



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

Processo nº 35564.006593/2006-11
Recurso nº 247.529 Voluntário
Acórdão nº 2302-002.307 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de janeiro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - AI CFL 52
Recorrente PADROEIRA COMÉRCIO DE PAPEL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 16/05/2006

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. ART. 173, I DO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento exarado na Súmula Vinculante nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91. Subsunção às normas que regem o instituto da decadência inscritas no art. 173, I do CTN.

DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS A SÓCIO COTISTA. EMPRESA EM DÉBITO COM A SEGURIDADE SOCIAL. VEDAÇÃO EXPRESSA NA LEI. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Constitui-se infração à legislação tributária, dar ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio quotista, 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.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Tendo em vista o consagrado atributo da presunção de veracidade que caracteriza os atos administrativos, gênero do qual o lançamento tributário é espécie, opera-se a inversão do encargo probatório, repousando sobre o notificado o ônus de desconstituir o lançamento ora em consumação. Havendo um documento público com presunção de veracidade não impugnado eficazmente pela parte contrária, o desfecho há de ser em favor dessa presunção.

OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL E OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. *BIS IN IDEM*. INOCORRENCIA.

Inexiste *bis in idem* no lançamento de multa de mora decorrente do recolhimento em atraso de tributo e na autuação por descumprimento de obrigação tributária acessória, efetuados na mesma ação fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO. AUTUAÇÕES MULTIPLAS NA MESMA AÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE.

O simples fato de a empresa já ter sido fiscalizada em momento pretérito não exclui da Administração Tributária o direito de constituir créditos tributários incidentes sobre fatos geradores diversos daqueles apurados pelas ações fiscais precedentes, ocorridos no mesmo período fiscalizado.

Constatado o não recolhimento total ou parcial das contribuições previdenciárias ou o descumprimento de obrigação acessória, será lavrada notificação de lançamento ou auto de infração.

PENALIDADE PECUNIÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. CONFISCO. INOCORRÊNCIA.

Não constitui confisco a inflição de penalidade pecuniária decorrente do descumprimento de obrigação tributária acessória.

Foge à competência deste colegiado a análise da adequação das normas tributárias fixadas pela Lei nº 8.212/91 às vedações constitucionais ao poder de tributar previstas nos artigos 145 e 150 da CF/88.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, pela fluência do prazo decadencial exposto no artigo 173, I do Código Tributário Nacional, devendo ser excluídas do lançamento as competências até 11/1999, inclusive, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Liége Lacroix Thomasi – Presidente Substituta.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente Substituta de Turma), Manoel Coelho Arruda Junior (Vice-presidente de turma), Adriana Sato, André Luis Mársico Lombardi, Juliana Campos de Carvalho Cruz e Arlindo da Costa e Silva.

Relatório

Período de apuração - MPF: janeiro/1999 a março/2005.

Período de apuração: junho/1999 a fevereiro/2001.

Data da lavratura da Auto de Infração: 17/05/2005.

Data da ciência do Auto de Infração: 17/05/2005.

Trata-se de auto de infração decorrente do descumprimento de obrigações acessórias previstas no art. 52, II da Lei nº 8.212/91 c/c art. 280, II do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 lavrado em desfavor do Recorrente, em razão da distribuição de lucros a sócio cotista, no período de junho/99 a fevereiro/2001, estando a empresa em débito com a Seguridade Social, consoante discriminado no Anexo I, conforme descrito no relatório fiscal a fls. 06/07.

CFL - 52

Dar ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio quotista, diretor ou outro membro de órgão dirigente, fiscal ou consultivo, ainda que a título de adiantamento, estando em débito com a Seguridade Social.

A penalidade aplicada obedeceu à memória de cálculo estipulada no Parágrafo Único do art. 52 c.c. art. 34, ambos da Lei nº 8.212/91, consistente no montante equivalente a 50% das quantias pagas ou creditadas, atualizada desde a data da distribuição.

Informa o auditor fiscal autuante que não foi verificada qualquer circunstância agravante da penalidade.

Irresignado com o supracitado lançamento tributário, o autuado apresentou impugnação a fls. 37/47.

A Delegacia da Receita Previdenciária em São Paulo / Centro lavrou Decisão-Notificação (DN), a fls. 117/123, julgando procedente a autuação e mantendo o crédito tributário em sua integralidade.

O sujeito passivo foi cientificado da Decisão-Notificação em 06/11/2006, conforme Aviso de Recebimento – AR a fl. 125.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o ora recorrente interpôs recurso voluntário, a fls. 128/168, respaldando sua contrariedade em argumentação desenvolvida nos seguintes termos:

- Que o conceito de débito para efeitos do artigo 52, incisos I e II da Lei 8212/91 combinado com o §4º do art. 649 da IN SRP nº 03/2005, para fins da multa prevista, não abrange os débitos que se encontram com a exigibilidade suspensa;
- Da ocorrência de *bis in idem*, eis que há a aplicação de nova multa a fato já punido com multa. O não recolhimento de contribuição previdenciária é punido com multa punitiva específica, prevista na Lei 8.212/91, diferenciada da multa de mora. A punição, novamente, pelo não recolhimento de contribuição previdenciária, só que partindo de nova base

de cálculo, é uma inadmissível forma de *bis in idem*, não admitida no ordenamento jurídico;

- Que o prazo decadencial é de 5 anos, conforme previsto no CTN;
- Que houve ofensa a ato jurídico perfeito, uma vez que a autuação deriva de período já homologado. Argumenta que até o mês de janeiro de 2004, já havia homologação absoluta da movimentação da empresa, demonstrando-se o novo pedido para apresentação de documentos uma injustificada e desnecessária imposição de ônus à empresa. Aduz que o trabalho fiscalizatório sobre o período em que o contribuinte foi punido é inválido, na medida em que recaiu sobre elementos já fiscalizados;
- Que a aplicação da multa tem efeito de confisco;
- Que o valor da multa não guarda razoabilidade e proporcionalidade, em comparação com a contribuição previdenciária sobre o *pro labore*. Aduz que, se os sócios houvessem retirado *pro labore*, a contribuição previdenciária incidiria sob o percentual máximo de 20%, segundo as normas previdenciárias que regulam a questão, e não incorreriam na sanção estabelecida. Aduz que cumpriu regularmente com a parcela de segurados, circunstância esta que deveria ter sido sopesada, antes da estipulação em percentuais máximos.

Ao fim, requer o recorrente que o recurso voluntário seja conhecido e provido para que seja julgado totalmente insubsistente o auto de infração lavrado.

Contrarrazões a fl. 217.

A 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF converteu o julgamento em diligência para que a fiscalização elaborasse demonstrativo no qual restasse indicado, por competência, os valores de INSS a recolher, e desses valores, o quanto foi recolhido e em qual data, assim como os valores distribuídos de lucro e as respectivas datas de distribuição, conforme Resolução a fls. 219/226.

Informação Fiscal a fls. 306/308 e 309/311.

Devidamente intimada do resultado da Diligência em realce, nos termos do Aviso de Recebimento a fls. 312 e 314, e reaberto prazo para aditamento de Recurso, o Recorrente deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado, sem se manifestar nos autos do processo, de acordo com Despacho de Encaminhamento a fl. 316.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

Voto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/01/2013 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 28/01/

2013 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 25/02/2013 por LIEGE LACROIX THOMASI

Impresso em 26/03/2013 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva – Relator.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida em 09/11/2006, quinta-feira, iniciando-se, pois, o decurso do prazo recursal na sexta-feira seguinte, diga-se, 10/11/2006. Havendo sido o recurso voluntário protocolado no dia 08 de dezembro do mesmo ano, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso. Dele conheço.

2. DAS QUESTÕES PRELIMINARES

2.1. DA DECADÊNCIA

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento exarado na Súmula Vinculante nº 8, em julgamento realizado em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, nos termos que se vos seguem:

Súmula Vinculante nº 8 - “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Conforme estatuído no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula Vinculante nº 8 é de observância obrigatória tanto pelos órgãos do Poder Judiciário quanto pela Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la de imediato.

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.

Afastada por inconstitucionalidade a eficácia das normas inscritas nos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, urgem serem seguidas as disposições relativas à matéria em relevo inscritas no Código Tributário Nacional – CTN e nas demais leis de regência.

O instituto da decadência no Direito Tributário, malgrado respeitadas posições em sentido diverso, encontra-se regulamentado no art. 173 do Código Tributário Nacional - CTN, que reza *ipsis litteris*:

Código Tributário Nacional - CTN

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.

A análise da subsunção do fato *in concreto* à norma de regência revela que, ao caso *sub examine*, opera-se a incidência das disposições inscritas no inciso I do transcrito art. 173 do CTN. Nessa condição, tendo sido o Auto de Infração lavrado em 17 de maio de 2005, este apenas alcançaria as obrigações acessórias exigíveis a contar da competência dezembro/1999, inclusive, excluídas as relativas ao 13º salário desse mesmo ano.

Pelo exposto, encontram-se atingidas pela fluência do prazo decadencial todas as obrigações tributárias relativas aos fatos geradores ocorridos nas competências anteriores a dezembro de 1999, exclusive, caducando, por conseguinte, o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário a elas correspondente.

Roga-se atenção ao fato de que o reconhecimento da decadência parcial do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário não inquina de vício todo o processo. A declaração de caducidade acima aduzida apenas tem o condão de extirpar do lançamento tributário, tão somente, as obrigações atingidas pelo citado instituto de direito tributário uma vez que a ocorrência deste constitui-se causa extintiva do crédito tributário, nos termos do art. 156, V, *in fine*, do CTN, e não hipótese de nulidade do lançamento.

Dessarte, o eventual crédito tributário decorrente das obrigações relativas às competências atingidas pela decadência encontra-se extinto, e não nulo, sendo por aquele motivo, e não por este, excluído da abrangência do presente Auto de Infração.

Vencidas as preliminares, passamos à análise do mérito.

3. DO MÉRITO

3.1. DA PERDA DO INTERESSE PROCESSUAL

Em razão do provimento relativo à decadência parcial do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário de que trata o presente processo, nos termos do item 2.1. *supra*, apenas será objeto de apreciação por este colegiado as matérias de fato e de direito

referentes aos fatos geradores ainda não alcançados pelo decurso do prazo decadencial acima referido.

Dessarte, o exame do mérito se cingirá aos fatos geradores ocorridos de dez/99 a fev/2001. Em relação aos demais, consideraremos ter havido perda do interesse, razão pela qual não serão mais objeto de apreciação.

Outrossim, cumpre assentar que também não será objeto de apreciação por este colegiado as matérias não expressamente contestadas pelo recorrente, as quais se presumirão verdadeiras.

3.2. DA EXISTÊNCIA DE DÉBITO PERANTE A SEGURIDADE SOCIAL.

Alega o recorrente, que o conceito de débito para efeitos do artigo 52, incisos I e II da Lei 8.212/91 combinado com o §4º do art. 649 da IN SRP nº 03/2005, para fins da multa prevista, não abrange os débitos que se encontram com a exigibilidade suspensa.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

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.

Instrução Normativa SRP nº 3, de 14 de julho de 2005

Art. 649. Por infração a qualquer dispositivo da Lei nº 8.212, de 1991, exceto no que se refere aos prazos de recolhimento de contribuições, da Lei nº 8.213, de 1991 e da Lei nº 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 Ministerial, aplicada da seguinte forma:

(...)

VIII - cinquenta por cento das quantias pagas ou creditadas a título de bonificação, dividendo ou participação nos lucros por empresa em débito com a Previdência Social, conforme previsto no art. 285 do RPS;

(...)

§4º Consideram-se débitos, para fins da multa prevista no inciso VIII do caput, desde que não estejam com a exigibilidade suspensa, a NFLD e o AI 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.

(grifos nossos)

A existência de débito definitivamente constituído da recorrente perante a Seguridade Social constitui-se condição *sine qua non* para a caracterização da infração ora discutida nos autos.

A empresa alega que o conceito de débito para efeitos do artigo 52, incisos I e II da Lei 8.212/91 combinado com o §4º do art. 649 da IN SRP nº 03/2005, para fins da multa prevista, não abrange os débitos que se encontram com a exigibilidade suspensa.

Ocorre, contudo, que a caracterização do débito para os fins previstos no art. 52 da Lei nº 8.212/91 não decorreu de débitos com exigibilidade suspensa, como assim enxerga o Recorrente, mas, sim, dos débitos tributários declarados nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP, apresentadas pela empresa, referentes ao período de apuração da infração.

Considerando que os autos não se encontravam *ab initio* instruídos com indícios de prova material que evidenciassem, de forma inequívoca, a ocorrência de recolhimento, em 18/03/1994, de contribuições previdenciárias referentes às contribuições de segurados, relativas às competências indicadas no parágrafo precedente, resolveu esta 2ª Turma Ordinária converter o julgamento em diligência de molde a sanar tal omissão.

No desenvolvimento dos procedimentos de diligência fiscal, foi a empresa recorrente intimada, mediante Termo próprio a fl. 242, a apresentar os Livros Diário e Razão relativos aos exercícios 1999, 2000 e 2001. Decorrido o prazo assinalado pela fiscalização, nenhum documento houve-se por apresentado, tampouco qualquer informação ou alegação por parte do Intimado.

Fruto da diligência suso aludida, foram elaboradas as Informações Fiscais a fls. 306/308 e 309/311, as quais contêm planilha elaborada a partir das informações constantes no banco de dados do Sistema Informatizado da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que demonstram a existência de débito do Recorrente em favor da Seguridade Social, no período de janeiro/1999 a julho/2001, no montante correspondente à diferença entre os valores declarados em GFIP e aqueles efetivamente recolhidos.

O exame das GFIP e correspondentes GPS do período de apuração revelam que a empresa procedeu ao recolhimento, tão somente, dos valores arrecadados dos segurados, subtraídos os valores relativos às deduções legais, deixando o Recorrente de recolher as contribuições patronais.

Tendo em vista que, nos termos da Lei nº 8.212/91, os valores declarados pelo sujeito passivo em GFIP são representativos de confissão de dívida tributária e que o documento declaratório em apreço constitui instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário nele consignado, e que o crédito da seguridade social também é constituído por meio de confissão de valores devidos e não recolhidos pelo contribuinte, conclui-se, por decorrência lógica, que no período em foram distribuídos lucros aos sócios cotistas a empresa recorrente se encontrava, legalmente, em débito com a Seguridade Social, circunstância que implica a procedência do vertente Auto de Infração.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV – declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS;

(...)

§2º A declaração de que trata o inciso IV constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário, e suas informações comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários.

(...)

§10. O descumprimento do disposto no inciso IV é condição impeditiva para expedição da prova de inexistência de débito para com o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS.

