

Brasília, 29.03.09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
IAJIR, Slapc 751583

CC02/C06

Fls. 197



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 13856.000198/2007-97
Recurso nº 145.740 Voluntário
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Acórdão nº 206-01.387
Sessão de 07 de outubro de 2008
Recorrente ARCA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE RETENTORES LTDA
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA (RECEITA FEDERAL DO BRASIL)

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 22/08/2006

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO - INFRAÇÃO.

À empresa em débito para com a Seguridade Social é proibido 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.

A inobservância de tal vedação sujeita o responsável à multa de 50% (cinquenta por cento) das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas a partir da data do evento.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

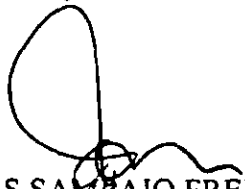
Data do fato gerador: 22/08/2006

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

Recurso Voluntário Negado.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

2ª CCIMF - Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 24.03.09
Iviana de Fátima Ferreira dos Carvalhos
Mestre Siqueira 7515-7

Relatório

Trata-se de autuação pelo descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 52 inciso II da Lei nº 8.212/1991 c/c art. 280 inciso II do Decreto nº 3.048/1999 que consiste na distribuição de 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 a empresa em débito com a Seguridade Social.

A auditoria fiscal verificou nos livros Diário e Razão que houve distribuição de lucros aos sócios no período de 12/2002 a 12/2005 quando a empresa se encontrava em débito para com a Seguridade Social.

O débito consiste em provisões de contribuições previdenciárias não recolhidas verificadas em conta de passivo da contabilidade da empresa. Ainda foram verificados débitos oriundos de informações prestadas em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, documento de natureza declaratória e confissão de dívida, sem o correspondente recolhimento.

A autuada apresentou defesa (fls. 125/137) onde alega que a multa prevista no art 52, inciso II, da Lei nº 8.212/1991 ofende à Constituição Federal e que o ente tributante não pode desrespeitar o direito de propriedade garantido na Carta Magna.

Entende que a previsão normativa não seria razoável e teria efeito confiscatório.

Argumenta que não houve ainda a constituição definitiva do débito, mas um auto de infração que somente dará ensejo à inscrição na Dívida Ativa depois de esgotados todos os meios de defesa permitidos pelo Código Tributário Nacional e pela Constituição Federal.

Alega que o débito não foi pago em razão de liminar ou tutela antecipada que suspende sua exigibilidade, ou até mesmo por força de recurso administrativo, conforme inteligência do inciso III do art. 151 do CTN.

Afirma que no caso da empresa optar por programa de parcelamento da dívida, a lei não tem o condão de aplicar a sanção pecuniária à mesma se vier a distribuir lucros, dividendos ou bonificações.

Pela Decisão-Notificação nº 21.43.4/009/2007 (fls. 151/160) a autuação foi considerada procedente.

O julgador de primeira instância informa que a ação ordinária de parcelamento nº 2004.61.20.006836-8 proposta pela empresa teve o pedido de antecipação de tutela indeferido e, posteriormente, foi julgada improcedente. Os depósitos judiciais efetuados pela notificada no período de 11/2002 a 11/2004 não perfazem o total dos valores lançados.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 164/176) onde efetua a repetição das alegações trazidas em defesa.

O recurso teve seguimento por força da liminar concedida em Mandado de Segurança que dispensou a realização do depósito prévio.

É o relatório.

Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

Recurso tempestivo sem qualquer óbice ao seu conhecimento.

A recorrente discute a constitucionalidade do dispositivo legal que define a obrigação acessória descumprida pela mesma, qual seja, o inciso II do art. 52 da Lei nº 8.212/1991 que dispõe o seguinte:

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

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."

A recorrente apresenta seu inconformismo perante o órgão errado.

Estando o dispositivo legal vigente, pelo princípio da legalidade, a autoridade administrativa não pode negar aplicação do mesmo sob o argumento de que seria ilegal ou inconstitucional.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la.

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juiz Saraiva 21). (g.n.)."

Ademais, tal questão já se encontra sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

"Súmula nº 2 O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária".

A recorrente alega que não estaria em débito para com a Seguridade Social e que a exigibilidade do crédito estaria suspensa, por força do inciso III do art. 151 do CTN que dispõe que suspendem o crédito tributário as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

No caso em tela, a recorrente deixou de efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias e, posteriormente, propôs ação judicial em que pleiteia o direito de efetuar parcelamento de contribuições nas condições que deseja.

As contribuições em questão foram objeto de lançamento na NFLD nº 35.793.058-4 em que a recorrente apresentou recurso registrado sob nº 144921, ao qual foi negado provimento.

Conforme argüido pelo julgador de primeira instância, as normativas expedidas pelo órgão definem que se considera débito, para fins de aplicação de multa pela infração objeto do presente auto, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD e o Auto de Infração – AI transitados em julgado na fase administrativa, o Lançamento de Débito Confessado – LDC inscrito em Dívida Ativa, o valor lançado em documento de natureza declaratória não recolhido e a provisão contábil de contribuições sociais não recolhidas.

No caso da recorrente, a mesma se caracteriza como empresa em débito em razão de haver confessado em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social valores posteriormente não recolhidos, bem como por fazer constar em sua contabilidade provisão para pagamento de contribuições destinadas à seguridade social sem o correspondente recolhimento.

Assim, resta demonstrado que a recorrente descumpriu obrigação tributária acessória e por esta razão a presente autuação deve prevalecer.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de outubro de 2008


ANA MARIA BANDEIRA