

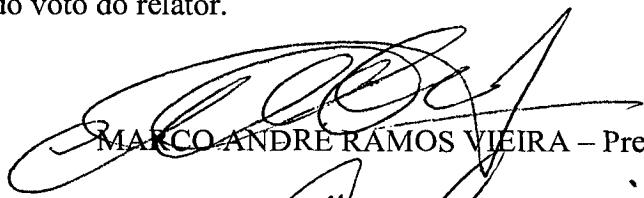


MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 35564.006593/2006-11
Recurso nº 247.529
Resolução nº 2302-00.064 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 23 de setembro de 2010
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente PADROEIRA COMÉRCIO DE PAPEL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

RESOLUÇÃO

RESOLVEM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, na forma do voto do relator.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA – Presidente


ARLINDO COSTA E SILVA - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi, Eduardo Oliveira (suplente), Arlindo Costa e Silva, Amílcar Barca Junior (suplente), Thiago D'Avila Melo Fernandes e Marco André Ramos Vieira (presidente).

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 8.212/1991 c/c art. 280, II do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999 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 relatório fiscal às 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, de 24/07/91, 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.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

VOTO

Conselheiro ARLINDO 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 n.º 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, 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



4

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 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.

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

Compulsando os autos, todavia, não logrou este Relator êxito na procura de tais débitos. O Relatório Fiscal é omissivo na identificação do débito do recorrente perante a autarquia previdenciária que dá suporte à lavratura do auto.

A decisão recorrida aponta, em seu item 16, a fl. 120, ao fundo, como fundamento para a discutida imputação, os seguintes elementos, *ad litteris et verbis*:

DECISÃO - NOTIFICAÇÃO N.º 21.401.4/ 648 /2.006.

*16. A existência de débito da empresa junto à Seguridade Social, indispensável à caracterização da infração, foi constatada no exame de documentos e livros contábeis da empresa. Como constam das cópias dos livros diários, as contribuições previdenciárias devidas foram provisionadas na **Conta nº 21301 - INSS a Recolher** que não foram pagas à época da distribuição de lucros aos sócios. Confirmam os fatos, os recolhimentos efetuados em 18/03/2004, comp. 03/1994, 04/1994, 06/1994, 10/1995, 11/1996, 05/1997, 06/1997 a 03/1998, 07/1998, 09/1998 a 03/1998, 08/1999 a 08/2001, referentes às contribuições dos segurados e o parcelamento consolidado em 26/03/2004, através de LDC - Lançamento de Débito Confessado n.º 35.585.736-7, período de 03/1994 a 01/2004, que não quitado, é objeto de cobrança judicial.*

Deflui da análise do tópico suso transcrito que o débito perante a Seguridade Social que fornece esteio ao vertente Auto de Infração foi apurado a partir dos seguintes elementos:

Contribuições previdenciárias devidas, que foram provisionadas na Conta nº 21301 - INSS a Recolher, mas que não foram pagas à época da distribuição de lucros aos sócios. Tais fatos são confirmados pelos os recolhimentos efetuados em 18/03/2004, comp. 03/1994, 04/1994, 06/1994, 10/1995, 11/1996, 05/1997, 06/1997 a 03/1998, 07/1998, 09/1998 a 03/1998, 08/1999 a 08/2001, referentes às contribuições dos segurados.

Parcelamento consolidado em 26/03/2004, através de Lançamento de Débito Confessado - LDC nº 35.585.736-7, período de 03/1994 a 01/2004, o qual, não havendo sido quitado, é objeto de cobrança judicial.

Conforme dispõe a legislação previdenciária, consideram-se débitos, para fins de aplicação da multa ora combatida, desde que não estejam com a exigibilidade suspensa, a NFLD 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 (GFIP) e a provisão contábil de contribuições previdenciárias não recolhidas.

Em primeiro lugar, se nos antolha ser a hipótese arrolada na alínea “b” acima disposta imprestável para a caracterização do débito ora em debate. Isso porque a distribuição de lucros aqui tratada foi realizada nas competências de junho/1999 a fevereiro/2001 e a LDC em questão, somente foi consolidada em 26 de março de 2004.

Traduzindo em miúdos, na ocasião da referida distribuição dos lucros, ainda não havia qualquer LDC lavrada em face do recorrente, quanto mais inscrita em dívida ativa da União, situação essa que, de fato, se configura como *débito* para fins de configuração da infração abordada, o qual se constitui no efetivo fator impeditivo da distribuição de lucros.

Em segundo lugar, a situação descrita na alínea ‘a’ acima relatada certamente estaria a se subsumir na hipótese de “*provisão contábil de contribuições previdenciárias não recolhidas*” prevista na legislação previdenciária como qualificadora de *débito* perante a Seguridade Social.

