



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

Processo nº 14041.000503/2008-79
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2401-002.478 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de junho de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente PATRIMONIAL SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 30/06/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. EXISTÊNCIA DE DÉBITO. NÃO COMPROVAÇÃO. INCLUSÃO DÉBITOS EM PARCELAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO.

O simples fato de se apurar na contabilidade da contribuinte a existência de supostos débitos, os quais foram lançados em Lançamentos de Débitos Confessados - LDC's, incluídos em parcelamento, estando, portanto, com a exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, inciso VI, do CTN, não é capaz de autorizar a imputação da infração prevista no artigo 52, inciso II, da Lei nº 8.212/91, uma vez que somente com a constituição definitiva do crédito tributário é que se poderá inferir com a segurança que o caso exige a existência de débitos passíveis de impedir a distribuição de lucros da empresa. Por sua vez, na esteira da farta e mansa jurisprudência judicial e administrativa, a inclusão dos débitos em parcelamento suspende a exigibilidade, afastando a impossibilidade da distribuição de lucros.

Recurso Voluntario Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que negava provimento.

Elias Sampaio Freire - Presidente

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

Autenticado digitalmente em 02/07/2012 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 09/07/2

012 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 03/07/2012 por RYCARDO HENRIQUE MAGALHAES DE

OL

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Lourenço Ferreira do Prado, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

PATRIMONIAL SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho da decisão da decisão da 5ª Turma da DRJ em Brasília/DF, Acórdão nº 03-34.795/2009, às fls. 63/72, que julgou procedente em parte a autuação fiscal lavrada contra a empresa, com arrimo no artigo 52, inciso II, da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 280, inciso II, do RPS, por ter distribuído lucros aos sócios, estando em débito com a Seguridade Social, conforme Relatório Fiscal da Infração, às fls. 13/17, e demais elementos que instruem o processo.

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, nos termos do artigo 293 do RPS, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se multa no valor de R\$ 533.133,14 (Quinhentos e trinta e três mil, cento e trinta e três reais e quatorze centavos), com base nos artigos 285 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, c/c artigo 52, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91.

De conformidade com o Relatório Fiscal, a contribuinte distribuiu lucros aos seus sócios estando em débito com a previdência social, como se verifica da escrituração contábil trazida à colação e, bem assim, das LDC's nº 35.724.932-1 e 35.677.495-3, as quais foram objeto de parcelamento.

Interposta impugnação, a autoridade julgadora de primeira instância entendeu por bem converter o julgamento em diligência, determinando o retorno dos autos ao fiscal autuante para verificar a possibilidade do recálculo da multa em face da edição da Medida Provisória nº 449/2008, a qual contemplou multa mais benéfica, devendo retroagir para alcançar fatos geradores pretéritos com base no artigo 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional, consoante se infere do Despacho nº 20/2009 da 5ª Turma da DRJ em Brasília/DF, às fls. 38/40.

Em atendimento à diligência determinada pelo julgador de primeira instância a autoridade lançadora elaborou Informação Fiscal, às fls. 41/45, propondo a exoneração total da multa em virtude da inclusão dos débitos considerados para efeito da autuação em parcelamentos, o que suspende a exigibilidade do crédito nos termos do artigo 151, inciso VI, do Código Tributário, c/c a jurisprudência judicial e administrativa e doutrina transcritas naquela manifestação, afastando, portanto, a premissa do presente lançamento.

Em 10/12/2009, a empresa apresentou petição de fls. 74/75, pugnando pela anulação do Auto de Infração, aduzindo para tanto que o dispositivo legal que fundamentou o lançamento, qual seja, o artigo 52, inciso II, da Lei nº 8.212/91, fora revogado pelo artigo 79 da Lei nº 11.941/2009.

Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 79/84, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Após breve relato das fases ocorridas no decorrer do processo administrativo fiscal, insurge-se contra a exigência consubstanciada na peça vestibular do feito, reiterando o fato de o artigo 52, inciso II, da Lei nº 8.212/91 ter sido revogado pelo artigo 79 da Lei nº 11.941/2009.

Contrapõe-se à multa aplicada, em decorrência de suposto débito perante a Seguridade Social, asseverando que os créditos previdenciários que deram margem à aplicação da penalidade em epígrafe, apurados a partir da lavratura de LDC's, se encontram com a exigibilidade suspensa, por força do artigo 151, inciso VI, do CTN, em face da inclusão em parcelamento, razão pela qual não se pode cogitar em débitos exigíveis, capazes de justificar a exigência ora imposta.

Assevera que a própria autoridade lançadora reconhece tais fatos, propondo a decretação da improcedência do lançamento, nos termos da Informação Fiscal, às fls. 41/45, exarada em decorrência da diligência determinada pela 5ª Turma da DRJ em Brasília, consubstanciada no Despacho nº 20/2009, às fls. 38/40.

Infere que a empresa possuía, à época da lavratura do auto de infração, três parcelamentos, débitos garantidos, envolvendo as competências 09/2003 a 07/2004 (consolidado em 17/11/04), 09/2004 a 11/2004 (consolidado em 31/03/2005) e 08/204 e 12/2004 (consolidado em 20/07/2005), respectivamente. Todas as parcelas foram pagas nos prazos legais, não existindo, portanto, débito para com o INSS no período correspondente à distribuição de lucros efetuada no decorrer de 2004, importante frisar que partia da impugnante os pedidos de parcelamentos, tão logo certificou-se as pendências.

Opõe-se à multa aplicada por considerá-la desproporcional, malferindo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, impondo seja decretada sua insubsistência.

Por fim, pretende seja conhecido e provido seu Recurso Voluntário, para desconsiderar o Auto de Infração, tornando-o sem efeito, e no mérito, seja declarada a improcedência do lançamento.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

Pretende a contribuinte a reforma da decisão recorrida, a qual manteve parte substancial da exigência fiscal na forma constituída, suscitando que a multa aplicada malfere flagrantemente a Constituição Federal, mais precisamente os princípios da razoabilidade e do não confisco, impondo seja decretada a insubsistência do feito.

Em defesa da sua pretensão, infere, ainda, não poder ser penalizada por suposta existência de débito junto à Seguridade Social, uma vez que o crédito tributário ora lançado encontra-se com a exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, inciso VI, do Código Tributário, em face da inclusão dos débitos em parcelamentos.

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões de decidir da ilustre autoridade julgadora de primeira instância, peço vênica para manifestar entendimento divergente, por vislumbrar na hipótese vertente conclusão diversa da adotada pelo nobre julgador, como passaremos a demonstrar.

Consoante se positiva dos elementos que instruem o processo, constata-se que a presente autuação decorre do fato de a contribuinte ter distribuído lucros aos seus sócios, estando, pretensamente, em débito com o INSS, infringindo o disposto no artigo 52, inciso II, da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 280, II, “a” do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, que assim prescrevem:

“ Lei nº 8.212/91

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. (O art. 34 foi revogado pela Lei nº 8.218, de 29/08/91 e restabelecido, com nova redação, pela MP nº 1.571, de 01/04/97 reeditada até a conversão na Lei nº 9.528, de 10/12/97).”

“ Decreto nº 3.048/99

Art. 280. A empresa em débito para com a seguridade social não pode: (Ver art. 285)

I - distribuir bonificação ou dividendo a acionista; e

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.

Art. 285. A infração ao disposto no art. 280 sujeita o responsável à multa de cinquenta por cento das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas, a partir da data do evento.” (grifamos)

Destarte, conforme restou circunstanciadamente demonstrado nos autos do processo, a fiscalização ao promover o lançamento adotou como fundamento à sua empreitada a existência de débitos da contribuinte com a Seguridade Social, mais precisamente objetos de LDC's incluídas em parcelamento.

Ao analisar a demanda, afastando-se dos esclarecimentos prestados pela própria fiscalização, às fls. 41/45, o julgador de primeira instância, além de afastar o fato da inclusão dos débitos em parcelamento, inferiu que *o débito foi formalizado através da provisão contábil de contribuições previdenciárias não recolhidas, registrada nos Livros Diário e Razão, sendo evidente que não estava com a exigibilidade suspensa de nenhuma forma, pois os parcelamentos foram efetuados em período posterior à distribuição de lucros (no exercício de 2005).*

Olvidou-se, porém, a autoridade lançadora que o simples fato de constar da contabilidade da contribuinte contribuições a recolher, não implica dizer que o crédito previdenciário encontra-se definitivamente constituído, sobretudo quando fora objeto de LDC's incluídas em parcelamento posteriormente pela contribuinte, suspendendo-se, assim, a sua exigibilidade, nos termos do artigo 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional, que assim estabelece:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

[...]

VI – o parcelamento”

Como é de conhecimento daqueles que lidam com o direito tributário, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, com esteio no dispositivo legal supratranscrito, não se pode considerar o contribuinte como devedor do tributo, o que somente ocorrerá por ocasião da constituição definitiva do débito, oportunidade em que passará a ser líquido e certo de maneira a possibilitar a eventual inscrição em dívida ativa, na hipótese de não pagamento por parte do contribuinte.

Tanto é verdade que o prazo prescricional para cobrança dos créditos tributários, inscrito no artigo 174 do Código Tributário Nacional, só passa a correr a partir da data da constituição definitiva do crédito.

Aliás, a existência de débito, com exigibilidade suspensa, sequer impede a emissão de Certidão Negativa de Débitos. Em verdade, nesses casos, emite-se Certidão Positiva com Efeitos Negativos, não ensejando qualquer óbice legal relativamente ao crédito lançado e não constituído definitivamente.

A propósito da matéria, muita elucidativa a lição do renomado doutrinador Leandro Paulsen, senão vejamos:

*“Efeitos da suspensão da exigibilidade. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário veda a cobrança do respectivo montante do contribuinte, bem como a oposição do crédito ao mesmo, e.g., com vista à compensação de ofício pela Administração com débitos seus perante o contribuinte ou como fundamento para o indeferimento de certidão de regularidade fiscal (Art. 206 do CTN). **A suspensão da exigibilidade, pois, afasta a situação de inadimplência, devendo o contribuinte ser considerado em situação regular.** Por certo que, tendo ocorrido lançamento, existe o crédito tributário formalmente constituído, mas não pode ser oposto ao contribuinte. No caso de tributo ainda não lançado, ou seja, quando ainda não houver crédito tributário constituído, a ocorrência de uma das hipóteses do art. 151 em vez de suspender, impede o início da exigibilidade do crédito tributário que venha a ser constituído.” (Paulsen, Leandro – “Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 10 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2008 – pág. 1008) (grifamos)*

Em outras palavras, nessa hipótese, não há se falar em créditos tributários capazes de impedir a distribuição de lucros, na forma do artigo 52, inciso II, da Lei nº 8.212/91. Com efeito, somente com a constituição definitiva dos eventuais débitos registrados na escrituração contábil da contribuinte, após todo trâmite do processo administrativo fiscal e decisão transitada em julgado confirmando a procedência do lançamento, é que se poderá inferir com a segurança que o caso exige, ser a contribuinte devedora da Seguridade Social.

Mais a mais, quanto às LDC's lavradas em desfavor da contribuinte, houve inclusão em parcelamento, o que, igualmente, suspende a exigibilidade do crédito tributário, como restou assentado nos autos do processo, inclusive com manifestação da própria autoridade lançadora.

Outro não é o entendimento sedimentado no âmbito judicial no que pertine às representações fiscais para fins penais, formalizadas pelas autoridades lançadoras quando da lavratura de notificações e/ou autuações nos casos da ocorrência de fraude, dolo ou simulação por parte do contribuinte. Destarte, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores consolidou o entendimento de que somente após o trânsito em julgado da decisão administrativa que corroborar a pretensão fiscal é que o Ministério Público poderá promover a denúncia contra o autuado.

Por derradeiro, cumpre observar que o fato encimado vai ao encontro com os fundamentos iniciais do voto afastando a pretensão fiscal, confirmando que somente com a constituição definitiva do crédito tributário, poderia inferir estar a contribuinte em débito perante a Seguridade Social, o que, *in casu*, não veio a ocorrer.

Na esteira desse raciocínio, seja pela inexistência de débito definitivamente constituído por ocasião da lavratura do Auto de Infração, seja pela inclusão dos créditos lançados na LDC's lavradas contra a contribuinte em parcelamento, adotada como fundamento

ao entendimento da fiscalização quanto a existência de débitos da autuada, não pode prosperar a autuação objeto da demanda em comento.

Por todo o exposto, estando o Auto de Infração *sub examine* em dissonância com os dispositivos legais que regulamentam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO, decretando a improcedência do lançamento fiscal, nos termos das razões de fato e de direito acima esposadas.

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.