



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

Processo n° 37082.000780/2006-39
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **2402-01.884 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de julho de 2011
Matéria DISTRIBUIÇÃO LUCROS EM DÉBITO SEGURIDADE SOCIAL
Recorrente INDÚSTRIA DE CALÇADOS BLIP LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/03/2005 a 31/03/2005, 01/05/2005 a 31/05/2005, 01/03/2006 a 31/03/2006

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. INFRAÇÃO.

Consiste em descumprimento de obrigação acessória a empresa 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, estando em débito com a Seguridade Social.

PERÍCIA CONTÁBIL. DESNECESSÁRIA.

A autoridade julgadora deve indeferir o pedido de perícia contábil quando considerá-lo prescindível e meramente protelatório.

DOLO OU CULPA. ASPECTOS SUBJETIVOS. NÃO ANALISADOS.

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.

LEGISLAÇÃO POSTERIOR. MULTA MAIS FAVORÁVEL. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA.

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente.

Ronaldo de Lima Macedo - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Jhonatas Ribeiro da Silva.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista no artigo 52, inciso II, da Lei nº 8.212/1991 c/c o artigo 280, inciso II, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, que consiste em a empresa distribuir cota ou participação nos lucros a sócio cotista, diretor ou outro membro de órgão dirigente, fiscal ou consultivo, ainda que a título de adiantamento, estando em débito com a Seguridade Social.

O Relatório Fiscal da Infração (fl. 20) informa que a empresa pagou aos sócios administradores – Pedro Valdenir Eidelwein e Luis Darlei Eidelwein – os valores discriminados na Planilha de Distribuição de Lucros (fl. 22), estando em débito com a Seguridade Social.

Há cópias de alterações contratuais, do Plano de Contas, dos Livros Diário e Razão (fls. 23/70).

A multa aplicada pela infração cometida é aquela prevista no art. 52, parágrafo único, da Lei nº 8.212/1991 e no Livro IV – DAS PENALIDADES EM GERAL, capítulo III – DAS INFRAÇÕES – do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, em seu art. 285, sujeitando o infrator à multa de R\$140.486,82 (cento e quarenta mil e quatrocentos e oitenta e seis reais e oitenta e dois centavos).

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 22/09/2006 (fl. 01).

A Notificada apresentou impugnação tempestiva (fls. 73/79) – acompanhada de anexos de fls. 80/167 –, alegando, em síntese, que:

1. os valores que foram considerados como “Lucros Distribuídos”, na realidade são créditos feitos na conta corrente contábil dos sócios administradores, para pagamento de créditos que os mesmos eram detentores da empresa. Que esses créditos que os sócios administradores detinham da autuada tiveram origem, parte num contrato de cessão de crédito adquirido de Carlito Schwan e a outra parte de empréstimos/mútuos que os sócios fizeram anteriormente para socorrer as dificuldades de caixa da autuada e descreve os procedimentos e lançamentos contábeis dos valores considerados como distribuição de lucro pela fiscalização;
2. solicita perícia contábil, indica o perito e formula os quesitos. Anexa cópias de alterações contratuais, cópias do Razão Contábil, cópia do Contrato de Cessão de Crédito, cópias dos Contratos de Mútuo e Declarações do Imposto de Renda Pessoa Física do ano calendário de 2005, dos sócios citados (fls. 81/135).

O processo foi em diligência para que o auditor fiscal atuante se manifestasse sobre as alegações e documentos anexados aos autos.

O auditor fiscal tece considerações a respeito das alegações da empresa e conclui pela manutenção da autuação. A empresa cientificada do despacho fiscal reitera seus argumentos e o pedido de perícia contábil.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) emitiu despacho (fls. 175/176), relatando que: *“(...) em que pesem as esclarecedoras informações fiscais, verifica-se que, na escrituração contábil o valor da dívida oriunda da cessão de crédito permanece em R\$825.000,00 (oitocentos e vinte e cinco mil reais) e não em R\$600.000,00 (seiscentos mil reais), sendo a diferença (deságio) acrescida ao patrimônio dos sócios cessionários e não ao patrimônio da empresa autuada, estando a totalidade dos rendimentos auferidos pelos sócios sujeitos à tributação na fonte, matéria estranha ao presente lançamento fiscal (...)”*. *“(...) Porém, quanto aos contratos de mútuos (fls. 116/122), como bem assinala o auditor em seu parecer, não constam nos históricos contábeis qualquer menção a empréstimos/mútuos particulares, tampouco se constata a escrituração dos empréstimos, com origem e aplicação dos recursos percebidos pela empresa, ou seja, com a efetiva prova de que os valores foram transferidos para o patrimônio da entidade (...)”*. *“(...) E ainda que estivesse escriturada a transação, a empresa deveria comprovar, através de documentos hábeis, idôneas e contemporâneos, a origem e efetiva entrega dos valores pelos sócios, através de recibos, comprovantes de depósitos bancários ou documentas equivalentes, demonstrando que as quantias tiveram origem externa à empresa (...)”*.

Ao final solicitou novamente a manifestação do auditor para que demonstrasse nos autos que a empresa se encontrava em débito com a Seguridade Social nos períodos em que houve distribuição de lucros e para que se pronunciasse sobre o valor efetivamente distribuído aos sócios e sobre o novo valor da multa aplicada. O auditor fiscal anexou documentos que comprovam que a empresa se encontrava em débito para com a Seguridade Social: Consulta Valores de Divergência do Sistema de Arrecadação; Razão Contábil da conta nº2.1.01.004.001 – INSS A RECOLHER; e Ofício nº 250/2006/DRP/POA-NII/RS, de 03/08/2006 a respeito da compensação a ser efetivada referente às divergências de Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) com crédito relativo a Ressarcimento de PIS/COFNS. Também se manifestou pela retificação do Auto de Infração, excluindo os valores referentes de março e maio de 2005 e que resultam na multa remanescente de R\$103.266,85 (cento e três mil e duzentos e sessenta e seis reais e oitenta e cinco centavos). Anexa planilha com os valores remanescentes (fl. 200). Cientificada, a empresa ratifica integralmente os argumentos, por ela apresentados, e requer a total insubsistência do auto de infração.

Posteriormente, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Santa Maria-RS – por meio do Acórdão 18-09.598 da 4ª Turma da DRJ/STM (fls. 213/219) – considerou o lançamento fiscal procedente em parte, eis que houve retificação de ofício para excluir as autuações relativas às competências 03/2005 e 05/2005.

A Notificada apresentou recurso (fls. 224/229 - Volume II), manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados no auto de infração e no mais efetua repetição das alegações de impugnação.

A Seção de Controle e Acompanhamento Tributário (SACAT) da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santa Cruz do Sul-RS informa que o recurso interposto é tempestivo e encaminha os autos ao Conselho de Contribuintes (cognominado atualmente de

Processo nº 37082.000780/2006-39
Acórdão n.º **2402-01.884**

S2-C4T2
Fl. 237

Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF) para processamento e julgamento (fls. 233 e 234).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

O recurso é tempestivo (fl. 234) e não há óbice ao seu conhecimento.

O presente lançamento fiscal decorre do fato de que a Recorrente pagou aos sócios administradores os valores discriminados na Planilha de Distribuição de Lucros (fl. 22), estando em débito com a Seguridade Social.

DO MÉRITO:

O cerne do recurso, apresentado pela Recorrente, repousa em alegação de que o procedimento de auditoria fiscal não cumpriu a legislação de regência para a constituição do lançamento fiscal.

Tal alegação não será acatada, eis que o Fisco cumpriu a legislação de regência, ensejando o lançamento de ofício em decorrência da Recorrente ter incorrido no descumprimento de obrigação tributária acessória, conforme os fatos e a legislação a seguir delineados.

No ano de 2006, verifica-se, por meio do Livro nº 47, que a Recorrente pagou valores aos sócios administradores – Pedro Valdemir Eidelwein, código da conta contábil 2.1.01.002.113, e Luis Darlei Eidelwein, código da conta contábil 2.1.01.002.114 (fls. 47/57) – a título de distribuição de lucros, estando em débito com a Seguridade Social.

Tais valores pagos aos sócios da empresa estão devidamente registrados na Planilha de Distribuição de Lucros (fl. 22), em que se identificam os valores recebidos por cada sócio administrador.

Da análise dos documentos acostados aos autos, percebe-se que a empresa estava declarando em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), que é um instrumento de confissão de dívida tributária, desde março/2005, e recolhia a menor. Sendo que o valor de divergência é a diferença apurada pelo sistema, entre o valor declarado como dívida previdenciária e o valor efetivamente recolhido por meio da Guia da Previdência Social - GPS (fls. 211/212). Isso demonstra que a Recorrente encontrava-se em débito para com a Seguridade Social quando distribuiu valores aos sócios administradores.

Com isso, a Recorrente incorreu na infração prevista no art. 52, inciso II, da Lei nº 8.212/1991, transcrito abaixo:

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

(...)

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.

Esse art. 52, inciso II, da Lei nº 8.212/1991 é claro quanto à obrigação acessória da empresa e o Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, complementa no mesmo sentido, conforme preceitua o seu art. 280, inciso II:

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.

Nos termos do arcabouço jurídico-previdenciário acima delineado, constata-se, então, que a Recorrente – ao pagar os valores descritos na Planilha de Distribuição de Lucros (fl. 22) – incorreu na infração prevista no art. 52, inciso II, da Lei nº 8.212/1991, c/c o art. 280, inciso II, do Regulamento da Previdência Social (RPS).

Portanto, o procedimento utilizado pela auditoria fiscal para a aplicação da multa foi devidamente consubstanciado na legislação vigente à época da lavratura do auto de infração. Ademais, não verificamos a existência de qualquer fato novo que possa ensejar a revisão do lançamento em questão nas alegações registradas na peça recursal da Recorrente.

É importante salientar que a infração ora analisada não depende da ocorrência de dolo ou culpa do contribuinte, ao contrário do que entende o interessado. Não cogitou o legislador sobre o elemento volitivo que a originou. A obrigação da empresa é não pagar aos sócios a título de distribuição de lucros estando em débito para com a Seguridade Social, não cabendo ao fisco analisar os motivos subjetivos dessa distribuição de lucros. Vale mencionar que o art. 136 do CTN, ao eleger como regra a responsabilidade objetiva, isenta a autoridade fiscal de buscar as provas da intenção do infrator, conforme transcrito abaixo:

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. (g.n.)

Logo, não procedem as alegações da Recorrente registradas na sua peça recursal de fls. 224/229, eis que ela pagou valores aos sócios administradores – Pedro Valdemir Eidelwein e Luis Darlei Eidelwein (fls. 47/57) – a título de distribuição de lucros, estando em débito com a Seguridade Social.

A Recorrente insiste que é necessária a realização de perícia contábil para demonstrar a veracidade das suas argumentações expostas na peça recursal (fls. 224/229). Essa tese também não prospera, eis que o deferimento de perícia contábil requerida pela Recorrente depende de demonstração das circunstâncias que a motiva. Assim, a perícia contábil só deverá ser concedida com fundamento nas causas que justifiquem a sua imprescindibilidade, pois ela só tem sentido na busca da verdade material.

Logo, somente é justificável o deferimento de pedido de perícia contábil quando se referir a matéria de fato, ou assunto de natureza técnica, que tenha utilidade

probatória, relacionada ao objeto que cuida o processo, ou cuja comprovação não possa ser feita no corpo dos autos. Por conseguinte, revela-se prescindível a perícia contábil que não tenha nenhuma utilidade, eis que não se relacione com o processo ou sobre aspecto que pode ser facilmente esclarecido nos autos, como as matérias constantes das alegações apresentadas pela Recorrente.

Verifica-se que a diligência não foi formulada de acordo com as disposições do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, pois lhe faltam os motivos e a formulação dos quesitos desejados para sua realização. Além disso, a matéria contestada não se refere à irregularidade nos valores apurados que demandasse tal revisão e os autos foram instruídos com cópias dos livros Diário, em que se poderiam extrair eventuais equívocos em que pudesse ter incidido o procedimento de auditoria fiscal. Portanto, caberia a Recorrente demonstrar o contrário por meio de documentos idôneos – tais como recibos, comprovantes de depósitos bancários ou documentos equivalentes – que as quantias tiveram origem externa à empresa e não seriam distribuição de lucros.

Esse fato evidencia que a perícia contábil seja de pronto indeferida e considerada como não formulada. Assim reza o artigo:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993).

Trata-se de solicitação não necessária para a deslinde do caso analisado no momento. Nesse sentido, o art. 18, da Lei do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235/1972), estabelece que a autoridade julgadora deverá indeferi-lo.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Assim, indefere-se o pedido de perícia contábil, por considerá-lo prescindível e meramente protelatório.

Ainda dentro do aspecto meritório e em observância aos princípios da legalidade objetiva, da verdade material e da autotutela administrativa, presentes no processo administrativo tributário, frisamos que os valores da multa aplicados foram fundamentados na redação do art. 52, inciso II, da Lei nº 8.212/1991. Entretanto, este dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei nº 11.941/2009, sendo que o citado inciso foi, inclusive, revogado.

Em sua nova redação, o art. 52 da Lei nº 8.212/1991 estabelece o seguinte:

Art. 52. Às empresas, enquanto estiverem em débito não garantido com a União, aplica-se o disposto no art. 32 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964.

Por sua vez, o dispositivo aplicável ao caso ora analisado, que é o art. 32 da Lei nº 4.357/1964, versa o seguinte:

Art. 32. As pessoas jurídicas, enquanto estiverem em débito, não garantido, para com a União e suas autarquias de Previdência e Assistência Social, por falta de recolhimento de imposto, taxa ou contribuição, no prazo legal, não poderão

a) distribuir ... (VETADO) ... quaisquer bonificações a seus acionistas;

b) dar ou atribuir participação de lucros a seus sócios ou quotistas, bem como a seus diretores e demais membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;

c) (VETADO).

§ 1º A inobservância do disposto neste artigo importa em multa que será imposta:

I - às pessoas jurídicas que distribuírem ou pagarem bonificações ou remunerações, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) das quantias distribuídas ou pagas indevidamente; e

II - aos diretores e demais membros da administração superior que receberem as importâncias indevidas, em montante igual a 50% (cinquenta por cento) dessas importâncias.

§ 2º A multa referida nos incisos I e II do § 1º deste artigo fica limitada, respectivamente, a 50% (cinquenta por cento) do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica. (g.n.)

Observa-se que o dispositivo que agora regra a obrigação acessória em tela, bem como a pena pelo seu descumprimento, fixa um limite à multa aplicada que, apesar de continuar correspondente a 50% das quantias distribuídas, fica limitada a 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica.

Considerando o grau de retroatividade média da norma – previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional (CTN), transcrito abaixo –, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II. tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Cumpre salientar que a distribuição dos lucros indevida ocorreu nos exercícios de 2005 e 2006, conforme informou a auditoria fiscal na planilha anexa (fl. 22). Assim, entendo que o cálculo da multa aplicada deve levar em conta o crédito existente até o momento dos pagamentos efetuados.

Assim, é necessário recalcular o valor da multa, de acordo com o disciplinado na nova redação do art. 52 da Lei nº 8.212/1991, observando que, agora, a nova regra fixa um limite à multa aplicada que, apesar dela continuar correspondente a 50% das quantias distribuídas, fica limitada a 50% do valor total do débito não garantido da pessoa jurídica. Posteriormente, verificar qual situação é mais favorável ao sujeito passivo: (i) o valor da multa aplicada na data lançamento fiscal ora analisado; ou (ii) o valor da multa aplicada com a nova redação do art. 52 da Lei nº 8.212/1991, redação dada pela Lei nº 11.941/2009.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para reconhecer que a multa deve ser calculada conforme a nova legislação e comparada com a multa aplicada, a fim de que se utilize a forma de cálculo de multa mais benéfica ao sujeito passivo, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.