



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15754.000144/2008-86
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2401-010.797 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 1 de fevereiro de 2023
Recorrente SOCIEDADE BENEFICENTE HOSPITAL SÃO CAETANO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/1995 a 30/11/2004

INTIMAÇÃO. SÚMULA CARF Nº 110.

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1995 a 30/11/2004

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SÚMULA CARF Nº 11.

Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

DECADÊNCIA. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. SÚMULA CARF Nº 106.

Nos termos da Súmula CARF nº 106, caracterizada a ocorrência de apropriação indébita de contribuições previdenciárias descontadas de segurados empregados e/ou contribuintes individuais, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

CONTRIBUIÇÕES. TRIBUTOS. INTENÇÃO DO AGENTE. SITUAÇÃO ECONÔMICA. IRRELEVANTES.

Uma vez ocorrido o fato gerador, o tributo é devido, sendo irrelevante a intenção e a situação econômica da recorrente ou mesmo a eventual possibilidade de encerramento das atividades da recorrente.

FOLHA DE PAGAMENTO. AFERIÇÃO DIRETA.

A aferição da base de cálculo a partir das folhas de pagamento constitui-se em aferição direta da base de cálculo das contribuições previdenciárias, cabendo à defesa demonstrar a alegação de as folhas de pagamento não corresponderem à prática executiva dos contratos de emprego.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4. RE-RG 582.461/SP. REsp. 879.844/MG

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

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA. NOTA SEI Nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME.

Conforme a Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, é cabível a retroatividade benéfica da multa prevista no art. 35 da Lei 8212, de 1991, com a redação da Lei 11.941, de 2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de prescrição intercorrente e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para: a) declarar a decadência das competências 08/1995, 11/1995, 13/1996, 13/1997 e 13/1998; e b) aplicar a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009. Vencido o Cons. Relator. Designado para redigir o voto vencedor o Cons. José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro. Julgamento iniciado em novembro de 2022, tendo, na ocasião, o Cons. Relator Gustavo Faber de Azevedo deixado de se manifestar sobre a preliminar de prescrição intercorrente, limitando-se a votar por negar provimento ao recurso voluntário, embora na fundamentação de seu voto também declarasse a decadência das competências lançadas anteriores a 11/1999, a significar que, em verdade, votou, no mérito, para apenas declarar a decadência das competências 08/1995, 11/1995, 13/1996, 13/1997 e 13/1998, não tendo participado da reunião de fevereiro de 2023 em razão de renúncia ao mandato.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro – Relator *ad hoc* e Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Wilsom de Moraes Filho, Matheus Soares Leite, Wilderson Botto (suplente convocado), Gustavo Faber de Azevedo e Miriam Denise Xavier. Ausente o conselheiro Renato Adolfo Tonelli Junior.

Relatório

Como Relator *ad hoc*, sirvo-me da minuta do relatório do Relator original, Conselheiro Gustavo Faber de Azevedo, a seguir reproduzida, apresentada na reunião de novembro de 2022, disponibilizada no diretório corporativo do CAREF.

Trata-se de recurso voluntário dirigido a este Conselho, interposto contra a decisão da 7ª Turma da DRJ em Recife, acórdão nº 11-31.173, que por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

AUTUAÇÃO

A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 35.753.449-7 (e-fls.05/32) se refere à exigência de contribuições sociais dos segurados empregados destinadas à Seguridade Social, arrecadadas pelo empregador mediante desconto incidente sobre a respectiva remuneração e não repassada em época própria à Seguridade Social, consolidado em 04/04/2005, abrangendo as competências 08/1995 a 11/2004.

Extrai-se do relatório fiscal (e-fls. 45/48):

Levantamento- FP

O valor equivalente ao montante das contribuições sociais arrecadadas pelo empregador, mediante desconto nos pagamentos efetuados aos segurados empregados que lhe prestaram serviços, encontram-se expressos nas folhas de pagamentos das remunerações pagas, devidas ou creditadas pelo contribuinte, no período de 08/95 a 11/2004, inclusive do décimo terceiro salário.