Nesse sentido, o item 16 da Decisão-Notificação guerreada afirma “A existência de débito da empresa junto à Seguridade Social, foi constatada no exame de documentos e livros contábeis da empresa. Como constam das cópias dos livros diários, as contribuições previdenciárias devidas foram provisionadas na Conta nº 21301 - INSS a Recolher que não foram pagas à época da distribuição de lucros aos sócios”.

Com efeito, dessaí das provas coligidas aos presentes autos, máxime as cópias dos Livros Diários aportados a fls. 24, 28 e 30, a existência de lançamentos contábeis referentes a provisões de contribuições previdenciárias lançadas à conta “21301”, sob o rótulo “*INSS a Recolher*”. Ocorre que lançamentos a esse título são a regra na escrituração contábil e não implica, necessariamente, que tais valores não tenham sido devidamente recolhidos.

Com efeito, consultando o “*Conta Corrente*” da recorrente no banco de dados da autarquia previdenciária, constatamos ter havido, nessas competências, recolhimentos de contribuições previdenciárias, nos montantes discriminados na Tabela 1 a seguir, onde a coluna da esquerda refere-se à competência; a segunda coluna (INSS a Recolher), os lançamentos contábeis registrados na conta 21301 acima aludida, enquanto que a terceira coluna elenca os valores efetivamente recolhidos em cada competência.

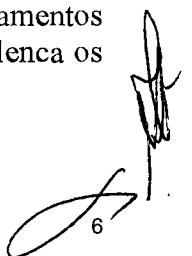


Tabela 1 – Recolhimento de contribuições previdenciárias.

COMP	INSS A RECOLHER	C. CORRENTE	% RECOLHIDO
jun/99	7.223,70	5.505,32	0,76
dez/99	10.015,71	7.578,08	0,76
13º/1999	7.232,93	5.510,03	0,76
dez/00	10.581,27	8.042,68	0,76
13º/2000	8.873,18	6.721,61	0,76

Verificamos que o valor recolhido representa, nas competências apuradas, 76% do montante provisionado. Isso não significa, necessariamente, que a empresa se encontre em débito com a Seguridade Social. Tal diferença pode decorrer de provisionamento a maior, deduções, compensação, etc. Não custa lembrar que o valor da provisão de “INSS a Recolher” tem que ser, no mínimo, 16,3% superior ao valor mensal do débito, uma vez que nos doze meses do ano há que se provisionar contribuições sociais para os referidos 12 meses, mais o 13º salário, férias e 1/3 de férias.

Prosseguindo no item 16 da citada Decisão-Notificação, encontra-se relatado: “Confirmam os fatos, os recolhimentos efetuados em 18/03/2004 comp. 03/1994, 04/1994, 06/1994, 10/1995, 11/1996, 05/1997, 06/1997 a 03/1998, 07/1998, 09/1998 a 03/1998, 08/1999 a 08/2001, referentes às contribuições dos segurados”.

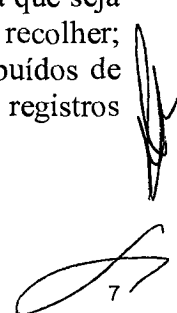
Ocorre que, nos autos, não há qualquer indício de prova material que evidencie, de forma inequívoca, que, em 18.03.1994, tenha ocorrido recolhimento de contribuições previdenciárias referentes às contribuições de segurados, relativas às competências indicadas no parágrafo precedente.

A autuação *sub examine* peca exatamente na caracterização da existência de débito formal do recorrente perante a Seguridade Social, na ocasião da distribuição dos lucros aos sócios cotistas, esta sim, muito bem configurada.

Sem restar tal caracterização perfeitamente delineada nos autos da autuação, falece o procedimento em exame de justa causa para imputação da penalidade prevista no Parágrafo Único do art. 52 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

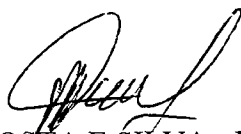
4. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, tendo em vista não restar plenamente caracterizada a existência de débito do contribuinte à época da distribuição de lucros, bem como, na hipótese de procedência da autuação, a alteração do art. 52 da Lei nº 8.212/91, promovida pela Lei nº 11.941/2009, estabelecendo a incidência, sobre o valor da multa, do limite estabelecido na Lei nº 4.357/64, faz-se necessária a conversão do presente julgamento em diligência, para que seja elaborado demonstrativo em que se indique, por competência, os valores de INSS a recolher; desses valores, o quanto foi recolhido e em qual data; assim como os valores distribuídos de lucro e as respectivas datas de distribuição, coligindo-se aos autos cópias dos registros contábeis que derem esteio aos valores integrantes do referido discriminativo.



Do resultado da diligência, antes de os autos retornarem a este Colegiado, deve ser concedida ciência ao Recorrente.

É como voto.


ARLINDO COSTA E SILVA - Relator

