



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

Processo n° 10384.720490/2012-01
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-003.375 – 3ª Turma Especial
Sessão de 16 de julho de 2014
Matéria CP: GLOSA DE COMPENSAÇÃO E MULTA ISOLADA.
Recorrente EMPRESA BARROSO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2009 a 01/08/2010

AÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO APENAS EM FUNÇÃO DA MATÉRIA DIFERENCIADA. AS MATÉRIAS JUDICIALIZADAS ESTÃO FORA DO ALCANCE DA “JURISDIÇÃO” ADMINISTRATIVA. COMPENSAÇÃO. DESRESPEITO A DIVERSAS NORMAS LEGAIS E A DETERMINAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA APURAÇÃO DO MONTANTE COMPENSADO E DAS RUBRICAS INTEGRANTES. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO. PROVAS QUE SE PODERIA E DEVERIA FAZER POR OUTRO MEIO E EM OUTRO MOMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. LANÇAMENTOS QUE SE CONFORMAM AS EXIGÊNCIAS LEGAIS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA MULTA ISOLADA. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Processo nº 10384.720490/2012-01
Acórdão n.º **2803-003.375**

S2-TE03
Fl. 185

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior e Gustavo Vettorato.

CÓPIA

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP - DEBCAD 51.018.967-9, que objetiva a glosa de compensação realizada indevidamente, bem como o Auto de Infração de Multa Isolada – AIMI - DEBCAD 51.018.968-7, que objetiva o lançamento de multa isolada, conforme Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 06 a 11, com período de apuração de 05/2009 a 07/2010, conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 34 e 35.

O sujeito passivo foi cientificado dos lançamentos, em 27/02/2012, conforme Folhas de Rosto dos Autos de Infração, de fls. 12 e 13.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 70 a 86, recebida, em 19/03/2012, estando acompanhada dos documentos, de fls. 87 a 123.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 15-033.491 - 5ª, Turma DRJ/SDR, em 17/09/2013, fls. 127 a 138.

A impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 12/11/2013, conforme AR, de fls. 140.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 142, relativamente aos dois DEBCAD's 51.018.967-9 e 51.018.968-7, recebida, em 14/11/2013, com as razões recursais, as fls. 143 a 174, acompanhada dos documentos, de fls. 175 a 179, onde se alega em síntese, o que abaixo segue.

Preliminar.

- que o recurso é tempestivo, pois intimada em 11/11/2013, encerrando-se o prazo em 11/12/2013;

Mérito.

- que houve equívoco na atuação, pois a compensação foi realizada sob o manto da sentença do MS 2009.40.00.002187-4, referendada pelo TRF5 e nos termos previstos no artigo 66 da Lei 8.383/91 c/c o artigo 74 da Lei 9.430/96;
- que as declarações do contribuinte feitas em GFIP estão embasadas na lei e na decisão judicial, não devendo o contribuinte sofrer fiscalização e nem ser submetido ao pagamento de suposta infração, uma vez que as decisões judiciais vinculam o fisco, devendo tais cobrança serem consideradas indevidas;

- que o direito da recorrente à compensação decorre do recolhimento indevido de contribuição previdenciária sobre os 15 dias iniciais do auxílio-doença, férias e terço constitucional, buscando a recorrente o amparo legal e judicial para realizar a compensação, o que foi judicialmente reconhecido;
- que a compensação foi realizada nos termos da lei, que não exige outorga administrativa ou judicial, uma vez que realizada sob a égide do 66 da Lei 8.383/91 c/c o artigo 74 da Lei 9.430/96, com valores recolhidos nos últimos dez anos com débitos próprios vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos administrados pela RFB, devido a integração realizada pela Lei 11.457/99, pois a aplicação do artigo 66, da Lei 8.383/91 foi pacificado pelo STJ - ED em RESP 78.301 – BA, não buscado a recorrente autorização administrativa ou judicial para a realização da compensação, pois a lei já a autoriza a fazê-lo, buscando apenas garantir judicialmente a realização da compensação, cita HBMS e HBM;
- que não se pode condicionar a compensação ao artigo 170-A, do CTN, cita decisão do TRF1, sendo inaplicável tal restrição;
- que houve equívoco na atuação, pois a compensação foi realizada sob o manto da sentença do MS 2009.40.00.002187-4, referendada pelo TRF5, não havendo dúvidas da possibilidade da utilização de MS para a declaração do direito à compensação, estando os procedimentos do contribuinte lastreados em decisões dos tribunais superiores, não havendo razão para a não homologação das declarações feitas pelo contribuinte, estando os tributos discutidos com a exigibilidade suspensa com previsão judicial e legal;
- que a decisão de primeiro grau cerceou o direito de defesa da recorrente, pois indeferiu pedido de perícia para averiguação do aproveitamento do crédito com base na decisão judicial, uma vez que não foi fundamentada tal recusa, sendo a perícia essencial, pois o lançamento refere-se a supostas diferenças apuradas entre os valores declarados em GFIP's e os efetivamente pagos, devendo a Administração buscar a verdade material, nos termos do artigo 29, do Decreto 70.235/72, não podendo a apreciação do pedido de diligência se confundir com o arbítrio, cita SCHOUERI, ficando assim demonstrada a nulidade da decisão recorrida;

DEBCAD – 51.018.967-9

- que o contribuinte recolheu contribuição previdenciária sobre férias, 1/3 constitucional sobre férias, fazendo jus a compensação, com débitos próprios vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos administrados pela RFB, 66 da Lei 8.383/91 c/c o artigo 74 da Lei 9.430/96;

- que o fisco entendendo não haver impedimento legal ou jurídico formalizou o lançamento exigindo débito com a exigibilidade suspensa;
- que a contribuição previdenciária decorre da prestação de serviços pelos segurados, artigo 195, I, “a”, da CF/88, inciso I, do artigo 22, da Lei 8.212/91 e alínea “a”, do inciso III, do artigo 51 e 52, bem como do inciso, I, do artigo 57 e 72, todos, da IN/RFB Nº 971/2009, estando consagrado pelo STF que a contribuição patronal só incide sobre os valores destinados a retribuir o trabalho, sendo que a tentativa de ampliar a hipótese de incidência pelas MP’s 1523-13 e 1.596-14 foi declarada inconstitucional pela ADIN 1.659-6, sendo finalmente rejeitada quando da conversão da MP 1.596-14 na Lei 9.528/97;
- que o fisco federal em ofensa ao princípio da legalidade estrita e do histórico legislativo e jurisprudencial exige contribuição sobre os 15 primeiros dias do afastamento, salário maternidade, férias gozadas e 1/3 constitucional de férias, situações que não há prestação de trabalho e nem fica o trabalhador a disposição da empresa, sendo inadmissível, ilegal e inconstitucional as disposições da IN sobre a matéria, não havendo trabalho nas férias, cita decisão do TRF5 que exclui da base de cálculo – auxílio doença, auxílio acidente, férias gozadas, salário maternidade e o terço constitucional de férias, ocorrendo ofensa ao princípio constitucional da legalidade tributária exigir contribuição sobre tais valores;
- que a exigibilidade da contribuição sobre as férias gozadas está suspensa em razão das novas decisões do STJ em 2012 e 2013 AgRg 1.420.247 e RE 1.322.945 – DF, visto que não é mais pacífica a jurisprudência a favor da União, cita PBC, sendo que a recorrente procedeu a informação em GFIP por esse motivo e em razão da interposição de RE no STJ;
- que seja assegurado a recorrente o direito líquido e certo da recorrente e não ser compelida a recolher de forma indevida a contribuição previdenciária patronal sobre as férias até decisão final do STJ ou até o trânsito em julgado do MS 2009.40.0021870-4;
- que não há incidência de contribuição previdenciária sobre os 15 primeiros dias do auxílio doença ou acidente, sendo pacífica a jurisprudência do STJ sobre a questão, transcreve decisões, estendendo-se esse entendimento ao salário maternidade e ao terço constitucional de férias, pois nestes casos, também, na há remuneração ao trabalho, implicando o presente lançamento em flagrante desrespeito a decisão judicial favorável a recorrente;

DEBCAD – 51.018.968-7

- que o fisco está exigindo multa de 150%, sob o argumento de que em momento algum tinha o contribuinte direito a tal compensação, sendo tal multa escorchante e afrontadora dos princípios basilares do direito, não podendo a imposição prosperar;
- que a compensação foi realizada com base na lei, independentemente de autorização judicial, motivo pelo qual é improcedente a autuação, só sendo possível a glosa para evitar a decadência, razão pela qual a multa deve ser excluída, cita decisão da DRJ/SDR;
- que para se caracterizar a fraude necessita-se que o contribuinte aja com má-fé e com intuito de lesar os cofres públicos, o que não ocorre no caso, não cabendo a incidência da multa isolada, pois tal exigência é arbitrária, uma vez que o fisco procedeu a cobrança contrariando princípios comezinhos do direito e a jurisprudência pátria, o que torna a autuação nula;
- que entende a recorrente que a CSRF reconhece que a multa fiscal não pode violar princípios constitucionais e cita decisões, para a recorrente a divergência não poderia ser mais clara, pois enquanto a decisão a quo negou a redução da multa isolada os paradigmas citados entendem que a multa por entrega de GFIP com incorreções ou omissões foram alteradas pela MP 449/2008 que acrescentou o artigo 32-A, na Lei 8.212/91;
- que traz decisões do CARF sobre a não incidência da multa qualificada, as quais transcreve, citando, também, HBM, ofendendo a razoabilidade e proporcionalidade a aplicação da multa, o que não pode ocorrer;
- que a recorrente não praticou fraude como entendeu o fisco, quando muito a conduta do contribuinte se configura e mero erro ou equívoco, não estando demonstrado o dolo específico para a configuração do tipo delituoso;
- que a Lei 4.502/64 define o que é fraude, mas o fisco não indicou a ação ou omissão dolosa no presente caso, tendente a impedir ou retardar total ou parcialmente o conhecimento do fato gerador pelo fisco e os demais elementos, pois tudo foi feito às claras sem ocultação;
- que atecnias contábeis, acaso existente, não podem ser consideradas fraudes, cita decisões do CARF, não havendo no caso o evidente intuito de fraude ou sonegação exigência legal para permitir a qualificação da multa, devendo a multa ser afastada;
- Dos pedidos: a) conhecimento e provimento ao recurso, reformando-se a decisão *a quo*; b) julgando improcedente a ação fiscal e os DEBCAD' 51.018.967-9 e 51.018.968-7; c) intimação dos advogados

Processo nº 10384.720490/2012-01
Acórdão n.º **2803-003.375**

S2-TE03
Fl. 190

para comparecerem a sessão se julgamento, visando a sustentação oral.

A autoridade preparadora não se manifestou sobre a tempestividade do recurso.

Os autos foram remetidos ao CARF/MF, despacho de fls. 183.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 19/02/2014.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Delimitação da lide.

Inicialmente, cabe ressaltar o que pode ser objeto de conhecimento nesta decisão e o que não pode vir a ser conhecido na via administrativa em razão da concomitância de demanda administrativa e judicial – MS 2009.40.00.002187-4 - TRF1 -, ainda, em curso, em razão de RESP e de RE da Fazenda Nacional, impetrados em 21/03/2012, que encontram-se sobrestados no TRF1 em razão dos artigos 543 – B, § 1º e 543 – C, § 1º, da Lei 5.869/73, bem como em decorrência de RESP e RE da Empresa Barroso, impetrados em 12/03/2012 e 04/05/2012, respectivamente, portanto, sem a ocorrência do trânsito em julgado do Acórdão do TRF1 no MS, basta ver a tela colacionada.

Número	Data de Entrada	Data de Juntada	Tipo	Complemento
2619920	04/05/11	06/05/11	PETIÇÃO	(MPF)
2728293	05/10/11	24/10/11	EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (FAZENDA NACIONAL)	
2749327	10/11/11	23/11/11	CONTRA-RAZÕES	AOS EMBARGOS (WEB)
2819125	12/03/12	27/03/12	RECURSO ESPECIAL	(EMPRESA BARROSO) (WEB)
2826616	21/03/12	27/03/12	RECURSO ESPECIAL (FAZENDA NACIONAL)	
2826617	21/03/12	27/03/12	RECURSO EXTRAORDINÁRIO (FAZENDA NACIONAL)	
2856183	04/05/12	08/05/12	RECURSO EXTRAORDINÁRIO	(EMPRESA BARROSO) (WEB)
2856246	04/05/12	08/05/12	CONTRA-RAZÕES	AO RE(WEB)
2856248	04/05/12	08/05/12	CONTRA-RAZÕES	AO RESP(WEB)
2921491	06/08/12	09/08/12	PETIÇÃO	(WEB)
2934111	24/08/12	30/08/12	CONTRA-RAZÕES	
2934112	24/08/12	30/08/12	CONTRA-RAZÕES	

Emitted pelo site www.trf1.jus.br em 26/06/2014 às 09:11:28 Consulta respondida em 0,389 segundos
Este serviço tem caráter meramente informativo, portanto, SEM cunho oficial.

Entendo, pois, que não pode ser objeto de apreciação na via administrativa, no atual momento e estágio processual:

1. o próprio direito a restituição/compensação, porém não de forma absoluta, uma vez que o judiciário, em prestígio à lei, disse que:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 11/08/2014

por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 14/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA

Impresso em 14/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“Assim, ressalvo entendimento pessoal e adentro ao mérito da questão, ressaltando na execução administrativa do julgado a conferência dos valores compensados.”,

Ou seja, verificar a regularidade do procedimento compensatório do contribuinte é direito e dever do fisco.

2. Prescrição – deve-se observar três procedimentos, conforme abaixo transcrito:

Assim, a repetição dos valores recolhidos deve observar o seguinte:

- a) créditos anteriores à vigência da LC n. 118/05 cujas homologações foram expressas aplica-se o prazo prescricional de 5 anos contados da homologação;
- b) créditos anteriores à vigência da LC n. 118/05 cujas homologações foram tácitas o prazo prescricional se inicia após o prazo de homologação tácita (5 anos), ou seja, segue a tese dos cinco mais cinco, limitado o prazo prescricional a 5 (cinco) anos após 09/06/2005;
- c) créditos posteriores à vigência da LC n. 118/05 tem o prazo prescricional de 5 anos contados do recolhimento indevido.

3. Incidência e não incidência da contribuição previdenciária, observe-se a transcrição do Acórdão do TRF1;

Em relação à remuneração paga pelo empregador durante os primeiros quinze dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente, mantenho o decidido na sentença, tendo em vista que a jurisprudência encontra-se pacificada no sentido de que tal verba não tem natureza salarial e sim previdenciária:

Assim, ressalvado o entendimento pessoal, porque a premissa é tirada da hipótese do regime previdenciário do servidor e não do RGPS, em que toda contribuição repercute nos proventos de aposentadoria, mantenho o decidido na sentença que reconheceu ser indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

No tocante ao salário-maternidade e às férias, a jurisprudência é pacífica no sentido de que tais verbas possuem natureza salarial, integrando, assim, a base de cálculo da contribuição previdenciária. Mantenho, portanto, a sentença neste ponto.

Desta forma, o julgado decidiu que: a) NÃO INCIDE contribuição previdenciária nos 15 primeiros dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente; b) NÃO INCIDE a contribuição previdenciária sobre o 1/3 constitucional de férias; c) INCIDE contribuição previdenciária sobre salário maternidade e sobre as férias.

4. submissão da compensação ao artigo 170 – A, da Lei 5.172/66:

Sendo assim, correta a sentença que aplicou a regra do art. 170-A do CTN, não merecendo provimento o apelo da impetrante neste ponto.

5. compensação com qualquer espécie de tributo.

No caso a compensação é para o futuro e sendo as contribuições incidentes sobre a remuneração paga, estão abrangidas pela vedação de compensação pelo art. 74 da Lei 9.430/96 e só podem ser compensadas com contribuições de mesma espécie, a saber, aquelas previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/91.

6. obediência à IN/900/2008 quanto a regras de compensação.

De outro lado, considerando que a compensação será devida nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (art. 170 do CTN e art. 89 da Lei 8.212/91), devem ser observadas as regras infralegais relativas ao procedimento da compensação que, nos termos dos arts. 34 a 39, 44 a 47 e 70 a 71 da IN 900/2008, demandam prévia habilitação administrativa.

Como se vê, as condições e exigências impostas pela aludida instrução normativa são de todo razoáveis e não podem ser inquinadas de ilegais porque buscam identificar e certificar a existência do crédito e as condições em que foi reconhecido e a legitimidade do contribuinte, informações que devem ser predefinidas ao pedido de compensação

7. que a compensação não fica sujeita à limite:

Limitação do § 3º do art. 89 da Lei n. 8.212/91 e Lei 9.129/95
Merece provimento o apelo da impetrante, porque se aplica à compensação a lei vigente quando do encontro de contas e como ela se dará no futuro, não se pode aplicar a norma, porque revogada pelo art. 79 da Lei 11.941/09.

Por fim , o dispositivo do Acórdão do TRF1, assim fixou.

DISPOSITIVO

Ante ao exposto:

a) dou parcial provimento à apelação da impetrante para afastar a limitação do § 3º do art. 89 da Lei 8.212/91 e Lei 9.129/95.

b) dou parcial provimento à apelação da Fazenda e à remessa oficial para:

b.1) determinar a prescrição quinquenal dos créditos anteriores à vigência da LC 118/05 homologados expressamente pela SRF, a ser objeto de conferência administrativa;

b.2) limitar a compensação com contribuições de mesma espécie;

b.3) *determinar a observância das regras administrativas do procedimento da compensação previstas na IN 900/2008.*

É o voto.

Esses são os pontos que entendo não comportam mais discussão na via administrativa e assim não serão objeto de decisão, mas apenas de análise da conformação de sua observação, nos termos dos artigos artigo 126, § 3º, da Lei 8.213/91 c/c artigo 38, parágrafo único, da Lei 6.830/80 c/c o artigo 87 e seu parágrafo único, do Decreto 7.574/2011.

Preliminar.

A tempestividade foi reconhecida tanto é assim que o recurso está comportando apreciação pelo colegiado.

Mérito.

O fisco lançou o crédito constante do presente PAF porque o contribuinte não respeitou o que decidido na sentença judicial é o que consta do REFISC, de fls. 06 a 11, nos parágrafos que ora transcrevo.

1. **Guilhermano Pires Ferreira Corrêa e José Carlos Fortes Castelo Branco Filho, Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, auditando o contribuinte acima identificado, constataram a realização de compensações de contribuições previdenciárias em desacordo com o que disciplina o art. 170-A do Digesto Código Tributário Nacional.**

5. **O TRF-1, em sede de apelação, manteve o entendimento do Juizado de Primeira Instância no que toca a aplicabilidade da sentença quanto às compensações, condicionado-as ao trânsito em julgado da sentença, guardando perfeita sintonia com o disposto no art. 170-A do Código Tributário Nacional, que dispõe, *in verbis*:**

“Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

O fisco entendeu como eu, também, entendo que a compensação realizada antes do trânsito em julgado da sentença, isto é, com a não observação do artigo 170 – A, da Lei 5.172/66 é procedimento irregular, pois não há direito consagrado ao contribuinte, mas, ainda, suposto direito em discussão judicial. Aliás, o fisco demonstrou que o Douto MM Juiz Federal ao receber a apelação, assim se manifestou, veja a transcrição.

Recebo os recursos de apelação de fls. 280/292 e 309/327 somente no efeito devolutivo (art. 12, parágrafo único da Lei nº 1.533/51) e, no que tange à compensação, nos efeitos suspensivo e devolutivo, nos termos do art. 170-A do código Tributário Nacional. Intimem-se. A União (Fazenda Nacional) já apresentou suas contrarrazões às fls. 296/308. Abra-se vista ao impetrante, também apelado, para apresentar as contrarrazões de no prazo legal. Em seguida, não sendo

*interposto(s) recurso(s) adesivo(s), nem havendo questões relativas a pressupostos de admissibilidade do(s) recurso(s), remetam-se os autos ao colendo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.*¹ (o destaque é meu)

Fica evidente da leitura do despacho judicial que a compensação não comportava “execução provisória”, pois a eficácia da sentença judicial estava suspensa quanto a essa parte.

Assim sendo, o contribuinte recorrente não podia efetivar a compensação, bem como não podia declará-la em sua GFIP, pois não havia direito reconhecido ao contribuinte para tanto, como ficou consignado no REFISC dos lançadores, segue mais um trecho do citado documento.

8. Em virtude da decisão proferida em juízo determinando que as compensações das contribuições previdenciárias recolhidas indevidamente sobre os 15 (quinze) primeiros dias de afastamento por motivo de doença (antes da obtenção do auxílio-doença) e sobre os valores pagos a título de adicional de férias de 1/3 (um terço) somente poderiam ser realizadas após o trânsito em julgado da sentença, caberia ao contribuinte retificar as Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP das competências 05.2009 a 06.2010, estornando os valores informados a título de compensação, procedimento não adotado pelo mesmo até o dia 20.12.2011, data em que se efetivou a ciência do início da auditoria fiscal, por meio da assinatura do Termo de início de Procedimento Fiscal.

9. Nota-se, desta forma, que o contribuinte não observou a decisão proferida, mantendo intencionalmente inalterados os valores de compensações declarados nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP das competências 05.2009 a 06.2010, fato que culminou com a redução dos valores devidos de contribuições previdenciárias nas citadas competências, materializando assim, em tese, a conduta tipificada no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, razão pela qual foi elaborada a competente Representação Fiscal para Fins Penais.

Assiste razão ao contribuinte quando diz que a decisão judicial vincula o fisco e foi isso que o fisco fez respeitou a decisão judicial que deferiu o direito à compensação das contribuições para após ocorrido o trânsito em julgado da sentença.

A recorrente não está correta quando diz que o direito a compensação decorre do recolhimento indevido de contribuição previdenciária sobre os 15 dias iniciais do auxílio-doença, férias e terço constitucional, pois é fácil verificar que a sentença, a qual foi confirmada pelo Acórdão nesse ponto apenas excluiu a contribuição em razão do recolhimento indevido de contribuição previdenciária sobre os 15 dias iniciais do auxílio-doença e terço constitucional de férias e nada mais, porém limitando esse direito as condições estabelecidas na sentença, o que não foi atendido pela recorrente.

Embora o contribuinte não tenha buscado autorização judicial ou administrativa para realizar da compensação o contribuinte buscou judicialmente a

¹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - TRF1. Seção Judiciária do Piauí. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em 26 jun. 2014

reconhecimento do direito à compensação, pois o suposto direito creditório era de natureza controvertida e este não poderia ser usufruído sem que o contribuinte obtivesse provimento judicial a seu favor para deixar de efetuar o recolhimento da exação e muito menos para poder promover a cobrança do indébito dos valores recolhidos anteriormente à decisão judicial.

Todavia, apesar de ter sido reconhecido parcialmente o direito à compensação de parte das contribuições previdenciárias, esse reconhecimento foi condicionado. Assim, o fisco não está pondo em dúvida o direito do contribuinte de se compensar sem a necessidade desta ou daquela autorização, mas que o direito a tal compensação não existia e não existe, haja vista que a sentença o condicionou ao trânsito em julgado, o que, ainda, não se deu.

O artigo 74, da Lei 9.430/96 não se aplica as contribuições previdenciárias e o artigo 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007 é expresso nesse sentido e o contribuinte fez vistas grossas no que tange a vedação, pois está não lhe favorece.

O artigo 66, da Lei 8.383/91 se submete as demais determinações legais que são posteriores e que tratam da matéria referente a compensação, assim o artigo 170 – A, introduzido na Lei 5.172/66 pela LC 104/2001, não pode ser afastado.

A decisão judicial suscitada ED em RESP 78.301 – BA não tem aplicabilidade ao presente caso.

A uma, porque não se cuida de decisão a favor do contribuinte recorrente em processo que ele seja parte e a sentença é lei entre as partes e somente entre as partes.

A duas, porque muito anterior a alteração legislativa da LC 104/2001 e Lei 11.457/2007, uma vez que a decisão judicial é de 28/04/1997 e assim prolatada sobre lastro legal, hoje, ultrapassado.

As doutrinas suscitadas não se aplicam, uma porque o contribuinte, ainda, não é credor de nada, pois o direito de crédito não existe e a outra porque não se refere ao dispositivo legal aplicável.

A restrição a compensação se dá pela aplicação do artigo 170 – A, da Lei 5.172/66, que existe, é vigente e eficaz, assim, de observação obrigatória pelo fisco artigo 37, *caput*, da CRFB/88, bem como pela própria sentença e acórdão judicial e do que diz o artigo 468, da Lei 5.869/73.

As GFIP's apresentadas em função da compensação com a inclusão dos valores compensados estão desrespeitando a lei, uma vez que não existe tal direito creditório e muito menos o direito a compensação, assim sendo não há razão para o fisco homologar compensação que entende ilegal e irregular.

Após leitura da impugnação, ainda, que perfunctória não verifiquei menção a perícia/diligência muito menos sua inclusão nos pedidos, veja a transcrição.

Diante do exposto, requer-se que seja RECEBIDA A PRESENTE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA, porquanto tempestiva, para que sejam anulados os autos de infração **DEBCAD Nº 51.018.967-9** e **DEBCAD Nº 51.018.968-7** em decorrência da verificação de vícios formais e substanciais que lhes revestem de completa nulidade.

Assim sendo, não pode haver cerceamento de defesa, de defesa que não foi explicitada e para a qual não houve pedido, e, ainda, que o tivesse sido, tal pedido por certo não atende ao artigo 16, inciso IV, do Decreto 70.235/72 e mesmo que atendesse pode o julgador indeferir tal pedido, quando o entender desnecessário, protelatório, prescindível ou impraticável, nos termos do artigo 18, do citado diploma legal.

No presente caso a perícia é desnecessária, uma vez que não existem supostas diferenças entre o que efetivamente pago e o que declarado em GFIP, pois não é essa a origem do lançamento.

A origem do lançamento é a declaração em GFIP de compensação inexistente, uma vez que o direito creditório, não está configurado no MS impetrado, pois dependente do trânsito em julgado da sentença, a busca da verdade material se dá em razão dos meios de prova e essas se dirigem ao julgador para formar a sua livre convicção.

Desta forma, não há nulidade na decisão *a quo*.

DEBCAD 51.018.967-9.

Na presente decisão já foi esclarecido que o contribuinte não teve reconhecido pelo judiciário direito a compensação sobre o valor de férias regulares, mas apenas do terço constitucional de férias.

O artigo 66, da Lei 8.383/91 se submete as demais determinações legais que são posteriores e que tratam da matéria referente a compensação, assim o artigo 170 – A, introduzido na Lei 5.172/66 pela LC 104/2001, não pode ser afastado.

O artigo 74, da Lei 9.430/96 não se aplica as contribuições previdenciárias e o artigo 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007 é expresso nesse sentido e o contribuinte fez vistas grossas no que tange a vedação, pois está não lhe favorece.

Entendo que o fisco está correto não há impedimento jurídico ou legal para o lançamento, haja vista que o contribuinte, não poderia ter se compensado.

Não há crédito com exigibilidade suspensa, pois não estamos diante de uma das possibilidades do artigo 151, incisos I a VI, da Lei 5.172/66 e muito menos havia crédito lançado para ter a exigibilidade suspensa, o lançamento se deu depois da decisão judicial, logo essa não pode ser referir a esse lançamento.

A hipótese de incidência da contribuição previdenciária não está em discussão nesses autos, pois como dito no início essa matéria está definida na decisão judicial, assim fora do âmbito de aplicação dessa decisão administrativa.

O alargamento da hipótese de incidência com base nas MP's 1.523-13 e 1.596-14, bem como a decisão da ADIN 1.659-6 é irrelevante, pois não existe nos autos lançamento com base nesses atos jurídicos.

O fisco só exige o que o legislativo em se poder normatizador determinou, pois não é o fisco que deve apreciar a validade, regularidade e constitucionalidade da norma, uma vez que esse é mero aplicador das normas existentes, válidas e eficazes.

Aliás, não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

RICARF PT/MF 256/2009

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, todas as normas que passam pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido gozam de presunção de constitucionalidade e assim devem ser respeitadas, afinal de contas é a própria CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LVII, diz:

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, “mutatis mutandis”, por que condenar a lei antes que o órgão competente o faça.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de constitucionalidade, seja em preliminar ou em mérito, não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

As decisões judiciais de qualquer tribunal em ações subjetivas que não possuam a eficácia de ADIN; ADC; SÚMULA VINCULANTE e outras só possuem eficácia entre as partes envolvidas e não se prestam a suspender os efeitos da norma legal com eficácia *erga omnes e ex tunc*.

A divergência jurisprudencial, também, não possui o efeito de suspender a eficácia da lei, esta mesma divergência não autoriza o contribuinte a declarar compensação inexistente em sua GFIP e muito menos o fato de ter impetrado Recurso Especial e REXT – adesivo, pois estes recursos não lhe asseguram o direito pleiteado, mas apenas a possibilidade de discuti-lo.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ vem decidindo que incide contribuição sobre as férias e o salário maternidade.

EMEN: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 22, INCISO I, DA LEI N. 8.212/91. SALÁRIO-MATERNIDADE E FÉRIAS GOZADAS. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. 1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.230.957/RS, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008, firmou a orientação no sentido de que **incide contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade. 2. O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário de contribuição. Precedentes desta Corte Superior: AgRg no REsp 1.355.135/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 27/2/2013; e AgRg nos EDcl no AREsp 135.682/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 14/6/2012. 3. Consoante entendimento pacificado na jurisprudência, o disposto no art. 170-A do CTN, que exige o trânsito em julgado para fins de compensação de crédito tributário, somente se aplica às demandas ajuizadas após a vigência da Lei Complementar n. 104/01, ou seja, a partir de 11/1/2001, o que se verifica na espécie. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. EMEN: (AGRESP 201100422106, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2014 ..DTPB:.)**

EMEN: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. FÉRIAS. INCIDÊNCIA. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. 1. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.230.957-RS, da relatoria do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, sob o regime do artigo 543-C do CPC, Dje 18-3-2014, reiterou o entendimento de que incide

contribuição previdenciária sobre o salário maternidade. 2. "A respeito dos valores pagos a título de férias, esta Corte vem decidindo que estão sujeitos à incidência da contribuição previdenciária. Precedentes: AgRg no Ag 1424039/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 21/10/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1040653/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15/09/2011." (AgRg no AREsp 90.530/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 04/04/2014) Agravo regimental improvido. EMEN:(AGARESP 201200165986, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:29/04/2014 ..DTPB:.) (todos os realces são meus).

A recorrente não tem direito líquido e certo a deixar de contribuir sobre os valores pagos a título de férias, pois a divergência jurisprudencial do STJ não lhe dá esse direito, e a sentença do MS, bem como o acórdão do TRF1 decidiram que tal rubrica é base de cálculo da contribuição, assim, a contribuição é exigível.

Assiste razão a recorrente ao dizer que sobre os quinze primeiros dias iniciais do afastamento em razão de doença ou acidente e do terço constitucional de férias não incide contribuição previdenciária.

EMEN: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FOLHA DE SALÁRIOS. AUXÍLIO DOENÇA. QUINZE PRIMEIROS DIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.230.957-RS. 1. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.230.957-RS, da relatoria do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, sob o regime do artigo 543-C do CPC, Dje 18-3-2014, fixou o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de auxílio doença durante os primeiros quinze dias de afastamento do empregado, bem como sobre o terço constitucional de férias. 2. Agravo regimental não provido. EMEN: (AGA 201101951156, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:27/05/2014 ..DTPB:.) (os destaques são meus).

Neste contexto como tal questão foi decidida no rito do artigo 543 – C, da Lei 5.869/73 é de aplicação obrigatória nesse colegiado, artigo 62 – A, do Portaria MF 256/2009 Regimento Interno do CARF, veja a transcrição.

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. {2}

Mas, diferentemente do que alegado pela recorrente tal situação não se aplica ao salário maternidade, pois o STJ tem jurisprudência pacífica de que tal verba é base de

cálculo da contribuição previdenciária e acima já transcrevi decisões desse tribunal sobre a questão.

O lançamento não encerra desrespeito a decisão judicial, pois o lançamento é decorrência de compensação realizada de forma indevida, estando suspenso o direito a realização da compensação pelo contribuinte, por força da decisão judicial, em razão da necessidade de atendimento do artigo 170 – A, da Lei 5.172/66.

DEBCAD – 51.018.968-7

A multa isolada prevista em lei, não é escorchant e muito menos afrontadora dos princípios basilares do direito, tendo em vista que o projeto de lei que possibilitou sua instituição passou pelo processo legislativo como determinado na CRFB/88, obtendo a sanção presidencial e promulgação.

Além do que, tal multa visa penalizar conduta que a lei considera mais gravosa ante a ocorrência de falsidade na declaração, como prevista no artigo 89, parágrafo 10, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ em diversos julgados já se pronunciou sobre multa nesse patamar e as tem consideradas validadas em decorrência de aspectos diversos de cada caso, veja as ementas dos arestos.

EMEN: TRIBUTÁRIO. FRAUDE. NOTAS FISCAIS PARALELAS. PARCELAMENTO DE DÉBITO. REDUÇÃO DE MULTA. LEI Nº 8.218/91. APLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE CONFISCO. TAXA SELIC. LEI Nº 9.065/95. INCIDÊNCIA. 1. Recurso Especial contra v. Acórdão que considerou legal a cobrança da multa fixada no percentual de 150% (cinto e cinqüenta por cento) e determinou a incidência da Taxa SELIC sobre os débitos objeto do parcelamento. 2. A aplicação da Taxa SELIC sobre débitos tributários objeto de parcelamento está prevista no art. 13, da Lei nº 9.065, de 20/07/1995. 3. É legal a cobrança de multa, reduzida do percentual de 300% (trezentos por cento) para 150% (cinto e cinqüenta por cento), ante a existência de fraude por meio de uso de notas fiscais paralelas, comprovada por documentos juntados aos autos. Inexiste na multa efeito de confisco, visto haver previsão legal (art. 4º, II, da Lei nº 8.218/91). 4. Não se aplica o art. 920, do Código Civil, ao caso, porquanto a multa possui natureza própria, não lhe sendo aplicável as restrições impostas no âmbito do direito privado. 5. A exclusão da multa ou a sua redução somente ocorrem com suporte na legislação tributária. 6. Recurso não provido. EMEN: (RESP 200200278487, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:10/06/2002 PG:00162 ..DTPB:.)

EMEN: TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. EXTRAVIO. RECINTO ALFANDEGADO. TRIBUTOS ADUANEIROS. PENALIDADE. ART. 44, I, DA LEI 9.430/1996. APLICAÇÃO. 1. Hipótese em que o TRF reconheceu a responsabilidade do titular do recinto alfandegado pelos tributos aduaneiros e pela penalidade por ausência de recolhimento (questões incontroversas). No entanto,

entendeu que a sanção aplicada com base no art. 44, I, da Lei 9.430/1996 (75%) não é razoável, pois superior à multa para conduta mais grave (50% para evasão fraudulenta – art. 44, II, da mesma Lei). 2. Por ocasião do extravio e da autuação (2003), a multa para o caso de fraude, prevista no 44, II, da Lei nº 9.430/1996, era de 150%. O dobro da penalidade de 75% aplicada pela fiscalização. 3. Posteriormente, à época do acórdão recorrido (maio de 2007), o dispositivo legal deixou de prever a multa de 150% para fraude, mas, diferentemente do que decidiu o TRF, não fez referência à conduta dolosa para a aplicação da multa de 50% (redação dada pela MP 351, de 22.1.2007, convertida na atual Lei 11.488/2007). 4. Houve a criação de penalidade (art. 44, II, da Lei 9.430/1996 – redação atual), fixada em 50%, para ilícito completamente diverso e específico, sem referência ao intuito de fraude, o que afasta o fundamento do acórdão recorrido. 5. É inviável desconsiderar norma federal expressa (art. 44, I, da Lei 9.430/1996) sem declaração de inconstitucionalidade, nos termos da Súmula Vinculante 10/STF. 6. Recurso Especial provido. ..EMEN: (RESP 200702176976, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/08/2009 ..DTPB:.)

EMEN: TRIBUTÁRIO. CRÉDITO ADQUIRIDO DE TERCEIROS. COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA. ART. 74, §12, "A" E "B", DA LEI N. 9.430/96 (REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.051/2004). APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. ART. 18, §2º, DA LEI N. 10.833/2003 (REDAÇÃO DADA TAMBÉM PELA LEI N. 11.051/2004). 1. Segundo a jurisprudência do STJ, aplica-se aos pedidos de compensação a legislação vigente na data do ajuizamento da demanda. Em se tratando de PER/DCOMP transmitida em 14.01.2005 já estava em vigor art. 74, §12º, II, "a" e "b", da Lei n. 9.430/96 (redação dada pela Lei n. 11.051/2004), que considerou não declaradas as compensações efetuadas com crédito de terceiros. 2. Cabível a multa de ofício para o caso, a teor do também vigente (em 14.01.2005) art. 18, §2º, da Lei n. 10.833/2003 (redação dada pela Lei n. 11.051/2004), que trazia completa a hipótese de incidência da multa, mencionando a violação ocorrida (compensação não declarada) e o percentual da multa aplicável (150%). 3. Recurso especial não provido. EMEN: (RESP 201100395684, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:16/05/2011.DTPB:.)

EMEN: TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN. IMPOSTO DE RENDA. ARBITRAMENTO. DEPÓSITOS E EXTRATOS BANCÁRIOS. SÚMULA 182/TFR. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. MULTA MORATÓRIA. INCIDÊNCIA DO ART. 44, I E II, DA LEI N. 9.430/96. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. VIOLAÇÃO

*DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. 1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresentar omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão. 2. O art. 112 do CTN, que preconiza que a legislação tributária que comine sanção ao contribuinte deve ser interpretada de forma mais favorável ao acusado, conforme hipóteses ali previstas, é aplicável "em caso de dúvida", o que não ocorreu na espécie, haja vista o convencimento do magistrado a quo acerca da serventia e suficiência de documentos que comprovam a remessa de quantias à conta bancária mantida pela contribuinte no exterior, considerando que restou incontroversa nos autos a ocorrência de acréscimo patrimonial a descoberto. 3. É assente nesta Corte que, quando da revisão da declaração de ajuste anual apresentada a Administração Fazendária constatar a omissão de rendimentos e, conseqüentemente, apurar existência de imposto de renda a pagar, o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte ao que poderia ter sido lançado o tributo, nos termos do art. 173, I, do CTN. 4. A jurisprudência desta Corte inaugurou novo entendimento no sentido da inaplicabilidade da Súmula 182/TFR ("é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários"), e da possibilidade de autuação do Fisco com base em demonstrativos de movimentação bancária, em decorrência da aplicação imediata da Lei n. 8.021/90 e Lei Complementar n. 105/2001, como exceção ao princípio da irretroatividade tributária. 5. **Uma vez assentado, inclusive na sentença, a presença do intuito de fraude, requisito indispensável à incidência da multa de 150%, o órgão julgador manteve sua aplicação com base no art. 44, II, da Lei n. 9.430/96, com a redação vigente à época dos fatos.** 6. Uma análise mais acurada acerca da pretendida redução da multa moratória pelo princípio do não confisco e princípio da proporcionalidade, além de ensejar o reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ, atrai a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais, o que não é possível na via especial, nem à guisa de prequestionamento, porquanto matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos dos arts. 102, III e 105, III, da Carta Magna. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para sanar as omissões apontadas. EMEN: (EDAGRESP 201201925073, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:13/12/2012 ..DTPB:.) (todos os grifos são meus).*

Assim sendo, nada há de irregular na aplicação de multa com percentual previsto em lei, onde o fisco verificou a ocorrência da situação prevista em lei que autoriza tal sanção, conforme se depreende dos dois trechos do relatório fiscal, abaixo transcritos.

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PIS. OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ATO FINAL. LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO E NOTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. 1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o sujeito passivo omite-se no cumprimento dos deveres que lhe foram legalmente atribuídos, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN). 2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário. 3. **O direito de lançar é potestativo. Logo, iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do auto de infração e a devida ciência do sujeito passivo da obrigação tributária no prazo legal, desaparece o prazo decadencial.** 4. Súmula TFR 153: "Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há que se falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos". 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial. (EDRESP 200900655845, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, 14/02/2011)*

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. MATÉRIA DECIDIDA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 973.733/SC. ARTIGO 543-C, DO CPC. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUENAL. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA. 1. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "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; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento." 2. A decadência ou caducidade, no âmbito do **Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo***

de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 3. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 973.733/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento de que " o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). (Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em FALTA O JULGAMENTO AGUARDAR) 4. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 534-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008). 5. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado de contribuição social foi omitida pelo contribuinte concernente ao fato gerador compreendido a partir de 1995, consoante consignado pelo Tribunal a quo; (c) o prazo do fisco para lançar iniciou a partir de 01.01.1996 com término em 01.01.2001; (d) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 15.07.2004, data da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que formalizou os créditos tributários em questão, sendo a

Este processo também tem recebido a denominação de ação fiscal.

A fase não contenciosa é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo.

A fase não contenciosa ou unilateral termina com o termo de encerramento de fiscalização, que será acompanhado de um auto de infração nos casos em que alguma infração da legislação tributária tenha sido constatada.

Denomina-se auto de infração o documento no qual o agente da autoridade da Administração tributária narra a infração ou as infrações da legislação tributária atribuídas por ele ao sujeito passivo da obrigação tributária, no período abrangido pela ação fiscal.³ (todos os grifos são meus).

A lei não exige a ocorrência de fraude, mas sim a falsidade na declaração de compensação apresentada. O artigo 89, parágrafo 10, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 prevê que o percentual do inciso I, do *caput*, do artigo 44, da Lei 9.430/96 será aplicada em dobro em caso de comprovada falsidade da declaração apresentada.

No entanto, em momento algum remete tal qualificação, ao que está estabelecido no parágrafo 1º, do artigo 44, da Lei 9.430/96, que por sua vez remete aos artigos 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64.

A lei previdenciária apenas manda utilizar o percentual de setenta e cinco por cento e dobrá-lo em caso de falsidade da declaração e nada mais. Não há nulidade alguma no lançamento promovido pelo fisco.

Os precedentes invocados e transcritos da CSRF não são aplicáveis ao presente caso e muito menos há divergência entre o acórdão *a quo* e as decisões citadas. O artigo 32 – A, introduzido na Lei 8.212/91 pela Lei 11.941/2009 oriunda da conversão da MP 449/2008 cuida de descumprimento de obrigação acessória, dever instrumental e a respectiva sanção por esta infração. Porém o presente auto de infração e a decisão da DRJ a ele referente cuidam de obrigação principal exigência de tributo indevidamente compensado é certo que esse conduta, também, implicaria no lançamento de um segundo auto de infração, qual seja aquele estabelecido no artigo 32 – A, acima, citado, contudo se aplica duas penalidades pelo mesmo fato.

Ficou consignado linha atrás que a exacerbação da multa isolada nada tem a ver com a aplicação dos artigos 71; 72 e 73, da Lei 4.502/64, uma vez que o artigo 89, parágrafo 10, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, não faz tal exigência, mas apenas prevê a aplicação do percentual do inciso I, do *caput*, do artigo 44, da Lei 9.430/96 que será aplicado em dobro em caso de comprovada falsidade da declaração apresentada, como consta em sua redação. Assim, os dois precedentes do CARF citados e apoiados na Lei 4.502/64 não se ajustam ao presente caso, Acórdão nº 106-16779 e 103-22893, também, inaplicável ao caso a lição doutrinária trazida, pois a multa esta sendo cobrada junto com o tributo indevidamente compensado, bem como cabe ao fisco cumprir o que diz o artigo 142, parágrafo único, da Lei 5.172/66 c/c o artigo 37, *caput*, da CRFB/88.

O fisco não disse que o contribuinte praticou fraude, em momento algum li isso no REFISC do auto de infração.

Consta do REFISC os motivos da aplicação da multa ao contribuinte: “A aplicação da multa isolada em dobra tem por finalidade a falsidade das informações das compensações declaradas...” em outra passagem os agentes lançadores enquadraram, em tese, a conduta da recorrente no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90, que tem a redação, abaixo, transcrita, e que nada fala em fraude, mas sim em declaração falsa.

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; (fíz o destaque).

O lançamento nada tem a ver com atecnias contábeis, pois a declaração de compensação irregular foi verificada nas GFIP's e não na contabilidade da recorrente, devido a não observação das disposições legais e do que decidido na sentença do MS impetrado pela recorrente. Desta forma, o fisco considerou as compensações realizadas irregulares e indevidas, pois o direito creditório não está cristalizado.

Novamente, a questão de fraude ou sonegação nada tem a ver com a aplicação da multa isolada em dobro, pois como explicitado em várias passagens, o artigo 89, parágrafo 10, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, não faz tal exigência, mas apenas prevê a aplicação do percentual do inciso I, do *caput*, do artigo 44, da Lei 9.430/96 que será aplicado em dobro em caso de comprovada falsidade da declaração apresentada, como consta em sua redação, sendo isso que o fisco entendeu ter ocorrido e comprovado.

Os precedentes do CARF citados aqui tiveram sua aplicação e incidência afastada e novo precedente citado, também, não se aplica, pois o Acórdão 2401-002.866, mantém a fraude como seu pressuposto, o que não é o caso dos autos.

Indefiro o pedido de intimação para sustentação oral, uma vez que o artigo 55, parágrafo único, da Portaria MF 256/2009 Regimento Interno do CARF estabelece que a pauta de julgamento será publicada no DOU com dez dias de antecedência a data da sessão de julgamento, bem como publicada no *site* do CARF na internet, cabendo ao contribuinte diligenciar sobre o assunto.

Ressalvo, que no caso das contribuições sociais previdenciárias sobre os quinze primeiros dias iniciais do auxílio doença ou auxílio doença acidentário, bem como do terço constitucional de férias e que estão reconhecidos na sentença do MS e no Acórdão de Apelação do MS no TRF1 como fora do campo da incidência da contribuição, os quais, também, vem sendo consideradas fora da incidência da contribuição pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ e decidido no rito do artigo 543 – C, da Lei 5.869/73, que é de aplicação obrigatória nesse conselho, artigo 62 – A, do Portaria MF 256/2009 Regimento Interno do CARF, conforme transcrição, abaixo.

EMEN: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FOLHA DE SALÁRIOS. AUXÍLIO DOENÇA. QUINZE

PRIMEIROS DIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.230.957-RS. 1. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.230.957-RS, da relatoria do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, sob o regime do artigo 543-C do CPC, Dje 18-3-2014, fixou o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de auxílio doença durante os primeiros quinze dias de afastamento do empregado, bem como sobre o terço constitucional de férias. 2. Agravo regimental não provido. EMEN: (AGA 201101951156, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:27/05/2014 ..DTPB:.) (os destaques são meus).

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF

Permite-me entender assistir razão ao contribuinte que tais rubricas não podem ser dele exigidas e nem constar como parcela integrantes da glosa da compensação realizada.

Todavia, ficou explicitado no lançamento que apesar de a recorrente ter sido intimada, via TIPF, de fls. 34 e 35 a apresentar os documentos relativos aos valores compensados que possibilitaram averiguar quais parcelas estavam incluídas efetivamente na compensação, a recorrente não apresentou tais documentos, bem como não o fez na impugnação e nem mesmo na fase recursal.

Assim sendo, deixou o contribuinte de fazer prova a seu favor, bem como não atendeu ao artigo 333, II, da Lei 5.869/73 c/c o artigo 16, §4º, do Decreto 70.235/72.

Essa situação foi explicitada pelo julgador *a quo* observe-se o que disse o I Julgador da DRJ.

O crédito da autora, entretanto, não advém da simples declaração de que não há incidência. Para que restasse comprovada a existência do crédito, seria necessário comprovar o montante dos recolhimentos efetuados a este título e a data em que cada um deles foi realizado. No presente caso, estes documentos foram requeridos ao impugnante por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF.

Não há nos autos elementos que comprovem o atendimento à intimação. A sentença proferida não é líquida. O montante do eventual crédito detido pelo contribuinte não foi objeto de discussão judicial. Do mesmo modo, em nenhum momento ao longo do procedimento de fiscalização ou no processo administrativo fiscal, a empresa trouxe elementos para comprovar a liquidez e certeza dos créditos utilizados na compensação.

Como visto, sobejam razões para o reconhecimento da ilegalidade do procedimento de compensação adotado pelo

impugnante e, conseqüentemente, para a glosa dos valores compensados. (novamente estes realces são meus).

A não apresentação por parte do contribuinte dos documentos necessários a verificar o *quantum* da compensação, como este foi obtido, o que nele incluído e como corrigido, não permitiu ao fisco essa verificação, assim sendo toda a compensação foi glosada.

Assim com esses esclarecimentos rejeito todas as alegações suscitadas pela recorrente em preliminar e em mérito, rejeitando todos os pedidos, exceto quanto ao conhecimento do recurso, o que fiz.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento, para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.