



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

Processo n° 15956.000458/2007-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-01.357 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 09 de fevereiro de 2012
Matéria CP: AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES EM GERAL -
Recorrente M. PEREIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 19/09/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. DAR OU DISTRIBUIR COTAS OU PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS EM DÉBITO.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA E INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA LEI. CONTRIBUIÇÃO E MULTA PUNITIVA TEMAS INCONFUNDÍVEIS. RETROATIVIDADE BENIGNA. NOVA LEGISLAÇÃO.

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, nos termos do voto do(a) relator(a), para que a multa seja reduzida ao novo patamar legal em virtude da aplicação do artigo 106, II, 'c' da Lei 5.172/66 c/c o artigo 52 da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Auto de Infração – AI - DEBCAD 37.076.482-0, CFL.52, 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 na Lei, nº 8.212/91, de 24.07.91, art. 52, II, combinado com o artigo 280, II, do regulamento da Previdência Social – RPS aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06.05.99, com período de apuração do crédito de 03/2002 a 12/2005, conforme Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, de fls. 06 e 07. O auto de infração objetiva a aplicação de penalidade por infração a dever instrumental, determinado por lei.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 19/09/2007, Folha de Rosto do Auto de Infração – FR, de fls. 01.

O contribuinte apresentou impugnação, as fls. 36 a 45, a qual foi acompanhada pelos documentos, de fls. 46 a 59.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto, por intermédio do órgão julgador de primeiro grau, emitiu o Acórdão 14-19.931 - 9ª Turma da DRJ/RPO, em 07/08/2008, fls. 62 a 70. No qual o lançamento foi considerado procedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 28/08/2008, AR, fls. 73.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 75, recebida, em 29/09/2008, com razões recursais, as fls. 76 a 87, acompanhado dos documentos, de fls. 88 a 97, as razões recursais estão, assim, resumidas.

Mérito.

- Que a Lei 11.051/04 institui limite à multa a ser aplicada no caso de distribuição de lucros e bonificações, para empresa em débito com a União e suas autarquias, conforme artigo 32, § 2º da Lei 4.357/64;
- Que a legislação padece de inconstitucionalidade superveniente, confirmada pelo desuso ou por restringir direitos, sendo sanção política;
- Que a distribuição de lucros é verba alimentar garantida constitucionalmente, violando o direito de propriedade, presunção de inocência dos sócios, direito a participação nos lucros; livre iniciativa e proporcionalidade, sendo que a garantia do débito só poderia ocorrer em parcelamento ou em embargos a execução, o que afronta o artigo 170 da CF;
- Que nos termos do artigo 1.071 do CC cabe aos sócios a deliberação sobre questões sociais, sendo a multa punitiva e confiscatória,

violando o artigo 3º do CTN, pois tributo não tem natureza sancionatória;

- Que o crédito tem que estar constituído pelo lançamento, não sendo a inadimplência sinônimo e débito não garantido e que a adesão ao REFIS consiste em garantia;
- Que a sociedade de advogados é o único meio de sobrevivência de seus sócios e que de 2002 a 2006 estes ficaram praticamente sem faturamento, sendo os valores distribuídos forma decorrente de acordo judicial com seu maior cliente, possuindo tais valores natureza exclusivamente alimentar, devendo, assim o auto de infração deve ser desconstituído pelas inconstitucionalidades apontadas;
- Que além desses problemas o sócio Dr. Márcio AP, Pereira em 07/2002 passou por cirurgia cardíaca, ficando afastado por longos meses, o que afetou mais ainda a saúde financeira do escritório único meio de sobrevivência dos sócios que são casados;
- Que caso assim não entendam a multa aplicada deveria ser de R\$ 74.850,51, *ad argumentandum tantum*, sendo que todas as contribuições previdenciárias do escritório estão pagas ou parceladas, pois sempre cumprimos com as nossas obrigações;
- Por fim requer; a) acolhimento do recurso; b) declaração de nulidade do auto pelas inconstitucionalidades apontadas ou pela ausência da irregularidade.

99.

O órgão preparador reconheceu a tempestividade do Recurso Voluntário, fls.

Os autos foram remetidos ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 99.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira -Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, uma vez que a recorrente foi cientificada da decisão de primeiro grau, em 28/08/2008, fls. 73, sendo que tal interposição se deu, em 29/09/2008, fls 75. A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do apelo, fls. 99.

Quando da análise da admissibilidade do recurso o depósito recursal estava extinto pela MP 413/2008, aplicando o ADI RFB 24/2008.

Ultrapassados os pressupostos de admissibilidade passo a analisar o recurso.

Prejudicial de mérito.

As suscitadas inconstitucionalidades não podem ser objeto de análise no processo administrativo fiscal, pois vedado pelo ordenamento jurídico, artigo 26 do Decreto 70.235/72 c/c o artigo 62 da PT/MF 256/2009 – RICARF e Súmula CARF nº 02, todos abaixo transcritos.

Art. 26-A. 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

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.

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

Entretanto, entendo que estas não existem no presente crédito.

A uma, porque os direitos devem ser exercidos em conformidade com o ordenamento jurídico é a própria CRFB/88 em seu Sistema Tributário Nacional c/c a Ordem Social – Seguridade Social é que autoriza a criação das contribuições previdenciárias a serem suportadas por toda a sociedade, artigo 195, caput, inciso I, alínea “a”, “b” e “c”, entre outros.

A duas, porque a norma aplicada ao presente caso é o artigo 52, II e seu parágrafo único da Lei 8.212/91 pelo princípio da especialidade e não o artigo 32, § 2º da Lei 4.357/64 na redação da Lei 11.051/2004 e, ainda, que fosse não haveria problema, pois a norma era vigente, válida e eficaz, assim, aplicável no mundo jurídico, sendo que o desuso da norma, se é que isso ocorreu não a torna inconstitucional ou inaplicável.

A três, porque no presente caso não existe sanção política, mas tão somente multa pecuniária pelo descumprimento da legislação tributária, que resultou em violação do dever instrumental de não fazer, ou seja, descumprimento de obrigação acessória determinada e instituída em lei.

A quatro, porque, se as alegações do contribuinte fossem plausíveis todo o Sistema Tributário Nacional não existiria e o Estado brasileiro sucumbiria por falta de capacidade financeira de existência, pois toda a tributação de impostos e contribuições se dá sobre propriedade, salário, remuneração, rendimento de qualquer natureza, ativos financeiros, bens, serviços e outros.

Os sócios da empresa não foram acusados de nenhum crime e, ainda, que fossem a mera acusação ou instauração de procedimentos persecutórios não viola tal presunção, mas apenas o cumprimento antecipado da pena, salvo as exceções legais.

No presente processo administrativo fiscal, o que se está possibilitando é exatamente o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

O artigo 52 da Lei 8.212/91 não exige a garantia do débito e nem foi esta exigida pelo fisco.

O presente auto não está impossibilitando ou impedido que os sócios deliberem sobre as questões sociais da empresa, mas apenas dizendo que ao fazê-lo deve observar o que o ordenamento jurídico pátrio determina, pois não se pode administrar a empresa em violação a este ordenamento, uma vez que se estaria dando aos empresários poderes que nenhum outro cidadão teria, qual seja, o de não cumprir a lei.

O crédito em questão não viola o artigo 3º da Lei 5.172/66 com diz a recorrente, pois neste não há a exigência de tributo, mas de multa punitiva, que é prevista e estipulada em lei.

O REFIS em nada se aplica a este caso, pois o citado programa de recuperação fiscal só se aplica aos débitos com vencimento até 29/02/2000, o que não é o caso dos autos.

A origem do lucro e o motivo da distribuição é irrelevante para o deslinde da questão, o que a lei veda é a distribuição de lucro, quando a empresa distribuidora está em débito com a seguridade social, sendo isto exatamente o que ocorreu no caso dos autos.

A situação pessoal de dificuldade dos sócios, ainda, que no campo da saúde, não afasta a aplicação da lei tributária ou a de qualquer outro ramo jurídico para estes casos temos a moratória e a isenção nos termos das leis que as estabelecerem.

Não se está aqui discutindo se o contribuinte cumpre ou não as suas obrigações fiscais, até porque o presente crédito limita-se a uma situação específica.

No entanto, a alegação de que a multa aplicada deve ser outra merece uma reflexão diferenciada.

Consignei linhas atrás que o presente crédito está fundado no artigo 52, II, parágrafo único da Lei 8.212/91, porém com a edição da MP 449, de 03/12/2008, convertida na

Lei 11.941, de 27/05/2009, este artigo teve sua redação alterada passando a consignar o que abaixo transcrito.

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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Ou seja, após a alteração legislativa o artigo 32 da Lei 4.357/64 passou a ser aplicável ao caso e este diz o que a seguir consta.

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:

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: (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)

Nestes termos tal multa é mais benéfica que a anterior atraindo a aplicação do artigo 106, II, “c” da Lei 5.172/66, pois no campo do descumprimento de dever instrumental temos penalidade e não contribuição propriamente dita.

A questão da exigência de crédito garantido já foi tratada e é irrelevante ao presente caso. Ademais, porque a garantia é do crédito anterior e já constituído em momento anterior a esta autuação.

O agente fiscal autuante deixou claro que o contribuinte com suas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP declaradas no período de 03/2002 a 11/2005, constituiu as contribuições patronais em razão dos segurados empregados e contribuintes individuais, no valor de R\$ 66.248,45.

Este agente, ainda, consignou que a empresa por meio das GFIP’s constituiu os débitos decorrentes das contribuições pessoais dos empregados e dos contribuintes

individuais, respectivamente, para os períodos de 03/2002 a 08/2005 e 04/2003 a 08/2005, o que perfaz o valor de R\$ 8.602,06

Assim sendo, com a aplicação da nova legislação que passou a reger a matéria, deve-se promover ao recálculo do valor do débito, que desta forma passa ser R\$ 66.248,45 + R\$ 8.602,06 = R\$ 74.850,51, sendo este o valor do débito que justificou a atuação nos termos do Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, fls. 11.

Por fim, com a redução legal supramencionado parágrafo 2^a do artigo 32 da Lei 4.357/64, ou seja, cinquenta por cento (50%) do débito não garantido, tem-se o valor final do presente auto R\$ 37.425,26

Posto isto, com esses argumentos afastado todas as alegações da recorrente, exceto a relativa ao valor da multa, que acato, ainda, que por motivo diverso.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso para no mérito dar-lhe provimento parcial, pelas razões e fundamentos expostos, a fim de que a multa seja reduzida ao novo patamar legal em virtude da aplicação do artigo 106, II, 'c' da Lei 5.172/66 c/c o artigo 52 da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.