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos.

(...)

§7º O crédito da seguridade social é constituído por meio de notificação de lançamento, de auto de infração e de confissão de valores devidos e não recolhidos pelo contribuinte.

Mostra-se valioso, neste momento, trazer a lume que os atos administrativos, assim como seu conteúdo, gozam de presunção legal *iuris tantum* de legalidade, legitimidade e veracidade.

Na arguta visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a presunção de veracidade e legitimidade consiste na "*conformidade do ato à lei. Em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei*" (Direito Administrativo, 18ª Edição, 2005, Atlas, São Paulo). Ainda de acordo com a citada autora, "*A presunção de veracidade diz respeito aos fatos. Em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração.*" (op. cit. pág. 191). Dessarte, a aplicação da presunção de veracidade tem o condão de inverter o ônus da prova, cabendo ao particular comprovar de forma cabal a inocorrência dos fatos descritos pelo agente público, ou circunstância que exima sua responsabilidade administrativa, nos termos dos art. 333, inciso I do Código de Processo Civil.

Deflui da interpretação sistemática dos dispositivos encartados nos artigos 19, II da CF/88 e 364 do CPC que os fatos consignados em documentos públicos carregam consigo a presunção de veracidade atávica aos atos administrativos, ostentando estes fé pública, a qual não pode ser recusada pela Administração Pública, devendo ser admitidos como verdadeiros até que se produza prova válida em contrário.

Constituição Federal de 1988

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - recusar fé aos documentos públicos;

(...)

Código de Processo Civil

Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

A Suprema Corte de Justiça já irradiou sem em seus arestos a interpretação que deve prevalecer na pacificação do debate em torno do assunto, sendo extremamente convergente a jurisprudência dela promanada, como se pode verificar nos julgados a seguir alinhados, cujas ementas rogamos vênias para transcrevê-las.

AgRg no RMS 19918 / SP

Relator(a) Ministro OG FERNANDES

Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA

Data da Publicação/Fonte: DJe 31/08/2009

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO ADMINISTRATIVO CASSATÓRIO DE APOSENTADORIA. CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO SOBRE A QUAL PENDE INCERTEZA NÃO RECEPCIONADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO.

EXTINÇÃO DO MANDAMUS DECRETADO POR MAIORIA. VÍNCULO FUNCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DOS ARQUIVOS DA PREFEITURA. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. INCÊNDIO. EXISTÊNCIA DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO EXPEDIDA PELA PREFEITURA ANTES DO SINISTRO. DOCUMENTO PÚBLICO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que o documento público merece fé até prova em contrário. No caso, o recorrente apresentou certidão de tempo de serviço expedida pela Prefeitura do Município de Itobi/SP - a qual comprova o trecho temporal de 12 anos, 3 meses e 25 dias relativos ao serviço público prestado à referida Prefeitura entre 10/3/66 a 10/2/78 - que teve firma do então Prefeito e Chefe do Departamento Pessoal e foi reconhecida pelo tabelião local.

2. Ademais, é incontroverso que ocorreu um incêndio na Prefeitura Municipal Itobi/SP em dezembro de 1992.

3. Desse modo, a certidão expedida pela Prefeitura de Itobi, antes do incêndio, deve ser considerada como documento hábil a comprovar o tempo de serviço prestado pelo recorrente no período de 10/3/66 a 10/2/78, seja por possuir fé pública - uma vez que não foi apurada qualquer falsidade na referida certidão -, seja porque, em virtude do motivo de força maior acima mencionado, não há como saber se os registros do recorrente foram realmente destruídos no referido sinistro.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

EResp 265552 / RN

Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO

Data da Publicação/Fonte: DJ 18/06/2001 p. 113

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. PLANILHA APRESENTADA PELO INSS EM QUE CONSTA PAGAMENTO ADMINISTRATIVO DAS DIFERENÇAS RECLAMADAS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE.

"As planilhas de pagamento da DATAPREV assinadas por funcionário autárquico constituem documento público, cuja veracidade é presumida." (REsp 183.669)

O documento público merece fê até prova em contrário. Recurso que merece ser conhecido e provido para excluir da liquidação as parcelas constantes da planilha, apresentada pelo INSS e não impugnada eficazmente pela parte ex adversa, prosseguindo a execução por eventual saldo remanescente.

Embargos conhecidos e acolhidos.

Nessa prumada, existindo no mundo jurídico um ato administrativo comprovado por documento público, passa a militar em favor do ente público a presunção de legitimidade e veracidade das informações nele assentadas. Como prerrogativa inerente ao Poder Público, presente em todos os atos de Estado, a presunção de veracidade subsistirá no processo administrativo fiscal como meio de prova hábil a comprovar as alegações do órgão tributário, cabendo à parte adversa demonstrar, ante a sua natureza relativa, por meio de documentos idôneos, a desconformidade com a realidade dos assentamentos em realce.

Configurando-se o Auto de Infração assim como as Informações Fiscais documentos públicos representativos de Atos Administrativos formados a partir da manifestação da Administração Tributária, levada a efeito através de agentes públicos, não há como se negar a veracidade do conteúdo.

Registre-se que, de acordo com os princípios basilares do direito processual, incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No caso em foco, a existência de débito do Recorrente perante a Seguridade Social, no período de apuração da infração, encontra-se plenamente consignada, com todos os seus elementos, no Relatório Fiscal do Auto de Infração, nas informações fiscais resultantes do procedimento de diligência fiscal e dos demais documentos que integram o Auto de Infração em pauta. A fiscalização apurou a ocorrência de infração a obrigações tributárias fixadas expressamente na Lei de Custeio da Seguridade Social e constatou, demonstrando por intermédio de documentos apresentados pela própria empresa fiscalizada, a configuração de débito perante a Seguridade Social, fato que torna legalmente proibida a distribuição de lucros a sócios cotistas.

Dessarte, fulguram os assentamentos consignados no lançamento como bastantes e suficientes para fazer prova do fato afirmado pela fiscalização, em razão da debatida presunção de veracidade dos Atos Administrativos.

Do resultado da diligência fiscal comandada por esta 2ª Turma Ordinária houve-se a empresa em foco devidamente intimada, sendo-lhe assinalado prazo para se pronunciar nos autos, durante o qual manteve-se silente o Recorrente, não formulando qualquer contestação às evidências coligidas ao processo pelo Fisco Federal.

Assim, havendo um documento público devidamente fundamentado e com presunção de veracidade não impugnado eficazmente pela parte contrária, o desfecho há de ser em favor dessa presunção. Ostentando, todavia, tal presunção eficácia relativa, esta admite prova em sentido contrário a ônus da parte interessada, encargo este não adimplido pelo Recorrente, o qual não logrou afastar a fidedignidade do teor do Auto de Infração e das Informações Fiscais em debate.

Nesse sentido remansa a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos seguintes julgados:

MS 12756 / DF

Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

S3 - TERCEIRA SEÇÃO

Data da Publicação/Fonte: DJe 08/05/2008

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCURADOR FEDERAL. PROMOÇÃO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS CONTRACHEQUES E FOLHA DO SISTEMA SIAPE. RETIFICAÇÃO DOS ATOS DE PROMOÇÃO DO IMPETRANTE. EFEITOS RETROATIVOS DESDE A DATA EM QUE DEVERIA SER PROMOVIDO NAS CATEGORIAS APROPRIADAS.

1. Têm presunção de veracidade contracheques e folha do Sistema SIAPE apresentados por procurador federal que pretende ser promovido com base no enquadramento funcional previsto naqueles documentos públicos. Ausência de apresentação de prova, pelo impetrado, que afastasse a fé pública dos referidos documentos.

2. Segurança concedida. Retroativos a partir da data em que deveriam ter ocorrido as promoções do impetrante.

REsp 1059007 / SC

Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data da Publicação/Fonte: DJe 20/10/2008

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARTIGO 258 DA LEI Nº 8.069/90. AUTO INFRACIONAL LAVRADO POR COMISSÁRIO DE INFÂNCIA. DOCUMENTO PÚBLICO. FÉ PÚBLICA. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO IURIS TANTUM. ÔNUS DA PROVA DO ADMINISTRADO.

I - O auto de infração lavrado por Comissário da Infância, em decorrência do descumprimento do artigo 258 da Lei nº 8.069/90, constitui-se em documento público, merecendo fé pública até prova em contrário.

II - O ato administrativo goza de presunção iuris tantum, cabendo ao administrado o ônus de provar a maioria da pessoa que se encontrava no estabelecimento comercial recorrido, haja vista a legitimidade do auto infracional.

III - Recurso especial provido.

3.3. DO ALEGADO *BIS IN IDEM*

Alega o Recorrente a ocorrência de *bis in idem*, eis que há a aplicação de nova multa a fato já punido com multa. O não recolhimento de contribuição previdenciária é punido com multa punitiva específica, prevista na Lei 8.212/91, diferenciada da multa de mora. A punição, novamente, pelo não recolhimento de contribuição previdenciária, só que partindo de nova base de cálculo, é uma inadmissível forma de *bis in idem*, não admitida no ordenamento jurídico.

Razão não lhe assiste.

A Constituição Federal, de 03 de outubro de 1988, outorgou à Lei Complementar a competência para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários, nas cores desenhadas em seu art. 146, III, 'b', *in verbis*:

Constituição Federal de 1988

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;*
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;*

Imerso nessa ordem constitucional, ao tratar das obrigações tributárias, já no âmbito infraconstitucional, o art. 113 do Código Tributário Nacional – CTN, topograficamente inserido no Título que versa sobre as Obrigações Tributárias, estabeleceu o discrimen entre obrigações tributárias principal e acessórias, assim conformando seus traços definidores:

Código Tributário Nacional

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas

*no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.
(grifos nossos)*

§3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

De acordo com o assentamento legal, a obrigação tributária principal consiste no pagamento de tributo e surge com a ocorrência do fato gerador, assim entendida a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

No caso em apreciação, os tributos objeto da obrigação tributária principal são as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e a outras entidades e fundos, tendo por fato gerador o pagamento de remunerações, na forma de salários ou em utilidades, a segurados empregados.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998).

