



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

Processo n° 10580.720020/2013-01
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-003.390 – 3ª Turma Especial
Sessão de 16 de julho de 2014
Matéria CP: GLOSA DE COMPENSAÇÃO E MULTA ISOLADA.
Recorrente TRANSPORTADORA RENER LTDA - EPP.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 01/03/2012

AÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO APENAS EM FUNÇÃO DAS MATÉRIAS DIFERENCIADAS. AS MATÉRIAS JUDICIALIZADAS ESTÃO FORA DO ALCANCE DA “JURISDIÇÃO” ADMINISTRATIVA. COMPENSAÇÃO. DESRESPEITO À DIVERSAS NORMAS LEGAIS E A DETERMINAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA APURAÇÃO DO MONTANTE COMPENSADO E DAS RUBRICAS INTEGRANTES PELA RECORRENTE. PROVAS QUE SE PODERIA E DEVERIA TER SIDO FEITA NO MOMENTO APROPRIADO E PELO MEIO ADEQUADO. 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 10580.720020/2013-01
Acórdão n.º **2803-003.390**

S2-TE03
Fl. 329

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 51.034.019-9, que objetiva a glosa de compensação realizada indevidamente, bem como o Auto de Infração de Multa Isolada – AIMI - DEBCAD 51.003.146-3, que objetiva o lançamento de multa isolada, conforme Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 14 a 29, com período de apuração de 05/2009 a 07/2010, conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 66 e 67.

O sujeito passivo foi cientificado dos lançamentos, em 09/01/2013, conforme Folhas de Rosto dos Autos de Infração, de fls. 02 e 06.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 160 a 173, recebida, em 08/02/2013, estando acompanhada dos documentos, de fls. 174 a 218.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 04-33.059 - 4ª, Turma DRJ/CGE, em 22/08/2013, fls. 224 a 235.

A impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 10/10/2013, conforme AR, de fls. 238.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 240, relativamente, aos dois DEBCAD's 51.034.019-9 e 51.003.146-3, recebida, em 04/11/2013, com as razões recursais, as fls. 240 a 264, acompanhada dos documentos, de fls. 265 a 321, onde se alega em síntese, o que abaixo segue.

Preliminar.

- que o procedimento fiscal é nulo, pois iniciado por meio do MPF – D, recebido em 15/05/2012, porém em 26/06/2012 foi apresentado um novo documento agora MPF –F, sem contudo que o anterior estivesse extinto, este último com validade até 04/10/2012, entretanto o fisco em 03/12/2012 solicitou as varas federais informações sobre os processos que geraram os créditos, informações que o fisco já detinha, pois de posse das decisões, sentenças e acórdão fornecidos pela recorrente, sendo que a recorrente não foi cientificada de qualquer tipo de prorrogação, nos termos da legislação, gerando a autuação supressa à recorrente, pois entendia que o MPF estava extinto e a fiscalização encerrada, o que viola a legislação, uma vez que a atuação foi lavrada após esgotada a validade do MPF, sendo assim nula a autuação, declaração que desde já se requer;
- que apesar de não apreciado em primeira instância, cumpre sob o manto da legalidade, asseverar que o lançamento não discrimina de

forma clara e precisa, o que foi compensado e sua respectiva fundamentação legal, pois todas as bases de cálculo deveriam estar explicitadas, uma vez que a glosa de compensação nada mais é que lançamento das contribuições do artigo 20 e 22, da Lei 8.212/91, conforme decisão da DRJ/FOR Nº 08-15402, de 06/05/2009, ocorrendo cerceamento de defesa e infração ao artigo 37, da Lei 8.212/91, tendo tais vícios a natureza de vícios matérias, decidindo em casos análogos este conselho pela nulidade do lançamento, conforme decisões transcritas, ocorrendo o cerceamento de defesa teremos a nulidade do artigo 59, do Decreto 70.235/72 e do artigo 53, da Lei 9.784/99;

- que o autuação é nula, pois a atuada não teve acesso ao relatórios do levantamento GC – Glosa de Compensação apesar de citados no fisco no REFISC, sendo necessário essa apresentação para que a recorrente possa verificar com clareza os critérios utilizados para a exigência do crédito, o que impossibilita verificar as rubricas das folhas de salários consideradas para apurar o crédito, bem como o fisco não discriminou as GFIP's utilizadas e seu código de transmissão, não possibilitando verificar se foram ou não retificadas, prejudicando o contraditório e ampla defesa, o que enseja nulidade da autuação, sendo a tese acatada pelo CARF, conforme decisão transcrita, aplicando-se o artigo 2º, da Lei 9.784/99 e artigo 5ª, LV, da CF/88;
- que o auto de infração deve conter os requisitos do artigo 10 e 11, do Decreto 70.235/72 e 142, do CTN, devendo o auto conter a descrição dos fatos, sob pena de nulidade artigo 59, do Decreto 70.235/72 e 12, II, do Decreto 75.74/20011, assim não tendo sido apresentados os relatórios para a apuração do crédito, com a indicação das rubricas, composição da base de cálculo e códigos de transmissão das GFIP's, deve-se reconhecer o cerceamento de defesa e por consequência a sua nulidade;

Mérito.

