



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

Processo nº 14485.000679/2007-21
Recurso nº 153.369 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.957 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de junho de 2010.
Matéria AUTO-DE-INFRAÇÃO. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS - CÓDIGO 52
Recorrente PIMENTEL CONSULTORES ASSOCIADOS LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2000 a 30/06/2005

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. INFRAÇÃO.

Consiste em descumprimento de obrigação acessória a empresa 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, conforme previsto no art. 52, inciso II, da Lei nº 8.212/1991.

DECADÊNCIA. ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991.
INCONSTITUCIONALIDADE. STF. SÚMULA VINCULANTE.
OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. ART 173, I, CTN.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

O prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias relativas às contribuições previdenciárias é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

Não cabe aos Órgãos Julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF afastar a aplicação da legislação tributária em vigor, nos termos do art. 62 do seu Regimento Interno.

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 sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior.

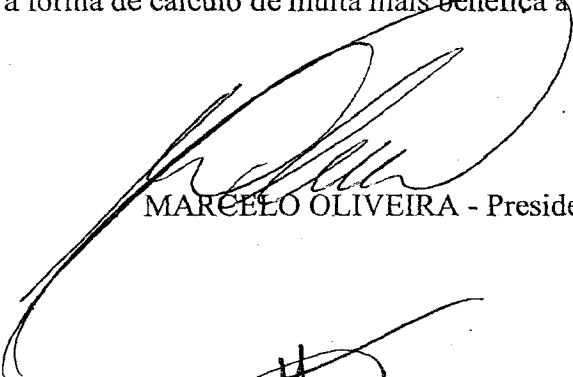
LEGISLAÇÃO POSTERIOR. MULTA MAIS FAVORÁVEL.
APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA.

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.

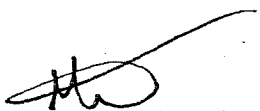
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por maioria de votos: a) nas preliminares, em dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer que ocorreu a decadência e excluir os fatos, considerados na multa, que ocorreram até a competência 11/2000, anteriores a 12/2000, pela regra expressa no I, Art. 173, do CTN, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, que votou pela aplicação da regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN. II) Por unanimidade de votos: a) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer que a multa deve ser calculada conforme a nova legislação e comparada com a multa aplicada, a fim de que se utilize a forma de cálculo de multa mais benéfica à recorrente, na forma do voto do relator.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



RONALDO DE LIMA MACEDO – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Ronaldo de Lima Macedo e Ewan Teles Aguiar (Convocado). Ausente o Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de Auto-de-Infração, lavrado com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista no artigo 52, inciso II, da Lei nº 8.212/1991 c/c o artigo 280, inciso II, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, que consiste em 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 em débito com a Seguridade Social.

O Relatório Fiscal da Infração (fls. 06 a 12) informa que nos Livros Diários de números 03, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12 e 13, apresentados, verificou-se que a empresa apesar de estar em débito com a Seguridade Social distribuiu lucros a seus sócios quotistas nos exercícios de 2000 a 2005, conforme planilha anexa (fls. 13 a 14).

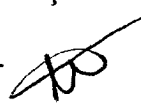
A autuada apresentou defesa tempestiva (fls. 43 a 58), alegando, em síntese, que: (i) houve decadência tributária para o período compreendido entre 10/2000 a 12/2000; (ii) desconstituição do auto-de-infração, seja pela inconstitucionalidade do artigo 52 da Lei nº 8.212/1991, o qual afronta a livre iniciativa inerente à atividade empresarial, seja pelo pagamento dos débitos alegados, conforme comprovado na NFLD nº 37.015.557-2; (iii) há necessidade de aplicação do art. 17 da Lei nº 11.051/2004, que limita a multa decorrente da distribuição de lucros em empresas em débito com o Fisco Federal, redução da multa aplicada ao limite de 50% do débito previdenciário; (iv) relevação da multa aplicada; e (v) inconstitucionalidade/ilegalidade da multa aplicada com fundamentos nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Foi emitido Despacho-Decisório Nº 21.425.4/0003/2007 (fls. 118 e 119) a fim de retificar a penalidade aplicada, uma vez que a auditoria fiscal teria efetuado o cálculo da multa fazendo incidir multa moratória e juros, no entanto, após 12/1994, tal correção não seria devida, uma vez que a distribuição ocorreu sob a vigência da Lei nº 8.981/1995.

Pelas razões acima, a multa foi retificada considerando-se apenas o valor de 50% dos totais distribuídos sem qualquer acréscimo.

Intimada do Despacho-Decisório, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 122 a 146), manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados no Auto-de-Infração e no mais efetua repetição das alegações de defesa.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

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

A Recorrente manifestou o seu inconformismo no cumprimento da obrigação imposta pelo lançamento fiscal com relação aos seguintes pontos: (i) houve decadência tributária para o período compreendido entre 10/2000 a 12/2000; (ii) desconstituição do auto-de-infração, seja pela inconstitucionalidade do artigo 52 da Lei nº 8.212/1991, o qual afronta a livre iniciativa inerente à atividade empresarial, seja pelo pagamento dos débitos alegados, conforme comprovado na NFLD nº 37.015.557-2; (iii) há necessidade de aplicação do art. 17 da Lei nº 11.051/2004, que limita a multa decorrente da distribuição de lucros em empresas em débito com o Fisco Federal, redução da multa aplicada ao limite de 50% do débito previdenciário; (iv) inconstitucionalidade/ilegalidade da multa aplicada com fundamentos nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com isso, pede a relevação da multa aplicada.

Inicialmente cumpre tratar da preliminar de decadência tributária, em observância aos princípios da legalidade objetiva, da verdade material e da autotutela administrativa, eis que o lançamento fiscal em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 8 "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário"

Vale lembrar que os efeitos da súmula vinculante atingem a administração pública direta e indireta nas três esferas, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.(g.n.:)

Da análise do caso concreto, verifica-se que embora se trate de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, há que se verificar a ocorrência de eventual decadência à luz das disposições do Código Tributário Nacional que disciplinam a questão ante a manifestação do STF quanto à inconstitucionalidade do art 45 da Lei nº 8.212/1991.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Quanto ao lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

No caso, como se trata de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória não há que se falar em antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo, assim, para a apuração de decadência, aplica-se a regra geral contida no art. 173, inciso I, do CTN.

Assevere-se que a questão foi objeto de manifestação por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional por meio da Nota PGFN/CAT Nº 856/ 2008 aprovada pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional em 01/09/2008, nos seguintes termos:

"Aprovo. Frise-se a conclusão da presente Nota de que o prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias relativas às contribuições previdenciárias é de cindo anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN."

Assim, como a autuação se deu em 23/11/2006, data da ciência do sujeito passivo (fl. 01), e a multa aplicada decorre do período compreendido entre 10/2000 a 06/2005, reconhece-se que ocorreu a decadência tributária e que deverão ser excluídos do total da multa os valores até a competência 11/2000, inclusive.

Esclarecemos que a competência 12/2000 não deve ser excluída do cálculo do lançamento fiscal ora analisado, porquanto a sua exigibilidade e a sua hipótese impositiva (situação fática da hipótese de incidência da contribuição) somente ocorrerão a partir de 01/2001, com a remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, durante o mês, aos segurados obrigatórios do RGPS, quando poderia ter sido efetuado o lançamento fiscal.

Com relação à alegação de desconstituição do auto-de-infração pelo pagamento dos débitos alegados, conforme comprovado na NFLD nº 37.015.557-2, tal alegação não deve ser acatada, uma vez que a auditoria fiscal constatou débito com a Seguridade Social nos Livros Diários de números 03, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12 e 13, apresentados, abrangendo os exercícios de 2000 a 2005, conforme planilha anexa (fls. 13 a 14).

