



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.005825/2009-95
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-007.069 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de agosto de 2020
Recorrente ZAMBON LAB FARNACEUTICOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/10/2004

AUTO DE INFRAÇÃO. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS ESTANDO A EMPRESA EM DÉBITO NÃO GARANTIDO COM A UNIÃO. CFL 52. REQUISITOS.

Para a configuração da infração é preciso a combinação de duas condutas, quais sejam: a empresa estar em débito não garantido com a União e ter distribuído lucros aos seus sócios nesta condição.

ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 02.

Ao CARF é vedado analisar alegações de violação a princípios constitucionais e não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

Débora Fófano dos Santos – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Riso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 170/178) interposto contra decisão no acórdão da 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP) de fls. 155/164, que julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário formalizado no auto de infração – DEBCAD nº 37.201.663-4, lavrado em 14/12/2009, no montante de R\$

213.241,92 (fls. 3/7), referente à aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória – CFL 52, conforme transcrição abaixo (fl. 3):

DESCRIÇÃO SUMÁRIA DA INFRAÇÃO E DISPOSITIVO LEGAL INFRINGIDO

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, ainda que a título de adiantamento, estando a empresa em débito não garantido com a União, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 52, com redação da MP n. 449, de 03.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009, combinado com a Lei n. 4.357, de 16.07.64, art. 32, alínea “b”.

DISPOSITIVO LEGAL DA MULTA APLICADA

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 52, com redação da MP n. 449, de 03.12.08, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009, combinado com a Lei n. 4.357, de 16.07.64, art. 32, parágrafo 1º, inciso I e parágrafo 2º.

DISPOSITIVOS LEGAIS DA GRADAÇÃO DA MULTA APLICADA

Art. 292, inciso I, do RPS.

VALOR DA MULTA: R\$ 213.241,92

DUZENTOS E TREZE MIL E DUZENTOS E QUARENTA E UM REAIS E NOVENTA E DOIS CENTAVOS.*****

Do Lançamento

De acordo com resumo constante no acórdão recorrido (fl. 156/157):

DA AUTUAÇÃO

Trata-se de Auto de Infração, (AI) nº 37.201.663-4, de 15/12/2009, lavrada pela fiscalização, contra a empresa em epígrafe, pela distribuição de lucros à empresa sócia Zambon B.V, CNPJ: 05.630.188/0001-75, ano calendário 2004, estando em débito não garantido com a União, o que configura infração ao disposto no art. 52, II da Lei 8212/91, na redação da MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, combinado com o artigo 32, alínea b da Lei 4.357/1964.

Segundo o relatório fiscal da infração de fls. 69:

- o valor distribuído ao sócio da empresa correspondeu a R\$2.381.246,33 (dois milhões e trezentos e oitenta e um mil e duzentos e quarenta e seis reais e trinta e três centavos), e foi contabilizado através de débito na conta 20305001, (Lucros acumulados), com histórico "Remessa para dividendos" e crédito na conta 10102001, (Banco Bradesco) com histórico pagto. NF 169880 BCO Bradesco S.A, cheque n. 169880.

E, de acordo com o relatório fiscal da aplicação da multa, de fls.:

- a multa foi apurada, conforme o previsto no artigo 52, caput, da Lei 8.212/1991 na redação da MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, combinado com o artigo 32, parágrafo 10, inciso I, e parágrafo 2 da Lei 4.357/1964, e correspondeu a 50% (cinquenta por cento) do valor distribuído, limitada a 50% do valor do débito não garantido com a União.
- o valor do débito atualizado correspondeu a R\$426.483,84, conforme tela do sistema em anexo e, portanto, o valor da multa correspondente a 50% deste valor é de R\$ 213.241,92 (duzentos e treze mil e duzentos e quarenta e um reais e noventa e dois centavos).
- não se verificou nenhuma das circunstâncias agravantes previstas no Decreto n. 3048/99.

Da Impugnação

O contribuinte foi cientificado pessoalmente do lançamento em 15/12/2009 (fl. 3) e em 17/1/2010 apresentou impugnação (fls. 96/107), acompanhada de documentos de fls. 108/152, com os seguintes argumentos consoante resumo no acórdão da DRJ (fls. 157/159):

DA IMPUGNAÇÃO

Tendo sido cientificado do Auto de Infração dentro do prazo regulamentar, a empresa apresentou defesa tempestiva, através do instrumento de fls.78/27, acompanhada de procuração, e Alteração de Contrato Social Judicial, onde alega em síntese pelo seguinte:

PRELIMINAR:

- *Da contradição entre o relatório fiscal e as disposições legais.*

Inicialmente, alega que a contribuinte é sociedade de direito privado devidamente constituída nos órgãos Federais, Estaduais e Municipais, tendo por objeto, nos termos de seu Contrato Social, a fabricação e comércio, inclusive importação e exportação, representação própria ou de terceiros, dos seguintes produtos: medicamentos, correlatos, cosméticos, saneantes e alimentos.

Cita toda a legislação concernente a autuação, artigo 52, caput, da Lei 8.212/1991 na redação da MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, combinado com o artigo 32, parágrafo 1º, inciso I, e parágrafo 2 da Lei 4.357/1964, para demonstrar a inconformidade do procedimento fiscal que relatou sua autuação em virtude de existência de débitos, não garantidos, perante a União, com multa principal respaldada em legislação específica previdenciária.

Conclui, assim, que a legislação respaldada no respectivo AI é contraditória, adversa e incompleta ao relatório fiscal da infração desrespeitando a estrita legalidade a qual o ato administrativo está vinculado, devendo ser considerado nulo.

Isto porque, a autoridade fiscal ao lavrar a indigitada multa previdenciária com a Lei nº4.357/64, não fez qualquer menção a Lei 11.051 de 2004, que ampara o respectivo decreto, bem como sequer mencionou o artigo 889 do Regulamento do Imposto de Renda 2009, ou seja não vinculou nenhum débito, não garantido, perante a União, mesmo porque, a atual redação dada a Lei 8212/91 pela mencionada Lei 11941/2009 não era vigente à época, não podendo a Autoridade Fiscal retroagir a aplicação de tal disposição, como bem pretendeu fazer neste AI.

- *Da ilegalidade da multa aplicada:*

Diz que a Lei 4357/64, modificada pela Lei 11051/2004 recebeu vedação pelo próprio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, amplamente discutida, haja vista sua entrada em vigor na época da ditadura militar, qual não foi recepcionada pela CF/1988, em razão do artigo 170 da CF que disciplina a ordem econômica, tolher o direito da empresa, que tem urna função social a cumprir, bem como, contrariando o direito de propriedade, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXII e no artigo 170, III da CF.

Destaca que o artigo 1071 do CC, reza que cabe aos sócios a deliberação sobre as questões da sociedade, mormente a distribuição de lucros. No tocante as sociedades anônimas, o artigo 121 e seguintes da Lei 6404/76, diz que a assembléia geral "*tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes a sua defesa e desenvolvimento*", já o artigo 202 da mesma Lei determina a distribuição de dividendo obrigatório não inferior a 25% do lucro líquido ajustado nos termos daquele artigo, que seria incompatível com a vedação do art. 32 da Lei 4357/64, sendo que a doutrina e jurisprudência já se manifestaram a respeito, e que no caso se evidencia uma "forma coercitiva indireta", para a quitação de débitos fiscais, e que por isso revela discrepância com princípios jurídicos relativos ao devido processo legal.

Cita jurisprudência do STF, neste sentido, e entendimento do Conselho de Contribuintes acerca do assunto.

- *Dos débitos previdenciários garantidos:*

Com respeito aos débitos que a autoridade diz existentes, a contribuinte esclarece que não havia nenhum débito, não garantido perante a Previdência Social, conforme se comprova das 4 (quatro) certidões positivas de débito com efeito de negativa, devidamente anexadas, concernente ao período atribuído a distribuição dos lucros.

Destarte, esclarece a impugnante que no ano de 2004, a União Federal inscreveu irregularmente seu nome no Cadastro Informativos de Créditos não quitados — CADIN, obstaculizando a emissão de Certidão Negativa a Dívida Ativa da União, bem como sua pretensão em participar de licitações públicas, além de desfrutar da concessão de incentivos fiscais e financeiros.

