



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.724106/2013-07
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-010.289 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de março de 2023
Recorrente WALDIR DAHINTEN
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 31/12/2009, 31/12/2010

MULTAS PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.
DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS ESTANDO EM DÉBITO COM A UNIÃO.
Constitui infração a distribuição de lucros a sócio-cotista, ainda que a título de adiantamento, estando a empresa em débito com a Seguridade Social.

RECURSO DESTITUÍDO DE PROVAS.

O recurso deverá ser instruído com os documentos que fundamentem as alegações do interessado. É, portanto, ônus do contribuinte a perfeita instrução probatória.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Debora Fofano dos Santos, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Marco Aurelio de Oliveira Barbosa, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente)

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 72/81, interposto contra decisão da DRJ em Salvador/BA de fls. 57/62, a qual julgou procedente o lançamento por descumprimento de obrigação acessória (dar ou atribuir a empresa, enquanto estiver em débito não garantido com a União, participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais

membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos – CFL 52), conforme descrito no auto de infração de fls. 03/08, lavrado em 19/04/2013, relativo a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 12/2009 a 12/2010, com ciência da RECORRENTE em 23/04/2013, conforme AR de fl. 39.

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo foi aplicado com base nos arts. 889 e 975 do RIR/99, art. 32 da Lei nº 4.357, de 1964, com as alterações do art. 17 da Lei nº 11.051/2004 e art. 52, caput, da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, na redação da MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei 11.941, de 27/05/2009, no valor de R\$ 75.000,00.

Dispõe a descrição dos fatos e do enquadramento legal (fl. 04) que a presente multa foi aplicada pelo fato do sócio gerente, Sr. Waldir Dahinten, ter recebido da empresa Inseleto Montagens Elétricas Ltda (CNPJ 93.632.719/0001-26), participação nos lucros nos anos 2009 e 2010, estando essa em débito não garantido com a União.

Relata ainda que o valor da presente multa corresponde a 50% das importâncias recebidas, limitada a 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica, e que em consulta efetuada na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional constam Créditos Lançados em Dívida Ativa no valor de R\$ 485.321,81 (fls. 29/37):

Competência	Lucro Distribuído	50% do valor distribuído	Limite da multa	Multa aplicada
12/2009	110.000,00	55.000,00	485.321,81	55.000,00
12/2010	40.000,00	20.000,00	485.321,81	20.000,00
			Total	75.000,00

Impugnação

A RECORRENTE apresentou sua Impugnação de fls. 41/44 em 23/05/2013. Ante a clareza e precisão didática do resumo da Impugnação elaborada pela DRJ em Salvador/BA, adota-se, *ipsis litteris*, tal trecho para compor parte do presente relatório:

Alega que a multa decorre da vedação contida no art. 52 da Lei nº 8.212, de 1991, combinada com o art. 32, “b” da Lei nº 4.357, de 1964, ao tempo em que argumenta que são normas inconstitucionais uma vez que afrontam aos princípios da propriedade privada, livre iniciativa e ampla defesa.

Alega a incompatibilidade entre o conteúdo da norma contida no art. 32 e o teor do art. 170 da Constituição Federal, Transcreve.

Argúi que já vem de longa data a proibição imposta pelo Supremo Tribunal Federal, em se utilizar de subterfúgios para a cobrança de tributos, ou seja, lançar mão de meios outros que não aqueles previstos na própria lei como capazes, competentes e suficientes para fazer com que a Fazenda Pública e as Autarquias Federais recebam seus créditos. E isso está devidamente consubstanciado em Súmulas do STF. Transcreve Súmulas.

Desta forma, entende o Defendente que não há como convalidar a pretensão do legislador ordinário ao pretender vedar a distribuição de lucros aos sócios pela mera existência de débitos perante o fisco, mormente, quando não existe prova alguma de insolvência da embargante.

Transcreve despacho de liminar favorável aos Impetrantes que entende impossível ao fisco, usar-se de meios indiretos de coerção para constranger o contribuinte a quitar eventuais obrigações fiscais em atraso.

Argumenta outra inconstitucionalidade, entende que ninguém pode ficar privado da remuneração, seja a que título for, inclusive porque atenta contra os direitos humanos. Neste caso, há até a desvalorização de tratados internacionais de que o Brasil participa.

Alega que a norma discutida afronta o contido no artigo 170 da Constituição Federal, que disciplina a ordem econômica eis que tolhe o direito da empresa, que tem uma função social a cumprir, de distribuir seus lucros do modo que lhe aprouver.

Tem-se, pois, que inconstitucionais os artigos de lei que autorizam a fixação de multa em caso de distribuição de lucros de sociedade com débito em aberto para com o fisco. Até mesmo por entender que a referida multa contraria ainda, o direito de propriedade, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXII e no artigo 170, inciso III da Carta Magna.

Ademais, no caso em apreço, sequer existiu prova no processo administrativo de que realmente referidos débitos se encontravam sem garantia quando da distribuição de lucros, o que atrai a nulidade do Auto de Infração.

Em face do exposto, requer a Impugnante que a insubsistência da pretensão fiscal in totum, ou a redução do percentual da multa aplicada.

Da Decisão da DRJ

Quando da apreciação do caso, a DRJ em Salvador/BA julgou procedente o lançamento, conforme ementa abaixo (fls. 57/62):

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/12/2009 a 31/12/2010

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. PARTICIPAÇÃO DE LUCROS. DÉBITO COM UNIÃO. INFRAÇÃO.

Constitui infração, punível com multa, dar ou atribuir participação de lucros a sócios ou quotistas, bem como a diretores ou demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos, ainda que a título de adiantamento, estando a empresa em débito não garantido com a União.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

A RECORRENTE, devidamente intimada da decisão da DRJ em 08/04/2014, conforme AR de fls. 66/67, apresentou o recurso voluntário de fls. 72/81 em 07/05/2014.

Preliminarmente, alega que os débitos objeto do presente processo encontram-se com sua exigibilidade suspensa para todos os fins legais, com base no inciso III do art. 151, do CTN. Ademais, com base no Ato Interpretativo nº 9 da RFB, de 055/06/2007, em seu art. 1º,

alega a inexigibilidade do arrolamento de bens como condição de seguimento do recurso voluntário

Em suas razões, inovou nos argumentos.

Alega que no período sob fiscalização havia parcelamentos efetuados pela empresa da qual o recorrente é sócio, PAES e PA-EX, estando tais dívidas fiscais, se existentes, suspensas em razão dos parcelamentos.

Colaciona trecho da decisão emitida pela Superintendência Regional da Receita Federal da 4ª Região Fiscal, que declarou inexistir restrição em tal hipótese.

Por fim, alega que o Superior Tribunal de Justiça, fazendo uma análise sistêmica do art. 32 da lei 4.357/65, entendeu que a expressão "débito não garantido" não comporta uma interpretação literal, afastando a proibição de distribuição de lucros para os casos de parcelamento.

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

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Relator.

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

PRELIMINAR

Da Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário

Em fase preliminar, o RECORRENTE alega que os débitos informados no Processo nº 11080.722.944/2013-38 e objeto do acórdão nº 15-35166 se encontram com sua exigibilidade suspensa para todos os fins legais, com base no inciso III do art. 151, do CTN.

De acordo com o termo de apensação, à fl. 54, o presente processo encontra-se juntado, por apensação, ao processo administrativo nº 11080.722944/2013-38. Este procedimento se justifica pelo § 1º do art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, uma vez que ambos os créditos tributários foram formalizados com base nos mesmos elementos de prova.

Sabe-se que houve interposição de recurso voluntário no presente processo (11080.724106/2013-07), com o lançamento devidamente julgado pela DRJ de origem através do acórdão de nº 15-35.167.

Mesmo a RECORRENTE se referindo a processo e acórdão divergente, analisar-se-á a referida suspensão da exigibilidade do crédito tributário no presente caso.

O Decreto nº 70.235/72, em seu art. 33, determina que o recurso voluntário possui efeito suspensivo, havendo a necessidade da simples interposição do recurso para automaticamente gerar o efeito suspensivo da inclusão do débito, tornando sua exigibilidade suspensa.

Faz-se necessário trazer o art. 151 do CTN:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Diante do exposto, esclareço que o presente crédito tributário se encontra com a exigibilidade suspensa até julgamento definitivo, em razão da interposição de Recurso Administrativo.

Desnecessidade de depósito recursal

A RECORRENTE defende a desnecessidade do depósito prévio condição de admissibilidade de seu recurso voluntário.

Tal pretensão merece ser acolhida.

O STF reconheceu, através da súmula vinculante nº 21, a inconstitucionalidade da exigência de depósitos prévios ou arrolamento de bens como condição de admissibilidade de recurso administrativo, veja-se:

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

No que tange aos efeitos da súmula vinculante, cumpre lembrar o texto do artigo 103-A, caput, da Constituição Federal que foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Dessa forma, é possível concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Logo, conheço do recurso voluntário, a despeito da inexistência de depósito prévio.

MÉRITO

Da Multa Aplicada

A RECORRENTE alega que, no período sob fiscalização, havia parcelamentos efetuados pela empresa da qual o recorrente é sócio, PAES e PA-EX, estando tais dívidas fiscais, se existentes, suspensas em razão dos parcelamentos.

Pois bem, de acordo com a descrição dos fatos e do enquadramento legal (fl. 04) restou constatado que o Sr. Waldir Dahinten (sócio gerente) recebeu da empresa Inseletro Montagens Elétricas Ltda (CNPJ 93.632.719/0001-26), participação nos lucros nos anos 2009 e 2010, relatando a fiscalização que a empresa distribuiu lucros aos seus sócios estando em débito não garantido com a União, inscrito em Dívida Ativa.

A RECORRENTE não discute, em momento algum, acerca dos lucros da empresa Inseletro Montagens Elétricas Ltda (CNPJ 93.632.719/0001-26) distribuídos aos seus sócios, atendo-se apenas a alegar que o débito estava parcelado à época do fato gerador (2009 a 2010).

Apesar da RECORRENTE ter indicado qual programa aderiu (PAES e PA-EX), não acostou aos autos meios probatórios para sustentar sua argumentação e não há no presente processo menção da fiscalização acerca do referido parcelamento.

A verificação deste fato é importante para o deslinde da questão, já que o parcelamento tributário suspende a exigibilidade do crédito tributário e a presente multa se refere ao descumprimento de obrigação acessória - CFL 52, ou seja, dar ou atribuir a empresa, enquanto estiver em débito não garantido com a União, participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos, com base no art. 52 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, na redação da MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei 11.941, de 27/05/2009.

A Instrução Normativa nº 03/2005, art. 649, define o que seja estar em débito com a Previdência Social, com nova redação dada pela IN nº 971 de 17/11/2009, em seu art. 475, inciso V e § 2º:

Instrução Normativa nº 03/2005:

Art. 649. Por infração a qualquer dispositivo da Lei nº 8.212, de 1991...

(...).

VIII - cinquenta por cento das quantias pagas ou creditadas a título de bonificação, dividendo ou participação nos lucros por empresa em débito com a Previdência Social, conforme previsto no art. 285 do RPS;

(...)

§ 4º Consideram-se débitos, para fins da multa prevista no inciso VIII do caput, desde que não estejam com a exigibilidade suspensa, a NFLD e o AI transitados em julgado na fase administrativa, o LDC inscrito em dívida ativa, o valor lançado em documento de natureza declaratória não recolhido e a provisão contábil de contribuições sociais não recolhidas.

Instrução Normativa nº 971 de 17/11/2009:

Art. 475. Por infração a qualquer dispositivo da Lei nº 8.212, de 1991...:

[...]

V - à empresa que estiver em débito não garantido com a União, no valor de 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas a título de quaisquer bonificações ou participação nos lucros, conforme disposto no art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964;

[...]

§ 2º Consideram-se débitos, para fins das multas previstas nos incisos V e VI do caput, desde que não estejam com a exigibilidade suspensa, a NFLD, a Notificação de Lançamento e o Auto de Infração transitados em julgado na fase administrativa, o LDC inscrito em dívida ativa, o valor lançado em documento de natureza declaratória não recolhido e a provisão contábil de contribuições sociais não recolhidas.

Neste sentido, a despeito do RECORRENTE afirmar a existência de parcelamento dos seus débitos tributários existentes no âmbito federal, não acostou aos autos documentos comprobatórios de suas alegações.

Sabe-se que é dever do contribuinte apresentar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito de o Fisco efetuar o lançamento do crédito tributário, conforme disposto no art. 16 do Decreto 70.235/76 e art. 373 do CPC, abaixo transcritos:

Decreto 70.235/76

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

CPC

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A mera alegação de que os débitos da pessoa jurídica Inseleto Montagens Elétricas Ltda (CNPJ 93.632.719/0001-26) estariam parcelados não é suficiente para afastar a penalidade. Caberia ao RECORRENTE comprovar que tais débitos estariam com a exigibilidade suspensa à época que lhe foi distribuída a participação nos lucros (12/2009 e 12/2010).

Também infundada a afirmação de que os débitos não garantidos da pessoa jurídica “*apenas estavam corretamente apropriadas nos balanços apresentados ao Auditor Fiscal e nos livros Diário, no contas a pagar*” (fl. 77), e argumenta que os débitos não estavam inscritos em dívida ativa. Porém, tal alegação não rebate as informações contidas nos extratos de fls. 29/37, relativos a todos os débitos da pessoa jurídica Inseleto Montagens Elétricas Ltda inscritos em dívida ativa.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, nos termos das razões acima expostas.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim