0351/2011 (fls. 121/141).

Ocorre que mencionado Despacho Decisório diz respeito ao Lançamento de Débito Confessado - LDC nº 37.129.259-0. Já o presente processo refere-se à multa por infração legal, originária do DEBCAD 37.129.257-3. Portanto, não há relação entre ambos.

Ademais, o parcelamento nº 60.409.534-1 a que se refere a RECORRENTE diz respeito justamente ao LDC nº 37.129.259-0, conforme expressa o próprio Despacho Decisório nº 0351/2011, no seu item 2. Portanto, não houve notícia de parcelamento do débito objeto do presente processo.

PRELIMINAR

Da Decadência parcial

Em princípio, analiso as questões relativas à decadência do crédito em cobrança. Neste ponto, entendo que assiste razão à RECORRENTE.

É que o Supremo Tribunal Federal - STF já declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91. Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08, abaixo transcrita:

Súmula Vinculante nº 08:

"São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

Neste sentido, deve ser aplicado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no CTN. Contudo, é preciso verificar o dies a quo do prazo decadencial aplicável ao presente caso: se é o estabelecido pelo art. 150, §4º ou pelo art. 173, I, ambos do CTN.

Em 12 de agosto de 2009, o Superior Tribunal de Justiça – STJ julgou o Recurso Especial nº 973.733-SC (2007/0176994-0), com acórdão submetido ao regime do art. 543-C do antigo CPC e da Resolução STJ 08/2008 (regime dos recursos repetitivos), da relatoria do Ministro Luiz Fux, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante

a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

Portanto, sempre que o contribuinte efetue o pagamento antecipado, o prazo decadencial se encerra depois de transcorridos 5 (cinco) anos do fato gerador, conforme regra do art. 150, § 4º, CTN. Na ausência de pagamento antecipado ou nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação, o lustro decadencial para constituir o crédito tributário é contado do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, CTN.

Por ter sido sob a sistemática do art. 543-C do antigo CPC, a decisão acima deve ser observada por este CARF, nos termos do art. 61, §2º, do Regimento Interno do CARF (aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015):

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

No caso concreto, por se tratar de multa em decorrência da infração à lei previdenciária, não há que se falar em previsão legal de pagamento antecipado da exação. Nem houve, por óbvio, qualquer pagamento parcial pelo contribuinte. Sendo assim, aplica-se o art. 173, I, do CTN, no sentido de que o prazo decadencial conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sendo certo que este corresponde ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible.

O presente lançamento é relativo ao período compreendido entre 1999 e 2005. As multas ora lavradas tiveram origem na distribuição, pela RECORRENTE, de lucros a sua sócia cotista enquanto a empresa encontrava-se em débito com a Seguridade Social. Todas as distribuições ocorreram no mês de dezembro de cada ano, conforme trechos do Livro Diário acostado às fls. 19/25:

12/1.999 — R\$ 4.800,00
12/2.000 — R\$ 25.000,00
12/2.001 — R\$ 25.000,00
12/2.002 — R\$ 38.000,00
12/2.003 — R\$ 45.000,00
12/2.004 — R\$ 40.000,00
12/2.005 — R\$ 50.000,00
Total - R\$227.800,00

Portanto, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN, entendo que se encontram extintos pela decadência os créditos de multa relativos aos períodos de 12/1999, 12/2000 e 12/2001, tendo em vista que a RECORRENTE foi cientificada do lançamento em 15/10/2007. Em relação ao ano de 2001 (o mais contemporâneo dos três períodos citados), verifica-se que o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado é o dia 01/01/2002; sendo assim, o lançamento do crédito poderia ocorrer até o dia 31/12/2006, restando atingido pela decadência.

Consequentemente, não estão atingidas pela decadência as multas dos períodos de 12/2002 a 12/2005, que são objeto de análise de mérito a seguir.

MÉRITO

Em princípio, observo que não devem prosperar as alegações da RECORRENTE de que os valores transferidos para a sócia titular trataram-se de empréstimos. Para que fosse caracterizado o mútuo entre as partes, seria necessário existir algum elemento comprobatório de tal operação.

Não é que tal empréstimo tenha que estar previsto em contrato ou qualquer documento do tipo, mas que existam elementos capazes de comprovar sua real existência, como, por exemplo, a sua quitação (até mesmo parcial) por parte da mutuária (a sócia titular da RECORRENTE).

A RECORRENTE não trouxe aos autos elementos capazes de demonstrar a existência de empréstimo, e o período fiscalizado é longo o suficiente para haver quitação parcial do valor.

Sendo assim, entendo que deve ser mantido o entendimento de que os valores transferidos para a titular da RECORRENTE sob a rubrica "N/ PAGTO. REF. DISTR. LUCRO A SOCIA SILVANA ARANA" foram, de fato, distribuição de lucros.

Da alteração da redação do art. 52 da Lei nº 8.212/91. penalidade menos severa. Retroatividade benigna

Conforme bem observado pela Colenda 3ª Turma Especial da 2ª Seção deste CARF, o dispositivo do art. 52 da Lei nº 8.212/91 teve sua redação alterada pela Lei nº 11.941/2009, conforme abaixo:

Art. 52. Às empresas, enquanto estiverem em débito não garantido com a União, aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964.

Por sua vez o art. 32 da Lei nº 4.357/64 prevê o seguinte:

Art 32. As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, por falta de recolhimento de imposto, taxa ou contribuição, no prazo legal, não poderão:

- a) distribuir ... (VETADO) ... quaisquer bonificações a seus acionistas;*
- b) dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;*
- c) (VETADO).*

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta

I - às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem bonificações ou remunerações, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente; e

II - aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias.

§ 2º A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo fica limitada, respectivamente, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica.

Ou seja, permanece existindo a multa pela distribuição de lucros por pessoa jurídica em débito com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social. No entanto, tal multa ficou limitada a 50% do valor devido pelo contribuinte à época da distribuição do lucro, nos termos do art. 32, §2º, da Lei nº 4.357/64.

Tal regra deve ser aplicada ao presente caso em razão do que prevê o art. 106, II, "c" do CTN, abaixo transcrito:

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.

Sendo assim, o valor da multa do art. 52 da Lei nº 8.212/91 é de 50% do lucro distribuído indevidamente ou de 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica, o que for menor.

Quando da baixa do processo para diligência, fiscalização verificou que os totais anuais de débitos não garantidos foram os seguintes:

R\$ 2.401,94 no ano 2001;

R\$ 2.331,98 no ano 2002 (somatório com períodos anteriores: R\$ 4.733,92);

R\$ 4.211,36 no ano 2003 (somatório com períodos anteriores: R\$ 8.945,28);

R\$ 73.728,90 no ano 2004 (somatório com períodos anteriores: R\$ 82.674,18); e

R\$ 35.683,89 no ano 2005 (somatório com períodos anteriores: R\$ 118.358,07).

Por outro lado, o lucro distribuído indevidamente neste mesmo período foi o seguinte:

R\$ 38.000,00 no ano de 2002;

R\$ 45.000,00 no ano de 2003;

R\$ 40.000,00 no ano de 2004; e

R\$ 50.000,00 no ano de 2005.

No entanto, tendo em vista que a informação fiscal inclui débito de NFLD, ela não é totalmente confiável para apuração do valor total devido pela RECORRENTE no período, na medida em que a NFLD ainda é passível de discussão e, portanto, não pode ser considerado como débito em aberto. Deve, assim, a unidade preparadora realizar o computo dos valores em aberto somente em relação às GFIPS declarada confessadas.

Conclusão

Em razão do exposto, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, para:

(i) reconhecer a decadência das multas relativas aos períodos de 12/1999, 12/2000 e 12/2001; e

(ii) nos períodos restantes (2002 a 2005), aplicar, no que for cabível, a redução da multa lavrada, devendo esta corresponder ao menor valor entre 50% do lucro distribuído indevidamente ou 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica, nos termos do art. 32, §2º, da Lei nº 4.357/64.

Processo nº 10865.003024/2007-89
Acórdão n.º **2201-003.501**

S2-C2T1
Fl. 165

Assinado digitalmente

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator