



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

Processo nº 19515.720006/2011-96
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2402-000.388 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 18 de setembro de 2013
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrente PROMON TECNOLOGIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Carlos Henrique de Oliveira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

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.

De acordo com a decisão recorrida e relatório fiscal:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS Data do fato gerador: 02/04/2007 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.

RESPONSABILIDADE. *A empresa que resultar de incorporação, cisão, fusão ou transformação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato da pessoas jurídica transformada, fusionada, incorporada ou cindida, nos moldes do art.132 do CTN c/c o art.1113 a 1122 do CC.*

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.

PEDIDO DE PERÍCIA. A perícia solicitada pela empresa deve expor os motivos que a justifique, com a formulação dos quesitos referente aos exames desejados, considerando não formulado o pedido que não preenche o disposto no art. 16, IV, §1º do Decreto 70.235/72.

...

2.1. em 29/06/2001, foram lavradas as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito (NFLD's) 35.373.6368 e 35.373.6376 na Promon Telecom Ltda (CNPJ 43.102.946/000171).

Esta, em 12/07/2002, sofreu uma cisão com incorporação pela Promon Intelligens que, por sua vez, foi transformada em Promon Tecnologia Ltda em 29/07/2002; 2.2. durante o ano de 2007, a empresa Promon Tecnologia Ltda, sucessora de Promon Telecom Ltda, distribuiu lucros, quando possuía débitos previdenciários, em cobrança na Procuradoria da empresa sucedida. Foram distribuídos R\$ 17.724.233,52 (dezesete milhões, setecentos e vinte e quatro mil e duzentos e trinta e três reais e cinquenta e dois centavos);

2.3. o valor distribuído foi contabilizado na conta n.º 2402.5 Lucros/Prejuízos Acumulados, subcontas 2402.5.015 Lucro do

Exercício 2004 e 2402.5.013 Lucro do Exercício 2002, folha 472 do Livro Diário nº 13, registrado na JUCESP sob o número 139058, como segue:

3. Diante dos fatos relatados pela Fiscalização no Relatório Fiscal da Autuação, a multa para esta infração corresponde a 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente, limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica com a União (Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 52, caput, com redação da MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009, combinado com art. 32, § 1º, I e § 2º da Lei nº 4.357, de 16/07/1964). Antes da publicação da MP nº 449/08, vigorava a Lei nº 8.212, de 24 /07/1991, art. 52, parágrafo único, combinado com o art. 34 estabelecido com a MP 1.571/97 e Regulamento da Previdência Social RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, art. 285.

4. Para efeito do cálculo do limitador da multa, o valor atualizado dos débitos com exigibilidade ativa (NFLDs 35.373.6368 e 35.373.6376) em 30/04/2007, de acordo com a legislação vigente é de R\$ 11.431.312,23 (onze milhões, quatrocentos e trinta e um mil e trezentos e doze reais e vinte e três centavos), conforme discriminado pela fiscalização no relatório fiscal da multa, fls. 05/07.

4.1. Conforme esclarece a Fiscalização no item 3 do relatório fiscal o valor da multa a ser aplicada no presente Auto de Infração é de R\$ 5.715.656,11 (cinco milhões, setecentos e quinze mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e onze centavos), pois por se tratar de aplicação de penalidade, deve ser observado o princípio da retroatividade benigna, inscrito no art. 106, II, "c" do Código Tributário Nacional. Assim, nas competências anteriores à edição da MP nº 449/08, a fiscalização ao aplicar a norma tributária verificou que entre a penalidade que seria aplicável nos termos da legislação vigente à época da distribuição da participação dos lucros, e a penalidade aplicável em razão da nova legislação introduzida pela MP nº 449/08, esta se apresentou mais benéfica ao contribuinte.

A recorrente reitera suas alegações iniciais:

Da Autuação Equivocada

6.1. os débitos a que alude o auto de infração não eram débitos para com a União, pelo menos em 02 de abril de 2007, quando, segundo o próprio auto, se deu a distribuição dos dividendos. Salienta a empresa que a Lei 11.457/07, que colocou os débitos previdenciários sob a administração da Receita Federal do Brasil, não transformou a União em credora desses débitos, uma vez que apenas atribuída a sua cobrança, com a obrigação de repassar o montante recebido ao verdadeiro credor, que continuou sendo o INSS;

6.2. qualquer que seja interpretação que se dê à referida lei, é certo que em 02 de abril de 2007, quando ocorreu a distribuição dos dividendos, os débitos a que alude o auto de infração não eram débitos para com a União, não se aplicando assim o artigo 52 da Lei 8.212/91,

com a sua nova redação. Acrescenta ao seu inconformismo que com a alteração do referido artigo 52, deixou de constituir infração à distribuição de dividendos na pendência de débitos cujo credor não fosse a União, daí resultando a inaplicabilidade também da redação antiga, por força do artigo 106, II, "a", do CTN. Assim, conclui a empresa que independente de qualquer outra consideração estamos diante de uma autuação inteiramente equivocada, uma vez que os débitos de que fala o auto não impediam a distribuição de dividendos;

Inexistência de Solidariedade

6.3. o artigo 124, I e II do CTN nada tem a ver com o caso em tela, uma vez que a Impugnante e a PROMON TELECOM LTDA não tinham qualquer, interesse em comum nos fatos geradores dos débitos. Tampouco, existe qualquer dispositivo legal estabelecendo solidariedade tributária de que trata o auto de infração. Assim, às razões de improcedência do auto de infração soma-se não ser a Impugnante responsável solidária pelos débitos a que alude à autuação, razão, pela qual tais débitos não poderiam jamais impedi-la de distribuir dividendos;

Art.32 da Lei nº 4.357/64

6.4. o art. 32 da Lei nº 4.357/64 se restringe aos casos em que os bens do sujeito passivo, após a distribuição, tenham um valor inferior ao do débito (art.184 do CTN). Até porque, de outro modo, a proibição, além de inconstitucional, não teria a menor razão de ser. Enfatiza a empresa que: "...os ativos da Impugnante em 31 de dezembro de 2007, portanto após a distribuição de dividendos, são muito superiores aos débitos apontados nos autos de infração. Os ativos perfaziam então o montante de R\$ 134.191.000,00, muito superior aos débitos. Também o patrimônio líquido que era então de R\$55.183.000,00 , excedia de muito o valor dos débitos, conforme balanço anexo(Doc. 2). Além disso, como se verifica pelos documentos em anexo, a devedora PROMON TECNOLOGIA E PARTICIPAÇÕES LTDA, sucessora de PROMON TELECOM LTDA , além de também possuir ativos e patrimônio líquido em valor muito superior aos débitos cobrados pela Previdência Social (Doc.2.1)..."

6.5 o artigo 52 da Lei 8212/91 não determina que seja aplicado ao caso o artigo 32 da Lei 4.357/64. Mas ainda que determinasse, não resultaria qualquer impedimento à distribuição de dividendos fulminada pelo auto de infração;

Limites da Solidariedade

6.6. a proibição de distribuir dividendos a que porventura uma empresa esteja sujeita, nos termos do artigo 32 da Lei 4.357/64, obviamente não se estende a uma segunda empresa que, por razões supervenientes, se tornou devedora solidária dos débitos que deram origem ,à proibição: A solidariedade se restringe ao débito. Os efeitos da solidariedade são apenas os listados no artigo 125 do CTN e dentre eles não se inclui, a sujeição à qualquer outro encargo ou restrição diferente da obrigação de pagar o débito;

6.7. por outro lado o art.132 do CTN não cogita de cisão, deixando claro que não pode haver na cisão uma sucessão mais ampla do que a existente na incorporação ou via fusão. Nessas duas hipóteses, a empresa sucessora responde apenas pelos tributos devidos pela sucedida. Assim, se a sucedida está proibida de distribuir dividendos em função de débitos tributários, a sucessora responde por esses débitos tributários, mas não se estende a ela a proibição de distribuir dividendos;

Necessidade de Lei Complementar e da Inexistência do Débito

6.8. a proibição de distribuir dividendos em função de débitos tributários é matéria que não pode ser regulada por simples lei ordinária, razão pela qual o artigo 32 da Lei 4367/64 conflita com o artigo 146 da Carta Magna; e

6.9. além do que os débitos que estariam impedindo a distribuição de dividendos sequer existem, pois as NFLDs a que se refere a autuação foram lavradas, em razão da empresa autuada, a PROMON TELECOM LTDA, responder solidariamente por débitos de empresas que lhe prestassem serviços considerados de cessão de mão de obra.

Salienta, ainda que NFLD 35.373.6376, se algum dia houvesse existido, já estaria substancialmente reduzido quando distribuídos os dividendos, pelo decurso do prazo de decadência, isso porque a SÚMULA VINCULANTE nº 08, do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu serem inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei 8212/91. Portanto, conclui a Impugnante que os débitos de que fala a autuação e que supostamente impediriam a distribuição de dividendos não existem.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Cumpridos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo ao seu exame.

A recorrente alega, dentre outras questões que os supostos débitos motivadores da autuação estariam alcançados pela decadência. Ao enfrentar essa alegação, a decisão recorrida considerou que os débitos não eram objeto do presente processo e que pela decadência eles continuam existindo, apenas não podem ser exigidos. Seguem transcrições:

12.1. a matéria discutida nas citadas Notificações não está em julgamento no presente auto de infração, além do que referidos lançamentos já estão em cobrança na Procuradoria da Fazenda, conforme item 9.8 deste voto; e

12.2. no momento da distribuição dos dividendos (02/04/2007), a Súmula Vinculante nº 08/2008 do STF, se quer havia sido publicada, ou seja, a empresa estava em débito com a Seguridade Social e não poderia ter distribuído lucros. E mais, mesmo que as citadas Notificações ainda não transitadas em julgado na esfera judicial, eventualmente, venham a ser revista por força de citada súmula (nº 08/2008 do STF), não deixam de existir os débitos, apenas não podem ser mais exigidos.

12.3. Assim, entende-se que no momento da distribuição dos dividendos a empresa estava em débito com a Seguridade Social, contrariando a disposição legal prevista no art.52 da Lei nº 8.212/91.

...

Lei nº 4.357/1964:

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:

...

§ 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)

A multa aplicada corresponde a 50% dos débitos em exigência não garantidos. Assim, antes da decisão de mérito, a fim de possibilitar o exame da matéria, entendo que devam ser trazidas aos autos as seguintes informações sobre os débitos existentes:

Processo nº 19515.720006/2011-96
Resolução nº **2402-000.388**

S2-C4T2
Fl. 381

- a) período de ocorrência dos fatos geradores, data de ciência e existência de pagamentos parciais, a fim de que se verifique a ocorrência de decadência; e
- b) em relação aos documentos juntados ao recurso voluntário, especialmente, quanto a suposta garantia dos débitos em cobrança, que se pronuncie sobre os mesmos.

Diante do exposto, voto no sentido de converter o julgamento em diligência para as providências solicitadas e seja oportunizado ao recorrente o direito de manifestação no prazo de 30 dias.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes