



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12915.002013/2008-55
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-009.094 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de janeiro de 2021
Recorrente USINA SANTA LYDIA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2000 a 30/06/2003

PROVA. PRESSUPOSTO DE FATO E DE DIREITO.

O fato de a Decisão-Notificação ter retificado o lançamento não a torna nula, pois a exclusão do débito indevido não implica em ser o crédito restante ilícito e incerto.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2000 a 30/06/2003

ESTADO DE NECESSIDADE EMPRESARIAL. LEGÍTIMA DEFESA DE EMPREGADOS E FORNECEDORES. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO TRIBUTÁRIO.

O ordenamento jurídico tributário não dispõe das figuras do “estado de necessidade empresarial” e da “legítima defesa de terceiros (empregados e fornecedores)” como justificativas para o não recolhimento dos tributos. Não há lacuna a ser colmatada pela aplicação de normas do Código Penal, eis que, em face do disposto no art. 150, § 6º, da Constituição, tais figuras somente poderiam ser criadas por lei tributária específica e não por aplicação subsidiária de princípios gerais de direito público extraídos do Código Penal.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4.

É válida a incidência sobre débitos tributários de juros de mora à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).

PENALIDADES. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 449, DE 2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941, DE 2009. RETROATIVIDADE BENIGNA. PORTARIA CONJUNTA PGFN/RFB Nº 14, DE 4 DE DEZEMBRO DE 2009.

Para efeito de aplicação da multa mais favorável ao autuado, com base na retroatividade da lei mais benéfica em matéria de penalidade no lançamento fiscal, a comparação deve ser empreendida no momento do pagamento ou do parcelamento do débito ou no momento do ajuizamento da execução fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para determinar o cálculo da multa em conformidade com a Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 14, de 2009, se mais benéfico para o sujeito passivo.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Cleberson Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Andrea Viana Arrais Egypto, Rodrigo Lopes Araújo, Matheus Soares Leite, André Luís Ulrich Pinto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 90/102) interposto em face de decisão (e-fls. 70/86) que julgou procedente em parte o lançamento veiculado na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD n.º 35.502.314-8 (e-fls. 02/33), no valor total de R\$ 199.564,95 e competências 10/2000 a 06/2003, cientificada em 30/09/2003 (e-fls. 02). Do Relatório Fiscal (e-fls. 38/39), extrai-se:

1.1 Este relatório é integrante da NFLD I Notificação Fiscal de Lançamento de Débito de contribuições devidas a Seguridade Social, correspondentes a contribuição previdenciária dos segurados empregados arrecadadas pela empresa mediante desconto em suas remunerações. (...)

3.2 Foram apuradas as diferenças entre os valores das contribuições retidas dos empregados, declarados em GFIP e os recolhidos pela empresa (...)

Na impugnação (e-fls. 42/51), em síntese, se alegou:

(a) Estado de Necessidade.

(b) Multa.

(c) Selic.

Convertido o julgamento em diligência (e-fls. 55), Informação Fiscal (e-fls. 61/62) opinou pela retificação do lançamento, esclarecendo que: foram consideradas GFIPs código de recolhimento 115 e correspondentes GPS; os débitos referentes às reclamatórias trabalhistas não estão contemplados na NFLD e não constam de GFIP 115; as quotas de salário família foram deduzidas na LDC n.º 35.502.316-4; o débito deve ser retificado para se considerar recolhimentos das competências 04/2002, 04/2003 e 05/2003 constantes do conta-corrente. Instada a se manifestar em 20/08/2004 (e-fls. 63/65), a empresa afirma discordância da NFLD e da Informação Fiscal (e-fls. 67).

A seguir, transcrevo da Decisão-Notificação n.º 21.431.4/113/2004 (e-fls. 70/86), devidamente homologada (e-fls. 86):

CONTRIBUIÇÕES Dos SEGURADOS EMPREGADOS. CONTRIBUIÇÕES DECLARADAS EM GFIP. MULTA. JUROS. INCONSTITUCIONALIDADE. VALORES RECOLHIDOS ANTES DA EMISSÃO DA NFLD. RETIFICAÇÃO.

A empresa é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados empregados e recolher O produto arrecadado, até o dia dois do mês seguinte ao da competência.

As informações prestadas em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP servem como base de cálculo das contribuições arrecadadas pelo INSS, compõem a base de dados para fins de cálculo e concessão de benefícios previdenciários e constituem-se em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento.

Os débitos previdenciários, por comando do art. 34 e 35 da Lei 8.212/91, sujeitam-se ao cômputo de juros equivalentes à taxa SELIC a que se refere o art. 13 da Lei 9.065/95, e a multa moratória, ambos aplicados de caráter irrevelável.

É vedado à Administração Pública o exame da Constitucionalidade das Leis.

As contribuições lançadas, mas já anteriormente recolhidas pelo Contribuinte, são im procedentes, ensejando a retificação do débito.

(...) DA DECISÃO: (...)

9.3. Da análise detalhada da conta-corrente da Empresa, de acordo com o item III da mencionada Informação, a fiscalização constatou que não foram incluídos, nos créditos considerados, valores recolhidos antes da emissão da presente NFLD, relativo as competência (*sic*) de 04/02, 04/03 e 05/03.

9.3.1. Deste modo, concluímos pelo cabimento da retificação nas competências 04/02, 04/03 e 05/03, com exclusão do valor total relativo às competências 04/02 e 04/03 e com alteração para o valor de R\$ 5.477,06 (cinco mil, quatrocentos e setenta e sete reais e seis centavos) da contribuição do segurado empregado na competência 05/03, conforme FORCED - anexo II, de fl. 58, de acordo com o Discriminativo Analítico de Débito Retificado - DADR, de fls. 67 a 71. cuja cópia estamos encaminhando à Empresa, juntamente com a cópia da presente Decisão.

O Acórdão de Impugnação foi cientificado em 15/10/2004 (e-fls. 87/89) e o recurso voluntário (e-fls. 90/102) interposto em 29/10/2004 (e-fls. 90), em síntese, alegando:

- (a) Depósito Recursal. A exigência de depósito recursal é inconstitucional, mas, de qualquer forma, arrola bem.
- (b) Nulidade da decisão. A decisão recorrida reconhece tacitamente as nulidades na NFLD, logo é nula por não ter declarado a insubsistência total da NFLD em razão de os valores reconhecidos como indevidos retirarem da NFLD liquidez e certeza.
- (c) Estado de necessidade. A recorrente reitera os argumentos de defesa (não recolhimento por necessidade empresarial), eis que a decisão recorrida não os enfrentou. Além disso, a recorrente lançou em sua contabilidade as contribuições, deixando claro o seu propósito de recolhê-las, e há que se verificar em relação ao 13º salário, salários e rescisões, os pagamentos parcelados e parcelas ainda a serem satisfeitas. A presunção legal não pode se sobrepor à situação real. Ainda que se considere ter havido pagamento de contribuições previdenciárias em ações trabalhistas, estas contribuições não

foram consideradas pela fiscalização, sendo que a NFLD teve por base a folha de pagamento, sem qualquer outra consideração. Portanto, contribuições das competências fevereiro e março de 2001 e abril 2002 apesar de retificadas continuam cobradas indevidamente na folha de pagamento e nas ações trabalhistas. Não houve retenção, pois não tinha numerário para pagar salário e contribuições, optando por pagar salário no valor líquido. Não foi descontado o salário família, por exemplo nas competências fevereiro e março de 2001. Não foi considerado pagamento efetuado, por exemplo na competência abril de 2002 e foi incluído autônomo na competência 05/2002.

- (d) Multa. A jurisprudência considerava ilícita a aplicação de multa em razão da mora, não se podendo querer que a prestação pecuniária compulsória chamada penalidade ou multa tenha a mesma natureza de tributo, somente porque resultam de prestação de dar, havendo sanção de natureza penal sem previsão legal e sem respaldo no art. 5º, XXII e XXXV, da Constituição, bem como a ofender os princípios constitucionais da legalidade, responsabilidade, competência e reversibilidade. Logo, a natureza penal revela que a NFLD peca por ausência de tipicidade do ilícito, não havendo fato gerador.
- (e) Selic. A aplicação da taxa Selic é inconstitucional e ilegal.
- (f) Provas. Requer a juntada de todas as provas em direito admitidas, notadamente documentos e prova pericial.

O recurso foi considerado deserto (e-fls. 106) e Termo de Transito em Julgado emitido (e-fls. 108). Por força de decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança n.º 2005.61.02.003284-4, o processo foi encaminhado ao 2º Conselho de Contribuinte para julgamento do recurso voluntário (e-fls. 178 e 171).

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Relator.

Admissibilidade. Diante da intimação em 15/10/2004 (e-fls. 87/89), o recurso interposto em 29/10/2004 (e-fls. 90) é tempestivo (Decreto n.º 70.235, de 1972, arts. 5º e 33). Não mais se exige depósito recursal (Súmula Vinculante n.º 21 do STF; e Lei n.º 11.727, de 2008, art. 42, I), além disso há decisão judicial transitada em julgado determinando o processamento do recurso voluntário (e-fls. 178). Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário.

Nulidade. A Decisão-Notificação não é nula por ter retificado o lançamento, a excluir valores indevidos. A constatação da procedência parcial do lançamento não enseja iliquidez e incerteza da parte mantida. Pelo contrário, a exclusão do débito indevido assegura a liquidez e certeza da parte mantida do lançamento. Rejeita-se, destarte, a preliminar.

Estado de Necessidade. A recorrente invoca o argumento tecido na impugnação de o lançamento não ser devido em razão de ter agido em estado de necessidade empresarial, a atrair a incidência do art. 24 do Código de Penal, por não dispor de recursos para efetuar o recolhimento das contribuições, tendo agido em legítima defesa de empregados e fornecedores. Assim, não teria ocultado de sua contabilidade tais contribuições, a deixar claro o propósito de recolhê-las. A argumentação não prospera, eis que ao presente caso concreto não se aplica o Direito Penal, mas o Direito Tributário.

O ordenamento jurídico tributário não dispõe das figuras do “estado de necessidade empresarial” e da “legítima defesa de terceiros (empregados e fornecedores)” como justificativas para o não recolhimento dos tributos.

A decisão recorrida tratou da questão em tela quando invoca o disposto no art. 150, § 6º, da Constituição (item 12, e-fls. 83), ou seja, as figuras em tela somente poderiam ser criadas mediante lei tributária específica, não havendo lacuna a ser colmatada pela aplicação de normas do Código Penal, enquanto princípios gerais de direito público. Não havendo lacuna, não há como se invocar o art. 108, inciso III, do CTN.

O fato de a recorrente ter ocultado ou não as contribuições de sua contabilidade é irrelevante, sendo cabível o lançamento de ofício em face do disposto nos arts. 136 e 142 do CTN.

Segundo a recorrente, haveria que se verificar se os pagamentos relativos ao 13º salário, salários e rescisões foram parcelados e se haveriam parcelas ainda a serem satisfeitas, pois presunção legal não poderia se sobrepor à situação real. A recorrente não carrou aos autos prova de tais alegações acerca de parcelamento das verbas e não pagamento das parcelas.

Assevere-se que o fato gerador das contribuições dos segurados se constitui na totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados durante o mês (Lei n.º 8.212, de 1991, art. 28, I). Logo, é irrelevante se os valores foram parcelados ou não satisfeitos.

A fiscalização considerou as informações prestadas em GFIP código de recolhimento 115, sendo o declarado inferior ao recolhido nas respectivas GPS. Não houve aplicação de presunção legal, mas apuração lastreada nas próprias informações prestadas pela empresa, não tendo a recorrente apresentado prova para demonstrar que o valor da contribuição do segurado por ela informados em GFIP como descontado não corresponde à situação real.

De qualquer forma, a lei expressamente impõe a presunção absoluta de o desconto da contribuição ter sido feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada (Lei n.º 8.212, de 1991, art. 30, I), não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber (Lei n.º 8.212, de 1991, art. 33, § 5º). Pelo mesmo fundamento legal, não prospera a alegação de que não teria deixado de descontar por dispor em caixa apenas do valor líquido pago aos segurados.

No que toca à alegação de que as contribuições apuradas com lastro na folha de pagamento teriam sido pagas em reclamatórias trabalhistas, a recorrente não fez prova de que as contribuições aqui constituídas foram recolhidas no bojo de reclamatória trabalhista apenas alegando estarem nessa situação as competências 02 e 03/2002 e 04/2003, tendo a fiscalização

atestado na Informação Fiscal que a presente NFLD não contempla os débitos referentes às ações trabalhistas e que (e-fls. 61):

“4 . Verificados, um a um, os autores de ações trabalhistas contra a empresa no período do lançamento do débito e foi constatado que nenhum consta na Relação de Empregados das GFIP (cód. 115) consideradas na apuração do débito presente nesta NFLD”.

Em relação à competência 04/2003, ressalte-se que o lançamento restou integralmente cancelado, conforme DADR (e-fls. 73).

No que toca ao salário família, a Informação Fiscal asseverou a dedução na LDC n.º 35.502.316-4, não tendo a recorrente apresentado qualquer elemento de prova para sustentar sua alegação de não terem sido considerados.

Sobre a inclusão de contribuição de autônomo na competência 05/2002, a contribuinte não apresentou qualquer prova de ter informado indevidamente na GFIP autônomo como segurado empregado, tendo a fiscalização extraído da GFIP o valor considerado como de contribuição do segurado empregado.

Destarte, não merece reforma a Decisão-Notificação.

Multa. A multa constituída possui fundamento legal, invocado expressamente pela fiscalização no FLD – Fundamentos Legais do Débito (e-fls. 28), sendo o presente colegiado incompetente para afastá-la sob o fundamento de violação de princípios e regras constitucionais (Decreto n.º 70.235, de 1972, art. 26-A e Súmula CARF n.º 2).

Acrescente-se ainda que a multa de mora aplicada considerou a classificação “Declarado em GFIP (com redução de multa)”, sendo, até o presente momento, mais benéfica, quando comparada com a atual multa de ofício advinda da MP n.º 449, de 2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 2009. De qualquer forma, a análise para uma eventual aplicação mais benéfica da legislação advinda da MP n.º 449, de 2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 2009, deve ser empreendida no momento do pagamento ou do parcelamento do débito pela empresa (Portaria PGFN/RFB n.º 14, de 2009).

Selic. Sobre a utilização da SELIC no cálculo dos juros de mora, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente sob o rito da repercussão geral e dos recursos repetitivos, pacificaram o entendimento no sentido da constitucionalidade e da legalidade da aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários (STF, Tribunal Pleno, RE 582.461/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 18/05/2011 e STJ, Primeira Seção, REsp 879.844/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/11/2009). Ademais, a incidência da Taxa SELIC sobre débitos tributários está pacificada, conforme Súmula n.º 04, do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF n.º 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.

Logo, não prospera o ataque à aplicação da taxa SELIC.

Provas. Não prospera o protesto genérico por produção de provas e nem para abertura de prazo para juntada de documentos ou realização de perícia, eis que não observado o regramento específico e preclusa a oportunidade (Decreto n.º 70.235, de 1972, art. 16, IV e §§ 4º e 5, e 18, *caput*).

Isso posto, voto por CONHECER do recurso voluntário e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para determinar o cálculo da multa em conformidade com a Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 14, de 2009, se mais benéfico para o sujeito passivo.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro