



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12268.000542/2008-96
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-009.426 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de setembro de 2021
Recorrente HSBC BANK BRASIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2003 a 31/12/2006

DOS JUROS DE MORA (TAXA SELIC)

Apurado imposto suplementar em procedimento de fiscalização, no caso de informação incorreta na declaração do ITR ou subavaliação do VTN, cabe exigi-lo juntamente com a multa e os juros aplicados aos demais tributos. Por expressa previsão legal, os juros de mora equivalem à Taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4 - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

CONCOMITÂNCIA PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. APLICAÇÃO SUMULA CARF. Súmula CARF nº 1 Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, não conhecendo da matéria concomitante com ação judicial e das alegações de inconstitucionalidade, e na parte conhecida, negar-lhe provimento

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fernanda Melo Leal – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Joao Mauricio Vital, Virgílio Cansino Gil, Paulo Cesar Macedo Pessoa, Fernanda Melo Leal, Flavia Lilian Selmer

Dias, Leticia Lacerda de Castro, Mauricio Dalri Timm do Valle, Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de crédito lançado e constituído pela fiscalização contra a empresa HSBC BANK BRASIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO, acima identificada, de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 155/164, no montante de R\$ 13.488.408,68 (treze milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e oito reais e sessenta e oito centavos), consolidado em 31/10/2008.

O Auto de Infração (DEBCAD nº 37.202.233-2) teve como finalidade apurar e constituir o crédito relativo a contribuições arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil A RFB - e destinadas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - RAT -, não recolhidas, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados que lhe prestaram serviços, correspondentes ao período de 01/10/2003 a 31/01/2004, 01/03/2004 a 31/03/2004, 01/05/2004 a 30/09/2004, 01/12/2006 a 31/12/2006.

O fato gerador do crédito apurado consiste no exercício de atividades remuneradas pelos segurados, cujas remunerações foram pagas na rubrica 1016 (ABONO CONVENÇÃO), constante dos contracheques e das folhas de pagamento, em decorrência da cláusula 46ª da Convenção Coletiva de Trabalho 2003/2004, no valor de RS 1.500,00 por funcionário. Na contabilidade, os lançamentos foram registrados na conta nº 25.54.47-0 (Abono Convenção), pertencente ao grupo nº 25.54.00-3 (Despesas de Pessoal - Proventos).

Consta do Relatório Fiscal, fls. 156, que a Contribuinte possui a ação judicial nº 2003.34.00.036495-1, ora em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, objetivando a não incidência das contribuições previdenciárias sobre o “abono único”. A ação encontra-se em fase de recursos de apelação e remessa oficial perante o Tribunal, sendo abrangidos por decisão provisória com efeitos suspensivo e devolutivo.

Por ser relacionada com o crédito objeto do Auto de Infração, foi efetuado o lançamento com o intuito de evitar a decadência, a qual não se interrompe nem se suspende.

Os valores das remunerações lançadas foram coletados das folhas de pagamento, dos contracheques, da contabilidade e, também, de informações prestadas pela Contribuinte em planilhas eletrônicas. A fundamentação legal do lançamento, inclusive dos acréscimos legais, encontra-se no relatório Fundamentos Legais do Débito - FLD -, com os respectivos períodos de vigência, fls. 17/18.

Como as contribuições envolvem remunerações que não foram declaradas em Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia por Tempo e Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP -, e essa omissão configura, em tese, o ilícito tipificado no inciso III do art. 337-A, acrescentado pela Lei nº 9.983, de 14/07/2000, no Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940, será lavrada Representação Fiscal para Fins Penais, em relatório à parte, para proposição de eventual ação penal.

A Impugnante foi notificada pessoalmente em 31/10/2008, fls. 1, e protocolizou impugnação em 1º/12/2008, fls. 273/291, alegando, em síntese, que:

a) deve ser cancelado o lançamento pela inadequação do meio utilizado para constituição do crédito, pois deveria ser por notificação de lançamento e não por auto de infração, o qual só se justifica quando são aplicadas penalidades às infrações cometidas pelo contribuinte, o que não ocorreu, não ficando ao livre critério e oportunidade do Agente Fiscalizador, nos termos definidos pelos artigos 9º e 11 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; o próprio Auditor-Fiscal reconheceu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, constituindo o crédito com o intuito de evitar a decadência;

b) a análise da alínea “a” do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, c/c o § 11 do seu art. 201 e o inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, apresenta a premissa de que qualquer pagamento somente integrará a base de cálculo das contribuições se, e unicamente se, (i) retribuir (contraprestação) os serviços prestados (retributividade), ou (ii) for paga com habitualidade (para os casos em que não se prestar à retribuição do trabalho), o que vai ao encontro do inciso I do art. 28 da Lei nº 8.212, de 1991, que define a base de cálculo das contribuições previdenciárias; assim, qualquer verba que não possua uma das premissas não se adequará ao fato jurídico tributário que dá ensejo à configuração da hipótese de incidência das contribuições previdenciárias, que é o que ocorre com os abonos pagos em decorrência da Convenção Coletiva de Trabalho 2003/2004, que não se enquadram às duas hipóteses descritas, “como demonstrado, exaustivamente, na ação ordinária nº 2003.34.00.036495-1”, motivo pelo qual a cobrança é indevida e deve ser cancelado o Auto de Infração;

c) conforme Relatório de Representantes Legais (REPLEG), a Fiscalização pretende, arbitrariamente e ilegalmente, imputar responsabilidade solidária aos representantes legais da Impugnante, haja vista que não são sujeitos passivos de qualquer obrigação tributária; as únicas hipóteses em que pessoas distintas do contribuinte poderiam ser responsabilizadas pelo cumprimento de obrigações tributárias (principal ou acessória) estão previstas nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional - CTN -, hipóteses que não ocorreram no presente caso, sem qualquer justificativa caracterizadora no caso concreto, não se podendo presumir tal responsabilidade solidária, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade.

De acordo com o art. 13, parágrafo único, da Lei nº 8.620, de 1993, a responsabilidade solidária dos diretores ocorre com o inadimplemento das obrigações por dolo ou culpa, o que também não restou configurado no caso; nem se alegue que tal relação serviria tão-somente para eventual ajuizamento de execução fiscal para cobrança judicial, isso porque, independentemente do meio processual utilizado, a cobrança de qualquer valor está condicionada à ocorrência das hipóteses expressamente previstas na legislação em vigor, o que não se verifica; assim, por qualquer ângulo que se analise, apenas ao Impugnante deveria ser imputada, se devida, a responsabilidade pelo pagamento do crédito, pelo que os representantes legais devem ser expressamente excluídos do pólo passivo da obrigação tributária;

d) a notória ausência de infração (ilícito), por parte da Impugnante, afasta a possibilidade de prosseguimento da Representação Fiscal para Fins Penais, instaurada por meio do processo administrativo nº 12268.000581/2008-93; tendo em vista a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários pela tutela antecipada e, portanto, a ausência de recolhimento não representou infração por parte da Impugnante, e é certo que não houve supressão ou redução passível de configurar crime de sonegação de contribuição previdenciária

(art. 337-A do Código Penal), a justificar a Representação; uma vez instaurado o processo administrativo, por meio da impugnação, deverá ser aguardada a decisão final na esfera administrativa para que se dê seguimento, se for o caso, à Representação, como decidiu o Supremo Tribunal Federal; nem se alegue que a Fiscalização agiu em conformidade com a Portaria RFB nº 665/08, que determina o encaminhamento da Representação ao Ministério Público no prazo de dez dias, uma vez que deve ser observado o artigo 1º do Decreto nº 2.346, de 1997, segundo o qual “as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional, deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta ou indireta”, pelo que deve ser sobrestada a Representação até que seja proferida a decisão final administrativa e na ação ordinária;

e) a multa e os juros de mora deverão ser cancelados, uma vez que os valores supostamente devidos encontram-se com antecipação de tutela, o que implica a suspensão da exigibilidade, nos termos do artigo 151, inciso V, do CTN, além de que não houve nenhuma infração por parte da Impugnante, a justificar a aplicação de penalidade, não podendo ser punida por recorrer ao Poder Judiciário, sob pena de nada valer a garantia constitucional prevista no artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV, da Constituição Federal, o que, na realidade, até exclui a mora e não caracteriza inadimplemento; o mesmo raciocínio vale para os juros de mora, devendo ser excluídos os montantes referentes à multa e aos juros de mora;

f) não pode prosperar a cobrança da multa de acordo com o artigo 3º da Lei nº 8.212, de 1991, pois a progressão do percentual da multa lastreada em fatores diversos da gravidade da ilicitude faz com que a multa assuma a função compensatória que é própria e exclusiva dos juros de mora, o que configura o “bis in idem”, não existindo justificativa legal a fundamentar a onerosidade do percentual da multa, já que tais expedientes se prestam a configurar nova infração ou a modificar a infração, tomando-a mais lesiva; nem se alegue que a aplicação do referido dispositivo se justifica por se tratar de ato vinculado, pois a aplicação do princípio da legalidade deve ser ponderado em relação à aplicação de outros princípios como, por exemplo, o da razoabilidade e, principalmente, o da proporcionalidade, o que autoriza o cancelamento dos valores exigidos a título de multa de mora;

g) caso venham a ser cobrados juros de mora, não poderão ser calculados mediante a utilização da taxa SELIC, eis que não foi criada por meio de lei, a ofender o princípio da legalidade, sendo instituída como uma taxa de juros remuneratórios, que visa a premiar o capital investido pelo aplicado em títulos da dívida pública federal, não podendo ser aplicada como sanção por atraso no cumprimento de uma obrigação; o artigo 161, § 1º, do CTN estabelece que “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (...)”, como não existe lei ordinária que tenha criado a taxa SELIC, os juros devem ser limitados a 1% ao mês; assim, considerando-se a natureza remuneratória da taxa SELIC, a sua inconstitucionalidade e ilegalidade, não há que se admitir a sua utilização com a natureza de juros de mora;

h) requer seja o presente Auto de Infração julgado em conjunto com os processos administrativos nº 12268000545/2008-20, 12268000544/2008-85 e 12268000543/2008-31, já que se referem ao mesmo suposto fato gerador, e seja julgada procedente a impugnação, com o cancelamento integral do Auto de Infração e, independentemente do acolhimento dos pedidos acima, que os representantes legais da Impugnante sejam excluídos do pólo passivo.

A Impugnante junta cópias não autenticadas da Guia de Depósito Judicial, fls. 344, e da Decisão Judicial proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.0035154-0/DF (Processo na origem nº 2003.34.00.036495-1), fls. 345/347.

Foi cientificada a empresa do grupo econômico, Losango Promotora de Eventos Ltda., CNPJ nº 42.103.531/0001-50, por meio de edital, fls. 347, afixado em 10/02/2009 e desafixado em 25/02/2009, mas não apresentou impugnação no prazo regulamentar.

A DRJ São Paulo, na análise da peça impugnatória, manifestou seu entendimento, resumidamente, no sentido de que:

=> quanto a constituição do crédito tributário, a despeito da alegação da Impugnante que o lançamento deve ser cancelado, o lançamento lavrado por Auditor-Fiscal deve ser realizado por meio de Auto de Infração, já a Notificação de Lançamento será lavrada e expedida pelo órgão que administra o tributo, prescindindo de assinatura. Dessa forma, é equivocada a relação com a existência ou não de penalidades e o ato a ser formalizado, como aduz a Impugnante.

Cabe destacar que a Notificação-Fiscal, prevista no art. 11 do Decreto 70.235, de 1972, além de ser emitida pelo órgão que administra o tributo, e não pelo Auditor-Fiscal, é empregada em algumas situações específicas, como, por exemplo, no caso de revisão da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda das Pessoas Físicas (DIRPF) e do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (DITR), que poderá resultar em notificação de lançamento quando se constatarem inexatidões materiais devidas a lapso manifesto ou erros de cálculos cometidos pelo sujeito passivo ou infração à legislação tributária, em conformidade com o disposto na Instrução Normativa SRF nº 579, de 08 de dezembro de 2005.

Portanto, resta afastada tal alegação eis que o presente Auto de Infração foi lavrado na forma prevista na legislação de regência.

=> quanto à renúncia ao contencioso administrativo de matéria discutida judicialmente, cabe observar que o presente lançamento refere-se exclusivamente a contribuições previdenciárias, incidentes sobre as verbas pagas a título de ABONO UNICO e, conforme consta do Relatório Fiscal, a matéria está sendo discutida judicialmente, por intermédio da Ação Ordinária nº 2003.34.00.036495-1, pendente de julgamento da apelação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sendo lavrado o lançamento a fim de prevenir a decadência.