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

Já no tocante às obrigações acessórias, consoante os termos do Diploma Tributário, estas consubstanciam-se em deveres de natureza instrumental, consistentes em um fazer, não fazer ou permitir, fixados na legislação tributária, na abrangência do art. 96 do CTN, em proveito do interesse da administração fiscal no que tange à arrecadação e à fiscalização de tributos.

Deflui da análise das disposições do CTN que a imposição de obrigação tributária acessória prescinde de lei formal, podendo ser instituída inclusive mediante legislação tributária, assim compreendida, nos termos do art. 96 do próprio CTN, como as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Código Tributário Nacional

Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

No que pertine às contribuições previdenciárias, a disciplina da matéria em relevo, no plano infraconstitucional, foi confiada à Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual fez inserir na Ordem Jurídica Nacional uma diversidade de obrigações acessórias a serem

compulsoriamente observadas pela empresa, criadas no interesse da arrecadação ou da fiscalização, sem transpor os umbrais limitativos erguidos pelo CTN.

As obrigações acessórias, consoante os termos do Diploma Tributário, consubstanciam-se deveres de natureza instrumental, consistentes em um fazer, não fazer ou permitir, fixados na legislação tributária, na abrangência do art. 96 do CTN, em proveito do interesse da administração fiscal no que tange à arrecadação e à fiscalização de tributos.

No caso em apreciação, o art. 52, II da Lei nº 8.212/91 estatui vedação expressa à empresa em débito com a Seguridade Social de 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.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

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.

Regulamento da Previdência Social

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.

Art. 285. A infração ao disposto no art. 280 sujeita o responsável à multa de cinquenta por cento das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas, a partir da data do evento.

Almejando brindar a máxima efetividade à obrigação ora ilustrada, o Parágrafo Único do art. 52 acima transcrito aviou norma sancionatória prevendo a punição do obrigado em débito com a Seguridade Social que der ou atribuir cota ou participação nos lucros a sócio cotista com multa de 50% das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas a partir da data do evento.

Na espécie em apreço, a fiscalização apurou pelo exame dos livros contábeis distribuição de lucros aos sócios Marco Carreira e Pedro Carreira, conforma anexos I e II a fls. 12/13, estando a empresa em débito com a Seguridade Social.

Do cotejo das GFIP apresentadas pela empresa e com os correspondentes recolhimentos efetuados, restou demonstrada a existência de débito perante a Seguridade Social, uma vez que o sujeito passivo promoveu, tão somente, o recolhimento das

contribuições previdenciárias descontadas dos segurados, deixando de recolher, sem justo motivo, as contribuições patronais a que estava obrigado.

Tal conduta típica perpetrada pelo Recorrente é apenada com inflição de penalidade pecuniária, nos termos previstos no Parágrafo Único do art. 52 da Lei nº 8.212/91 c.c. 285 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Dec. nº 3.048/99.

Não ressobram dúvidas, portanto, quanto à ocorrência de infração à legislação previdenciária e quanto à tipicidade da conduta perpetrada pelo Recorrente, bem como, quanto à legalidade do procedimento levado a cabo pela fiscalização, restando a penalidade aplicada em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico vigente.

Dessarte, o fato de a empresa ter sido apenada, numa mesma ação fiscal, com multa de mora pelo descumprimento de obrigação tributária principal não impede que ela seja igualmente castigada, nos termos da lei, pelo descumprimento de uma ou mais obrigações tributárias acessórias, sem que tal multiplicidade de autuações represente *bis in idem*.

Inexiste, portanto, *bis in idem* nas autuações constantes do vertente processo:

- a) Os fatos geradores são diversos. Uma se refere à multa moratória pelo descumprimento de obrigação principal, a outra, pelo descumprimento de obrigação acessória.
- b) Uma obrigação é totalmente autônoma, distinta e independente da outra;
- c) As referidas obrigações são regidas por normas jurídicas totalmente apartadas;
- d) Inexiste qualquer interdependência entre as obrigações autuadas;
- e) Et. Etc. etc.

Por tais razões, dentre outras, não acatamos a alegação de *bis in idem* tão veementemente esposada pelo sujeito passivo.

3.4. DO ATO JURÍDICO PERFEITO

Argumenta o Recorrente ter havido ofensa a ato jurídico perfeito, uma vez que a autuação deriva de período já homologado. Argumenta que até o mês de janeiro de 2004, já havia homologação absoluta da movimentação da empresa, demonstrando-se o novo pedido para apresentação de documentos uma injustificada e desnecessária imposição de ônus à empresa. Aduz que o trabalho fiscalizatório sobre o período em que o contribuinte foi punido é inválido, na medida em que recaiu sobre elementos já fiscalizados.

A razão não lhe sorri.

O simples fato de a empresa já ter sido fiscalizada em momento pretérito não exclui da Administração Tributária o direito de constituir créditos tributários incidentes sobre fatos geradores diversos daqueles apurados pelas ações fiscais precedentes.

Com efeito, detém o INSS, hoje Secretaria da Receita Federal do Brasil, a competência para arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição, constituindo-se prerrogativa de seus auditores fiscais o exame dos livros contábeis e demais documentos da empresa.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas 'd' e 'e' do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação dada pela Lei nº 10.256/2001).

§1º É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e do Departamento da Receita Federal-DRF o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados.

§2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

§3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

§4º Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa corresponsável o ônus da prova em contrário.

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

§6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

§7º O crédito da seguridade social é constituído por meio de notificação de débito, auto-de-infração, confissão ou documento declaratório de valores devidos e não recolhidos apresentado pelo contribuinte. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Nesse cenário, se durante os procedimentos de fiscalização restar configurada a ocorrência de descumprimento de obrigação acessória ou o não-recolhimento, total ou parcial, de obrigação principal, a fiscalização tem, por dever de ofício, que lavrar os competentes auto de infração ou notificação de lançamento, respectivamente, sob pena de responsabilidade funcional, a teor do art. 37 da Lei nº 8.212/91 e art. 142 do CTN.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art.37. Constatado o não-recolhimento total ou parcial das contribuições tratadas nesta Lei, não declaradas na forma do art. 32, a falta de pagamento de benefício reembolsado ou o descumprimento de obrigação acessória, será lavrado auto de infração ou notificação de lançamento.

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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

No caso presente, devidamente amparada pelo MPF a fl. 14, a fiscalização, ao examinar a escrita contábil da empresa, apurou a distribuição de lucros a seus sócios cotistas, estando ela, empresa, em débito perante a Seguridade Social, circunstância que representa violação à norma tributária assentada no art. 52 da Lei de Custeio da Seguridade Social, apenada com a multa prevista no Parágrafo Único desse mesmo dispositivo legal.

Por tal motivo, houve-se por lavrado o vertente Auto de Infração, inexistindo na espécie qualquer violação a ato jurídico perfeito, como assim alega o Recorrente.

3.5. DO ALEGADO CONFISCO

Pondera o sujeito passivo que a aplicação da multa tem efeito de confisco.

Carece de razoabilidade.

Inicialmente, mostra-se valioso elucidar uma questão de natureza jurídica que o Recorrente dá a transparecer não compreender bem.

Com efeito, o inciso IV do art. 150 da CF/88 dispõe ser vedado à União a utilização de tributo com efeito de confisco.

De outro eito, o art. 3º do CTN define legalmente tributo como “*toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, **que não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*”. Os grifos são nossos.

Em realidade, a penalidade pecuniária aviada no presente Auto de Infração não se qualifica como tributo, mas, sim, sanção decorrente de ato ilícito tributário, consistente na distribuição de lucros a sócio cotista estando a empresa em débito perante a Seguridade Social.

Resta evidente que a multa aplicada possui natureza jurídica de penalidade pecuniária (sanção) decorrente do descumprimento de obrigação tributaria (ato ilícito tributário) prevista no art. 52 da Lei nº 8.212/91.

Multa pelo descumprimento de obrigação tributária não é tributo, é penalidade. O preceito constitucional invocado pelo Recorrente aplica-se a tributo.

Por outro viés, trigo de outra safra, porém, do exame dos Princípios Constitucionais realçados nos artigos 145 e 150 da CF/88 avulta que as vedações constitucionais ao poder de tributar são dirigidas, sem sombra de dúvida, aos membros políticos do Congresso Nacional, como vetores a serem seguidos no processo de gestação de normas matrizes de cunho tributário, não ecoando nos corredores do Poder Executivo, cujos servidores auditores fiscais subordinam-se cegamente ao princípio da atividade vinculada aos ditames da lei, dele não podendo se descuidar, sob pena de responsabilidade funcional.

Imerso na Ordem Constitucional positiva e eficaz, a disciplina atinente à aplicação de penalidade pecuniária decorrente do descumprimento de obrigações tributárias de cunho previdenciário ficou a cargo da Lei nº 8.212/91, cujo Parágrafo Único do art. 52 estatui, de maneira objetiva, que a empresa em débito com a Seguridade Social que der 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, fica sujeita a multa de 50% (cinquenta por cento) das quantias que tiverem sido pagas ou creditadas a partir da data do evento.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

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.

Escapa, contudo, à competência deste Colegiado Administrativo a sindicância da adequação das normas tributárias introduzidas pela Lei nº 8.212/91 ao Ordenamento Jurídico às vedações e princípios constitucionais aviados nos artigos 145 e 150 da Lei Maior.

Revela-se mais do que sabido por aqueles que operam com profissionalismo no ramo do Direito que a declaração de inconstitucionalidade de leis ou a ilegalidade de atos administrativos constitui-se prerrogativa outorgada pela Constituição Federal exclusivamente ao Poder Judiciário, não podendo os agentes da Administração Pública imiscuírem-se *ex proprio motu* nas funções reservadas pelo Constituinte Originário ao Poder Togado, sob pena de usurpação da competência exclusiva deste.

Ademais, perfilando idêntico entendimento como o acima esposado, a Súmula CARF nº 2, de observância vinculante, exorta não ser o CARF órgão competente para se pronunciar a respeito da inconstitucionalidade de lei de natureza tributária.

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Cumpre ainda salientar, por relevante, ser vedado aos membros das turmas de julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar o conteúdo encartado em leis e decretos sob o fundamento de incompatibilidade com a Constituição Federal, conforme determinado pelo art. 62 Regimento Interno do CARF, aprovado pela PORTARIA Nº 256, de 22 de junho de 2009, do Ministério da Fazenda.

PORTARIA Nº 256, de 22 de junho de 2009

Art. 62. Fica vedado aos membros afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Por outro prisma, sendo a atuação da Administração Tributária inteiramente vinculada à Lei, e, restando os preceitos introduzidos pelas leis que regem as contribuições ora em apreciação plenamente vigentes e eficazes, a inobservância desses comandos legais implicaria negativa de vigência por parte do Auditor Fiscal Autuante, fato que desaguaria inexoravelmente em responsabilidade funcional dos agentes do Fisco Federal.

Cumpre-nos chamar a atenção para o fato de que as disposições introduzidas pela legislação tributária em apreço, até o presente momento, não foram ainda vitimadas de qualquer seqüela decorrente de declaração de inconstitucionalidade, seja na via difusa seja na via concentrada, exclusiva do Supremo Tribunal Federal, produzindo, portanto, todos os efeitos jurídicos que lhe são típicos.

Desbastada nesses talhes a escultura jurídica, impedido se encontra este Colegiado de apreciar tais alegações e afastar a multa aplicada nos trilhos mandamentais da lei, sob alegação de inconstitucionalidade por violação ao princípio previsto no artigo 150, IV da Constituição Federal, atividade essa que somente poderia emergir do Poder Judiciário.

3.6. DAS DEMAIS ALEGAÇÕES

Alega, por fim, o Recorrente que o valor da multa não guarda razoabilidade e proporcionalidade, em comparação com a contribuição previdenciária sobre o *pro labore*. Aduz que, se os sócios houvessem retirado *pro labore*, a contribuição previdenciária incidiria sob o percentual máximo de 20%, segundo as normas previdenciárias que regulam a questão, e não incorreriam na sanção estabelecida. Aduz que cumpriu regularmente com a parcela de segurados, circunstância esta que deveria ter sido sopesada, antes da estipulação em percentuais máximos.

Tais alegações não reúnem condições de prosperar.

Em primeiro lugar, conforma já salientado no parágrafo precedente, foge à competência deste Colegiado a sindicância da fina adequação da lei tributária aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, atividade essa que compete, com exclusividade, ao Poder Judiciário. A esta 2ª Seção foi deferida, tão somente, a competência para perscrutar a conformidade do lançamento formalizado pela autoridade fiscal à legislação tributária vigente e eficaz, em honra ao Princípio Constitucional da estrita legalidade.

Em segundo lugar, se os sócios houvessem retirado *pro labore*, a contribuição previdenciária incidiria sob o percentual máximo de 20%, segundo as normas previdenciárias que regulam a questão, e não incorreriam na sanção estabelecida.

No entanto, assim não procedeu a Empresa. Querendo fugir da tributação sobre o *pro labore*, orquestrou uma distribuição de lucros, mesmo estando em débito com a seguridade social, apesar da proibição expressa aviada na lei.

A conduta assim perpetrada pela empresa representou ofensa à norma proibitiva fixada na legislação tributária, cominada com a multa prevista no Parágrafo Único do art. 52 da Lei nº 8.212/91.

Cumpra-se a atenção para o fato que a imposição de penalidade pelo descumprimento de obrigação tributária tem natureza eminentemente objetiva e decorre da simples violação da norma previdenciária, sendo irrelevante para a sua configuração a investigação do dolo ou culpa do agente infrator.

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

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.

Optou a empresa, por sua conta e risco, pelo caminho proibido da distribuição de lucros, ao invés do pagamento de *pro labore*. Nada pode esta Corte Administrativa fazer senão reconhecer a ilicitude da conduta e julgar procedente a autuação ora em debate.

Quanto à alegação de que cumpriu regularmente com a parcela de segurados, há que se reconhecer que tal evento não se constitui em circunstância atenuante da infração, senão mero cumprimento de obrigação tributária.

Frize-se, ademais, que a multa não foi aplicada em “*percentuais máximos*”, como assim alega a empresa. A infração ora em relevo é apenada no percentual único de 50% incidente sobre as quantias pagas ou creditadas, a partir da data do evento, a título de participação de lucros.

4. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, devendo ser excluído do lançamento as obrigações tributárias relativas aos fatos geradores ocorridos na competência novembro/1999 e nas competências anteriores a essa.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva

CÓPIA