



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

Processo n° 11251.000038/2009-93
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-004.087 – 3ª Turma Especial
Sessão de 11 de fevereiro de 2015
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente TRANSPORTES E TURISMO EROLES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1998 a 28/02/2002

DISTRIBUIÇÃO DE LUCRO. ART. 32 DA LEI 4.357/64.
POSSIBILIDADE.

A vedação à distribuição dos lucros e/ou bonificações somente é aplicável aos casos em que há débito executado judicialmente e que não tenha sido garantido pela pessoa jurídica.

Recurso Voluntário Provido

Crédito Tributário Exonerado:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima.

(assinatura digital)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente

(assinatura digital)

Ricardo Magaldi Messetti - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (Presidente), Ricardo Magaldi Messetti, Amilcar Barca Teixeira Junior, Oseas Coimbra Junior, Gustavo Vettorato, Eduardo de Oliveira

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa TRANSPORTES E TURISMO EROLES LTDA, em face da decisão da Gerência Executiva de Guarulhos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que indeferiu a impugnação apresentada pela recorrente e manteve o crédito exigido.

Trata-se de penalidade aplicada com base no artigo 285, do RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99 referente as quantias pagas a título de participação nos lucros a sócio quotista, diretor ou membro de órgão dirigente, estando em débito com a seguridade social, nos períodos de 31/05/2000; 30/06/2000; 31/07/2000 e 30/12/2000.

Após devidamente intimada do lançamento, a empresa apresentou impugnação tempestiva, às fls. 90/95. Ao analisar os argumentos trazidos, a Gerência Executiva de Guarulhos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) julgou procedente o lançamento e manteve o crédito tributário exigido sob os seguintes fundamentos:

“a) Não há dúvidas de que realmente houve a distribuição de lucros aos sócios, sendo tal fato cabalmente admitido pela impugnante na contestação apresentada, bem como, comprovado pelo Fiscal autuante, conforme cópias xerox extraídas dos Livros Diários e juntadas Às fls. 28/46;

b) Da análise da farta documentação juntada aos autos, restou também comprovado que a impugnante está em débito para com a Seguridade social, fato este constatado não só nos Livros Diário da Empresa (Conta n. 215.010.09 – QUOTAS INSS DA EMPRESA A RECOLHER), como também nas GFIPs/RDE. Vale Lembrar que tanto o livro Diário quanto a GFIP, são documentos elaborados pela empresa, sendo certo que nos termos do art. 23 do Código Comercial, o Livro Diário faz prova plena contra o próprio proprietário e seus sucessores, equivalendo À confissão.

c) embora insista a defendente na argumentação de que não há nenhuma decisão transitada em julgado, que diga que é devedora do INSS, tal constatação – débito para com a Seguridade Social – pode ser efetivada de diversas maneiras, sendo a mais importante a própria confissão da empresa, como no caso presente, em que declara em seus Livros Diários e na própria GFIP (que é um documento declaratório por excelência), que encontra-se em débito para com a Seguridade Social.

d) a alíquota de multa que contesta a contribuinte, foi instituída pela legislação em vigência conforme no “Relatório Fiscal da Aplicação da Multa” de fls. 04 e, a competência do INSS é restrita À sua aplicação e arrecadação, quando cabíveis, não sendo de nossa atribuição d discussão da inconstitucionalidade de leis e sim a correta execução das mesmas”. (com adaptações) (fl. 127)

A contribuinte foi devidamente cientificada da decisão supramencionada e apresentou recurso em 02/05/2002 às fls. 132/137, no qual aduz, em síntese, os seguintes argumentos:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/02/2015 por RICARDO MAGALDI MESSETTI, Assinado digitalmente em 18/02/

2015 por RICARDO MAGALDI MESSETTI, Assinado digitalmente em 19/02/2015 por HELTON CARLOS PRAIA DE LI

MA

Impresso em 19/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Suscita que não há decisão transitada em julgado que comprove que a recorrente é devedora do INSS e que até o momento da autuação, a recorrente não possuía qualquer débito inscrito em dívida ativa ou cobrança em execução fiscal o que, na sua opinião, não legitima o agente fiscal presumir que a empresa tenha débito com o INSS e conclua, por consequência, que os seus lucros não podem ser distribuídos aos seus sócios.

Aduz que não é constitucional a cobrança de multa de 50% sobre a distribuição de lucros entre os sócios, por ser esse fato confiscatório e ofensivo ao princípio da livre iniciativa.

Questiona o fato de a pessoa jurídica de direito privado ser penalizada, se distribuir lucros e possuir supostos débitos com previdência, ao passo que a União e o INSS, devedores de precatórios a inúmeras pessoas jurídicas ou físicas, nada sofrem de punição pelos atrasos em que são contumazes.

Pondera que o governo pode se socorrer da emissão de títulos da dívida pública, a qualquer tempo para honrar os seus compromissos, sem que tais atos comprometam sua atividade normal e o exercício de suas atividades, todavia, o particular, mesmo que não haja uma única sentença contrária de primeira instância, está impedido de obter CND, de distribuir lucros, de contratar com o poder público, deixando claro que a norma que fundamenta a presente multa é inconstitucional.

Sem contrarrazões fiscais, os autos vieram à apreciação deste Conselho, sendo a mim sorteada a relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Magaldi Messetti

Da Admissibilidade

O recurso voluntário apresentado é tempestivo e presentes estão os demais requisitos para a sua admissibilidade, razão pela qual passo a apreciá-lo.

Da Distribuição de Lucros

Quando da autuação da recorrente ainda não estava em vigor o artigo 17 da Lei 11.051, de 29 de dezembro de 2004 (DOU de 30.12.2004), que alterou a redação do artigo 32 da Lei 4.357, de 16 de julho de 1964 (Lei 4.357/64).

Em sua redação original, referido artigo 32 dispõe que 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 distribuir bonificações a seus acionistas e dar ou atribuir lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos. Desde 1964, portanto, esse dispositivo existe no direito brasileiro.

No meu entender, o dispositivo em análise obstaculiza as empresas com débito não-garantido perante a Fazenda Nacional de distribuir bonificações a seus acionistas, dar ou atribuir participações de lucros aos sócios ou quotistas e diretores. Ora, a legislação societária estabelece distinções entre a distribuição de dividendos e a atribuição de bonificações ou participações nos lucros. De fato, a primeira corresponde à remuneração paga aos sócios proporcionalmente pela sua participação no capital social, em virtude da apuração de lucro líquido na empresa; a segunda, a seu turno, constitui espécie de “gratificação” paga ao sócio, diretor ou mesmo terceiro contratado, em virtude do seu desempenho na condução da empresa, devendo ser contabilizada como despesa.

Essa distinção conceitual, aliás, foi observada por ocasião da elaboração do projeto originário da Lei 4.357/64, quando o então Presidente da República, Castello Branco, vetou o termo “dividendo” constante da alínea “a” do artigo 32, sob o fundamento de que restringir “a distribuição dos dividendos” afetaria a vida normal das empresas, as quais eram “núcleos propulsores do desenvolvimento da economia nacional”.

Destarte, o dispositivo não vedou que sociedade em débito perante a União distribua dividendos a seus acionistas ou quotistas, existindo óbice apenas em relação ao eventual pagamento de bonificações e participações nos lucros.

A segunda questão a merecer maior reflexão reside no significado da expressão “débito não-garantido”. Nesse ponto, vale ressaltar que o dispositivo legal foi editado anteriormente ao Código Tributário Nacional — CTN, devendo ser interpretado à luz deste e da Constituição Federal.

Analisando a questão, a teor do artigo 32 da Lei 4.357/64, empresas devedoras só poderiam distribuir bonificações/participações nos lucros se os débitos estivessem acobertados por penhora, depósito ou fiança bancária, a teor do artigo 9º, da Lei 6.830/80. Essa interpretação, contudo, conflita com o CTN, por desamparar diversas situações legalmente reconhecidas nas quais não haveria pretensão do Fisco de cobrança do crédito, por se encontrar este com a exigibilidade suspensa.

Mencione-se, por exemplo, a hipótese de obtenção de liminar em Mandado de Segurança ou ação cautelar, situação em que a exigibilidade do crédito estaria suspensa por força do artigo 151, do CTN, embora não garantido por depósito, penhora ou fiança. A suspensão da pretensão de cobrança deu-se não por garantia concreta do futuro pagamento, mas pela probabilidade de que o débito venha a ser declarado inexigível.

Decerto, a suspensão da exigibilidade do crédito inibe não apenas a cobrança em si, mas também a prática de quaisquer atos ou procedimentos, diretos ou indiretos, que externem a finalidade de coerção para o pagamento. Não por outra razão, existe direito à certidão positiva, com efeitos de negativa, quando o contribuinte possua débitos com o Fisco, mas que estejam com exigibilidade suspensa em virtude de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN.

Por conseguinte, o artigo 32, da Lei 4.357/64 deve ser interpretado no sentido de que a distribuição de bonificações ou participações nos lucros a acionistas, cotistas ou administradores só é vedada quando a pessoa jurídica possua débito líquido, certo e, sobretudo, exigível, o que não acontece no caso em tela, uma vez que a autuação foi em decorrência das informações da própria contribuinte, não existindo qualquer lançamento para constituir o suposto crédito não honrado pela recorrente.

Ademais, entendo que apenas a existência de um débito já executado judicialmente e ainda não garantido pela pessoa jurídica é que configura a situação descrita na lei e que possibilitaria a imposição da penalidade por uma distribuição indevida. Eventuais “apontamentos” ou débitos que ainda não se encontrem na situação em que seja possível o oferecimento de garantia, não podem, na nossa avaliação, caracterizar empecilho para a distribuição de lucros e/ou bonificações, nos termos do dispositivo legal analisado.

Não é razoável supor que um Auto de Infração ou uma NFLD caracterize a existência, nos termos da vedação imposta, de um débito desde o seu início e que, se não garantido, impeça a distribuição de lucros e bonificações. Antes de mais nada, é necessário entender que há previsão de um processo administrativo regular, motivo pelo não é possível admitir a hipótese de existência de um débito não garantido, no sentido da lei analisada, antes do esgotamento da fase administrativa.

Após o encerramento da fase administrativa, o procedimento regular determina a inscrição do débito em dívida ativa e o consequente ajuizamento do executivo fiscal nos termos de lei específica que regula o assunto (Lei 6830/80). Somente a partir desse momento, portanto, há possibilidade de apresentação de diversas modalidades de garantia do débito pelo suposto devedor.

A inscrição do débito em dívida ativa do ente público, por sua vez, possui presunção legal de legitimidade de sua existência, já que somente ocorre após a decisão final no processo administrativo fiscal regular, salvo hipótese de auto-lançamento (p.ex., declaração em DCTF). A mera inscrição do débito em dívida ativa, contudo, não lança o contribuinte

nessa situação de “débito não garantido”, até porque nessa situação o contribuinte ainda não pôde garantir o débito. Apenas a propositura de Execução Fiscal, com a citação válida, abre para o contribuinte a possibilidade de garantir o débito nos termos da lei reguladora do processo de Execução Fiscal.

Portanto, penso que a vedação à distribuição dos lucros e/ou bonificações somente é aplicável aos casos em que há débito executado judicialmente e que não tenha sido garantido pela pessoa jurídica. Eventuais “apontamentos” ou débitos que não ainda não se encontrem na situação em que seja possível o oferecimento de garantia, não podem, em meu entender, caracterizar empecilho para a distribuição de lucros e/ou bonificações nos termos do dispositivo legal analisado.

Assim sendo, entendo que o recurso voluntário deve ser provido, visto não existir qualquer cobrança judicial em face da contribuinte no momento em que distribuiu bonificações aos seus diretores.

Conclusão

Pelo exposto, conheço do recurso voluntário para, no mérito, dar-lhe provimento, exonerando o crédito tributário lançado.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Ricardo Magaldi Messetti - Relator