



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

Processo nº 11853.001736/2007-65
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.557 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de agosto de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente PALISSANDER ENGENHARIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2006

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Inexiste cerceamento de defesa no auto de infração lavrado com base em informações extraídas dos sistemas informatizados da Previdência Social (CNISA, GFIP WEB e PLENUS), informações estas enviadas pelo próprio contribuinte e das quais ou possui cópia ou pode obtê-las junto ao Fisco.

PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A partir da notificação do contribuinte (CTN, art. 145, I), o crédito tributário já existe — e não se pode falar em decadência do direito de constituí-lo, porque o direito foi exercido — mas ainda está sujeito à desconstituição na própria via administrativa, se for impugnado. A impugnação torna litigioso o crédito, tirando-lhe a exeqüibilidade (CTN, artigo 151, III); quer dizer, o crédito tributário pendente de discussão não pode ser cobrado, razão pela qual também não se pode cogitar de prescrição, cujo prazo só inicia na data da sua constituição definitiva (CTN, art. 174).

OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS.

Não provado que os pagamentos possuem outra natureza jurídica, distribuir cota ou participação nos lucros aos sócios, estando em débito com a seguridade social, constitui infração ao art. 52, II, da Lei 8.212, de 1991.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário, conhecendo exclusivamente sobre as questões não decididas pelo acórdão 9202-005.233, e, assim, quanto às questões devolvidas a esta turma, rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa e, no mérito, não reconhecer a prescrição; quanto às demais questões de mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Maurício Vital, Wesley Rocha, Antônio Sávio Nastureles, Alexandre Evaristo Pinto, Reginaldo Paixão Emos, Marcelo Freitas de Souza Costa, Thiago Duca Amoni e João Bellini Júnior (Presidente). Ausente a conselheira Juliana Marteli Fais Feriato.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face da Decisão Notificação n.º 23.401.4/269/2007, exarada pela Delegacia da Receita Previdenciária no Distrito Federal (e-fls. 720 a 726). Reproduzo do relatório do Acórdão 9202-005.233 (e-fls. 909 a 917), o qual deu parcial provimento para o recurso especial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN):

Trata o presente processo de Auto de Infração - AI, que constituiu o DEBCAD n.º 37.027.458-0, à e-fl. 04, relativamente à multa por descumprimento de obrigação acessória. A infração que levou à aplicação da penalidade por 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, estando em débito com a Seguridade Social. A autuação ocorreu em 22/12/2006, no valor de R\$ 1.100.428,98, com ciência à contribuinte em 27/12/2006 (e-fl. 47).

O relatório fiscal da infração - RFI, às e-fls. 34 a 37 dos autos apontou que o cruzamento dos valores declarados nas GFIP como devidos à Previdência Social e os respectivos valores pagos extraídos dos sistemas informatizados da Previdência Social demonstra que, desde a competência 01/1999, a empresa encontrava-se em débito.

O AI foi impugnado, às e-fls. 51 a 53, em 10/01/2007. Já o auditor responsável do Serviço do Contencioso Administrativo da Delegacia da Receita Previdenciária no Distrito Federal, na Decisão n.º 23.401.4/269/2007, exarada em 16/04/2007, às e-fls. 720 a 726, considerou, procedente a autuação, mantendo o crédito tributário exigido.

Inconformada, em 14/06/2007, a contribuinte, interpôs recurso voluntário -RV, às e-fls. 774 a 793, argumentando, em síntese que:

- entende haver ocorrido cerceamento de defesa na medida em que a fiscalização não procedeu levantamentos mais detalhado dos fatos;*
- os débitos porventura existentes, estariam prescritos, pois se os débitos foram constituídos em GFIP e se referem aos períodos de 01/1999 a 12/2000, na época do lançamento já estavam atingidos pela prescrição quinquenal prevista no art. 174 do CTN;*

- *jurisprudências do STJ admitem a constituição definitiva do crédito tributário por meio de declaração que contenha confissão de dívida, como a GFIP;*
- *caso existissem débitos não prescritos, algumas competências que suscitaram a aplicação da multa estariam atingidas pela decadência, notadamente aquelas anteriores a 01/2002;*
- *a fiscalização tomou como distribuição de lucros toda a movimentação envolvendo a recorrente e seus sócios, sem se atentar se referiam-se a pró-labore, adiantamento deste, devoluções eventualmente corridas ou qualquer evento diferente de distribuição de lucro.*

O recurso voluntário foi apreciado pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento em 19/06/2012, resultando no acórdão 2301-02.861, às e-fls. 805 a 810, que teve a seguinte ementa:

MULTA DO ART. 52 DA LEI 8.212/91. FUNDAMENTO FÁTICO EM CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR MEIO DE DECLARAÇÃO EM GFIP. PRAZO PRESCRICIONAL.

Tendo havido declaração em GFIP sobre créditos tributários, estes estão definitivamente constituídos. A partir dessa data, começa a fluir o prazo prescricional. Se os débitos apontados pela fiscalização foram atingidos pela prescrição, estão extintos e não servem de fundamento fático para a aplicação da multa prevista no art. 52 da Lei 8.212/91.

Recurso Voluntário Provido.

O acórdão teve o seguinte teor:

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Embargos de Declaração da Fazenda

Cientificada do resultado em 15/10/2012, a Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração ao acórdão em 22/10/2012, às e-fls. 813 e 814. Tais embargos foram rejeitados, conforme consta na Informação nº 2301-106 do Presidente da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, às e-fls. 817 a 819, em 28/03/2013.

RE da Fazenda Nacional

Cientificada do acórdão, em 03/06/2013 (e-fl. 820), a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em 11/06/2013, manejou recurso especial de divergência - RE (e-fls. 821 a 832) ao citado acórdão, entendendo que o aresto recorrido diverge de entendimentos firmados no CARF, pois naquele se entendeu que a obrigação acessória deve ter, necessariamente, o mesmo

destino da obrigação principal enquanto o paradigma destacou a existência de autonomia em relação às obrigações acessórias e principais.

Traz por paradigma o acórdão nº 2302-01.163, que entre suas ementas assevera:

OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS E PRINCIPAIS. INDEPENDÊNCIA. AUTONOMIA. O simples fato da inobservância da obrigação acessória é condição bastante, suficiente e determinante para a conversão de sua natureza de obrigação acessória em principal, relativamente à penalidade pecuniária. Dessarte, nos termos da lei, ainda que não tenha ocorrido a obrigação principal ou esta, mesmo tendo ocorrido, já tenha sido adimplida, tais fatos não são suficientes para afastar a observância e/ou os efeitos das obrigações acessórias correlatas impostas pela legislação tributária.

Na sua argumentação, a procuradora salientou:

...Há que se atentar para o fato de que a infração se consuma no momento em que a empresa, estando em débito com a Seguridade Social, distribui lucro aos sócios. Trata - se, portanto, de multa aplicada em razão de descumprimento de obrigação acessória, que não se confunde com a obrigação principal.

Tem-se, pois, que eventual impossibilidade de cobrança das contribuições previdenciárias declaradas em GFIP, em face da ocorrência de prescrição, em nada altera a possibilidade de exigência da multa, aplicada em face do descumprimento da obrigação de não distribuir lucro aos sócios enquanto pendentes débitos com a Seguridade Social.

Atente-se que o fundamento para a aplicação da multa não é a existência de débito exigível da obrigação principal no momento da lavratura do auto de infração, como incorretamente decidiu a Turma recorrida, mas sim a distribuição de lucro pela empresa fiscalizada quando existia vedação legal para tanto.

Nos presentes autos não há dúvida de que no momento em que o contribuinte distribuiu lucro aos sócios estava em débito com a Seguridade Social. Perfeitamente configurada, portanto, a hipótese prevista no art. 52 da Lei nº 8.212/91. (Sublinhados do original)

Pelas razões expostas requereu a Procuradora que fosse conhecido o recurso e provido para quem se reforme a decisão restabelecendo-se a exigência da multa por descumprimento de obrigação acessória.

O RE da contribuinte foi apreciado pelo Presidente da Segunda Seção de Julgamento do CARF, nos termos dos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 256 de 22/06/2009, por meio do de e-fls. 849 a 856, datado de 16/09/2015, entendendo ele por lhe dar seguimento.

A contribuinte foi cientificada do acórdão nº 2302-01.163, do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional e do

despacho que lhe deu prosseguimento, por meio da Carta DRFB//DF/DICAT nº 359/15 (e-fl. 858), em 02/10/2015 (e-fl. 863).

Contrarrazões da contribuinte

Em 19/10/2015, a contribuinte apresentou contrarrazões ao RE da Procuradoria, às e-fls. 875 a 883, onde, em resumo, traz os argumentos a seguir.

A situação presente trata de descumprimento de obrigação acessória relativa a débitos declarados em GFIP das competências de 01/1999 a 12/2000, cujo lançamento ocorreu em 22/12/2006, com capitulação legal no inciso I do art. 52 da Lei nº 8.212/1991; no paradigma trazido pela Procuradoria, a obrigação acessória, decorrente do mesmo artigo, teria ocorrido em 10/09/2007, relativa a débitos de 01/1999 a 01/2005, ainda havia tempo para lançamento de parte do período, conforme entendeu a turma a quo. Contudo, seriam situações distintas, não permitindo o conhecimento da divergência.

A aplicação de penalidade em 22/12/2006, implicaria nulidade do lançamento, "porque, quando realizado, não havia débito com a Seguridade Social, que caracterizasse como indevida a suposta distribuição de lucros aos sócios" (e-fl. 878). Teria havido preclusão do fato gerador lançado, tal lançamento deveria ter ocorrido até 12/2005. Não existiria mais débito quando do lançamento, sendo este elementar ao fato gerador da obrigação acessória; inexistindo débitos, inexistem os fatos geradores da obrigação acessória lançada.

Alega, ainda, a revogação de ambos os incisos e o parágrafo Único do art. 52 da Lei nº 8.212, de 1991, o que aboliria a conduta.

O RE da PGFN restou parcialmente provido, nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes e Fábio Piovesan Bozza (suplente convocado), que não conheceram do recurso. No mérito, por unanimidade de votos, acordam em dar-lhe provimento parcial para reconhecer a inexistência de fato gerador da multa aplicada a partir de 01/01/2006 e decadência do direito de lançar a multa para períodos anteriores a 01/01/2001 com retorno dos autos à turma a quo para análise das demais questões postas no recurso voluntário. Votaram pelas conclusões as conselheiras Patrícia da Silva e Ana Paula Fernandes.

Tal acórdão recebeu as seguintes ementas:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2006

*MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO
ACESSÓRIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA*

A decadência do direito de o fisco constituir crédito por multas é aquela do lançamento de ofício, contados cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

*PENALIDADE POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO
ACESSÓRIA. FATO GERADOR. INTERDIÇÃO DE
DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS CONCOMITANTE COM A
EXISTÊNCIA DE DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. QUITAÇÃO
DOS DÉBITOS.*

O fato gerador da multa por descumprimento de obrigação acessória de não distribuir lucros concomitante à existência de débitos não quitados independe da extinção destes débitos em momento posterior à distribuição.

Recurso Especial do Procurador Provido em Parte.

Retornaram os autos a esta 1ª TO da 3ª Câmara, sendo o processo novamente sorteado em face de o relator original não mais compor os quadros deste CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Bellini Júnior, relator

O recurso voluntário é tempestivo e aborda matéria de competência desta Turma. Portanto, dele tomo conhecimento.

Como relatado, restou decidido em sede de recurso especial que: (1) a decadência do direito de o fisco constituir crédito por multas é aquela do lançamento de ofício, contados cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ser efetuado e (2) o fato gerador da multa por descumprimento de obrigação acessória de não distribuir lucros concomitante à existência de débitos não quitados independe da extinção destes débitos em momento posterior à distribuição.

Decorrentemente, restou reconhecida, tão somente, a “inexistência de fato gerador da multa aplicada a partir de 01/01/2006 e decadência do direito de lançar a multa para períodos anteriores a 01/01/2001 com retorno dos autos à turma a quo para análise das demais questões postas no recurso voluntário”.

Passo a analisar as demais questões do recurso voluntário.

DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

De acordo com a recorrente, haveria cerceamento do direito de defesa, na medida em que a fiscalização não procedeu levantamentos mais detalhado dos fatos, uma vez que “tanto a autuação como a sentença recorrida entendeu que a empresa recorrente estava em débito com a Seguridade Social, considerando como valores devidos os extraídos das Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP, informadas ao INSS pelo contribuinte, no período de 01/1999 a 12/2000, sendo que os recolhimentos efetuados pela

empresa neste período foram menores que os valores declarados conforme seu Relatório de infração -item 2”. Os pagamentos foram verificados no sistema de consulta de conta corrente do estabelecimento – CCOR. Ressalta que a fiscalização ainda não se findou, de tal sorte que toda a documentação da empresa encontra-se de posse do auditor fiscal; portanto, não poderia demonstrar ou checar que os valores considerados como recolhidos encontrados no sistema de consulta CCOR, estão corretos ou se existiram retificações das GFIPs. Por outro lado, se não foram verificados isoladamente as obras das empresas, não poderia demonstrar se não houve outros recolhimentos suficientes para demonstrar a inexistência de débito.

Não lhe assiste razão. Como referido no termo de encerramento de auditoria fiscal (Teaf), “os elementos que serviram de base na presente ação fiscal foram as Folhas de Pagamento, Livros Diário e Razão, relatórios Demonstrativo de Composição da Base de Calculo (DCBC), Relação de Trabalhadores, Resumo Mensal da GFIP (Agregado), extraídos, em outubro/2006, dos sistemas informatizados da Previdência Social (CNISA, GFIP WEB e PLENUS)” (e-fl. 33) (Grifou-se.).

Ora, não é razoável que a contribuinte envie informações eletrônicas ao fisco e não guarde cópia dessas; mas mesmo que tal fato ocorresse, bastaria solicitar cópia à fiscalização, o que não foi feito.

O fato de, segundo alega a interessada, não terem sido verificadas isoladamente as obras das empresas, é irrelevante para no deslinde deste lançamento; basta que haja débito para com a Previdência Social em um período de apuração para impossibilitar a distribuição de lucros.

Por outro lado, já se passaram doze anos da autuação. Se houvesse qualquer documento que provasse a inexistência de dívida para com a Previdência, bastaria tê-la juntado aos autos.

DA PRESCRIÇÃO

Quanto às alegações de prescrição, não assiste razão ao recorrente. A teor do art. 174 do CTN, “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”. Ora, como o crédito tributário ainda não foi constituído definitivamente, o prazo prescricional ainda não começou a correr.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: Tributário. Lançamento fiscal. 1. Decadência. A partir da notificação do contribuinte (CTN, art. 145, I), o crédito tributário já existe — e não se pode falar em decadência do direito de constituí-lo, porque o direito foi exercido — mas ainda está sujeito à desconstituição na própria via administrativa, se for impugnado. A impugnação torna litigioso o crédito, tirando-lhe a exeqüibilidade (CTN, artigo 151, III); quer dizer, o crédito tributário pendente de discussão não pode ser cobrado, razão pela qual também não se pode cogitar de prescrição, cujo prazo só inicia na data da sua constituição definitiva (CTN, art. 174). 2. Perempção. O tempo que decorre entre a notificação do lançamento fiscal e a decisão final da impugnação ou do recurso administrativo corre contra o contribuinte, que, mantida a exigência fazendária, responderá pelo débito originário

acrescido dos juros e da correção monetária; a demora na tramitação do processo administrativo fiscal não implica a perempção do direito de constituir definitivamente o crédito tributário, instituto não previsto no Código Tributário Nacional. Recurso especial não conhecido.”(Recurso Especial nº 53.467 — SP, (Registro nº 94.0026932-3), Relator: Min. Ari Pargendler. R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 9, (90): 105- 142, fevereiro 1997, p. 135)

Por outro lado, “não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal”. (Súmula Carf nº 11).

DA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS

O recorrente alega que a fiscalização tomou como distribuição de lucros toda a movimentação envolvendo a recorrente e seus sócios, sem se atentar se tais valores referiam-se a pró-labore, adiantamento deste, devoluções eventualmente ocorridas ou qualquer evento diferente de distribuição de lucro.

Não lhe assiste razão. Ora, se outros eventos, como pagamento de pró-labore e seu adiantamento, devoluções ou qualquer outros evento estivessem registrados na contabilidade, não teria havido este lançamento, que decorreu de distribuição indevida de lucros. Por outro lado, se tivesse ocorrido erro na determinação, pela fiscalização, da natureza de lucros dos pagamento, bastaria a contribuinte demonstrar que tais pagamentos possuem outra natureza jurídica. Porém, não houve sequer a tentativa da produção dessa prova.

Assim, considerando os termos do Acórdão 9202-005.233, ou seja, a “inexistência de fato gerador da multa aplicada a partir de 01/01/2006 e decadência do direito de lançar a multa para períodos anteriores a 01/01/2000”, entendo correto o lançamento nos demais períodos de apuração.

Conclusão

Voto, portanto, por conhecer parcialmente do recurso voluntário, exclusivamente sobre as questões não decididas pelo Acórdão 9202-005.233, e, assim, quanto às questões devolvidas a esta Turma, REJEITAR a preliminar de cerceamento do direito de defesa, e no mérito, NÃO RECONHECER A PRESCRIÇÃO e, QUANTO ÀS DEMAIS QUESTÕES DE MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior – Relator