Com relação à alegação de aplicação do art. 17 da Lei nº 11.051/2004, que limita a multa decorrente da distribuição de lucros em empresas em débito com o Fisco Federal, tal tese não deve ser acatada, pois, em consonância com o art. 144 do CTN – preconizando que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e rege-se pela lei então vigente, ainda que modificada ou revogada –, na época do lançamento fiscal ora analisado tinha legislação específica previdenciária tratando dessa matéria. Assim, foram aplicadas ao lançamento fiscal analisado as disposições da legislação previdenciária que regia a matéria no que tange à multa, nos termos do art. 52, inciso II e parágrafo único, ambos da Lei nº 8.212/1991, que assim dispõe:

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 também se irressignou pela multa aplicada que considera inconstitucional, ou ilegal, já que afrontaria os princípios explícitos constitucionalmente da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como os princípios implícitos constitucionalmente da razoabilidade e da proporcionalidade, frise-se que é incabível sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja

ilegalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis as normas reguladas na Lei nº 8.212/1991.

Vale dizer que a multa aplicada teve amparo na lei vigente à época da autuação e pelo Princípio da Legalidade o agente da administração não poderia deixar de aplicar dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional ou afrontaria lei hierarquicamente superior.

Frisamos que, no que pertine à verificação de inconstitucionalidade de ato normativo, isso é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo. Cumpre esclarecer que o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) veda aos Membros de Turmas de julgamento afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade e o próprio Conselho uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria por meio do enunciado da Súmula nº 2, publicadas no DOU de 22/12/2009, ANEXO III - CONSOLIDAÇÃO DAS SÚMULAS DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS - CARF, pág. 71, transcrito a seguir:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmulas 2 do 1º e 2º Conselhos do antigo Conselho de Contribuintes.

No entanto, é importante observar que o dispositivo legal que embasou o lançamento, art. 52, inciso II, da Lei nº 8.212/1991, teve a sua redação alterada pela Lei nº 11.941/2009, sendo que o citado inciso foi, inclusive, revogado.

Em sua nova redação, o art. 52, da Lei nº 8.212/1991, estabelece o seguinte:

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.

O dispositivo aplicável, art. 32, da Lei nº 4.357/1964, versa 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;*
- c) (VETADO).*

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta:

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

II - aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias.

§ 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. (g.n.)

Observa-se que o dispositivo que agora rege a obrigação acessória em tela, bem como a pena pelo seu descumprimento, fixa um limite à multa aplicada que, apesar de continuar correspondente a 50% das quantias distribuídas, fica limitada a 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica.

O Código Tributário Nacional dispõe no art. 106 as situações em que a lei pode ser aplicada retroativamente, *in verbis*:

Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação da penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

quando deixe de defini-lo como infração;

quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

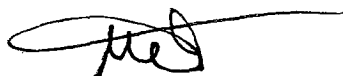
No caso em análise, trata-se de lançamento fiscal pelo descumprimento de obrigação acessória não definitivamente julgado no âmbito administrativo e a aplicação dessa multa enquadra-se perfeitamente no conceito de penalidade prevista no art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.

Cumprе salientar que a distribuição dos lucros indevida ocorreu nos exercícios de 2000 a 2005, conforme informou a auditoria fiscal na planilha anexa (fls. 13 a 14). Assim, entendo que o cálculo da multa aplicada deve levar em conta o crédito existente até o momento dos pagamentos efetuados.

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

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, nos seguintes termos do voto: (i) para reconhecer que ocorreu a decadência tributária da multa aplicada até a competência 11/2000, inclusive; e (ii) para reconhecer que a multa deve ser calculada conforme a nova legislação e comparada com a multa aplicada, a fim de que se utilize a forma de cálculo de multa mais benéfica ao sujeito passivo.

Sala das Sessões, em 10 de junho de 2010



RONALDO DE LIMA MACEDO - Relator





MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 14485.000679/2007-21

Recurso nº: 153.369

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-00.957.

Brasília, 05 de julho de 2010.

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional