



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

Processo n° 35464.004284/2005-53
Recurso n° 253.086 Voluntário
Acórdão n° **2302-01.507 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 02 de dezembro de 2011
Matéria Auto de Infração. Obrigações Acessórias em Geral.
Recorrente SERVIMARC CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida DRJ - SÃO PAULO SP

Assunto: Obrigações Acessórias

Data do fato gerador: 20/12/2005

Ementa: DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS ESTANDO EM DÉBITO COM A SEGURIDADE SOCIAL. – RETROATIVIDADE BENIGNA. LEI 11.941.

A empresa em débito com o sistema de Seguridade Social não pode distribuir lucros. Caso haja tal distribuição a empresa fica responsabilizada pela penalidade de 50% das quantias que houverem sido distribuídas.

A Lei n 11.941 alterou o regime de aplicação da multa, sendo mais benéfico.

Conforme previsto no art. 106, inciso II do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) 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; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. A multa deve ser calculada considerando as disposições do art. 32, parágrafo 2º da Lei 4.357 de 1964.

Marco André Ramos Vieira - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo da Costa e Silva, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Júnior e Eduardo Augusto Marcondes de Freitas.

Relatório

Trata o presente auto de infração, lavrado em desfavor do recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 52, inciso II da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 285 do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999. Segundo a fiscalização previdenciária, a recorrente distribuiu lucros aos sócios, apesar de a empresa estar em débito com a Seguridade Social, fls. 04 a 08.

Não conformada com o lançamento, a autuada apresentou impugnação, fls. 63 a 64.

O julgamento foi convertido em diligência, fls. 80 a 83.

Foi elaborado relatório fiscal substitutivo, fls. 98 a 110. Cientificada do novo relatório, a autuada apresentou defesa administrativa, fls. 129 a 138.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento emitiu a decisão de fls. 145 a 153, mantendo a autuação em sua integralidade.

A autuada não concordando com a decisão emitida pelo órgão fazendário interpôs recurso, fls. 159 a 172. Em síntese alega o seguinte:

- Não consta o TEAF;
- Deveria ter sido remetida uma cópia ao contribuinte;
- Deve ser anulado o auto de infração;
- Não há comprovação nos autos da circunstância agravante;
- Não há clareza e precisão no relatório fiscal;
- Não há indicação dos passivos existentes;
- É necessária a confirmação de que as NFLD transitaram em julgado;
- Requerendo o cancelamento da autuação.

Não foram apresentadas contrarrazões pelo órgão fazendário.

É o relato suficiente.

Voto

Conselheiro Marco André Ramos Vieira, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme fl. 177. Pressuposto superado, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

A afirmação recursal de que houve irregularidade na ciência do TEAF não condiz com as provas dos autos.

A prova contida nos autos é de que efetivamente foi elaborado o TEAF, conforme cópia às fls. 59 e 60, inclusive foi firmado pelo representante do autuado que teria recebido a segunda via do documento fl. 60. Assim, ao contrário do afirmado, foi remetida uma cópia ao contribuinte.

Nesse ponto não reconheço a nulidade alegada pela recorrente.

A recorrente alega que não há comprovação nos autos da circunstância agravante. Contudo, a agravante não afeta o valor da multa aplicada, conforme já informado no relatório fiscal. É verdade que poderia implicar na relevação da multa, entretanto essa somente tem aplicação na hipótese de correção da falta, o que não aconteceu. Assim, a eventual ausência da discriminação da agravante não causou qualquer prejuízo à recorrente. Como princípio processual, não se reconhece da nulidade se não houver prejuízo.

Mesmo que se considerasse irregular a caracterização da agravante, tal irregularidade não nulificaria o lançamento, mas apenas resultaria no afastamento da circunstância.

Quanto ao argumento de que o auto de infração deve ser declarado nulo, não lhe confiro razão. O lançamento foi realizado com base em documentação da própria recorrente, conforme relatório fiscal às fls. 98 a 110; o relatório indicou os motivos do lançamento; os fatos geradores estão devidamente descritos, bem como a forma para se apurar o quantum devido.

Os relatórios juntados pela fiscalização favorecem a ampla defesa e o contraditório, possibilitando ao notificado o pleno conhecimento acerca dos motivos que ensejaram o lançamento. A motivação é simples, e restou cabalmente demonstrada no relatório fiscal às fls. 98 a 110: a empresa distribuiu lucros estando em débito com o sistema de Seguridade Social.

Conforme era previsto no art. 52 da Lei n.º 8.212, com redação vigente à época da autuação, a empresa em débito com o sistema de Seguridade Social não pode distribuir lucros. Caso haja tal distribuição a empresa fica responsabilizada pela penalidade de 50% das quantias que houverem sido distribuídas (parágrafo único do art. 52 da Lei n.º 8.212)

Art. 52. À empresa em débito para com a Seguridade Social é proibido:

I - distribuir bonificação ou dividendo a acionista;

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.

Restou comprovado que a empresa estava em débito com a Seguridade Social, conforme registros contábeis e GFIP (relatório fiscal às fls. 98 a 110). Apesar de possuir débito previdenciário, confessado pela própria recorrente em sua contabilidade e em GFIP, a sociedade empresária distribuiu lucros aos sócios; portanto restou caracterizada a infração à legislação previdenciária.

Não procede o argumento recursal de que não haveria indicação dos passivos existentes. Conforme anexos do relatório fiscal é possível verificar os débitos existentes que ensejaram a autuação, fls. 108 e 109 e Anexos II e III. Os valores foram declarados em GFIP, que é um termo de confissão, bem como constaram nos registros contábeis da autuada.

Não é necessária a confirmação de que as NFLD transitaram em julgado; ao contrário do afirmado pela recorrente. A simples declaração em GFIP já é suficiente para caracterizar o débito, assim como o registro contábil do reconhecimento do débito. A NFLD que necessitava o trânsito em julgado, são as que englobam fatos não reconhecidos pela autuada como parcelas integrantes da contribuição previdenciária, diferentemente dos casos já confessados em GFIP.

Uma vez caracterizada a infração, cabe a imputação da penalidade, que no caso era de 50% dos valores distribuídos. O cálculo da multa era considerado em relação ao lucro distribuído e não em relação aos débitos existentes, conforme expressamente previsto na Lei n.º 8.212.

Contudo, houve alteração do ato legal por meio da Lei n 11.941 de 2009. De acordo com essa Lei houve alteração do art. 52 da Lei n 8.212 de 1991, nestas palavras:

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. [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\).](#)

I – (revogado); [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\).](#)

II – (revogado). [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\).](#)

Parágrafo único. (Revogado). [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\).](#)

Como visto, o novo diploma remete à aplicação do art. 32 da Lei n 4.357 de 1964, que possui a seguinte redação:

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 impôsto, 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: (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)

Dessa forma, há que se observar a retroatividade benigna prevista no art. 106, inciso II do CTN.

Conforme previsto no art. 106, inciso II do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) 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; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Entendo que há cabimento do art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. O parágrafo 2 do art. 32 da Lei 4.357 limita o valor da multa a cinquenta por cento do total do débito, o que não foi observado no presente caso.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para no mérito CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL. A multa deve ser calculada considerando as disposições do art. 32, parágrafo 2º da Lei 4.357 de 1964.

É como voto.

Marco André Ramos Vieira

Processo nº 35464.004284/2005-53
Acórdão n.º **2302-01.507**

S2-C3T2
Fl. 188
