



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

Processo n° 14479.000868/2007-82
Recurso n° 000000 Voluntário
Acórdão n° **2402-002.767 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 19 de junho de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente ASSESSORIA EM RECURSOS HUMANOS MANAGER LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – INFRAÇÃO

Consiste em descumprimento de obrigação acessória a empresa distribuir 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

DECLARAÇÃO EM GFIP – CONFISSÃO DE DÍVIDA

As informações prestadas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento.

LEGISLAÇÃO POSTERIOR - MULTA MAIS FAVORÁVEL – APLICAÇÃO

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para que seja observada a situação mais favorável ao sujeito passivo face à alteração trazida pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 52 da Lei nº 8.212/1991.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Igor Araújo Soares, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues

CÓPIA

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, constituída por meio do AI 37.013.549-0.

Segundo o Relatório Fiscal da Infração (fls. 14/17), verificou-se que no período de 01/01/2005 a 31/12/2006 houve distribuição de lucros aos sócios: Antônio Ricardo Almeida Prado Xavier e Rui de Almeida Prado.

Informa a auditoria fiscal que no período de 01/01/2005 a 31/03/2005 não havia recolhimento das contribuições previdenciárias. Para esse período houve uma fiscalização anterior, finalizada em 29/06/2005, que, nesta data, constituiu a parcela descontada dos empregados (no período de 04/2003 a 03/2005), através da notificação fiscal de lançamento de débito – NFLD 35.634.993-4, e a parcela relativa a empresa através do lançamento de débito confessado - LDC 35.634.994-2 (no período de 10/2001 a 03/2005). A notificação foi quitada em 19/12/2005 e a LDC incluída no parcelamento 60.313.340-1, concedido em 10/08/2005, e que encontra-se em andamento. Assim, a auditoria fiscal concluiu que nesse período a própria empresa reconheceu estar em débito com a Seguridade Social.

Já no período de 01/04/2005 a 31/12/2006 a empresa recolheu somente a parcela descontada dos empregados e dos sócios conforme extrato das guias recolhidas em anexo, encontrando-se, portanto, sem o recolhimento da parte patronal e, conseqüentemente, em débito com a Seguridade Social. Fato corroborado pelos lançamentos provisionados na conta 2.1.1.02.0002 (INSS a recolher) em contrapartida a conta de despesa 4.2.1.01.0002 (INSS) e nas declarações prestadas através das guias de recolhimento do FGTS e informações a Previdência Social — GFIP.

A autuada teve ciência do lançamento em 14/11/2007 e apresentou defesa (fls. 104/117) onde alega, em síntese, a inexistência de débito constituído contra si.

Argumenta que o crédito constituído na esfera administrativa não representa nada mais do que uma presunção passível de ser elidida - e que se impugnada transforma o problema em questão controvertida a ser definida somente no momento da decisão judicial final transitada em julgado, que não se pode falar em "débito", enquanto este não for afirmado em caráter definitivo pelo Poder Judiciário.

Afirma que débito não é aquilo que a Administração afirma existir. É aquilo que, após a constituição do crédito, o Judiciário diz que é.

Aduz que, na época das distribuições dos lucros, existiam meros apontamentos em contas contábeis da empresa e nas GFIP's entregues pela Impugnante, sem que, no entanto, houvesse qualquer lançamento tributário inadimplido, ou melhor, "DÉBITO".

Menciona o art 291, § 1º do Decreto nº 3.048/1999 por entender que ainda que se considere ocorrida a infração, a multa deveria ser relevada, haja vista que os eventuais valores levantados foram pagos ou estão incluídos em parcelamento.

Pelo Acórdão nº 16-16.846 (fls. 276/285) a 13ª Turma da DRJ/São Paulo I considerou a autuação procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 290/310), onde efetua a repetição das alegações de defesa.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação do recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

O cerne do recurso apresentado repousa na tese da inexistência de débito na ocasião da distribuição dos lucros, além disso, a recorrente entende que a existência do débito seria evidenciada não só pela constituição do crédito pelo lançamento, mas pela confirmação pelo Poder Judiciário em decisão transitada em julgado.

Não há razão no argumento.

A auditoria fiscal observou que a empresa, no período em questão, deixou de recolher contribuições à Seguridade Social, as quais foram provisionadas na contabilidade, bem como os fatos geradores correspondentes foram declarados em GFIP, o que foi confirmado pela própria recorrente em suas alegações.

O art. 52 da Lei nº 8.212/1991, na redação vigente à época dos fatos geradores dispunha que a empresa em débito para com a Seguridade Social não poderia 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.

À época em que a empresa efetuou as distribuições de lucros aos sócios, o art. 33, § 7º da Lei nº 8.212/1991 vigia com a seguinte redação:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente (...)

*§ 7º O crédito da seguridade social é constituído por meio de notificação de débito, auto-de-infração, confissão ou **documento declaratório de valores devidos e não recolhidos apresentado pelo contribuinte.** (g.n.)*

Observa-se que durante o período em que efetuou a distribuição de lucros aos sócios a recorrente declarou em GFIP fatos geradores cujas contribuições correspondentes não foram integralmente recolhidas.

Não custa relembrar o que dispõe o § 1º do art. 225 do Decreto nº 3.048/1999 a respeito da consequência da entrega da GFIP, *verbis*:

Art.225. A empresa é também obrigada a: (...)

IV-informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto; (...)

*§1º As informações prestadas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social servirão como base de cálculo das contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, **bem como constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento. (g.n.)***

Assim, muito embora a recorrente alegue que os débitos em questão não se encontravam constituídos, não se pode olvidar que ao declarar em GFIP os fatos geradores e não efetuar o recolhimento das contribuições correspondentes, a recorrente confessou dever à Seguridade Social, portanto, não poderia distribuir lucros enquanto deixava de recolher as contribuições devidas.

Portanto, a declaração em GFIP dos fatos geradores sem o correspondente recolhimento das contribuições devidas já impede a distribuição de lucros não havendo que se falar em necessidade de constituição do crédito pelo lançamento e muito menos trânsito em julgado judicial para que se possa dizer que a empresa estaria em débito para com a Previdência Social.

Nesse sentido, entendo que a autuação deve prevalecer.

No entanto, o art. 52 da Lei nº 8.212/1991 foi alterado pela Lei nº 11.941/2009 e passou a ter a seguinte redação:

Art. 52. Às empresas, enquanto estiverem em débito não garantido com a União, aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964

Por sua vez a Lei nº 4.357/1964 em seu art. 32 dispõe o seguinte:

Art 32. 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:

- a) distribuir ... (VETADO) ... quaisquer bonificações a seus acionistas;*
- b) dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;*

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem bonificações ou remunerações, em montante igual a 50%

(cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente; e (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

II - aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 2º A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo fica limitada, respectivamente, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004) (g.n)

Como se vê, pela legislação atual, a multa aplicável a esse tipo de infração está limitada a 50% do valor do débito.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106. inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face à alteração trazida.

Nesse sentido, entendo que na execução do julgado, a autoridade fiscal deverá verificar, com base na alteração trazida, qual a situação mais benéfica ao contribuinte.

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

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que seja observada a situação mais favorável ao sujeito passivo face à alteração trazida pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 52 da Lei nº 8.212/1991.

É como voto.

Ana Maria Bandeira