



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

Processo n° 11080.007603/2007-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-004.099 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de fevereiro de 2018
Matéria DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESÓRIA - CFL 52
Recorrente MAXISERV MATERIAIS E SERVICOS LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 31/12/2002, 31/12/2005

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS, DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS.
NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO.

É vetada a distribuição de lucros caso haja débitos previdenciários devidamente constituídos. Inteligência do art. 52, II da Lei 8.212/91, vigente à época dos fatos.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA SUMULADA.

De acordo com o disposto na Súmula n° 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do recurso para, no mérito, dar-lhe provimento, nos termos do Redator designado. Vencido o Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Relator. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente e Redator designado.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator.

EDITADO EM: 07/03/2018

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Douglas Kakazu Kushiya, Marcelo Milton da Silva Risso, Daniel Melo Mendes Bezerra e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim. Ausente justificadamente a Conselheira Dione Jesabel Wasilewski

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 66/74 interposto contra decisão da DRJ de Porto Alegre/RS de fls. 44/49, que julgou procedente a imposição da penalidade pecuniária, uma vez que a RECORRENTE distribuiu lucros aos sócios estando em débito com a Seguridade Social, (CFL 52), conforme estabelecido pelo art. 52, II, parágrafo único da Lei 8.212/91, c/c o art. 280, II, do Regulamento da Previdência Social – RPS (Decreto 3.048/99).

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo é decorrente da imposição de penalidade pecuniária por descumprimento de obrigação acessória, referente ao DEBCAD nº 37.064.478-6, cujo valor foi de R\$ 56.234,71.

Conforme descrito no Relatório Fiscal de fls. 08/09, a autoridade fiscal constatou que a distribuição de lucros consta dos lançamentos contábeis da RECORRENTE (Conta 1181) e das Declarações de Imposto de Renda-Pessoa Física dos sócios Zuleica Soares de Oliveira, Antônio Carlos da Conceição e Mário Luis Correa da Silva. E que os valores devidos à Previdência Social estão registrados na conta "INSS a recolher" (Conta 1911), que na ocasião das distribuições de lucro:

Conta 1181				
Data Lanço	Cód Conta	Descrição da Conta	Valor Débito	Histórico
31/12/2002	1181	Lucros Acumulados	71.250,00	DISTR.LUCROS ZULEICA S.OLIVEIRA
31/12/2002	1181	Lucros Acumulados	3.750,00	DISTR.LUCROS ANTONIO CARLOS DA CONCEIÇÃO
31/12/2005	1181	Lucros Acumulados	37.094,73	DISTRIBUICAO DE LUCROS A SOCIA ZULEICA S DE OLIVEIRA
31/12/2005	1181	Lucros Acumulados	374,70	DISTRIBUICAO DE LUCROS AO SOCIO MARIO LUIS c DA SILVA
Total dos valores distribuídos a sócios:			112.469,43	

Conta 1911				
Data	Cód Conta	Descrição da Conta	Valor Crédito	Obs
31/12/2002	1911	INSS a recolher	74.658,02	Saldo nesta data
31/12/2005	1911	INSS a recolher	57.119,63	Saldo nesta data

Assim, conforme disposto no art. 285 do RPS e considerando ainda a não existência de agravantes, foi aplicada a multa no valor de R\$ 56.234,71, correspondente a cinquenta por cento do total dos valores distribuídos (R\$ 112.469,43).

Em decorrência desta ação fiscal, foram realizadas as seguintes autuações:

Documento	Número	Cód. de Fundam. Legal	Descrição sumária
Auto de Infração	37.064.475-1	34	Deixar de lançar em títulos próprios da contabilidade
Auto de Infração	37.064.476-0	37	Não destacar retenção de 11% em Nota Fiscal
Auto de Infração	37.064.477-8	38	Não apresentação de documentos e arquivos
Auto de Infração	37.064.478-6	52	Distribuição de Lucros
Auto de Infração	37.064.479-4	59	Não descontar contribuição de segurados
Auto de Infração	37.064.480-8	67	Não entrega de GFIP
Auto de Infração	37.064.481-6	68	Omissão de Fato Gerador na GFIP
Auto de Infração	37.064.482-4	69	Campos com informação errada na GFIP
Auto de Infração	37.064.483-2	30	Folhas de Pagamento em desacordo com as normas
NFLD	37.064.484-0	-x-	Levantamento de débitos diversos
NFLD	37.064.485-9	-x-	Levantamento de débitos sobre Vale Alimentação

Da Impugnação

A RECORRENTE, intimada em 041/05/2007, apresentou impugnação às fls. 30/36 dos autos, cujas razões de defesa foram assim resumidas pela DRJ de origem:

“Refere não desconhecer a vedação contida no art. 52, II, parágrafo único da Lei 8.212/91, que proíbe às empresas dar ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio-cotista, diretor ou membro de órgão dirigente, fiscal ou consultivo, ainda que a título de adiantamento. Diz que não se pode negar que aparentemente o disposto nesse artigo afronta o estabelecido no art. 170 da CF/88 -Constituição Federal, que disciplina a ordem econômica, uma vez que tolhe o direito da empresa cumprir sua função social. Afirma que a multa na forma aplicada contaria também o direito de propriedade previsto no art. 5º, inciso XXII da CF/88.

Argumenta a impugnante que o art. 1017 do Código Civil assegura aos sócios o direito de deliberar sobre as questões da sociedade, especialmente quanto à distribuição de lucros. Conclui que a multa aplicada é punitiva e confiscatória, ofendendo o disposto no art. — 30 do CTN, ferindo o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa e a ordem econômica.

Refere que a penalidade é diametralmente oposta ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal que tem se manifestado de forma contrária a qualquer meio coercitivo de cobrança de tributos, conforme expressam as Súmulas nº 70, nº 323 e nº 0547•

Aduz que a multa pretendida não tem o condão tributário, mas econômico, o que é mais grave, posto que é de natureza punitiva.

Afirma que não pode ser igualado com o crédito tributário constituído a mera inadimplência da pessoa jurídica, ainda mais estando registrada na contabilidade da empresa. Argumenta que é inaplicável do inciso II, e parágrafo único do art. 52 da Lei 8.212/91, não só pela inconstitucionalidade da norma, mas principalmente porque ao tempo da distribuição dos lucros, não existia crédito tributário regulamente constituído. A defesa reproduz trechos de doutrina e menciona decisões expedidas

pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e pela 4ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Ao final, requer a declaração da nulidade do presente auto de infração, seja pela inconstitucionalidade da lei, ou pela inexistência do fato gerador.”

Da Decisão da DRJ

A DRJ em Porto Alegre/RS julgou o lançamento procedente, na decisão de fls. 44/49, mantendo o crédito tributário, na decisão assim emendada:

Assunto: Descumprimento de obrigação acessória.

Data do fato gerador: 01.12.2002 a 31.12.2005.

AI nº 37.064.478-6

Constitui infração à legislação previdenciária a empresa distribuir lucros aos sócios estando em débito para com a Seguridade Social.

O controle da constitucionalidade das leis é exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário.

Lançamento procedente.

Em suas razões, afirmou que o controle de constitucionalidade das Leis é exercido exclusivamente pelo poder judiciário, afirmou que a fiscalização foi realizada com base em dispositivos legais vigentes à época do fato e por conta disto, plenamente legal, e que o princípio do não confisco não se aplica no caso em tela, tendo em vista que a multa não possui caráter tributário, desta forma, não existe vedação constitucional.

Do Recurso Voluntário

Intimada da decisão da DRJ em 27/02/2009, conforme AR de fl. 62, a RECORRENTE apresentou o recurso voluntário de fls. 66/70 em 01/04/2009. Em suas razões, praticamente reitera as alegações de sua impugnação.

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

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator

O recurso voluntário não merece ser conhecido pois é intempestivo.

De acordo com os arts. 5º e 33 do Decreto nº 70.325/72, que regula o processo administrativo no âmbito federal, o prazo de 30 (trinta) dias para a interposição de Recurso Voluntário é contínuo, excluindo-se, na sua contagem, o dia de início e incluindo-se o do vencimento. Os prazos se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que tramite o processo ou deva ser praticado o ato.

No caso concreto, a RECORRENTE teve ciência do acórdão recorrido no dia 27/02/2009 (sexta-feira), conforme AR de fl. 62.

Ocorre que, de acordo com o registro de protocolo, de fl. 66 dos autos, o presente recurso somente foi interposto em 01/04/2009 (quarta-feira), depois de já transcorridos mais de 30 dias contados da intimação do contribuinte, sendo, portanto, manifestamente intempestivo o recurso. Esclareço que o prazo para a interposição do recurso findou em 31/03/2009 (terça-feira).

Seguindo o procedimento do Decreto nº 70.325/72, bem como a jurisprudência deste Conselho, o recurso intempestivo não deverá ser objeto de conhecimento. A decisão transcrita a seguir serve como exemplo desse entendimento:

“ASSUNTO: SIMPLES

Ano-calendário: 2002

Ementa: INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. Por intempestivo, não se conhece do Recurso Voluntário protocolizado após o prazo de trinta dias, a contar da ciência da decisão de primeira instância, nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72. (Recurso nº 158.682; processo 10510.000945/2006-29; 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, julgado em 17/10/2008.”

CONCLUSÃO

Isto posto, voto por NÃO CONHECER do recurso voluntário em razão da sua intempestividade.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira, Redator designado.

Em que pese o costumeiro acerto e a logicidade jurídica do eminente Relator, ousou, com a devida vênia, dele discordar. Explico.

Segundo o ínclito Relator, a citação do acórdão de primeira instância, na pessoa do Representante Legal da empresa, se deu, consoante comprovante de folhas 62 do processo digitalizado, no dia 27 de fevereiro de 2009, tendo a interposição do recurso voluntário ocorrido somente no dia 01 de abril seguinte (fls. 66), o que, como por ele dito, impõe a constatação da intempestividade declarada.

Não obstante o acerto de tal exposição fática, observo às folhas 61, que a Sra Zuleika Soares de Oliveira, outra representante legal da autuada, fora cientificada da decisão no dia 02 de março de 2009, o que, combinado com a interposição do recurso no dia 01 de abril do mesmo ano, nos permite verificar a tempestividade do apelo, uma vez que este foi apresentado à Administração Tributária no trigésimo dia após a devida cientificação, o que respeita as disposições legais atinentes.

Mister recordar que a intimação do resultado do julgamento deve ser feito na pessoa do sujeito passivo, pessoa jurídica no caso em concreto, e não na pessoa dos responsáveis, consoante a determinação do Decreto nº 70.235/72.

Porém, no caso concreto, observo que a Administração Tributária cumpriu a determinação da lei processual, consoante se verifica às folhas fls 57, emitindo a intimação nº 37/2009, para cumprir tal desiderato. Por cautela, em evidente atuação zelosa, também emitiu as intimações nº 038 e 39 (fls 58 e 59 respectivamente), com igual teor, endereçadas aos responsáveis pelo sujeito passivo.

Verifico que não há, nos autos, cópia da cientificação da pessoa jurídica, o que, cotejado com a interposição do recurso ocorrida, permite inferir que tal interposição decorreu da ciência realizada na pessoa dos responsáveis legais.

Assim, forçoso reconhecer que - em razão da cientificação dos mesmos se dar em datas diferentes, porém extremamente próximas - a ciência deve ser considerada na data mais recente, quanto ao mais ao se recordar que, ao assim proceder, estar-se-á respeitando o princípio constitucional da ampla defesa e resguardando o dever da Administração Pública de zelar pela legalidade de seus atos e pela obrigação de lealdade com seus administrados.

Tal interpretação é consagrada na jurisprudência deste Tribunal Administrativo, como se comprova por meio do Acórdão 2301-004.297 de 22/01/2015, prolatado pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 2ª Seção.

Do exposto, voto por afastar a intempestividade declarada no voto do ilustre Conselheiro Relator, reconhecendo o cumprimento do requisito temporal pelo sujeito passivo, e passo a analisar o Recurso Voluntário interposto, na ordem de suas alegações.

DA INCONSTITUCIONALIDADE

Segundo a Recorrente, a Lei de Custeio da Previdência, Lei nº 8.212/91, em seu artigo 52, inciso II, parágrafo único, afronta o artigo 170 da Carta da República, que disciplina a ordem econômica. São seus argumentos (fls. 69):

"(...)

Isso porque ao decidir pela procedência do Auto de Infração ora guereado, a r. decisão acaba por violar preceitos constitucionalmente protegidos, vez que a Carta Maior inscreveu a propriedade privada e a sua função como princípios da ordem econômica, os quais foram ordenados à vista da realização de seu fim, qual seja, assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social. Por esse motivo, a propriedade privada, que deve atender à sua função social, fica vinculada à consecução daquele fim.

Frisa-se, ainda, que vários conceitos dão conta de que a função social relaciona-se com o exercício da propriedade, de modo a satisfazer não somente os interesses dos proprietários, mas também de beneficiar a coletividade, que, a teor do art. 1.017, do Código Civil pátrio, cabe aos sócios a deliberação sobre as questões da sociedade, especialmente a distribuição dos lucros.

Outrossim, da mesma forma, o parágrafo primeiro, do artigo 52, II da lei 8212/91 regula os parâmetros da fixação da multa, consoante disposição: "A infração do disposto neste artigo sujeita o responsável à multa de 50% (cinquenta por cento) das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas a partir da data do evento, atualizadas na forma prevista no art. 34".

Igualmente, consoante o que se depreende da lei, a multa, na forma como foi aplicada, contraria também o direito de propriedade, previsto nos arts. 50, inciso XXII, e 170, inciso III, ambos do cânone constitucional, vez que, além de ferir o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa econômica e a ordem econômica de modo global, inegavelmente, tolhe o direito da pessoa jurídica, posto que claramente punitiva, confiscatória, e, portanto, não remuneratória"

Não se pode admitir os argumentos da Recorrente.

A uma, porque não cabe à Administração Pública discutir a constitucionalidade de lei vigente. Tal missão, de vulto dentro de um Estado Democrático de Direito, é reservada ao Poder Judiciário, consoante as disposições dos artigos 101 a 103 da Carta Magna.

Nesse sentido, impende esclarecer que não cabe aos Órgãos Julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF afastar a aplicação da legislação tributária em vigor, nos termos do art. 62 do seu Regimento Interno (Portaria MF nº 343, de 2015), a saber:

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.

É nesse sentido a Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Não é outro o balizado pronunciamento do professor Hugo de Brito Machado (Temas de Direito Tributário, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994, p. 134) sobre a matéria:

"(...) Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o Judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada."

Do exposto, deixo de apreciar as alegações de inconstitucionalidade dos incisos, parágrafos e do próprio artigo 52 da Lei nº 8.212/91 em razão da incompetência ínsita ao julgador administrativo em face do império da Lei sobre o agir da Administração Pública.

A duas, posto que - consoante bem explicitou o julgador de piso, ao instituir tal penalidade, o legislador ordinário quis tutelar o Sistema de Seguridade Social Pátrio, privilegiando o patrimônio público em detrimento do particular, do sócio da empresa, quando esta não possuísse recursos suficientes para honrar os débitos previdenciários possivelmente existentes, por meio da vedação da distribuição de lucros e dividendos aos sócios e acionistas.

Importa ainda ressaltar que, embora de maneira tímida, o Recorrente alega que a multa aplicada tem efeito confiscatório (fls. 70):

*"Igualmente, consoante o que se depreende da lei, a multa, na forma como foi aplicada, contraria também o direito de propriedade, previsto nos arts. 50, inciso XXII, e 170, inciso III, ambos do cânone constitucional, vez que, além de ferir o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa econômica e a ordem econômica de modo global, inegavelmente, **tolhe o direito da pessoa jurídica, posto que claramente punitiva, confiscatória, e, portanto, não remuneratória***

*Em outras palavras, a multa pretendida - nos moldes em que está estatuída, não tem condão tributário, mas econômico, o que é grave, visto apresentar natureza eminentemente **punitiva**.*

Nesse sentido, é flagrante a ofensa ao contido no art. 30, do Código Tributário Nacional que assegura que o tributo não tem natureza sancionatória. Ademais, a cominação pecuniária é diametralmente oposta ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que se manifesta contrário à quaisquer meios coercitivos de cobrança de tributos, conforme se verifica nas Súmulas 70, 323, e 547."

(destaques não constam do recurso)

Inegável que a multa aplicada possui supedâneo, posta que, prevista expressamente em lei e cuja exigibilidade se encontra assente não só na jurisprudência deste colegiado, com também no STF, como se verifica no AgRRExt 547.559 SC, Min Rosa Weber, julgado em 26/11/2013, que tratando de legalidade de multa no percentual de 75%, assim se manifestou:

"DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. PROPORCIONALIDADE DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 19.12.2006.

O Tribunal a quo, na hipótese em tela, lastreou-se no contexto probatório para firmar seu convencimento acerca da legalidade da multa de 75% imposta à recorrente, assinalando tratar-se de multa punitiva e não confiscatória que atendeu finalidade educativa e de repressão a condutas infratoras.

Portanto, aferir a ocorrência de eventual violação ao preceito constitucional invocado no apelo extremo, decorrente de efeito confiscatório da multa, somente seria possível mediante exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede extraordinária e enseja a aplicação do enunciado da Súmula 279 da Corte.

Agravo regimental conhecido e não provido."

Logo, aplicável tal entendimento - no sentido da inexistência de efeito confiscatório - ao presente caso, uma vez que o percentual da multa aplicada é inferior ao da jurisprudência mencionada.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso nessa parte.

DA COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DÉBITO PREVIDENCIÁRIO QUE VEDE A DISTRIBUIÇÃO

Argumenta o Recorrente (fls 71):

"De outra banda, entende-se oportuno, elucidar, ainda, o conceito da expressão "débito", com fins de dirimir qualquer controvérsia acerca do tema. O débito somente surge a partir do lançamento (art. 113, CTN); havendo que se diferenciar "obrigação tributária" de "crédito tributário".

*Entende-se por **obrigação** como sendo uma categoria jurídico-positiva, ou seja, todos os seus contornos são definidos pelo direito positivo. Na obrigação o comportamento do sujeito se articula em relação ao direito de outro sujeito. O dever consiste em que o particular adote certo comportamento (fazer ou não fazer) que não implica em prestações forçadas ou obrigação patrimonial.*

É da ocorrência do fato jurídico tributário que surge a obrigação, traduzida em uma relação jurídica que une o sujeito ativo ao passivo, estabelecendo um crédito no lado ativo e o correspondente débito no passivo. O crédito existe desde então, mas para que o sujeito ativo possa exigir a prestação, é preciso que emita uma norma individual e concreta, com fundamento na norma geral e abstrata, vigente à época do fato; ou que o sujeito

passivo formalize o crédito, qualificando, por meio de um ato-norma formalizador ou então através de um procedimento de apuração.

À guisa deste entendimento, por óbvio, não se pode igualar a mera inadimplência da pessoa jurídica, quando mais lançada em sua escrituração contábil, conforme de depreende do caso em tela, com crédito tributário constituído, sendo, pois, absolutamente discutível a aplicação do art. 52, II, da Lei 8.212/91." (grifamos)

Assiste razão ao Recorrente. Somente a existência de crédito tributário previdenciário devidamente constituído impede a distribuição de lucros da pessoa jurídica.

Mero registro contábil de eventual débito tributário não tem natureza de obrigação tributária devidamente constituída, quanto mais quanto a lançamento realizado somente em dois meses, últimas competências de cada exercício - alternados, em conta contábil denominada "INSS a recolher" que - como explicitado pela própria Fiscalização, é conta de provisão contábil.

Recordemos a imputação fiscal (fls 8):

2. A distribuição de lucros consta dos lançamentos contábeis (Conta 1181) - panilha abaixo - e das Declarações de Imposto de Renda-Pessoa Física dos sócios Zuleica Soares de Oliveira, Antônio Carlos da Conceição e Mário Luis Correa da Silva. Os valores devidos à a Previdência Social estão registrados na conta "INSS a recolher" (Conta 1911) - panilha abaixo - que na ocasião das distribuições de lucro apresentava saldo credor, com provisões contábeis de contribuições previdenciárias não recolhidas

Conta 1181				
Data/Lanço	Cód Conta	Descrição da Conta	Valor Débito	Histórico
31/12/2002	1181	Lucros Acumulados	71.250,00	DISTR.LUCROS ZULEICA S.OLIVEIRA
31/12/2002	1181	Lucros Acumulados	3.750,00	DISTR.LUCROS ANTONIO CARLOS DA CONCEIÇÃO
31/12/2005	1181	Lucros Acumulados	37.094,73	DISTRIBUICAO DE LUCROS A SOCIA ZULEICA S DE OLIVEIRA
31/12/2005	1181	Lucros Acumulados	374,70	DISTRIBUICAO DE LUCROS AO SOCIO MARIO LUIS C DA SILVA
Total dos valores distribuídos a sócios:			112.469,43	

Conta 1911				
Data	Cód Conta	Descrição da Conta	Valor Crédito	Obs
31/12/2002	1911	INSS a recolher	74.658,02	Saldo nesta data
31/12/2005	1911	INSS a recolher	57.119,63	Saldo nesta data

Ora, como podemos verificar, as contas apontam saldo credor no dia 31 de dezembro dos anos calendários de 2002 e 2005.

Sendo certo que tais valores podiam ser quitados - na época dos fatos - até o dia 02 do mês seguinte ao da competência, segundo o artigo 30, inciso I, alínea 'b', da Lei nº 8.212/91, tal valores poderiam - em tese - nem serem ainda exigíveis, ressaltando que a exigibilidade de tais valores não restou comprovada pelo Fisco.

Não obstante o exposto, ou seja, ainda que exigíveis, não soube o Fisco comprovar que tais créditos estavam devidamente constituídos, ou seja, que o crédito tributário previdenciário estivesse lançado, seja nos termos do artigo 142 ou mesmo do artigo 150, ambos do CTN.

Como bem dito pelo Recorrente, somente o crédito tributário, devidamente constituído pelo lançamento, e não coberto por condição suspensiva de exigibilidade, pode ser considerado como débito previdenciário.

Esse é o entendimento do STJ sobre tema, consoante se pode verificar no REsp 1140956/SP, Relator Min Luiz Fux, julgado em 25/11/00, como recurso representativo de controvérsia (art 543-C do CPC), em cuja ementa encontramos:

*"PROCESSUAL CIVIL E **TRIBUTÁRIO**. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO ANTIEXACIONAL ANTERIOR À EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO INTEGRAL DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO **CRÉDITO TRIBUTÁRIO** (ART. 151, II, DO CTN). ÓBICE À PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL, QUE, ACASO AJUIZADA, DEVERÁ SER EXTINTA.*

*1. O depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, suspende a exigibilidade do **crédito tributário**, impedindo o ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública.*

(Precedentes: REsp 885.246/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 06/08/2010; REsp 1074506/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/09/2009; AgRg nos EDcl no REsp 1108852/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 10/09/2009; AgRg no REsp 774.180/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009; REsp 807.685/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 08/05/2006; REsp 789.920/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2006, DJ 06/03/2006; REsp 601.432/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 28/11/2005; REsp 255.701/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 09/08/2004; REsp 174.000/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 25/06/2001; REsp 62.767/PE, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/1997, DJ 28/04/1997; REsp 4.089/SP, Rel. Ministro GERALDO SOBRAL, Rel. p/ Acórdão MIN. JOSÉ DE JESUS FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/1991, DJ 29/04/1991; AgRg no Ag 4.664/CE, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/08/1990, DJ 24/09/1990)

2. É que as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) impedem a realização, pelo Fisco, de atos de cobrança, os quais têm início em momento posterior ao lançamento, com a lavratura do auto de infração.

3. O processo de cobrança do crédito tributário encarta as seguintes etapas, visando ao efetivo recebimento do referido crédito:

a) a cobrança administrativa, que ocorrerá mediante a lavratura do auto de infração e aplicação de multa: exigibilidade-autuação ;

b) a inscrição em dívida ativa: exigibilidade-inscrição;

c) a cobrança judicial, via execução fiscal: exigibilidade-execução.

(...) (grifos e sublinhados não constam da ementa)

Além da posição jurisprudencial, exarada em sede de recursos repetitivos, tal entendimento - no sentido da necessidade da constituição de crédito para reconhecimento da existência de débito previdenciário - encontra respaldo na própria evolução legislativa.

Recordemos o fundamento legal da imputação fiscal:

"Art. 52. À empresa em débito para com a Seguridade Social é proibido:

I - distribuir bonificação ou dividendo a acionista;

II - dar ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio-cotista, diretor ou outro membro de órgão dirigente, fiscal ou consultivo, ainda que a título de adiantamento."

Parágrafo único. A infração do disposto neste artigo sujeita o responsável à multa de 50% (cinquenta por cento) das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas a partir da data do evento, atualizadas na forma prevista no art. 34."

Vejamus a redação da Lei nº 8.212/91, dada pela Lei 11.941/09, ao mesmo artigo 52 da Lei nº 8.212/91:

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.

(...)

Lei 4.357/64

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"

Inegável a exigência legal, hoje textualmente prevista: os débitos, que impedem a distribuição de lucros, devem estar devidamente constituídos e não garantidos.

Forçoso reconhecer que a interpretação acima exposta, no sentido da exigência da constituição do crédito que comprove o débito fiscal, se encontra amparada na jurisprudência aplicável e na evolução legislativa ocorrida. Tal evolução legislativa, em alguma medida, pode ensejar a aplicação das disposições do artigo 106 do Código Tributário Nacional, no caso em apreço, o que corrobora o entendimento aqui adotado.

Logo, não restando comprovado, pelo Fisco, a existência de débitos previdenciários aptos a impedir a distribuição de lucros ocorridas, forçoso reconhecer a improcedência da autuação.

CONCLUSÃO

Do exposto e pelos fundamentos apresentados, voto por conhecer e dar provimento recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira, Redator designado