Foram glosados os valores deduzidos indevidamente das contribuições relativas à parte dos segurados empregados, sobre o décimo terceiro salário, nas competências 13/96, 13/97 e 13/98, em virtude da falta de apresentação de documentos que comprovassem a procedência dessas deduções.

Levantamento - FPG

Essas remunerações também foram informadas na GFIP - Guia de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social, no período de 01/99 a 11/2004, documento instituído pelo art. 32, inc. IV, da Lei 8.212/91 (redação dada pela Lei 9.528/97), c/c o art. 1.º do Decreto 2.803/98, informando o contribuinte os valores das contribuições destinadas à Seguridade Social.

Consignou a autoridade fiscal que a ausência do repasse à Seguridade Social das contribuições sociais dos segurados empregados, arrecadadas pelo empregador mediante desconto incidente sobre a respectiva remuneração nas competências 08/1995 a 11/2004, configura, em tese, o ilícito tipificado no art. 95 da lei nº 8.212/1991 e art. 168-A da Lei nº 2.848/40 com redação dada pela Lei n. 9.983 de 14/07/2000.

Às folhas 86/101 foi juntada a Informação Fiscal que tratou do descumprimento dos requisitos do artigo 55 da Lei nº 8.212/1991:

V – CONCLUSÃO

56. Conforme relatado e documentado, verificamos que a entidade não atende, cumulativamente, a todos os requisitos do art. 55 da Lei 8.212/91, mais precisamente os incisos II, III e IV, bem como o § 6º.

57. A presente constatação foi efetuada através da escrituração contábil, Atas de reunião do Conselho Deliberativo e da Diretoria Executiva e outros documentos subsidiários, cuja conclusão indicou que os fatos ocorreram nos períodos a seguir discriminados:

- a partir de 01/01/2001 - Descumprimento do inciso II
- 01/01/1995 a 31/12/2003 - Descumprimento do inciso III
- 01/01/1995 a 31/12/2003 - Descumprimento do inciso IV
- a partir de 01/09/2003 - Descumprimento do §6º

Às folhas 114/117 foi juntada a decisão da 2ª Câmara de Julgamento do CRPS, que, por unanimidade dos votos, negou provimento ao recurso interposto pelo sujeito passivo quanto ao cancelamento isenção:

EMENTA - O INSS PODERA CANCELAR A ISENÇÃO DE SOCIEDADE BENEFICENTE EM CASO DE DESCUMPRIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 55 DA LEI Nº 8.212/91. Em respeito ao princípio da legalidade, deve a Fiscalização cancelar a isenção de sociedade filantrópica prevista em lei, ante a falta de requisitos legais.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO

IMPUGNAÇÃO

Cientificado pessoalmente do lançamento em 05/04/2005 (e-fl.05), em 20/04/2005 (e-fl.111) o sujeito passivo postou impugnação (e-fls. 105/110), alegando que:

- A NFLD foi lavrada com fundamento numa suposta retenção realizada diretamente da folha de pagamento dos empregados da autuada. Mas estes valores não foram retidos.
- Foram somente teoricamente retidos, pois na prática não ocorreu retenção. A autuada tem vivido uma crise institucional enorme.
- Não houve retenção e recolhimento pois para manter um nosocômio aberto, pagou simplesmente a remuneração líquida devida a seus empregados, destinando o numerário restante do mês para pagamento essencialmente de seus médicos e medicamentos.
- O lançamento por arbitramento é uma anomalia que a lei admite, em hipóteses especialíssimas.
- Não foram levados em consideração, para lavratura da NFLD, os pagamentos realizados em Juízo da contribuição previdenciária relativa à cota do empregado. Há muitos recolhimentos realizados em Juízo, através de homologação de acordo judicial de ações reclamatórias trabalhistas.
- Requer a expedição de ofício às 1ª e 2ª Varas do Trabalho de São Caetano do Sul, para que forneça as guias referentes aos recolhimentos da contribuição exigida.
- Há ainda a prescrição quinquenal - contribuições relativas a período anterior ao ano de 2001 estão prescritas;
- Espera que a taxa SELIC seja afastada;
- A multa aplicada é confiscatória.

DECISÃO NOTIFICAÇÃO

Conforme relatado, sobreveio, a Decisão Notificação nº 21.434.4/0041/2006, às e-fls. 118/131, que considerou o lançamento procedente.

Segue abaixo a ementa do referido acórdão (fls.171/177):

DA TAXA SELIC E DA MULTA.

A sujeição das contribuições previdenciárias incluídas em Notificação Fiscal de Lançamento à multa de mora e aos juros equivalentes à taxa SELIC encontra-se prevista em legislação própria, cabendo à autoridade administrativa fazer cumprir o que nela está determinado face ao caráter obrigatório e vinculante da atividade de lançamento.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

RECURSO VOLUNTÁRIO

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância em 06/03/2006 (e-fl.134), em 05/04/2006 (e-fl.137), o sujeito passivo protocolou recurso ao CRPS (e-fls. 137/145), repisando as alegações de primeira instância.

Na preliminar, acerca do depósito prévio de 30% da exigência fiscal;

(...) a recorrente alegou que não efetuou nenhuma retenção na folha de pagamento de seus empregados, pois não possuía os recursos financeiros necessários para pagar as contribuições sociais, sem prejuízo de sua própria subsistência;

(...) o pagamento prévio de 30% do valor da exigência fiscal como pressuposto de admissibilidade do recurso, apesar de revelar-se inconstitucional, pois fere de morte o sagrado direito ao contraditório e à ampla defesa previstos no art. 5º, incisos XXXIV e LV, CF;

(...) oferece, em substituição ao depósito de 30% do valor da exigência fiscal, o imóvel sede da Sociedade, localizado em São Caetano do Sul, na rua Espírito Santo nº 277, que garante não apenas 30% do valor da exigência fiscal, mas 100% dela, conforme revela o lançamento fiscal de IPTU para o exercício de 2006, expedido pelo Município de São Caetano do Sul.

(...) que seja deferida a substituição do depósito prévio de 30% do valor da exigência fiscal pela caução do imóvel sede da sociedade, admitindo o recurso e dando seguimento a ele nos efeitos devolutivo e suspensivo.

No mérito o recorrente alega que:

(...) a recorrente é importante sociedade beneficente hospitalar estabelecida na cidade de São Caetano do Sul;

(...) atestados anexos, expedidos pela Diretoria de Saúde do Município de São Caetano do Sul, e pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo;

(...) viu de perto a possibilidade de encerramento das suas atividades.

A NFLD foi lavrada com fundamento numa suposta retenção realizada diretamente da folha de pagamento dos empregados da recorrente. Mas estes valores não foram retidos.

A recorrente tem vivido uma crise institucional enorme. Atualmente, tem um passivo de mais de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), englobados nestes valores os ora discutidos, além de dívidas com os próprios funcionários que têm um crédito a receber de mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais); médicos e clínicas médicas que têm a receber mais de R\$ 4.000.000,00, bem como, dívidas bancárias, fiscais e previdenciárias, todas em processo de acordo e parcelamento.

(...) a recorrente, para manter um nosocômio aberto, pagou simplesmente a remuneração líquida devida a seus empregados destinando o numerário restante do mês para pagamento essencialmente de seus médicos e medicamentos.

(...) o lançamento por arbitramento é uma anomalia que a lei admite, em hipóteses especialíssimas.

A recorrente realizou dezenas de recolhimentos previdenciários perante a Justiça do Trabalho, através de homologação de acordo judicial de ações reclamatórias trabalhistas, conforme revelam os termos de audiências e as respectivas GPS's, devidamente recolhidas, todos em anexo.

Esses recolhimentos espontâneos, feitos pela recorrente e comprovados perante a Justiça do Trabalho, não foram considerados pela fiscalização, mas certamente eles devem ser levados em consideração e devem ser deduzidos da exigência fiscal.

As auditoras, em nome da autarquia, estão exigindo o pagamento de contribuições vencidas entre os anos de 1995 e 2004. As contribuições relativas a período anterior ao ano de 2001 estão prescritas, ou já caducaram, por haver decorrido o prazo quinquenal previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

Tais pagamentos são inexigíveis, por estarem revestidos de natureza tributária, que caduca em 5 anos.

Além do mais, espera que a taxa SELIC seja afastada, bem como a multa aplicada.

A multa, podendo chegar a 60% do valor do débito, numa economia estável é uma sangria que reveste características de verdadeiro confisco, contrariando a proibição legal da instituição de cobrança de tributos com efeito confiscatório.

No pedido, o recorrente espera admissão do efeito suspensivo, conhecido e provido, fazendo-se justiça.

É o relatório.

Aqui, enquanto Relator *ad hoc*, encerro a reprodução da minuta do relatório disponibilizado no diretório corporativo do CARF e lida de forma resumida pelo Relator original, Conselheiro Gustavo Faber Azevedo, na reunião de novembro de 2022.

Acrescento que a recorrente apresentou as petições de e-fls. 887/890 e 922/924 em 04/06/2019 e 26/09/2019 a solicitar o reconhecimento da prescrição intercorrente, bem como que as intimações sejam encaminhadas no endereço do advogado representante legal da recorrente.

É o relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 2401-010.797 - 2ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 15754.000144/2008-86

Voto Vencido

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro – Relator *ad hoc*

Como Relator *ad hoc*, sirvo-me da minuta do voto do Relator original, Conselheiro Gustavo Faber de Azevedo, a seguir reproduzida, apresentada na reunião de novembro de 2022, disponibilizada no diretório corporativo do CARF.

Conselheiro Gustavo Faber de Azevedo, Relator.

ADMISSIBILIDADE

Após a interposição do recurso voluntário pelo sujeito passivo, em 05/04/2006 (e-fl.137), foi editada a Súmula Vinculante de nº 21, afastando a exigibilidade de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Diferentemente do que ocorre em âmbito da justiça comum, no processo administrativo fiscal a única exigência pecuniária era a realização de depósito em grau recursal, declarada inconstitucional, conforme já narrado.

Assim não há o que falar em apresentação de depósito ou arrolamento de bens para se ver admitido o presente recurso.

Em tempo, o recurso voluntário foi postado dentro do prazo legal, assim deve ser conhecido.

DECADÊNCIA

O contribuinte se insurge contra a decisão da primeira instância alegando estarem decaídos os períodos anteriores ao ano de 2001 por haver decorrido o prazo quinquenal previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

A DN considerou que a Lei nº 8.212/1991 prevê o prazo prescricional de 10 (dez) anos, não se sujeitando ao art. 174 do Código Tributário Nacional.

A Súmula vinculante STF nº 08, de 20/6/08, dispõe que:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário.

Desta forma, aplicam-se os prazos previstos no CTN.

Nos lançamentos por homologação, para se apurar a decadência, na hipótese de existência de pagamento parcial e inexistência de dolo, fraude ou simulação, aplica-se a regra do CTN, art. 150, § 4º:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por outro lado, inexistindo pagamento parcial, a situação atrai a regra prevista no CTN, art. 173, I, contando-se o termo inicial do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

De pronto, verifico que restou caracterizada a ocorrência de apropriação indébita de contribuições previdenciárias descontadas de segurados empregados e/ou contribuintes individuais, uma vez que o sujeito passivo alegou em sua defesa, que não efetuou a retenção e recolhimento das contribuições ora lançadas por estar em situação de dificuldade econômica “(...) a recorrente, para manter um nosocômio aberto, pagou simplesmente a remuneração líquida devida a seus empregados destinando o numerário restante do mês para pagamento essencialmente de seus médicos e medicamentos.”

Assim, nos termos da Súmula CARF nº 106, considero presente o dolo de sonegar quando as contribuições previdenciárias descontadas dos segurados empregados e/ou contribuintes individuais não são recolhidas:

Caracterizada a ocorrência de apropriação indébita de contribuições previdenciárias descontadas de segurados empregados e/ou contribuintes individuais, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

Logo, no presente caso, a regra decadencial a ser aplicada é a prevista no CTN, art. 173, I, contando-se o termo inicial do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Aplicando-se a regra do art. 173, I, como a ciência do lançamento ocorreu em 05/04/2005, o lançamento poderia retroagir a 12/1999 (vencimento da obrigação em 01/2000). Para esta competência, o prazo decadencial começou a fluir em 01/2001, extinguindo-se o direito da Fazenda Pública efetuar o lançamento em 31/12/2005.

Já para a competência imediatamente anterior, 11/1999 (vencimento em 12/1999), o prazo decadencial começou a fluir em 01/2000, extinguindo-se o direito da Fazenda Pública efetuar o lançamento em 31/12/2004 (a ciência do lançamento ocorreu em 05/04/2005).

Portanto, não se operou a decadência em relação às competências 12/1999 e seguintes, estando fulminados os períodos anteriores.

Concluindo, dou provimento à preliminar de decadência, para excluir do presente feito, os lançamentos dos períodos 11/1999 e anteriores, por terem sido atingidos pelo decurso de prazo decadencial, nos exatos termos da Súmula CARF nº 106.

DEDUÇÃO DE RECOLHIMENTOS DE RECLAMATÓRIAS TRABALHISTAS

O recorrente insiste no recurso que realizou dezenas de recolhimentos previdenciários perante a Justiça do Trabalho, através de homologação de acordos judiciais de ações reclamatórias trabalhistas, conforme documentos acostados de audiências e GPSs.

Alega que esses recolhimentos espontâneos, realizados pelo recorrente e comprovados perante a Justiça do Trabalho, não foram considerados pela fiscalização, mas certamente eles devem ser levados em consideração e devem ser deduzidos da exigência fiscal.

Em que pese os argumentos, não assiste razão o sujeito passivo.

Em primeiro lugar, a partir da Emenda Constitucional nº 20/1998 houve uma cisão de competência jurisdicional em relação às contribuições previdenciárias.

Como regra a competência para dizer o direito em relação aos tributos federais é da Justiça Federal, conforme art. 109 da Carta Magna. Contudo, em relação às reclamatórias trabalhistas a competência será da Justiça do Trabalho.

Considerando que a Justiça do Trabalho possui competência constitucional para execução de ofício das sentenças que proferir (art. 114 da Constituição Federal); da mesma forma que a decisão que reconhecer a não incidência de contribuições não poderá ser rediscutida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a decisão que reconhecer a incidência também não poderá ser rediscutida fora do Poder Judiciário.

Constituição Federal/1988:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar

(...)

VIII — a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 194, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

Por uma questão lógica, quem é competente para executar é também competente para declarar tal direito.

Portanto, para rever a decisão que homologou a incidência sobre as verbas trabalhistas homologadas, a parte interessada deveria ter ajuizado a ação rescisória.

Assim, a sentença transitada em julgado na Justiça do Trabalho faz coisa julgada material, conforme previsto no art. 269 do Código de Processo Civil e eventual rediscussão das contribuições previdenciárias descontadas do segurado somente é possível mediante ação rescisória, restando afastada a via administrativa.

Para além do exposto, ainda que fosse possível a dedução das contribuições apuradas na Justiça do Trabalho, não restaria comprovado pelo sujeito passivo que tais contribuições (recolhidas na justiça) teriam sido descontadas a maior do que o devido a cada

segurado, e nem se o objeto discutido em cada uma das ações judiciais estava ou não registrado em folha de pagamento do recorrente, tendo em vista a apresentação tão somente de recolhimentos por GPSs e dos acordos judiciais.

MULTA CONFISCATÓRIA

O recorrente alega que a multa, podendo chegar a 60% do valor do débito, numa economia estável é uma sangria que reveste características de verdadeiro confisco, contrariando a proibição legal da instituição de cobrança de tributos com efeito confiscatório.

Ocorre que, a imposição da multa é realizada com base em previsão legal expressa, só podendo ser afastada nos casos em que a legislação correspondente deixa de ser aplicada, quando incorre em ilegalidade e/ou inconstitucionalidade.

E nos termos da Súmula CARF nº 2, este Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

TAXA SELIC

Por último, o recorrente se insurge quanto a aplicação da taxa SELIC a título de juros de mora.

A utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros incidentes sobre os débitos tributários possui amparo na fundamentação trazida pela autoridade autuante, também no relatório “fundamentos legais do débito” essencialmente no art. 239, II, do Regulamento da Previdência Social.

Trata-se de aplicação de normas especiais, em consonância com a permissão constante do art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional – norma de caráter geral - no sentido de que os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês, somente se a lei não dispuser de modo diverso.

Esse entendimento está consolidado na esfera administrativa, ensejando a edição da Súmula CARF nº 4, de observância vinculante para este Colegiado:

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.

No mesmo sentido, 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).

Tais posicionamentos também devem ser obrigatoriamente observados, por força do art. 62, §2º do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 343/15).

CONCLUSÃO

Por todo exposto, voto por conhecer do recurso voluntário para negar-lhe provimento.

Gustavo Faber Azevedo

Aqui, enquanto Relator *ad hoc*, encerro a reprodução da minuta do voto disponibilizado no diretório corporativo do CARF e lida de forma resumida pelo Relator original, Conselheiro Gustavo Faber Azevedo, na reunião de novembro de 2022.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro – Relator *ad hoc*

Voto Vencedor

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro – Redator Designado

Considerando que o ilustre Conselheiro Relator original não mais integra o colegiado e nem o presente Conselho, apresento meu voto a versar sobre a integralidade da lide.

Admissibilidade. O recurso voluntário (e-fls. 137/145) é tempestivo (Regulamento da Previdência Social, art. 305, § 1º, na redação do Decreto nº 4.729, de 2003), eis que a decisão recorrida (e-fls. 118/131) foi cientificada em 06/03/2006 (e-fls. 132/134) e o recurso interposto em 05/04/2006 (e-fls. 136/137). Diante do Mandado de Segurança impetrado pela recorrente (e-fls. 878/884), da Súmula Vinculante nº 21 do STF e do art. 42, I, da Lei nº 11.727, de 2008, não há que se exigir depósito recursal. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário.

Prescrição Intercorrente. Nas petições de e-fls. 887/890 e 922/924, protocoladas respectivamente em 04/06/2019 e 26/09/2019, postula-se a extinção do processo pela demora em seu julgamento. O argumento não prospera, eis que não há que se falar em prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, não tendo o princípio consagrado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República o condão de afastar a vinculação do presente colegiado ao entendimento consagrado na Súmula CARF nº 11. Além disso, o presente colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

Decadência. Diante da classificação do documento como “Apropriação Indébita Previdenciária” (e-fls. 8), a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN (Súmula CARF nº 106). Logo, cientificado o lançamento em 05/04/2005 (e-fls. 05), restam atingidas pela decadência as competências 08/1995, 11/1995, 13/1996, 13/1997 e 13/1998,

considerando-se que o lançamento anterior à competência 12/1999 envolve apenas essas competências (e-fls. 08/14).

Situação econômica. De plano, ressalte-se que, uma vez ocorrido o fato gerador, o tributo é devido, sendo irrelevante a intenção e a situação econômica da recorrente ou mesmo a eventual possibilidade de encerramento das atividades da recorrente (Lei nº 5.172, de 1966, arts. 113 a 116, 136 e 142).

Ausência de retenção e reclamações trabalhistas. A recorrente afirma que a folha de pagamento não corresponde ao ocorrido na prática, pois a contribuição previdenciária dos segurados não teria sido retida e nem recolhida, uma vez que “pagou simplesmente a remuneração líquida devida a seus empregados”. Acrescenta ainda que o lançamento veicularia aferição indireta e que deveria considerar os recolhimentos havidos em reclamações trabalhistas.

A aferição da base de cálculo a partir das folhas de pagamento constitui-se em aferição direta da base de cálculo das contribuições previdenciárias. Cabe à recorrente demonstrar sua alegação de as folhas de pagamento não corresponderem à prática executiva dos contratos de emprego (Decreto nº 70.235, art. 16).

Além disso, a argumentação é contraditória, eis que “remuneração líquida” significa o pagamento do valor devido já com o desconto da contribuição previdenciária de titularidade dos segurados. Portanto, a própria recorrente acaba por atestar o desconto da contribuição do segurado empregado, na medida em que reconhece o pagamento da remuneração líquida.

Não detecto nos autos prova a demonstrar que o pagamento da remuneração era efetuado pelo valor bruto da remuneração, ou seja, sem o desconto da contribuição devida pelo segurado.

Com as razões recursais, foram carreadas aos autos (e-fls. 156/837) guias da previdência social a recolher contribuições previdenciárias advindas de decisões em reclamações trabalhistas. Contudo, não foi apresentada prova capaz de vincular tais recolhimentos para com as contribuições previdenciárias objeto da presente NFLD nº 35.753.049-7, não sendo o caso de se converter o julgamento em diligência em razão de ser ônus da impugnante/recorrente instruir a defesa com a prova documental (Decreto nº 70.235, art. 16).

Acrescente-se que a alegação de ser cabível a dedução dos recolhimentos efetuados em reclamações trabalhistas também não prospera em razão de a competência da Justiça do Trabalho se limitar às contribuições previdenciárias dos segurados a ter por base de cálculo salário objeto da condenação constante de sentença ou acordo homologado (Súmula Vinculante nº 53 do STF) e não ao salário já pago (bruto ou líquido) ao tempo da prestação de serviços, tendo a própria recorrente reconhecido que a NFLD versa sobre remuneração líquida anteriormente paga aos segurados.

Sellic. A utilização da Taxa SELIC lastreia-se nos arts. 34 e 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, aquele na redação da Lei nº 9.528, de 1997, e este incluído pela MP nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009, sendo que a incidência sobre débitos tributários está pacificada, conforme Súmula nº 04, do CARF, *in verbis*:

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. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Ademais, 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).

Por essas razões, afastou-se a pretensão recursal a despeito da impossibilidade de aplicação da Taxa SELIC.

Multa. A recorrente sustenta que a multa deve ser de no máximo 2% do valor do débito, sob pena de abusiva inconstitucionalidade e ilegalidade. A multa de mora foi aplicada segundo a legislação vigente ao tempo da lavratura da NFLD, especificada no anexo FLD – Fundamentos Legais do Débito.

Devemos ponderar, contudo, que o Parecer SEI Nº 11315/2020/ME, a se manifestar acerca de contestações à Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, foi aprovado para fins do art. 19-A, caput e inciso III, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, pelo Despacho nº 328/PGFN-ME, de 5 de novembro de 2020, estando a Receita Federal vinculada ao entendimento de haver retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei nº 8.212, de 1991. A Súmula CARF nº 119 foi cancelada justamente pela prevalência da interpretação dada pela jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça de incidência do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, apenas aos débitos de contribuições com fatos geradores ocorridos a partir da vigência da MP nº 449, de 2008.

Assim, adoto a interpretação de ser cabível a retroatividade benigna da multa do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação da Lei nº 11.941, de 2009, em relação aos débitos cujos fatos geradores são anteriores ao início de vigência da MP nº 449, de 2008.

O entendimento em questão não destoa da atual jurisprudência da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. COTA DOS SEGURADOS. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA. NOTA SEI Nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME.

Conforme a Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, é cabível a retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei 8212/91, com a redação da Lei 11.941/09, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A da Lei nº 8.212/91.

Acórdão nº 9202-009.929 – CSRF/2ªTurma, de 23 de setembro de 2021.

Intimação. A intimação deve observar o disposto no art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, havendo jurisprudência sumulada sobre a intimação dirigida ao endereço de advogado a representar a recorrente:

Súmula CARF nº 110

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

Isso posto, voto por REJEITAR A PRELIMINAR de prescrição intercorrente e, no mérito, julgar o recurso voluntário PROCEDENTE EM PARTE para a) declarar a decadência das competências 08/1995, 11/1995, 13/1996, 13/1997 e 13/1998; e b) aplicar a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro