



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

Processo n° 14479.000763/2007-23
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-003.862 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de fevereiro de 2015
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente AG22 COMERCIAL E SERVICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2003

INFRAÇÃO. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS OU COTAS POR EMPRESA EM DÉBITO COM A SEGURIDADE SOCIAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTREM O COMETIMENTO DA INFRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

De acordo com o art. 52 da Lei n.º 8.212/91, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n.º 11.941/09, a empresa em débito para com a Seguridade Social era proibida de distribuir bonificação ou dividendo a acionista, 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 fiscalização incumbe, portanto, a demonstração clara do cometimento da infração mediante a prova da existência de *débito para com a Seguridade Social* à época da distribuição dos lucros, não sendo suficiente para tanto a informação de provisão de contribuições a recolher lançada pelo contribuinte em seu Balanço Patrimonial.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso. Declarou-se impedido o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Presidente em Exercício

Carolina Wanderley Landim - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Carlos Henrique de Oliveira, Carolina Wanderley Landim, Igor Araújo Soares, Kleber Ferreira de Araújo e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/10/2007 e cientificado ao contribuinte em 01/11/2007 (fls. 24) por meio do qual se exige da Recorrente a multa prevista no art. 52, II, da Lei n.º 8.212/91, em razão de ter distribuído lucro nos anos de 2001, 2002 e 2003 estando em débito com a Seguridade Social, conforme apurado pela fiscalização da análise dos Balanços Patrimoniais e Demonstrações de Lucro/Prejuízo Acumulados juntados ao processo às fls. 15 a 21.

Em razão da infração em tela, foi aplicada a multa correspondente a 50% do valor do lucro distribuído, prevista no parágrafo único do art. 52 da Lei n.º 8.212/91 na redação vigente à época dos fatos geradores.

Inconformada com o lançamento, a Recorrente apresentou Impugnação (fls. 25/41), na qual sustentou, em síntese, que:

- Apesar das dificuldades econômicas que assolam o país, sempre procurou honrar as suas obrigações fiscais;
- A autuação não tem fundamento e a multa aplicada significa enriquecimento ilícito do Estado, constituindo ofensa à igualdade das partes, sendo tal isonomia garantida pela Constituição Federal;
- A exigibilidade da multa deverá ser suspensa por conta da apresentação da Impugnação, conforme determina o art. 151, III, do CTN. O desrespeito a tal norma implicaria violação aos princípios da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal), além do que é vedada a inscrição do débito em dívida ativa;
- A multa não obedece aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois alcança patamar acima do suportável pelo contribuinte, possuindo natureza confiscatória;
- Sustenta a extinção dos créditos tributários pela decadência, tendo em vista o prazo quinquenal previsto no CTN, o qual se aplica às contribuições previdenciárias em razão da sua natureza tributária;
- O art. 52 da Lei n.º 8.212/91, ao limitar a atividade da sociedade e das pessoas colide com os parâmetros da Constituição Federal e, conseqüentemente, da Lei das Sociedades Anônimas e Código Civil. A legislação previdenciária não tem o condão de restringir os atos de qualquer sociedade, seja a por ações ou a limitada, competindo à Assembleia Geral Ordinária deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e o pagamento de dividendos.

Apreciando a Impugnação, a 9ª Turma da DRJ/SPO II na Sessão de 01/07/2008, mediante o Acórdão n.º 17-26232, decidiu manter o lançamento em parte, em suma, sob os seguintes fundamentos:

- No que diz respeito às dificuldades econômico-financeiras das empresas brasileiras, estas não isentam o contribuinte do cumprimento das suas obrigações fiscais. No caso em tela foi lavrado Auto de Infração pelo descumprimento de obrigação acessória, ou seja, por ter distribuído lucros nos anos de 2001, 2002 e 2003, estando em débito com a Seguridade Social, o que foi apurado através dos Patrimoniais e Demonstrações de Lucro/Prejuízo Acumulados juntados ao processo às fls. 15 a 21;
- O auto foi lavrado em estrita observância à legislação aplicável à matéria, especialmente o art. 52 da Lei n.º 8.212/91, que veda a distribuição de lucros pela empresa em débito para com a Seguridade Social;
- Tendo em vista a Súmula Vinculante n.º 08 do STF, é de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o prazo de que dispõe a Fazenda Pública para constituir o crédito previdenciário, de acordo com o que determina o Código Tributário Nacional no art. 173, pelo que deve ser excluído do lançamento o crédito correspondente ao ano de 2001, por estar abrangido pela decadência;
- Em relação ao ano de 2003, como a fiscalização autuou a empresa por não revestir o livro Diário das formalidades legais e por não apresentação de documentos, desconsiderando o referido Livro devido à ausência de registro na Junta Comercial (AI n.º 37.133.687-2 e AI n.º 37.133.683-0), por questão de coerência e levando-se em conta que a própria fiscalização não atribuiu validade aos referidos documentos, deve ser excluído o valor da multa lançada para aquele ano;
- O lançamento foi efetuado com base na legislação em vigor, não havendo que se falar em desproporcionalidade, falta de razoabilidade ou confisco. O art. 150, IV, da CF/88 se refere à impossibilidade de exigência de tributo com efeito de confisco, enquanto no caso concreto está sendo exigida multa por descumprimento de obrigação acessória. Ademais, foi respeitado o princípio da isonomia, pois para a mesma infração idênticos serão os procedimentos administrativos adotados, qualquer que seja o contribuinte;
- Não cabe à instância administrativa a declaração de inconstitucionalidade das leis; e
- O direito ao contraditório e à ampla defesa foi garantido e plenamente exercido pela autuada.

Foi formalizada representação às fls. 84/85, tendo em vista que foi excluído do lançamento o crédito tributário referente ao ano de 2003, em razão de fiscalização ter se embasado em livro que não se encontrava revestido das formalidades legais, o que motivou a

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

Autenticado digitalmente em 20/05/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 20/05/2

015 por CAROLINA WANDERLEY LANDIM, Assinado digitalmente em 21/05/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO

E SILVA VIEIRA

lavratura de outro Auto de Infração para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação acessória. Sendo assim, sugeriu-se a realização de diligência à empresa para que a fiscalização verifique a possibilidade de autuação por distribuição de lucro aos sócios, relativa a 2003, com base em outro documento devidamente regularizado.

Intimada dos termos do referido acórdão em 21/08/2008 (fls. 83), a Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 12/09/2008 (fls. 89/105), no qual reitera as alegações lançadas na Impugnação e sustenta, em apertada síntese, que:

- A exigibilidade do crédito tributário deve ser suspensa, conforme art. 151, III, CTN;
- A multa aplicada não obedece aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além de assumir caráter confiscatório;
- As contribuições previdenciárias, por serem espécies tributárias, submetem-se ao prazo decadencial quinquenal previsto no CTN, razão pela qual estão decaídos os créditos do período de 2001 e 2002; e
- O art. 52, II, da Lei n.º 8.212/91 é inconstitucional, pois não é matéria tributária e não deveria ter integrado uma Lei que trata de matéria tributária. Ademais, ao limitar a atividade das sociedades e das pessoas, colide com os parâmetros da Carga Magna, e, por via de consequência, com os ditames da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 – Lei das Sociedades por Ações e Código Civil vigente;

Requeru, ao final, fosse provido o Recurso Voluntário para declarar a nulidade do Auto de Infração, requerendo, ainda, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e que seja vedada a sua inscrição em Dívida Ativa.

É o relatório.

Voto

Conselheira Carolina Wanderley Landim - Relatora

O recurso voluntário preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual conheço o presente recurso.

Conforme restou demonstrado no relatório, a controvérsia que remanesce no caso concreto diz respeito à exigência da multa em decorrência da distribuição de lucro no ano de 2002 pela Recorrente, quando a mesma possuía débito perante a Seguridade Social registrado em seu Balanço, tendo em vista que as multas relativas aos anos de 2001 e 2003 foram excluídas pela DRJ.

