



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

Processo n° 10580.004679/2007-61
Recurso n° 111.111 Voluntário
Acórdão n° **2403-01.100 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de março de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente BRASKEN S/A - SUC.OPP QUÍMICA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2010 a 31/10/2010

PREVIDENCIÁRIO. COMPENSAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. As contribuições previdenciárias se subsumem aos comandos dos tributos sujeitos à homologação e o direito de compensar as contribuições recolhidas indevidamente ao INSS prescreve em 05 (cinco) anos observando o RE 561908 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - o Supremo Tribunal Federal - STF, que na sessão plenária de 4 de agosto de 2011, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário n° 566.621/RS, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, o qual de repercussão geral assentou ser inconstitucional a aplicação dos artigos 3° e 4°, segunda parte, da Lei Complementar n° 118/2005 às situações anteriores à vigência da norma, isto é, 9 de junho de 2005.

RENÚNCIA.

Nos termos do artigo 126, § 3° da Lei n° 8.213/91, incluído pela Lei n° 9.711, de 20.11.98, pacificado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF mediante a edição da Súmula n° 1, “Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, **antes** ou depois do lançamento de ofício, com o **mesmo objeto do processo administrativo**, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Recurso Voluntário Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari-Presidente

Ivacir Júlio de Souza-Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto e Jhonatan Ribeiro da Silva. Convocada a conselheira Maria Anselma Coscrato dos Santos. Ausente o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Conforme a transcrição abaixo, de parte do Relatório Fiscal de fls.53 - com grifos de minha autoria - trata-se de Notificação Fiscal De Lançamento de Debito-NFLD N ° 35.900.230-7:

“1 INTRODUCAO

1.1 Em 2001, a Odebrecht, em parceria com o grupo Mariani, adquiriu o controle da COPENE - Companhia Petroquímica do Nordeste S.A. e iniciou o processo de integração de suas empresas para formar a BRASKEM S.A. Entre outras incorporações, a OPP Química S.A., CNPJ 16.313.363/0001-17, foi incorporada pela BRASKEM, com Protocolos e Justificações de Incorporação aprovados na Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 31/03/2003, sob registro JUCEB n° 96434730, protocolo 03/055441-1, em 08/05/2003;

1.2 Mediante Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização no 09096649, de 23/10/2003, a fiscal notificante realizou fiscalização na OPP Química S.A., CNPJ 16.313.363/0001-17, compreendendo fatos geradores decorrentes de remunerações segurados empregados no período 10/1998 a 05/2003 e do Instituto da Responsabilidade Solidária na Construção Civil e na Cessão de Mão-de-Obra no período 07/1998 a 03/2003;

1.3 Na fiscalização supra citada lavrou-se a NFLD n° 35.455.760-2 no CNPJ da OPP Química S.A., em 31/03/2004, referente a **suspensão de compensação judicial realizada em desacordo com o estabelecido na Lei Complementar n° 104, de 10/01/2001;**

1.4 Em 10/05/2005 foi emitida a Decisão-Notificação (DN) 04.401.4/0284/2005, reformando a DN no 04.401.4/0271/2004, julgando nulo, por ocorrência de vício insanável, o lançamento fiscal supra mencionado, fundamentado no art. 132 do Código Tributário Nacional (CTN — Lei no 5.172, de 15/10/1966) e no art. 241 da Instrução Normativa INSS/DC no 070, de 10/05/2002, considerando que os referidos artigos dispõem que na sucessão por incorporação a notificação deve ser lavrada em nome da empresa sucessora;

1.5 A presente notificação substitui a NFLD no 35.455.760-2, nos termos do art. 750 da Instrução Normativa SRP no 03, de 14/07/2005, considerando-se os elementos anexados na defesa da notificação substituída;

1.6 No decorrer da ação fiscal foram constatadas incorporações pela OPP Química S.A. das empresas OPP Participações e Investimentos S.A. - CNPJ 03.825.417/0001-81, PPH

S.A.) – CNPJ 89.546.063/0001-51 e POLIOLEFINAS S/A — CNPJ 62.336.946/0007-76. A ação fiscal realizada não abrangeu fatos geradores dos CNPJ incorporados no período anterior As referidas incorporações;

1.7 Atendeu a auditora fiscal nesta fase de revisão o Sr. Carlos Alberto Silva – Analista Fiscal.

2 DA IDENTIFICAÇÃO DO DÉBITO

2.1 Este relatório fiscal é integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD no 35.900.230-7, e tem por objeto a narrativa dos fatos ocorridos e verificados na ação fiscal que ensejaram o lançamento em referência;

2.2 O contribuinte acima identificado está sendo notificado a recolher o montante de R\$ 562.841,46 (quinhentos e sessenta e dois mil, oitocentos e quarenta e um reais e quarenta e seis centavos), **correspondente a suspensão de compensação judicial realizada pelo contribuinte nas guias de recolhimento a previdência social da competência outubro / 2001;**

2.3 Os lançamentos aqui constantes compreendem contribuições previdenciárias referentes a suspensão de compensação judicial efetuada pela OPP Química S.A nas guias de recolhimento a previdência social dos estabelecimentos 16.313.363/0001-17, 16.313.363/0006-21, 16.313.363/0007-02 e 16.313.363/0015-12, na competência outubro/2001, antes do trânsito em julgado da decisão judicial, em desacordo com o estabelecido no art. 170-A da Lei Complementar n° 104, de 10/01/2001.

(...)

4 DA COMUNICACAO DA ACAO FISCAL

4.1 Em 17/01/2006 foi emitido Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (MPF) no 09284036-00 correspondente a ação fiscal na BRASKEM S.A., **com finalidade de realizar relançamento dos créditos apurados nos MPF 09096649 - OPP Química S.A. e MPF 09098125 - TRIKEM S.A., que foram tornados nulos por erro na identificação do sujeito passivo;**

DA IMPUGNAÇÃO

A Braskem apresentou impugnação em 14/06/06, alegando em síntese:

Nulidade do lançamento por ofensa aos arts. 638, combinado com o art. 660 da Instrução Normativa MPS/SRP n°. 03, de 14 de julho de 2005 sob o argumento de que não veio acompanhada dos seguintes anexos obrigatórios: DSE (Discriminativo Sintético de Débito), RADA (Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados), DAL (Discriminativo Analítico de Débito).

Argumenta que tais documentos não são mera formalidades, mas são essenciais a apresentação de defesa por parte do sujeito passivo, sem os quais este não teria condições de conhecer especificamente o objeto da notificação. Que a ausência de tais

documentos obsta ou, ao menos, dificulta a defesa da ora impugnante.

Total inexistência do lançamento anterior sob o argumento que o lançamento ora impugnado deve ser considerado como originário, uma vez que, ao se anular a NFLD anterior, se reconheceu a sua total inexistência, que esse é o entendimento da 1ª Câmara do Conselho de Contribuintes. anterior se deu por equívoco exclusivo da fiscalização. Cita decisão do 3º Conselho de Contribuintes.

Descabimento de juros de mora uma vez que a anulação do lançamento por meio da 2ª Câmara em questão similar.

Pede seja descontado do total apurado a título de juros, constante do DSD o quantum incidente no período entre uma e outra NFLD.

Questiona a inclusão dos diretores no Pólo Passivo como responsáveis pelo pagamento das contribuições exigidas. Alega que em nenhum momento da fiscalização o INSS acusou as referidas pessoas físicas de ter agido com excesso de mandato, com infração aos estatutos ou de forma ilegal, que os tornassem responsáveis pelo débito. Cita acórdãos neste sentido.

A impugnante em sua defesa alega ainda incompetência do INSS para fiscalizar fatos ocorridos fora de sua jurisdição. Alega que se está pretendendo cobrar contribuições incidentes sobre a folha de salários relativamente a fatos geradores ocorridos em outros estabelecimentos, situados inclusive em outras unidades da federação, em desacordo com o Código Tributário Nacional (art.127, II), ao Código Civil de 1916 (art.35), ao novo Código Civil (art.75, §1º) e ao CPC (art. 100, IV).

Ressalta que o próprio Regulamento da Previdência determina no seu at. 225 que possuindo a empresa vários estabelecimentos, a folha de salários, base de cálculo dos tributos em discussão, deve ser elaborada e mantida em cada estabelecimento da empresa responsável pela respectiva obrigação. Deixa claro que os fatos que dão origem a obrigação são independentes.

Diz que o parágrafo 9º do mesmo dispositivo ratifica a conclusão deixando explícito que o fato gerador da obrigação(folha) deve ser elaborado por cada estabelecimento da empresa, que é contraíu a obrigação e responde pelo cumprimento da mesma. Que os recolhimentos igualmente devem ser identificados separadamente, por estabelecimento da empresa, na forma do art. 225§13.

Que não é por outra razão que o contribuinte, quando pretende discutir as exigências em questão, é obrigado a impetrar o mandado de segurança em local em que se encontra a respectiva autoridade coatora responsável pela prática do ato.

Afirma que o judiciário não aceita inobservância a essa imposição legal determinando que se direcione o MS contra a

autoridade capaz de arrecadar e fiscalizar o tributo, o que confirma a impossibilidade da autoridade autuante vir a fiscalizar e arrecadar tributo decorrente de fato praticado por estabelecimento não sujeito a sua circunscrição.

Cita os artigos 771 a 773 da IN n.º. 100 e diz que a própria IN remete a aplicação do art. 127 do Código Tributário Nacional. Que a mudança desses critérios dependeria de requerimento expresso seu na forma do art. 774 da IN 100. Que se a empresa tivesse protocolado requerimento somente poderia desconsiderar a eleição de um estabelecimento centralizador se constatasse que os elementos necessários à fiscalização se encontrassem em outro lugar o que não é o caso porque é o próprio Regulamento da que manda que a folha de salários seja deixada no respectivo estabelecimento. Que manda que se deixem perfeitamente identificados os valores recolhidos por cada estabelecimento, a ratificar a independência dos mesmos quanto As obrigações contraídas.

Argumenta que mesmo que o Decreto 3048 e a IN 100 fossem alterados, não poderiam chegar ao ponto de contrariar o que o cTN, que tem força de Lei Complementar, disciplina acerca do domicílio tributário.

Registra que a iniciativa do INSS acarreta pesados inconvenientes, dificultam sobremaneira a defesa da empresa, porque em obediência as próprias normas do INSS, todos os fatos, provas e documentos capazes de fundamentar o seu direito encontram-se nos respectivos estabelecimentos, situados fora da circunscrição da autoridade fiscalizadora. Que foi por esta razão que a impugnante chegou a ser autuada pela não apresentação de documentos. Que

persistir na autuação em questão implica em ofensa ao CTN, art. 127, ao CC 1916, art. 35, ao CC 2002, art. 75, ao CPC art. 100 e ao Decreto 3048, art. 225. Implicaria na própria ofensa a Constituição.

Alega inaplicabilidade da Lei Complementar 104 ao caso concreto. Transcreve o art. 170 do CTN na sua redação original e após a Lei Complementar n.º. 104 de 10.01.2001, em que foi acrescido o art. 170 - A do Código.

Argumenta que a compensação é instituto de direito material. Não é por outra razão que se encontra plena e integralmente regulado no Código Civil, transcrevendo os arts.

368 a 380 do código. Se fosse de direito processual estaria regulada no CPC. Que as normas de direito processual possuem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso. Que as normas de direito material não se aplicam aos processos em curso, somente repercutindo sobre as demandas ajuizadas após a sua vigência. E o caso da compensação.

Diz que o CTN, no art. 144, adota para regulação da obrigação tributária o critério da observância da lei vigente a época da ocorrência do fato gerador. Ocorrido o fato gerador, a obrigação tributária rege-se pela lei vigente nesse momento.

Que essa obrigação tributária nasceu viciada, inconstitucional.

Que ao indébito deve ser aplicada a legislação vigente à época, transcrevendo doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

Alega inaplicabilidade do art. 170-A.. Diz que a compensação foi realizada com base em precedente plenário do STF - RE no. 166.772 e em resolução do Senado Federal. (nº. 14 de 28.04.95).

*Que após a Resolução do Senado não pode ser exigida a contribuição em questão, nem mesmo questionado o procedimento do contribuinte que se compensa do recolhimento indevido. **A administração Federal é obrigada a observar as decisões do Supremo Tribunal Federal que concluem pela inconstitucionalidade de normas ainda que em controle difuso. Transcreve o Decreto nº 2346/1997 e diz que a Administração deve a ele se submeter.***

*Afirma que a compensação, em nosso sistema jurídico, e na forma das leis nº 8.383 e nº 9.250, independe de autorização judicial, podendo ser procedida diretamente pelo contribuinte e independentemente de ajuizamento de ação, desde que entre tributos de mesma espécie. **A empresa pretendeu a compensação da competência de setembro de 1989 da contribuição previdenciária com parcelas vincendas da mesma contribuição.** A compensação em questão, portanto, é daquelas abrigadas pela lei nº 8.383 e pela lei nº 9.250, independentemente de exclusivo escopo de obter a almejada segurança jurídica que ratifique o procedimento de auto-compensação possibilitado pela lei. O confronto do indébito com débitos do mesmo tributo, no caso, portanto, era legal, nos termos do art. 66 e 39 dos diplomas em questão. Transcreve os citados dispositivos.*

Alega que a multa aplicada não pode guardar relação com o tempo nem ter caráter progressivo, uma vez que a infração é uma só, não podendo ser cobrada além do mínimo de 4%, previsto no art. 239 do Decreto nº. 3.048/99. Admitir-se que a multa possa crescer com o passar do tempo seria desvirtuar sua função para torná-la meio de remuneração, como os juros ou a correção monetária.

Argumenta que esta progressão conflita com o direito A. ampla defesa, o direito gratuito de petição e ao devido processo legal, todos estampados no art. 5º da CF.

Com referência à taxa SELIC, ressalta a existência de diversos julgados no STJ que vêm declarando a inconstitucionalidade e a ilegalidade de sua aplicação aos créditos tributários discutidos nos autos. Com efeito, a ausência de disciplina legal da forma de cálculo desta taxa no seu diploma instituidor fere o princípio da legalidade.

*O próprio CTN limita a aplicação dos juros em 1%, de forma que, ainda que se admitisse a existência de leis ordinárias criando a referida taxa para fins tributários, não se pode **conceber que lei ordinária introduza taxa superior à estabelecida por lei complementar.***

Alega que a taxa SELIC possui natureza remuneratória de títulos e que é impossível equiparar-se os contribuintes aos investidores, uma vez que estes praticam ato de vontade e aqueles são submetidos coativamente a ato de império. Admitir-se que um tributo pudesse ser corrigido como se fosse uma aplicação financeira, seria ferir os postulados do direito tributário, para permitir que uma exação converta-se em método de enriquecimento ilícito para o poder público. Diz que a referida taxa não foi criada para fins tributários, sendo clara a insubsistência de sua aplicação no ordenamento jurídico nacional, conforme julgados que transcreve.

Afirma que a utilização da SELIC encontra obstáculos constitucionais e legais que impedem a sua manutenção.

Afirma que o ato nulo, por definição é incapaz de irradiar quaisquer efeitos jurídicos. Pede que, caso se decida pelo reaproveitamento de quaisquer efeitos daqueles anteriores procedimentos, por coerência, sejam reaproveitadas, igualmente, as provas neles produzidas, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade (razoabilidade e isonomia).

Pede que seja reconhecida a nulidade da NFLD ora impugnada, uma vez que a mesma não foi entregue a empresa impugnante acompanhada de documentos indispensáveis (RADA, DAL e DSE) e na forma dos arts. 638, parágrafo único c/c 660 da IN no 03, de 14 de junho de 2005. Pede que subsidiariamente, seja julgado improcedente o lançamento, em face de sua iliquidez, uma vez que o valor incluído a título de juros de mora revela-se por demais elevado, visto que inclui montante decorrente de período que não caracterizou a mora da impugnante, senão o equívoco da própria fiscalização; requer preliminarmente, a imediata exclusão dos diretores do pólo passivo da presente NFLD, na forma supra; e pede ainda a juntada de documentos que não tenham sido possíveis de obter e examinar no exíguo prazo de defesa; a produção de demais provas admitidas em Direito e, ao final, seja acolhida a defesa, para o fim de decretar a insubsistência da notificação impugnada.”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls. 192, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Salvador – (BA) - DRJ/SDR, em 13 de junho de 2007, emitiu Acórdão de nº 15-12.895, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário às fls.211, onde reiterou as alegações que fizera em instancia “ad quod ”.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 359, o recurso é tempestivo. Aduz que pelos motivos a seguir expostos **NÃO** reúne os pressuposto de admissibilidade.

Do voto a quo

Na condução do voto, para sustentar sua decisão o I. Relator a quo arrazoou que:

“Quanto a alegação de inaplicabilidade da Lei Complementar 104/2001 ao caso concreto, não procedem as alegações do contribuinte. A Lei Complementar é de 10/01/2001, publicada no DOU de 11/01/2001 e a Braskem realizou a compensação referente a competência setembro/1989 em outubro de 2001, portanto, quando a impugnante efetuou a compensação já o fez sob a égide da Lei Complementar n.º. 104, de 10 de janeiro de 2001.

(...)

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional quinquenal para se pleitear sua restituição/compensação começa a fluir da homologação, expressa ou tácita, ainda que se trate de exação declarada inconstitucional pelo STF.

*O próprio Acórdão prolatado no Recurso **Especial n.º. 603.683 - DF**, julgado em 16/06/2005, dando provimento parcial ao recurso da OPP Química S.A, entendeu que:*

"... No caso dos autos, não há que se falar em prescrição das parcelas recolhidas a partir de setembro de 1990".

Sobre o aludido Recurso Especial n.º. 603.683 , consultei o sitio do STJ, em 13 de fev 2012 cuja tela abaixo transcrevo :

*“ RE no AgRg no AgRg no **RECURSO ESPECIAL Nº 603.683 – DF (2003/0196436-6)***

RECORRENTE : UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)

PROCURADOR : MARIO VICTOR DI LORENZO FLORENCIO

*RECORRIDO : **OPP PETROQUÍMICA S/A E OUTROS***

ADVOGADOS : ESTEFANIA FERREIRA DE SOUZA DE VIVEIROSE

OUTRO(S)

JULIA RANGEL SANTOS

LUCIANO LAMANO E OUTRO(S)

DESPACHO

Determino o sobrestamento do recurso extraordinário, nos termos do artigo 328-A do RISTF, até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE nº 561.908-7, RS.

Intimem-se.

Brasília, 06 de maio de 2010.

MINISTRO ARI PARGENDLER ”

DA RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS

Como foi relatado, lavrou-se a NFLD nº 35.455.760-2 no CNPJ da empresa sucedida, OPP Química S.A., em 31/03/2004, referente a suspensão de compensação judicial realizada em desacordo com o estabelecido na Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001 e que a presente notificação substitui aquela NFLD nº 35.455.760-2, nos termos do art. 750 da Instrução Normativa SRP no 03, de 14/07/2005.

Restou também assente no Relatório que :

“ 2.3 Os lançamentos aqui constantes compreendem contribuições previdenciárias referentes a suspensão de compensação judicial efetuada pela OPP Química S.A nas guias de recolhimento a previdência social dos estabelecimentos 16.313.363/0001-17, 16.313.363/0006-21, 16.313.363/0007-02 e 16.313.363/0015-12, na competência outubro/2001, antes do trânsito em julgado da decisão judicial, em desacordo com o estabelecido no art. 170-A da Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001.”

Assim, tendo presente que a empresa sucedida efetuara a compensação glosada em razão de não ter observado o trânsito em julgado da decisão que lhe permitira, nos termos do artigo 126, § 3º da Lei nº 8.213/91, incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98, pacificado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF mediante a edição da Súmula nº 1, “**Importa renúncia às instâncias administrativas** a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, **antes** ou depois **do lançamento de ofício**, com o **mesmo objeto do processo administrativo**, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Desse modo, na forma dos incisos IV e V do artigo 151 do Código tributário Nacional – CTN, o crédito deve ficar suspenso até que formalmente seja comunicado o trânsito em julgado quando então a empresa poderá se louvar ou não da decisão exarada., *verbis*:

“ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

Processo nº 10580.004679/2007-61
Acórdão n.º **2403-01.100**

S2-C4T3
Fl. 6

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela LCP nº 104, de 10.1.2001) .”

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, em razão de ter ocorrido a renúncia às instâncias administrativas, não conheço do Recurso.