



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

Processo n° 35582.007148/2006-50
Recurso n° 146.901 Voluntário
Acórdão n° **2401-01.734 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de março de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Recorrente VICENTE NOGUEIRA ADVOGADOS.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2002

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DEVIDA

Constitui infração punível com multa administrativa, o descumprimento da obrigação acessória prevista no artigo 52, inciso II que impõe à empresa em débito com a Seguridade Social a vedação 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.

DECADÊNCIA.

Tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos dos RE's nºs 556664, 559882 e 560626, oportunidade em que fora aprovada Súmula Vinculante nº 08, disciplinando a matéria.

Termo inicial: (a) Primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, se não houve antecipação do pagamento (CTN, ART. 173, I); (b) Fato Gerador, caso tenha ocorrido recolhimento, ainda que parcial (CTN, ART. 150, § 4º).

Nos casos de lançamento de multa por descumprimento de obrigação acessória, não há o que se falar em aplicação do art. 150, § 4.º, do CTN, Vale considerar que, se à própria obrigação principal pode ser aplicada a contagem pelo critério do art. 173, I, do CTN, com o muito mais razão deve-se utilizar esse dispositivo quando se trata de aferir o prazo que o fisco dispõe para aplicar penalidades administrativas, haja vista ser esse um caso típico de lançamento de ofício.

APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. De conformidade com os artigos 62 e 72, § 4º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de

Recursos Fiscais - CARF, c/c a Súmula nº 2 do antigo 2º CC, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos: I) excluir do lançamento os valores correspondentes à multa pelas infrações ocorrida no ano de 2000, em face da decadência declarada de ofício; e II) no mérito, negar provimento ao recurso

Elias Sampaio Freire - Presidente.

Cleusa Vieira de Souza - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 14/07/2006, em face da empresa em epígrafe, por infração ao artigo 52 inciso II da Lei nº 8212/91.

Segundo o relatório fiscal da infração, fls. 4, a empresa distribuiu lucros antecipados, aos seus sócios, nos anos de 2000 a 2003, estando em débito com a Previdência Social.

Informa o Relatório Fiscal de Aplicação da Multa, esta foi aplicada conforme previsão no artigo 52, parágrafo único, combinado com artigo 34, ambos da Lei nº 8.212/91 e artigo 285 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Tempestivamente, o contribuinte apresentou sua defesa, fls. 25/26, em que contesta na íntegra o procedimento fiscal invocando, em seu favor, a questão da proibição constitucional à imposição de restrições à propriedade privada e ao livre exercício da atividade econômica (art. 170, II, e parágrafo único);

Aduz que a iniciativa legal de antecipação de lucros foi o caminho encontrado para manter vivo e ativo um empreendimento profissional que ocupa aproximadamente 25 (vinte e cinco) trabalhadores, incluindo os sócios, com remuneração condigna paga privilegiadamente, como determina a própria lei; Que todo o planejamento está apoiado em expectativa de lucros cuja realização, no entanto, depende de solução de ações judiciais em curso de rito moroso independente da vontade e do empenho dos patrocinadores. Não fosse isso, o quadro funcional já estaria desfeito, desativado.

Assevera que planejamento está consolidado e absolutamente em consonância com os objetivos traçados, tanto é assim que a empresa defendendo a liquidez da lucratividade prevista, é optante, em que pesem seus prejuízos contabilizados por sistema de tributação de lucro presumido o que, inclusive, foi constatado pela própria fiscalização em seus laudos técnicos. Este fato afasta a hipótese de negativa do direito dos sócios a lucros, o que somente pode ocorrer, evidentemente, sob a modalidade de antecipação.

Que aspecto de maior importância no julgamento é o entendimento da própria fiscalização, expresso na NFLD — Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, nº 37.003.909-2, de que as antecipações arroladas não têm conceituação de lucros e sim de retiradas "pró-labore", tributando-as como tal. Essa interpretação dúbia é altamente lesiva aos direitos do contribuinte. Afinal, o que foi apurado, Lucro ou Pró Labore? O inadmissível é a empresa ser vítima de medida punitiva nos dois sentidos. Há flagrante incoerência no procedimento fiscal. Em conclusão óbvia, verifica-se que não havendo lucro antecipado, como quer a própria fiscalização na NFLD nº 37.003.909-2, não há que se falar em antecipação de lucro argüida no auto de infração nº 37.003.911-4. A NFLD citada e o AI recorrido são conflitantes e antagônicos, razão porque não podem prosperar.

Em face dessas alegações os autos foram encaminhados ao Serviço de Fiscalização, para que fossem resolvidas as classificações conflitantes com relação à mesma verba, definindo sua natureza, de retirada pró-labore ou de antecipação nos lucros, tanto para o

ano de 2003 (período coincidente entre a NFLD 37003909-2 e o presente AI) quanto para os demais anos objeto da autuação (2000, 2001 e 2002).

Conforme informação de fls. 49 a Autoridade Fiscal se manifestou, m no sentido de que os valores lançados na NFLD nº 37.003.909-2 foram corroborados, tendo em vista tratar-se de retirada pro-labore, portanto, o valor da multa deste AI deverá ser retificado, constando somente os anos de 2000 a 2002, em que houve lucro na demonstração do resultado do exercício, porém a empresa encontrava-se em débito em relação às contribuições previdenciárias.

Às fls. 51, consta Despacho-Decisório nº 17.401.4/0049/2006, que retifica os valores do presente AI, homologado pelo Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro-Centro:

“(…).

Em sua defesa (fls. 26), a empresa afirma ser "o entendimento da própria fiscalização, expresso na NFLD — Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, nº 37.003.909-2, de que as antecipações arroladas não têm conceituação de lucros e sim de retiradas 'pró-labore', tributando-as como tal.

De fato, consta como fato gerador da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.003.909-2, para o ano de 2003 a conceituação da verba paga a título de antecipação dos lucros como retirada pró-labore, em virtude da inexistência de lucro para este ano específico.

Esclarece o Serviço de Fiscalização que "os valores lançados na NFLD nº 37.003.909-2 foram corroborados, tendo em vista tratar-se de retirada de pró-labore, portanto o valor da multa deste AI deverá ser retificado constando somente os anos de 2000 a 2002, em que houve lucro na demonstração do Resultado do Exercício, porém a empresa encontrava-se em debito em relação as contribuições providenciárias" (f Is. 49).

Ressalte-se que a NFLD nº 37.003.909-2 limita-se ao ano de 2003, enquanto que a presente autuação, tem como fato gerador, originalmente, as competências de 2000 a 2003.

Neste sentido, devem ser excluídos da presente autuação os valores lançados a título de pró-labore na NFLD nº 37.003.909-2, relativo ao ano de 2003, conforme valores discriminados no Relatório Fiscal de Aplicação da Multa (fls. 5), reproduzidos abaixo:

ANO	VALOR	MULTA- 50% DO VR	CRÉD. EXCLUIDO	TOTAL
2000	67.239,16	33.619,58	-	33.619,58
2001	75.283,43	37.641,71	-	37.641,71
2002	89.824,26	44.912,13	-	44.912,13
2003	116.787,19		58.393,59	58.393,59

Permanecem, portanto, as multas aplicadas para os anos de 2000 a 2002, sendo excluída a multa aplicada para o ano de 2003, resultando no valor de R\$ 116.173,42 (cento e dezesseis mil, cento e setenta e três reais e quarenta e dois centavos).

Por fim, os demais argumentos da empresa serão analisados após a emissão deste despacho-decisório, com a respectiva reabertura do prazo de defesa.;

Intimado, o contribuinte apresentou complemento da defesa, em que ratifica todos os termos de sua defesa administrativa, trazendo, em síntese os seguintes argumentos:

Afirma a proibição constitucional à imposição de restrições à propriedade privada e ao livre exercício da atividade econômica (art. 170, II, e parágrafo único);

Que a empresa como optante pelo sistema de tributação de lucro presumido, tem afastada a hipótese de negativa do direito dos sócios a lucros;

Que o entendimento da própria fiscalização, expresso na NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, nº 37.003.909-2, é de que as antecipações arroladas não têm conceituação de lucros e sim de retiradas 'pró-labore', tributando-as como tal.

A Delegacia da Receita Previdenciária –DRP/RJ-Centro, por meio da Decisão-Notificação nº 17.401.4/0830/2006, julgou procedente a autuação.

Intimado da decisão, o contribuinte ingressou com recurso a este Conselho, alegando, em síntese:

Que é assegurado ao advogado o direito aos honorários contratados. As procurações são outorgadas individualmente. A sociedade recorrente é integrada por 5 advogados, tendo em seu quadro funcional outros tantos, além de 15 funcionários de apoio.

Há expectativa de êxito assegurado por futuros resultados econômico financeiros que, certamente compensarão com sobras as antecipações efetuadas por conta de lucros. A Constituição de 1988, (Art.170) assegura a todos existência digna através da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Princípios que forçosamente a empresa obedeceu.

O Art.- 52 da Lei 8.212/1991, que instituiu o Plano de Custeio e a organização da Seguridade Social não prevalece sobre a norma constitucional, até porque afronta os princípios da propriedade privada e do livre exercício de atividade econômica. Aqui, nitidamente, fica claro que o procedimento fiscal conflita com os valores da livre iniciativa e da propriedade privada.

Além disto, o procedimento fiscal seguiu vertentes variáveis partindo de única fonte. Antecipação de Lucros. Primeiro, através da NFLD 37.003. 909-2, desclassificou as retiradas a título de Lucros Antecipados, considerando-as da seguinte forma. É fato que, se a empresa não auferir lucros, não há que se falar em sua distribuição, tratando se, portanto, de remuneração pelo trabalho (Pro Labore), e não remuneração pelo capital (distribuição de lucros);"

Que segundo, como consta do presente processo, que houve distribuição de lucros. Nenhum princípio de ordem técnico-científica autoriza conclusão tão absurda quanto incorreta. Antecipação de Lucro é nada mais, nada menos, do que simples movimentação de conta-corrente.

Há evidente choque de interpretação inconsistente. Exagero de tal magnitude tem como resultado imediato o desânimo, com agravante de que ações fiscais conflitantes e

desconexas geram interpretações duvidosas a custo por demais oneroso para os contribuintes. Lucros Antecipados não têm o mesmo significado de Lucros Distribuídos.

Dificuldades de interpretação da legislação, agravadas pela inexistência de jurisprudência, criam situações de exceção, que legalmente devem ser respeitadas. Sobressaem, além disto, os efeitos de ordem financeira caracterizados na própria legislação de regência (Lei 8.906/94, Art. 22, parágrafo 3º):

- "Salvo estipulação em contrário, um terço dos honorários é devido no início do serviço, outro terço até a decisão da primeira instância e o restante no final".

O relato expõe com clareza. - que há nítida distinção contábil entre as retiradas pro labore e as que foram efetivadas a título de Antecipação de Lucro e que se destinam a compensar apurações positivas de resultados finais tão logo seja concluído todo o rito processual. O Fisco, arbitrariamente decide que tudo é pro labore e exclui o direito de compensações futuras com despesas de aluguel, salários, impostos etc. que diariamente ocorrem como custo dos serviços profissionais em execução a serem imputadas às demonstrações financeiras seguintes (Balanços).

A legislação de regência da advocacia distingue com clareza o exercício da profissão, dos atos de comércio. O Estatuto da OAB impede inclusive o registro das sociedades de advogados que apresentem características tipicamente mercantis (adie Lei 8.906/94).

O lucro comercial não se confunde com lucro proveniente de advocacia. 10º- Está assim provado que o entendimento fiscal é insubsistente. Não pode, portanto, prosperar. A questão de lucro ou de pro labore é em verdade formalidade de funcionamento. Tanto é válida essa situação que para efeito de tributação a recorrente é optante por sistema de tributação de lucro presumido ainda que em determinado exercício contabilize prejuízos circunstanciais.

Se para efeitos fiscais e tributários é presumida lucratividade, não há como ser adotada forma diferente para fins de tributação previdenciária. Como conciliar financeiramente situações de naturezas diversas de efeitos contraditórios?

Ao final requer seja provido o presente recurso uma vez que não cabe na espécie a aplicação da multa cominada.

A empresa efetuou depósito recursal.

A Secretaria da Receita Previdenciária ofereceu contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Cleusa Vieira de Souza Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, pois o recurso é tempestivo e evidenciada a legitimidade da parte, portanto, merece ser conhecido.

Antes, porém, de adentrar à análise das razões aduzidas, embora não argüida pelo Recorrente, mister se faz proceder, de ofício à análise de decadência. Nesse sentido, impõe considerar que o Supremo Tribunal Federal - STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n.º 8, senão vejamos:

Súmula Vinculante nº 8 “São inconstitucionais os 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”.

No REsp 879.058/PR, DJ 22.02.2007, a 1ª Turma do STJ pronunciou-se nos termos da seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO SOBRE FUNDAMENTAÇÃO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. TRIBUTÁRIO.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. omissis

2. omissis

3. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art.173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

4. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida

autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes da 1ª Seção: ERESP 101.407/SP, Min. Ari Pargendler, DJ de 08.05.2000; ERESP 278.727/DF, Min. Franciulli Netto, DJ de 28.10.2003; ERESP 279.473/SP, Min. Teori Zavascki, DJ de 11.10.2004; AgRg nos ERESP 216.758/SP, Min. Teori Zavascki, DJ de 10.04.2006.

5. No caso concreto, todavia, não houve pagamento. Aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

6. Recurso especial a que se nega provimento."

E ainda, no REsp 757.922/SC, DJ 11.10.2007, a 1ª Turma do STJ, mais uma vez, pronunciou-se nos termos da ementa colacionada:

“EMENTA CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

ARTIGO 45 DA LEI 8.212/91. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.

TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. "As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social" (Corte Especial, Argüição de Inconstitucionalidade no REsp nº 616348/MG) 2. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual "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 "

3. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, "ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade

administrativa " e "opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa " — , há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

4. No caso, trata-se de contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. Aplicável, portanto, a regra do art. 173, I, do CTN.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

É a orientação também defendida em doutrina:

“Há uma discussão importante acerca do prazo decadencial para que o Fisco constitua o crédito tributário relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Nos parece claro e lógico que o prazo deste § 4º tem por finalidade dar segurança jurídica às relações tributárias da espécie. Ocorrido o fato gerador e efetuado o pagamento pelo sujeito passivo no prazo do vencimento, tal como previsto na legislação tributária, tem o Fisco o prazo de cinco anos, a contar do fato gerador, para emprestar definitividade a tal situação, homologando expressa ou tacitamente o pagamento realizado, com o que chancela o cálculo realizado pelo contribuinte e que supre a necessidade de um lançamento por parte do Fisco, satisfeito que estará o respectivo crédito. É neste prazo para homologação que o Fisco deve promover a fiscalização, analisando o pagamento efetuado e, entendendo que é insuficiente, fazendo o lançamento de ofício através da lavratura de auto de infração, em vez de chancelá-lo pela homologação. Com o decurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador, pois, ocorre a decadência do direito do Fisco de lançar eventual diferença. A regra do § 4º deste art. 150 é regra especial relativamente à do art. 173, I, deste mesmo Código. E, em havendo regra especial, prefere à regra geral. Não há que se falar em aplicação cumulativa de ambos os artigos.” (Leandro Paulsen, Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Ed. Livraria do Advogado, 6ª ed., p. 1011)

“Ora, no caso da homologação tácita, pela qual se aperfeiçoa o lançamento, o CTN estabelece expressamente prazo dentro do qual se deve considerar homologado o pagamento, prazo que corre contra os interesses fazendários, conforme § 4º do art. 150 em análise. A consequência –homologação tácita, extintiva do crédito – ao transcurso in albis do prazo previsto para a homologação expressa do pagamento está igualmente nele consignada” (Misabel A. Machado Derzi, Comentários ao CTN, Ed. Forense, 3ª ed., p. 404)

Nos casos de lançamento de multa por descumprimento de obrigação acessória, não há o que se falar em aplicação do art. 150, § 4.º, do CTN, uma vez que a utilização desse é restrita à aferição da perda do fisco do direito de efetuar o lançamento quando o contribuinte antecipa o recolhimento e o fisco queda-se inerte no seu direito de lançar a diferença entre a quantia devida e aquela efetivamente adimplida.

Vale considerar que, se à própria obrigação principal pode ser aplicada a contagem pelo critério do art. 173, I, do CTN, com o muito mais razão deve-se utilizar esse dispositivo quando se trata de aferir o prazo que o fisco dispõe para aplicar penalidades administrativas, haja vista ser esse um caso típico de lançamento de ofício.

Assim, levando-se em conta o período da autuação de 2000 a 2002 e que a empresa tomou ciência da autuação em 17/07/2006, pelo critério acima, já não poderia mais ser lançada a multa relativa à infração ocorrida no ano de 2000, devendo o valor correspondente ser excluído do presente Auto de Infração.

Conforme relatado, trata-se de Auto de Infração, lavrado contra a empresa, por descumprimento de obrigação acessória prevista em lei, a qual tem por objeto as prestações positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, conforme o disposto no art. 113 § 2º do Código Tributário Nacional –CTN.

No presente caso, a infração consiste no fato de ter a empresa, embora em débito com a Seguridade Social, distribuído lucro a título de antecipação. Tal conduta, infringe o artigo 52, inciso II da Lei nº 8212/91.

Em que pese as alegações do Recorrente, vale esclarecer que essas não procedem. Como já amplamente demonstrado na Decisão recorrida os princípios constitucionais que impõem a valorização da livre iniciativa, não autorizam a empresa a distribuir lucros, quando em débito para com a Seguridade Social.

Cabe ressaltar que o artigo 52 da Lei nº 8.212/91, de fato não se contrapõe à norma constitucional relativamente aos princípios da propriedade privada e do livre exercício de atividade econômica eis que apenas veda a distribuição de lucros, quando as empresas estiverem em débito com a Seguridade Social, exigindo, assim, que se cumpra a obrigatoriedade.

Por outro lado, ainda que houvesse tal conflito, mister que se esclareça que, de conformidade com os artigos 62 e 72, § 4º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, c/c a Súmula nº 2 do antigo 2º CC, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência.

Com relação à alegação de que a empresa não auferiu lucro, por certo não há como proceder a distribuição de lucros aos seus sócios, ainda que de forma antecipada, pois, por óbvio, não há como proceder distribuição de lucros, se os mesmos não existem. Exatamente por esta razão que, através do Despacho-Decisório - DD nº 17.401.41004912006, procedeu-se a exclusão da parte da multa aplicada na autuação, relativa ao ano de 2003, pelo fato de os pagamentos efetuados na verdade se tratavam de pro-laboro.

Entretanto, no que diz respeito aos anos de 2000 a 2002, nos quais a empresa auferiu lucro, além do pagamento da remuneração dos sócios pelos serviços prestados (pró-

labore), houve, também, a distribuição de lucros, conforme verificado pela fiscalização por meio dos livros contábeis da empresa.

Assim, em face de se encontrar a empresa em débito com a Seguridade Social, procedeu-se a presente Autuação.

Impõe esclarecer, ainda, que o fato de a empresa ter optado pelo regime de lucro presumido em nada afeta a autuação em discussão. A opção pela tributação pelo lucro presumido não impede o contribuinte de fazer os seus registros contábeis, apenas o desobriga do cumprimento desta formalidade. Uma vez constatado, através dos livros contábeis ou de quaisquer outros documentos da empresa, que a mesma infringiu a legislação previdenciária, cabe a lavratura do Auto-de-Infração, nos termos estabelecidos no artigo 293 do Regulamento da Previdência Social.

Pelo exposto;

CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO, para no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para excluir do presente lançamento os valores correspondentes à multa pela infrações ocorrida no ano de 2000, em face da decadência declarada de ofício e no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Cleusa Vieira de Souza.