Em consulta ao endereço eletrônico do Tribunal Regional Federal, fls. 352/354, constata-se que a referida ação ainda não transitou em julgado. Em que pese o direito de a empresa recorrer à via judicial, cabe observar que a fiscalização não fica impedida de proceder ao lançamento. Ao teor do parágrafo único do art. 142 do CTN, o lançamento é atividade vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional da autoridade administrativa que, tendo conhecimento da ocorrência do fato gerador do tributo, não o constituir em tempo hábil. Esse entendimento não se constitui em ofensa ao Poder Judiciário ou às suas decisões, mas cumprimento de ato vinculado, legalmente previsto.

As hipóteses elencadas no artigo 151 do CTN se referem à suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Assim, o que se impede é que sejam executados, pelo sujeito

ativo, os atos executórios (de cobrança) do crédito, enquanto sua exigibilidade encontra-se suspensa, mas não está impedido de proceder ao lançamento.

Pondere-se que, como o lançamento visa a resguardar o crédito tributário, se não for efetuado no curso do prazo decadencial, não poderá mais ser lavrado, ainda que o Fisco obtenha decisão judicial definitiva favorável, visto que o crédito estará fulminado pela decadência, forma de extinção do crédito tributário, prevista no artigo 156, inciso V, do CTN, cujo prazo não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial.

Somente não será efetuado o lançamento se o sujeito passivo estiver amparado por medida judicial impedindo o início do procedimento fiscal ou o próprio lançamento, situação em que a fiscalização deverá se abster de lançar até que seja cassada ou revogada a medida. Não há nos autos qualquer decisão com esse teor, aliás, nem poderia, em face do princípio constitucional da separação dos poderes.

A Impugnante sustenta a não incidência de contribuições sobre o referido abono único, em face da ausência de hipótese de incidência das contribuições previdenciárias, cujo fundamento para o seu entendimento declara que foi “demonstrado, exaustivamente, na ação ordinária nº 2003.34.00.036495-1.” A conclusão que se impõe é que a propositura de ação judicial, com o mesmo objeto, implica renúncia à instância administrativa. Logo, a autoridade administrativa julgadora fica impedida de apreciar a mesma matéria.

=> quanto à necessidade do REPLEG para fins de execução fiscal, esclarece a DRJ que o Auto de Infração não foi lavrado contra as pessoas físicas representantes legais do sujeito passivo constantes do REPLEG, mas contra a pessoa jurídica HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo. Como asseverado no Relatório Fiscal e no próprio REPLEG, o relatório tão-somente “lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação”. A finalidade é atender às disposições da Lei nº 6.830, de 1980 (Lei de Execuções Fiscais), não interferindo na constituição do crédito pelo lançamento, o qual foi realizado contra o sujeito passivo da obrigação tributária. Não há, no momento, cobrança administrativa dos representantes legais.

A inclusão dos representantes legais no REPLEG não implica em inclusão imediata no polo passivo do débito. Apenas servirá como subsidio à Procuradoria para o caso de haver, futuramente, a constatação de motivos que tomem necessário (e juridicamente possível) o redirecionamento de eventual execução judicial do crédito, nos termos do § 3º do art. 4º da Lei nº. 6.830, de 1980. Assim, a responsabilização dos administradores, se ocorrer, será feita em sede de execução fiscal, quando poderão os executados discutir amplamente a sua exclusão do polo passivo da relação processual.

Diante de todo o exposto, no momento não se pode falar em corresponsabilidade das pessoas físicas representantes legais da empresa pelo crédito constituído, inexistindo arbitrariedade ou ilegalidade e, por conseguinte, resta prejudicado o pedido de exclusão dos representantes legais do polo passivo da presente autuação fiscal.

=> quanto ao cabimento de Representação Fiscal para Fins Penais, em que pese o desconforto da Impugnante, a RFFP - não representa uma mera discricionariedade da autoridade

fiscal, mas uma obrigação prevista na legislação tributária. Não se trata de crimes contra a ordem tributária previstos no art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, a atrair a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, como aduz a Impugnante, mas de crime previsto na Lei nº. 9.983, de 2000, que inseriu o ilícito tipificado no inciso III do art. 337-A no Código Penal. Dessa forma, considerando que a obrigação de efetuar a RFFP se encontra prevista na legislação, tem-se por correto o procedimento adotado pela fiscalização.

Esclareça-se que se houve ou não crime, em face da suspensão de exigibilidade, como alegado pela Impugnante, não compete a este órgão administrativo determinar. A autoridade lançadora não concluiu pela ocorrência inequívoca do crime, apenas sustentou a configuração, em tese, justificando a formalização da RFFP ao Ministério Público Federal. Logo, compete ao Ministério Público Federal, diante da RFFP e da eventual investigação criminal, provocar o Poder Judiciário, oferecendo a denúncia, para que na persecução penal seja proferida a devida decisão sobre a ocorrência ou não do crime, oportunidade em que a Impugnante poderá exercer o contraditório e ampla defesa em relação à matéria penal.

Assim que o contencioso administrativo fica adstrito ao julgamento do Auto de Infração lavrado para constituição do crédito tributário, sendo foro incompetente para tratar de matéria penal, não podendo também sobrestar o encaminhamento da RFFP ao Ministério Público, em conformidade com a legislação.

=> quanto à legalidade da multa pelo decurso do tempo e da taxa SELIC, lastreiam-se especialmente no artigo 13 da Lei nº 9.065, de 1995 e artigo 34 da Lei nº 8.212, de 1991. A fundamentação consta do item “Acréscimos Legais - Juros” do relatório Fundamentos Legais do Débito, sendo explicitado que a taxa de juros aplicada é a “Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC. A luz das normas legais, é perfeitamente legítima a aplicação dos juros com base na taxa SELIC sobre os créditos previdenciários no período da autuação sob análise, pois o comando da norma ostenta redação singela e objetiva quanto ao seu alcance e finalidade.

Do mesmo modo, a multa de mora pelo recolhimento em atraso de contribuições decorre de imposição legal, especificamente do artigo 35 da Lei nº 8.212, de 1991 (na redação dada pelas Leis nºs 9.528, de 1997 e 9.876, de 1999). O relatório Fundamentos Legais do Débito - FLD -, em especial no item “Acréscimos Legais - Multa”, indica expressamente o percentual da multa de mora aplicável, conforme a fase em que se encontra o débito.

A multa de mora decorre do prejuízo suportado pelo sujeito ativo, em virtude do atraso do pagamento daquilo que era devido, incidindo de forma proporcional ao atraso no recolhimento, o que é um critério razoável. Logo, a multa contra a qual se insurge foi estabelecida em disposição legal, que expressamente prevê que será proporcional ao atraso no recolhimento das contribuições.

Frise-se que os artigos 34 e 35 da Lei nº 8.212, de 1991 determinam o caráter dos juros e da multa de mora, respectivamente, ou seja, há imposição legal de ordem pública para a aplicação dos juros e da multa de mora. Portanto, como são fixados por lei ordinária, a qual expressamente declara o caráter inegociável, não pode a fiscalização se furtar de sua obrigação de aplicar a lei, já que tal ato da Administração é plenamente vinculado à norma, não havendo como dispensa-los ou reduzi-los sem permissivo legal para tanto.

Sobre as bases de cálculo incidiram as alíquotas para apuração das contribuições devidas, como consta do Relatório Discriminativo Analítico de Débito - DAD -, as quais foram devidamente acrescidas de juros e multa de mora pelo atraso no recolhimento, cujos valores estão demonstrados, por competência, no Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD.

Como demonstrado, a incidência dos juros e multa têm supedâneo legal, não merecendo reparos.

=> quanto à inclusão de juros e multa de mora no lançamento com exigibilidade suspensa, foram aplicados em conformidade com a legislação específica constante do relatório de Fundamentos Legais do Débito - FLD -, vigente à época. Contudo, a Impugnante também questiona a sua inexigibilidade, diante da suspensão da exigibilidade pela concessão de tutela antecipada e do depósito judicial, fls. 344/347.

Registre-se que a Guia de Depósito Judicial juntada aos autos, fls. 344, é impertinente, eis que se refere ao processo nº 2005.34.00.032145-6. Tratando-se, na espécie, de lançamento destinado a resguardar o crédito dos efeitos da decadência, justifica-se acautelar com o registro dos juros e multa de mora no Auto de Infração, ainda que haja depósito judicial ou liminar, visto que é indisponível o interesse público subjacente à controvérsia.

Pondere-se que toda discussão em tomo da incidência de acréscimos legais perde o seu objeto se o provimento judicial final for favorável ao contribuinte, pois, uma vez inexigível a obrigação principal, prejudicada estará a cobrança das parcelas acessórias. Impende esclarecer que não se está a exigir o imediato recolhimento das contribuições apuradas e tampouco os acréscimos de juros e multa de mora. Como bem demonstrado no Relatório Fiscal, o crédito em questão foi lançado para se evitar a decadência, uma vez que esperar o trânsito em julgado da ação judicial poderia acarretar ao Fisco a perda do direito de lançar o crédito tributário.

De qualquer modo, enquanto suspensa a exigibilidade do crédito por qualquer das modalidades, não se praticará, contra o sujeito passivo, atos de natureza constritiva, expropriatória ou assemelhados, ainda que esgotada a fase administrativa. Enfim, correto está o lançamento fiscal com a aplicação da multa e dos juros moratórios, eis que estes decorrem de previsão expressa dos artigos 34 e 35 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação vigente à época do lançamento, e não serão exigidos enquanto o crédito tributário estiver com a exigibilidade suspensa.

Com relação às alterações introduzidas na multa pela Medida Provisória nº 449, de 2008, a qual prevê a multa de ofício, cumpre perquirir sobre a aplicação de penalidade mais benéfica, nos termos do art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.

Na sistemática anterior à Medida Provisória nº 449, de 2008, o descumprimento da obrigação principal implicava a multa de mora prevista no artigo 35 da Lei nº 8.212, de 1991, cuja definição do percentual aplicável vinculava-se ao momento do pagamento. Por outro lado, a multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, sofre reduções, conforme o momento da quitação. Portanto, a fixação do efetivo valor devido a título de multa por descumprimento da obrigação principal, seja antes ou depois da vigência da Medida Provisória nº 449, de 2008, depende de ato do contribuinte (pagamento).

Dessa forma, tem-se que a verificação de qual sistemática de aplicação da penalidade é mais benéfica ao sujeito passivo só poderá ser efetuada pela autoridade perante quem efetivamente a quitação do crédito venha a ser postulada (autoridade que emite a guia de pagamento, com código de pagamento específico e vinculado ao DEBCAD).

=> quanto à apreciação de ilegalidade e inconstitucionalidade no âmbito administrativo, incumbe exclusivamente ao Poder Judiciário a apreciação e a decisão de questões referentes à constitucionalidade de lei ou ato normativo. Uma vez demonstrado que o lançamento está fundamentado na legislação aplicável e em plena vigência, ao agente público, por estar atrelado ao princípio da legalidade, resta o dever de seguir e aplicar os mandamentos impostos pela lei (entendida em seu sentido lato) quando estiverem em plena vigência, não podendo dela se afastar, sob pena de ser responsabilizado por esse ato.

Infer-se que é expressamente vedado afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de lei, decreto ou ato normativo no presente julgamento administrativo.

Isso posto, voto por julgar procedente o lançamento, mantendo o crédito exigido.

Em sede de Recurso Voluntário, repisa o contribuinte nas alegações ventiladas em sede de impugnação e segue sustentando que deve ser cancelado o lançamento fiscal pelos motivos já explicitados.

É o relatório.

Voto

Conselheira Fernanda Melo Leal, Relatora.

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade. Portanto, merece ser conhecido.

Concomitância processo administrativo e judicial

Conforme documentos acostados aos autos, verifica-se a existência de ação judicial na qual a Recorrente discute a incidência de contribuições previdenciárias sobre o abono único aprovado em Convenção Coletiva de Trabalho 2003/2004.

O Ato Declaratório nº 16/2011, com fundamento no Parecer PGFN nº 2.114/2011, declarou a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistia outro fundamento relevante: “nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o abono único, previsto em Convenção Coletiva de Trabalho, desvinculado do salário e pago sem habitualidade, não há incidência de contribuição previdenciária”.

Vê-se, portanto, que o caso sob análise, enquadra-se perfeitamente nas condições elencadas pelo Ato Declaratório PGFN nº 16/2011. Seria o caso, pois, de dar provimento ao Recurso neste ponto.

No entanto, devido ao fato de ter discutido o mesmo mérito judicialmente, é imperioso observar e aplicar a Sumula CARF n1, a qual estabelece que importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Sendo assim, não conheço da matéria. Estendo o não conhecimento das matérias relativas a arguições de inconstitucionalidade de acordo com a Súmula CARF nº 2, a qual estabelece que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Dos juros e da multa de mora

No que se refere a aplicação da multa e Selic, vale frisar logo de início que aos tributos federais, a partir de 1º de janeiro de 1996, a taxa SELIC passou a ser o índice de juros e correção monetária a ser aplicado desde o pagamento indevido, por força do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95.

Vale dizer, para os tributos federais deve ser aplicada a taxa Selic (instituída pela Lei nº 9.250/95) e não mais o regramento previsto no Código Tributário Nacional, haja vista que ele próprio abre espaço para que cada ente da federação legisle de forma distinta quanto aos seus tributos.

O termo inicial da fluência tanto da correção monetária quanto dos juros de mora, nos tributos federais, após 1º de janeiro de 1996, será a data do recolhimento indevido.

A Súmula CARF de número 4 não traz nenhum ponto de dúvida em relação à sua aplicação. Vejamos: Súmula nº 4 - CARF: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos nos períodos de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

No que tange à multa, em que pese não seja tributo, mas sim penalidade que tem por fim coibir o cometimento de infrações, ainda que, hipoteticamente, fosse aplicável a questão de confisco, não compete a esta instância administrativa sopesar a exigência tributária: se é ou não demasiada. Essa tarefa assiste ao Legislador e ao Poder Judiciário.

No âmbito do Poder Executivo, deve a autoridade fiscalizadora apenas cumprir a determinação legal, de forma vinculada e obrigatória, aplicando o ordenamento vigente às infrações concretamente constatadas.

Apenas a título de ratificação, o STJ já se manifestou diversas vezes no sentido de que é legal o arbitramento realizado pelo Fisco, quando o contribuinte não apresenta documentos hábeis a afastar a infração. A multa de ofício de 75% não se confunde com a multa de mora. Esta decorre do não pagamento no prazo do tributo. A multa de ofício é aplicada quando, em decorrência de fiscalização, é lavrado auto de infração, apurado o quantum devido e efetuado o lançamento de ofício. Inteligência do art. 44, da Lei nº 9.430/96.

Ademais, conforme determinado no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, de 27/12/96, nos lançamentos de ofício serão aplicadas as multas de 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, quando das ocorrências de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Portanto, no que tange à multa de 75%, em face do lançamento de ofício, a respectiva penalidade não pode ser reduzida nem dispensada, pois foi expressamente determinada pela legislação de regência.

Vale trazer a baila a súmula CARF n.º 108, in verbis: Súmula CARF nº 108 Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Neste ponto, pois, nego provimento ao Recurso e entendo que não há discussão sobre a aplicabilidade dos juros e multa.

Assim, voto por não conhecer do Recurso no que se refere às arguições de inconstitucionalidade, bem como a questão de mérito do abono único, tendo em vista a concomitância de ação judicial e administrativa. Na parte conhecida, nego provimento ao Recurso voluntário para manter o juros e a multa, por dever à aplicação da Súmula Carf n 4.

Merece salientar que esta relatora destaca que, quando da aplicação desta decisão, é fulcral que se rememore que a parcela lançada pela fiscalização, Abono Único, não está mais na composição da base de cálculo da contribuição previdenciária segundo entendimento da própria PGFN conforme acima mencionado.

Diante tudo o quanto exposto, voto no sentido de não conhecer do Recurso no que se refere às arguições de inconstitucionalidade, bem como a questão de mérito do abono único, tendo em vista a concomitância de ação judicial e administrativa. Na parte conhecida, nego provimento ao Recurso voluntário para manter o juros e a multa, por dever à aplicação da Súmula Carf n 4.

CONCLUSÃO:

Diante tudo o quanto exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso, não conhecendo da matéria concomitante com ação judicial e das alegações de inconstitucionalidade, e na parte conhecida, negar-lhe provimento (documento assinado digitalmente)

Fernanda Melo Leal

