



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

Processo nº 18184.000617/2007-64
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2402-002.548 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente ACE ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/05/1999, 01/11/2004 a 30/11/2004, 01/01/2005 a 31/01/2005

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.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento, não há que se falar em nulidade pela falta de obscuridade na caracterização do fato gerador da multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória.

LOCAL DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não enseja nulidade do lançamento a lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento do contribuinte. O local da verificação da falta está vinculado à jurisdição e competência da autoridade, sendo irrelevante o local físico da lavratura do auto de infração.

DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 08 DO STF. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. APLICAÇÃO ART 173, I, CTN.

De acordo com a Súmula Vinculante 08 do STF, os artigos 45 e 46 da Lei 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, inciso I, do CTN.

PERÍCIA CONTÁBIL. DESNECESSÁRIA.

A autoridade julgadora deve indeferir o pedido de perícia contábil quando considerá-lo prescindível e meramente protelatório.

DOLO OU CULPA. ASPECTOS SUBJETIVOS. NÃO ANALISADOS.

Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

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 do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para reconhecer a decadência de parte do período autuado, nos termos do artigo 173, I do CTN e para aplicação retroativa da multa atualmente vigente.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente.

Ronaldo de Lima Macedo - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Ewan Teles Aguiar.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista no artigo 52, inciso II, da Lei 8.212/1991 c/c o artigo 280, inciso II, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 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 (fl. 14) informa que a empresa pagou aos sócios administradores (sócios-gerentes) os valores discriminados na Planilha de Distribuição de Lucros (fl. 15), estando em débito com a Seguridade Social.

Esse Relatório Fiscal informa ainda que, com base nos arquivos digitais da contabilidade e/ou em Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP's), a empresa tinha débitos no período de 01/1999 a 01/2005, quando houve a distribuição de lucros ao sócio. Os débitos diziam respeito às seguintes rubricas: pró-labore, pagamento a autônomos, pagamentos a segurados empregados; e pagamentos a autônomos por fretes e carretos.

A multa aplicada pela infração cometida é aquela prevista no art. 52, parágrafo único, da Lei 8.212/1991 e no Livro IV – DAS PENALIDADES EM GERAL, capítulo III – DAS INFRAÇÕES – do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, em seu art. 285, sujeitando o infrator à multa de R\$215.546,10 (duzentos e quinze mil, quinhentos e quarenta e seis reais e dez centavos), correspondente a 50% do montante dos lucros distribuídos.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 10/09/2007 (fl. 01).

A Notificada apresentou impugnação tempestiva (fls. 23/54) – acompanhada de anexos de fls. 55/95 –, alegando, em síntese, que:

1. o Auditor-Fiscal não obedeceu ao artigo 10 do Decreto 70.235/72, vez que nunca foi à sede da empresa para colher as informações e os documentos pertinentes lavratura do Auto de Infração. Jamais a Defendente participou ativamente da fiscalização, portanto, não havendo o contraditório. Extinguiu o crédito tributário por meio do pagamento, sendo que não teve oportunidade de provar ao Fisco que nada devia, vez que todo o crédito está extinto seja pelo pagamento, seja pela decadência;
2. houve ofensa ao princípio da audiência do interessado, ocasionando um cerceamento ao seu direito de defesa;
3. requer a consideração do prazo decadência de cinco anos, estando decaídos os eventuais débitos anteriores a 10/09/2002, tendo em vista

ao disposto no artigo 146, inciso III, alínea b”, da Constituição federal de 1988, c/c com os artigos 150 e 173 do CTN;

4. sempre manteve sua regularidade fiscal perante o INSS, vez que possui Certidões Negativas de Débito (CND) válidas para os períodos em que ocorreram as distribuições de lucros e, portanto, cumpria com o disposto no artigo 32, *caput*, da Lei 4.357/64, cuja nova redação foi dada pela Lei 11.051/04. Assim, nas datas de 11/2004 e 01/2005 a defendente possuía CND e, portanto, não havia qualquer débito. Negar validade à CND e autuar a Defendente seria infringir frontalmente às disposições contidas no CTN, tais como artigos 205 e 206, ou, ainda, desrespeitar o princípio constitucional da legalidade;
5. solicita a realização de prova pericial, indicando perito para tal mister.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em São Paulo/SP – por meio do Acórdão 16-15.936 da 13ª Turma da DRJ/SPOI (fls. 199/211) – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que ele foi lavrado com pleno embasamento legal e observância às normas vigentes, não tendo a Defendente apresentado elementos ou fatos que pudessem ilidir a sua lavratura.

A Notificada apresentou recurso (fls. 216/248), manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados no auto de infração e no mais efetua as alegações da peça de impugnação.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em São Paulo/SP informa que o recurso interposto é tempestivo e encaminha os autos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para processamento e julgamento (fls. 255/256).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

O recurso é tempestivo (fl. 214/216) e não há óbice ao seu conhecimento.

O presente lançamento fiscal decorre do fato de que a Recorrente pagou aos sócios administradores os valores discriminados na Planilha de Distribuição de Lucros (fl. 15), estando em débito com a Seguridade Social.

DAS PRELIMINARES:

A Recorrente alega que não consta no lançamento fiscal a necessária e adequada descrição dos fatos e motivação da autuação, existindo dúvidas quanto ao lançamento, o qual, diante de tais irregularidades, deve ser declarado nulo..

Tal alegação não será acatada, pois os elementos probatórios que compõem os autos são suficientes para a perfeita compreensão do fato gerador e do sujeito passivo, que é o descumprimento de obrigação tributária acessória imputada ao sujeito passivo direto dessa obrigação, conforme ficou nitidamente demonstrado no Relatório Fiscal da Infração (fls. 14/15) e seus anexos de fls. 01/95.

Verifica-se ainda que o lançamento fiscal ora analisado atende aos pressupostos essenciais para sua lavratura, contendo de forma clara os elementos necessários para a sua configuração e caracterização. Com isso, não há que se falar em vícios no lançamento fiscal, eis que estão estabelecidos de forma transparente nos autos (fls. 01/95) todos os seus requisitos legais, conforme preconizam o art. 142 do CTN, o art. 37 da Lei 8.212/1991 e o art. 10 do Decreto 70.235/1972, tais como: local e data da lavratura; caracterização da ocorrência da situação fática da obrigação tributária (fato gerador); determinação da matéria tributável; montante da multa aplicada; identificação do sujeito passivo; determinação da exigência tributária e intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 dias; disposição legal infringida e aplicação das penalidades cabíveis; dentre outros.

Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Lei 8.212/1991:

Art. 37. Constatado o não-recolhimento total ou parcial das contribuições tratadas nesta Lei, não declaradas na forma do art. 32 desta Lei, a falta de pagamento de benefício reembolsado

ou o descumprimento de obrigação acessória, será lavrado auto de infração ou notificação de lançamento.

Nesse mesmo sentido dispõe o art. 10 do Decreto 70.235/1972:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Além disso – nos Termos de Intimação Fiscal (TIF) e no Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal (TEPF) –, todos assinados por representantes da empresa, constam a documentação utilizada para caracterizar e concretizar a hipótese fática do fato gerador da obrigação tributária acessória, e a informação de que a Recorrente recebeu toda a documentação utilizada para configuração dos valores lançados no presente lançamento fiscal. Posteriormente, isso foi confirmado pelo Relatório Fiscal de fls. 14/15.

Com isso, ao contrário do que afirma a Recorrente, o lançamento fiscal foi lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente fiscal demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da multa aplicada e a identificação correta do sujeito passivo, fazendo constar nos relatórios que o compõem (fls. 01/21) os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

Logo, essas alegações da Recorrente de nulidade do lançamento fiscal são genéricas, ineficientes e inócuas, não se permitindo configurar qualquer nulidade e não serão acatadas.

A Recorrente argumentas que seria ilegal o presente auto de infração pelo fato deste ter sido lavrado fora do seu estabelecimento comercial.

Tal argumentação não será acatada, eis que não enseja nulidade do lançamento a lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento do contribuinte. O local da verificação da falta está vinculado à circunscrição administrativa e à competência da autoridade, sendo irrelevante o local físico da lavratura do auto. O certo é que a verificação ocorre em qualquer local onde o Fisco realize seu trabalho, como por exemplo, dentro da repartição.

Isso está em consonância com a jurisprudência administrativa deste Conselho no sentido de serem válidos os lançamentos, mesmo quando o Auto de Infração (ou Notificação) é lavrado fora do estabelecimento do sujeito passivo, conforme Enunciado nº 6 de Súmula do CARF (Portaria MF nº 383, DOU de 14/07/2010).

Súmula CARF nº 6: É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

Ainda em sede de preliminar, faremos a verificação do instituto da decadência tributária, pois se constata que o lançamento fiscal em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei 8.212/1991.

A decadência deve ser verificada considerando-se a Súmula Vinculante 8, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que dispôs o seguinte:

Súmula Vinculante nº 8 do STF: “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 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 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 Código 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 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 cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN.”

Assim, como a autuação se deu em **10/09/2007**, data da ciência do sujeito passivo (fls. 01), e a multa aplicada decorre do período compreendido entre **01/1999 a 01/2005**, reconhece-se que ocorreu parcialmente a decadência tributária e que deverão ser excluídos do total da multa os valores apurados até a competência **11/2001**, inclusive, e também na competência **13/2001**.

Esclarecemos que a competência 12/2001 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 multa) somente ocorrerão a partir de 01/2002, 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 isso – como o crédito foi constituído com fundamento no direito potestativo do Fisco em lançar os valores da multa determinados pela legislação vigente –, a decadência tributária será parcial, eis que as competências posteriores a 12/2001 **não** estão abrangidas pelo instituto da decadência quinquenal.

Diante disso, acato parcialmente a preliminar de decadência, excluindo os valores da multa lançados até a competência 11/2001, inclusive, e passo ao exame de mérito.

DO MÉRITO:

A Recorrente alega que o procedimento de auditoria fiscal não cumpriu a legislação de regência para a constituição do lançamento fiscal.

Tal alegação não será acatada, eis que o Fisco cumpriu a legislação de regência, ensejando o lançamento de ofício em decorrência da Recorrente ter incorrido no descumprimento de obrigação tributária acessória, conforme os fatos e a legislação a seguir delineados.

Nas competências 11/2004 e 01/2005, verifica-se que a Recorrente pagou valores ao sócio cotista – Marcelo Amarante Mendes Filho – a título de distribuição de lucros, estando em débito com a Seguridade Social.

Tais valores pagos ao sócio da empresa estão devidamente registrados na Planilha de Distribuição de Lucros (fl. 15), em que se identificam os valores recebidos pelo sócio administrador.

Da análise dos documentos acostados aos autos, percebe-se que o item “3” do Relatório Fiscal (fl. 14) demonstra de forma clara que a Recorrente estava em débito com a Seguridade Social. Além disso, a empresa estava declarando em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), que é um instrumento de confissão de dívida tributária, e recolhia a menor. Sendo que o valor de divergência é a diferença apurada pelo sistema, entre o valor declarado como dívida previdenciária e o valor efetivamente recolhido por meio da Guia da Previdência Social (GPS). Isso demonstra que a Recorrente encontrava-se em débito para com a Seguridade Social quando distribuiu valores ao sócio cotista.

Com isso, a Recorrente incorreu na infração prevista no art. 52, inciso II, da Lei 8.212/1991, transcrito abaixo:

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.

Esse art. 52, inciso II, da Lei 8.212/1991 é claro quanto à obrigação acessória da empresa e o Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, complementa no mesmo sentido, conforme preceitua o seu art. 280, inciso II, *in verbis*:

Art. 280. A empresa em débito para com a seguridade social não pode:

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.

Nos termos do arcabouço jurídico-previdenciário acima delineado, constata-se, então, que a Recorrente – ao pagar os valores descritos na Planilha de Distribuição de Lucros (fl. 15), competências 11/2004 e 01/2005 – incorreu na infração prevista no art. 52, inciso II, da Lei 8.212/1991, c/c o art. 280, inciso II, do Regulamento da Previdência Social (RPS).

Portanto, o procedimento utilizado pela auditoria fiscal para a aplicação da multa foi devidamente consubstanciado na legislação vigente à época da lavratura do auto de infração. Ademais, não verificamos a existência de qualquer fato novo que possa ensejar a revisão do lançamento em questão nas alegações registradas na peça recursal da Recorrente.

É importante salientar que a infração ora analisada não depende da ocorrência de dolo ou culpa do contribuinte, ao contrário do que entende o interessado.

Não cogitou o legislador sobre o elemento volitivo que a originou. A obrigação da empresa é não pagar aos sócios a título de distribuição de lucros estando em débito para com a Seguridade Social, não cabendo ao fisco analisar os motivos subjetivos dessa distribuição de lucros. Vale mencionar que o art. 136 do CTN, ao eleger como regra a responsabilidade objetiva, isenta a autoridade fiscal de buscar as provas da intenção do infrator, conforme transcrito abaixo:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. (g.n.)

Logo, não procedem as alegações da Recorrente registradas na sua peça recursal de fls. 216/248, eis que ela pagou valores ao sócio cotista – Marcelo Amarante Mendes Filho (fls. 14/15) – a título de distribuição de lucros, estando em débito com a Seguridade Social.

A Recorrente insiste que é necessária a realização de perícia contábil para demonstrar a veracidade das suas argumentações expostas na peça recursal. Essa tese também não prospera, eis que o deferimento de perícia contábil requerida pela Recorrente depende de demonstração das circunstâncias que a motiva. Assim, a perícia contábil só deverá ser concedida com fundamento nas causas que justifiquem a sua imprescindibilidade, pois ela só tem sentido na busca da verdade material.

Logo, somente é justificável o deferimento de pedido de perícia contábil quando se referir a matéria de fato, ou assunto de natureza técnica, que tenha utilidade probatória, relacionada ao objeto que cuida o processo, ou cuja comprovação não possa ser feita no corpo dos autos. Por conseguinte, revela-se prescindível a perícia contábil que não tenha nenhuma utilidade, eis que não se relacione com o processo ou sobre aspecto que pode ser facilmente esclarecido nos autos, como as matérias constantes das alegações apresentadas pela Recorrente.

Verifica-se que a diligência não foi formulada de acordo com as disposições do art. 16 do Decreto 70.235/1972, pois lhe faltam os motivos e a formulação dos quesitos desejados para sua realização. Além disso, a matéria contestada não se refere à irregularidade nos valores apurados que demandasse tal revisão e os autos foram instruídos com os elementos contábeis fornecidos pela Recorrente (item “3” do Relatório Fiscal, fls. 14/15), em que se poderiam extrair eventuais equívocos em que pudesse ter incidido o procedimento de auditoria

fiscal. Portanto, caberia a Recorrente demonstrar o contrário por meio de documentos idôneos – tais como recibos, comprovantes de depósitos bancários ou documentos equivalentes – que as quantias tiveram origem externa à empresa e não seriam distribuição de lucros.

Esse fato evidencia que a perícia contábil seja de pronto indeferida e considerada como não formulada. Assim reza o artigo:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993).

Trata-se de solicitação não necessária para a deslinde do caso analisado no momento. Nesse sentido, o art. 18, da Lei do Processo Administrativo Fiscal (Decreto 70.235/1972), estabelece que a autoridade julgadora deverá indeferi-lo.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Assim, indefere-se o pedido de perícia contábil, por considerá-lo prescindível e meramente protelatório.

Ainda dentro do aspecto meritório e em observância aos princípios da legalidade objetiva, da verdade material e da autotutela administrativa, presentes no processo administrativo tributário, frisamos que os valores da multa aplicados foram fundamentados na redação do art. 52, inciso II, da Lei 8.212/1991. Entretanto, este dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei 11.941/2009, sendo que o citado inciso foi, inclusive, revogado.

Em sua nova redação, o art. 52 da Lei 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.

Por sua vez, o dispositivo aplicável ao caso ora analisado, que é o art. 32 da Lei 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 regra 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.

Considerando o grau de retroatividade média da norma – previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional (CTN), transcrito abaixo –, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

CTN:

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

(...)

II. tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

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

Cumprе salientar que a distribuição dos lucros indevida, após acata parcialmente a decadência, ocorreu nas competências 11/2004 e 01/2005, conforme informou a auditoria fiscal na planilha anexa (fl. 15). Assim, entendo que o cálculo da multa aplicada deve levar em conta o crédito existente até o momento dos pagamentos efetuados.

Assim, é necessário recalculар o valor da multa, de acordo com o disciplinado na nova redação do art. 52 da Lei 8.212/1991, observando que, agora, a nova regra fixa um limite à multa aplicada que, apesar dela continuar correspondente a 50% das quantias

Processo nº 18184.000617/2007-64
Acórdão n.º **2402-002.548**

S2-C4T2
Fl. 7

distribuídas, fica limitada a 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica. Posteriormente, verificar qual situação é mais favorável ao sujeito passivo: (i) o valor da multa aplicada na data lançamento fiscal ora analisado; ou (ii) o valor da multa aplicada com a nova redação do art. 52 da Lei 8.212/1991, redação dada pela Lei 11.941/2009.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para reconhecer que: (i) ocorreu a decadência tributária da multa aplicada até a competência 11/2001, inclusive; e (ii) 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, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.