Inconformada, a impugnante tentou a expedição da respectiva Certidão junto aos órgãos federais em São Paulo, tendo ajuizado em 24.06.2004, Ação Ordinária com pedido de Tutela Antecipada, processo nº 2004.61.00.018085-9, perante a 8 Vara Federal de São Paulo, da qual sobreveio o deferimento da tutela. Após, foi prolatada sentença extinguindo o processo sem resolver o mérito, pois todos os débitos já se encontravam extintos com a condenação da União Federal a restituir a autora as custas processuais despendidas pela contribuinte e pagar-lhes os honorários, portanto entende que não há que se falar em débito não garantido, perante a Previdência Social muito menos perante a União.

Assim, diante de todo o exposto, a impugnante requer seja recebida a presente, para que:

- a) seja anulado o AI, eis que preliminarmente demonstrado que a legislação respaldada pela autoridade fiscal no respectivo auto é contraditória ao seu relatório fiscal, desrespeitando a estrita ilegalidade qual o ato administrativo está vinculado.
- b) Seja afastada expressamente as disposições estabelecidas pela imposição da respectiva multa, inconstitucional, conforme jurisprudência manda e pacífica pela sua inexistência legal;
- c) A comprovação de que não havia débitos, não garantidos perante a Previdência Social, afastando a indigitada penalidade administrativa a qual se vinculou a autoridade fiscal, bem como pelo princípio a eventualidade, a comprovação da inexistência de débitos, não garantidos perante a União.

Requer, por fim, a juntada das inclusas cópias de documentos comprobatórios referenciados.

Da Decisão da DRJ

A 11ª Turma da DRJ/SP1, em sessão de 24 de agosto de 2010, no acórdão nº 16-26.406 (fls. 155/164), julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário conforme ementa abaixo reproduzida (fl. 155):

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/10/2004

AUTO DE INFRAÇÃO. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. A empresa em débito para com a União (Seguridade Social) é 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.

FORMALIDADES LEGAIS.

O Auto de Infração (AI) encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

LEGALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais, bem como de ilegalidade destes últimos, é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA.

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

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

O contribuinte tomou ciência do acórdão em 5/6/2012 (AR de fls. 166) e interpôs recurso voluntário em 5/7/2012 (fls. 170/178), acompanhado de documentos de fls. 179/221, em síntese, com os seguintes argumentos:

Da Suspensão da Exigibilidade do único débito apontado no Auto de Infração

Conforme asseverado pelo próprio julgador, a fiscalização e conseqüente autuação ocorreu porque a Autoridade Autuante considerou como débito para com a Seguridade Social o decorrente da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — **NFLD 35211409-6**, lavrada em 25/03/2002, no tocante às competências entre 01/1999 a 11/1999 — **DEBCAB n.º 37.201.663-4**.

Deveras, o julgador da Delegacia da Receita Federal foi **enfático** ao afirmar que o procedimento adotado pela fiscalização está correto, pois considerou a empresa em débito não garantido com a União "**em relação APENAS ao DEBCAD n.º 37.201.663-4**", excluindo-se quaisquer outros que possivelmente pudessem existir.

Tal como já anteriormente afirmado, o único débito considerado pelo Auditor Fiscal (NFLD 35211409-6) na oportunidade da distribuição dos lucros à empresa sócia deste Laboratório Recorrente **encontrava-se com sua exigibilidade suspensa** desde muito antes da distribuição questionada, tal como atestam as Certidões Positivas de Débito com efeitos de Negativa emitidas pela Previdência Social em **18/12/2003** (com validade até 17/03/2004), **25/03/2004** (com validade até 23/06/2004), **28/06/2004** (com validade até 26/09/2004) e **24/09/2004 (com validade até 23/12/2004)**.

(...)

Portanto, insiste esse Recorrente, se o débito discutido encontrava-se albergado por Certidão Positiva com Efeito de Negativa durante o decorrer de todo o ano-calendário de 2004, inclusive na data em que houve a distribuição dos lucros à empresa sócia (20/10/2004), não é válida a afirmação de que a Recorrente encontrava-se, à época, em débito para com a Seguridade Social, exatamente porque o "Efeito de Negativa" da Certidão é a garantia do contribuinte de ter atestada a suspensão da exigibilidade do débito.

Nesse sentido, dispõe o art. 206, CTN:

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Ademais, tal como afirmado pela Sra. Julgadora, a definição de "débito", para efeito de aplicação da multa atribuída pelo Auto de Infração, encontra-se no § 2º do art. 475 da Instrução Normativa RFB n.º 971, de 13 de novembro de 2009, que assim dispõe:

Art. 475. Por infração a qualquer dispositivo da Lei n.º 8.212, de 1991, exceto no que se refere aos prazos de recolhimento de contribuições, da Lei n.º 8.213, de 1991 e da Lei n.º 10.666, de 2003, fica o responsável sujeito a multa variável, conforme a gravidade da infração, limitada a um valor mínimo e um valor máximo previstos no RPS e atualizados mediante Portaria Interministerial, aplicada da seguinte forma:

(...)

§ 2º Consideram-se débitos, para fins das multas previstas nos incisos V e VI do *caput*, desde que não estejam com a exigibilidade suspensa, a NFLD, A

Notificação de Lançamento e o Auto de Infração transitados em julgado na fase administrativa, o LDC inscrito em dívida ativa, o valor lançado em documento de natureza declaratória não recolhido e a provisão contábil de contribuições sociais não recolhidas.

Assim, se a exigibilidade do débito a que se refere o Auditor Fiscal atuante como único impeditivo à distribuição dos lucros encontrava-se suspensa, conforme atestado pelas Certidões Positivas de Débitos com Efeitos de Negativa anexadas com a Impugnação do Recorrente, não configurava, portanto, nenhuma irregularidade a distribuição de lucros realizada, eis que a conduta do Laboratório Recorrente estava respaldada com plena legitimidade.

(...)

Da Ilegalidade da Multa aplicada

Cabe ressaltar, ademais, que a Lei 4.357/64, modificada pela Lei 11.051/2004, recebeu vedação pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, tendo sido amplamente discutida, haja vista que entrou em vigor na época da ditadura militar e não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988, pois fere o art. artigo 170 da Constituição Federal, que disciplina a ordem econômica, eis que tolhe o direito da empresa, que tem uma função social a cumprir, de distribuir seus lucros do modo que lhe aprouver.

Ainda, a respectiva lei contraria o direito de propriedade, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXII, e no artigo 170, inciso III da Constituição Federal.

Além disso, cabe também destacar que o artigo 1.071 do Código Civil pátrio reza que cabe aos sócios a deliberação sobre as questões da sociedade mormente a distribuição de lucros. No tocante às sociedades anônimas, o art. 121 e seguintes da Lei n.º 6.404/76, diz que à assembléia geral "tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento"; já o art. 202 desta mesma lei, determina a distribuição de dividendo obrigatório não inferior a 25% do lucro líquido ajustado, o que seria incompatível com a vedação do art. 32 da Lei n.º 4.357/64.

Colaciona doutrina e jurisprudência.

III — A CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, diante da inexistência do débito não garantido, a que alude o Sr. Agente Fiscal, eis que ele se encontrava com sua exigibilidade suspensa, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de ser anulado o Auto de Infração DEBCAD n.º 37.201.663-4, cancelando-se o débito fiscal reclamado, sendo líquido e certo o direito deste Laboratório Recorrente não se ver obrigado ou compelido a qualquer pagamento da multa tratada neste Auto.

O presente recurso compôs lote sorteado para esta relatora em sessão pública.

É o relatório.

Voto

Conselheira Débora Fófano dos Santos, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Da obrigação acessória e do seu descumprimento

O motivo da autuação, consoante descrição no relatório fiscal (fl. 87), foi a seguinte:

1 - A empresa distribuiu lucros no valor de R\$ 2.381.246,33 à empresa sócia Zambon B.V., CNPJ: 05.630.188/0001-75 conforme declarado na ficha 50A (Rendimentos de Dirigentes, Sócios ou Titular) da declaração de imposto de renda 2005, ano calendário 2004, estando em débito, não garantido, com a União. O valor acima está contabilizado através de débito na conta 20305001 (Lucros Acumulados) com histórico "Remessa para dividendos" e crédito na conta 10102001 (Banco Bradesco) com histórico "Pagto. NF 169880 BCO Bradesco S.A. cheque N. 169880".

2 - Dispositivo legal da infração - 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, ainda que a título de adiantamento, estando a empresa em débito não garantido com a União, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 52, com redação da MP n. 449, de 03.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009, combinado com a Lei n. 4.357, de 16.07.64, art. 32, alínea "b".

De acordo com a prescrição contida no artigo 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Assim, constatada a infração, a autoridade fiscal não só está autorizada como obrigada a proceder ao lançamento de ofício da multa prevista na legislação que rege a matéria.

Da suspensão da exigibilidade do débito apontado no auto de infração

Tanto na impugnação quanto no recurso voluntário o contribuinte vem alegando que o único débito considerado pelo Auditor Fiscal na oportunidade da distribuição dos lucros à empresa sócia deste Laboratório Recorrente foi o constituído na NFLD 35.211.409-6 (fl. 90), que se encontrava com sua exigibilidade suspensa desde muito antes da distribuição questionada, como atestam as Certidões Positivas de Débito com efeitos de Negativa emitidas pela Previdência Social em 18/12/2003 (com validade até 17/03/2004), 25/03/2004 (com validade até 23/06/2004), 28/06/2004 (com validade até 26/09/2004) e 24/09/2004 (com validade até 23/12/2004). Insistindo no ponto de que se o débito discutido encontrava-se albergado por Certidão Positiva com Efeito de Negativa durante o decorrer de todo o ano-calendário de 2004, inclusive na data em que houve a distribuição dos lucros à empresa sócia (20/10/2004), não é válida a afirmação de que a Recorrente encontrava-se, à época, em débito para com a Seguridade Social, exatamente porque o "Efeito de Negativa" da Certidão é a garantia do contribuinte de ter atestada a suspensão da exigibilidade do débito.

Neste ponto assiste razão ao contribuinte uma vez que o crédito tributário constituído na referida Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), formalizado no processo nº 12517.000179/2008-66, foi apurado com o objetivo de prevenir a decadência dos valores das contribuições, objeto de discussão judicial, nos termos da Nota Técnica PG/CCAR-211/99 de 26/05/1999, estando o crédito com a sua exigibilidade suspensa em função do contribuinte encontrar-se sob o respaldo de medida judicial na Ação Ordinária - processo 98.0029306-0 da 3ª Vara da Justiça Federal de São Paulo-SP e que o mesmo vinha depositando, judicialmente e corretamente, conforme as guias analisadas pela fiscalização no período de 1/1999 a 11/1999.

Como bem pontuado pelo juízo *a quo* (fl. 161):

(...)

Desta forma, para a configuração da infração ora autuada, é preciso a combinação de duas condutas, quais sejam: a empresa estar em débito não garantido com a União, e ter

distribuído lucros aos seus sócios nesta condição. Assim, se uma das duas condutas não se verificar, a autuação é improcedente, por inexistência da infração.

Do exame dos autos, verifica-se que a distribuição de lucros resta incontroversa, diante do relatório fiscal, sendo tais valores extraídos da escrituração contábil da impugnante, portanto, uma das condutas citadas no item anterior está presente.

(...)

Quanto a outra conduta, conforme relatado anteriormente, o contribuinte não estava em situação de inadimplência no período da distribuição dos lucros à sócia da empresa. Assim, estando ausente a segunda conduta, não é aplicável a penalidade prevista no artigo 32 da Lei n.º 4.357 de 1964 e, por conseguinte, a autuação é improcedente, devendo o acórdão recorrido ser reformado, para ser cancelado o lançamento realizado.

No tocante às alegações acerca de inconstitucionalidades e ilegalidades de dispositivos normativos aplica-se o disposto na Súmula CARF n.º 2 de observância obrigatória por seus Conselheiros, nos seguintes termos: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Conclusão

Em razão do exposto, vota-se em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto em epígrafe.

Débora Fófano dos Santos