Inicialmente, quanto às alegações da Recorrente acerca da falta de razoabilidade e proporcionalidade da multa, bem como do seu caráter confiscatório, entendo que não merecem prosperar, tendo em vista que a multa em tela foi aplicada com base na legislação vigente à época dos fatos geradores, de modo que se presume válida e apta a produzir efeitos até que sobrevenha a sua retirada do ordenamento jurídico pelos meios nele previstos.

Por sua vez, quanto à alegada inconstitucionalidade do art. 52 da Lei n.º 8.212/91, não é cabível a sua análise em sede de processo administrativo fiscal, tendo em vista que não compete aos órgãos administrativos fiscais se pronunciarem sobre a inconstitucionalidade da lei tributária, atividade que compete exclusivamente ao Poder Judiciário, conforme legislação aplicável à matéria abaixo transcrita:

Decreto 70.235/1972

Art. 26A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Portaria 256/2009 – “Regimento interno do CARF” -ANEXO II

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Tal tema já foi, inclusive, sumulado por esse E. CARF, a teor do enunciado da Súmula n.º 2, abaixo transcrito:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ultrapassados tais argumentos, entendo, contudo, que o lançamento não merece prosperar, tendo em vista que a infração apontada pela fiscalização não restou suficientemente comprovada no Auto de Infração ora apreciado.

Ora, o Balanço da Recorrente juntado aos autos às fls.16/17, o saldo inicial do “INSS a Recolher” registrado em seu passivo somava R\$ 77.019,17 no referido ano e o saldo final do exercício foi de R\$ 138.228,70.

Por sua vez, na demonstração dos lucros/prejuízos acumulados do mesmo período, constante das fls. 18 dos autos, consta que houve a distribuição de lucros no montante de R\$ 442.688,00.

O art. 52 da Lei n.º 8.212/91 possuía, à época dos fatos geradores, a seguinte redação:

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. – grifos aditados

Da análise da norma acima transcrita, evidencia-se que a caracterização da infração demanda a comprovação de dois fatos concomitantes: **a)** a existência de débito junto à Seguridade Social; e **b)** a distribuição de lucros.

No caso concreto, entretanto, os documentos juntados aos autos não são suficientes para a constatação da presença destes dois requisitos.

Com efeito, a fiscalização embasou o lançamento no simples fato de constar nos Balanços Patrimoniais da Recorrente a indicação de “INSS a Recolher” ou “Obrigações Previdenciárias a Recolher” o que, no seu entendimento, atestaria a existência de débito junto à Seguridade Social.

No entendimento desta Relatora, entretanto, a simples indicação em Balanço de valores a recolher a título de contribuições previdenciárias, isoladamente considerada, não é suficiente à constatação da existência de *débito para com a Seguridade Social*, nos termos do art. 52 da Lei n.º 8.212/91, na redação vigente à época dos fatos geradores.

Isto porque o indicativo de tais valores em balanço podem representar apenas provisões de contribuições a recolher, mas que podem ainda não refletir a existência *débito para com a Seguridade Social* por não terem sido constituídos mediante declaração em GFIP, ou, ainda, por lançamento de ofício.

Com efeito, para que restasse efetivamente comprovada a infração apontada pela fiscalização, deveria ela ter demonstrado de forma cabal a condição de devedora da Recorrente mediante a indicação dos créditos tributários constituídos e não recolhidos no momento da distribuição dos lucros, quais as competências a que se referem, os seus valores, a **forma como foram constituídos, etc.**

No caso em tela sequer é possível afirmar, com a certeza necessária, se a Recorrente, de fato, era devedora da Previdência Social no momento em que os lucros foram distribuídos, pois é possível, por exemplo, que a provisão a título de “INSS a Recolher” lançada em seu balanço se refira a créditos tributários cujos fatos geradores tenham ocorrido em momento posterior à distribuição dos lucros.

Neste contexto, entendo que a infração não restou devidamente comprovada pela fiscalização, uma vez que a mera indicação de provisão de contribuições previdenciárias a recolher em Balanço não é suficiente à demonstração da existência de *débito para com a Seguridade Social* exigida pela Lei, pelo que o Recurso Voluntário merece ser provido para reconhecer a improcedência do lançamento.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conheço do recurso voluntário para, no mérito, dar-lhe total provimento.

É como voto.

Carolina Wanderley Landim.