- que o fisco entendeu que as decisões judiciais trazidas pela recorrente vão de encontro ao que determinado pela artigo 170 – A, porém a recorrente tem o direito de se compensar dos tributos recolhidos indevidamente, sendo o direito a compensação líquido e certo, pois realizados nos termos da lei, que não exige outorga administrativa ou judicial e com fulcro no artigo 66 da Lei 8.383/91 c/c o artigo 74 da Lei 9.430/96, com valores recolhidos nos últimos cinco anos com débitos próprios vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos administrados pela RFB, devido a integração realizada pela Lei 11.457/99;
- que o artigo 170-A, do CTN, não se aplica a tributo sujeito a homologação, assim tem direito a compensação, cita decisão do STJ AgRg no RESP 624.065/PE, cita HBM e duas decisões do TRF1;

- que as verbas com a exigibilidade suspensa por conta dos MS 0025113-96.2011.4.01.3300 e 0025112-14.2011.4.01.3300 (doc 03 e 04) devem ser abatidas da autuação, situação não analisada pela DRJ, assim nos termos da decisão judicial devem ser abatidos os valores férias, 1/3 constitucional sobre férias, os 15 primeiros dias do afastamento, aviso prévio indenizado, o décimo terceiro proporcional sobre o aviso prévio indenizado e o vale transporte convertido em pecúnia, que apesar de não havido o trânsito em julgado, estando a exigibilidade suspensa não pode o fisco exigir tais valores devendo excluí-los da autuação, o que enseja o reconhecimento parcial da extinção do crédito artigo 156, I, do CTN;
- que o fisco incorreu em equívoco ao aplicar a multa isolada de 150%, pois o artigo 89, § 10, da Lei 8.212/91 deve ser interpretado como parcimônia, pois a lei exige que se “comprove falsidade na declaração” e no presente caso tal prova não foi feita, devendo ser entendida a falsidade pela falta de fundamento do pleito do contribuinte, não havendo no caso a aludida falsidade, cita decisão do CARF;
- que não se pode falar de imposição da multa isolada, quando a exigibilidade do crédito está suspenso, cita o artigo 63, da Lei 9.430/96, dizendo que o própria CARF assevera não haver cobrança de multa de ofício para crédito com a exigibilidade suspensa por decisão judicial, cita três precedentes, estando os valores compensados suspensos pelo MS's;
- que na expressão crédito tributário está incluída multa, artigo 113 e 112, do CTN e uma vez comprovada a insubsistência do crédito obrigação principal a multa deve ser descaracterizada, ofendendo tal multa a razoabilidade, cita SCNC e MD; AAB, tendo nítido caráter confiscatório e devendo ser declarada a sua ilegalidade, pois a multa aplicada ofende aos princípios constitucionais, tais como: direito de petição; razoabilidade; proporcionalidade e não confisco;
- que os sócios só podem ser responsabilizados quando houver atos praticados com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos, situação inexistente nos atos, não havendo prova para a aplicação do artigo 135, do CTN, cita MRF, bem como decisão do CARF, requerendo a exclusão do sócio gerente do polo passivo do PAF, pois inaplicável o artigo 135, do CTN;
- Conclusão: a recorrente pugna: a) pelo provimento integral do recurso, reformando-se totalmente a decisão *a quo*; b) preliminarmente – com o reconhecimento da nulidade dos dois autos de infrações DEBCAD' 51.034.019-9 e 51.003.146-3, em vista do vícios apontados; c) superada a nulidade, requer acolhimento dos argumentos de defesa, reconhecendo-se a improcedência parcial, pois parte do crédito está com a exigibilidade suspensa, conforme decidido nos MS's, devendo serem abatidos tais valores do lançamento; d) pela

eventualidade requer a total improcedência da multa isolada; e) inexistência de base legal suficiente para enquadrar os sócios no polo passivo; f) pugna pela julgamento conjunto dos dois autos em razão da relação de prejudicialidade .

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 323.

Os autos foram remetidos ao CARF/MF, despacho de fls. 323.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 21/02/2014,

Lote 01.

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 das duas demandas judiciais – MS 25113-96.2011.4.01.3300, sentença, de fls. 198 a 207; 282 a 291, e, sua Apelação/Reexame Necessário, fls. 183 a 197; 295 a 309 – TRF1, bem como do MS 25112-14.2011.4.01.3300, fls. 208 a 216; 312 a 320, não foi apresentada a Apelação/Reexame Necessário.

Entendo, pois, que não pode ser objeto de apreciação na via administrativa, no atual momento e estágio processo 25113-96.2011.4.01-3300, na sentença:

1. a não incidência da contribuição previdenciária sobre os 15 primeiros dias iniciais sobre o auxílio doença e acidentário;
2. o próprio direito a compensação com outras contribuições sobre a folha de salário;
3. a observação da prescrição quinquenal;
4. obediência ao artigo 170 - A, do CTN;
5. direito do fisco de promover fiscalização e controle sobre a compensação.

O Acórdão da Apelação/Reexame Necessário do processo 25113-96.2011.4.01-3300, assim decidiu.

1. manteve a prescrição em cinco anos;
2. decidiu que sobre salário maternidade e férias regulares incidem a contribuição previdenciária;
3. que não incide contribuição sobre o terço constitucional de férias;
4. que não incide contribuição previdenciária sobre os 15 primeiros dias iniciais sobre o auxílio doença e acidentário;
5. que a compensação deve observar a limitação do artigo 26, da Lei 11.457/2007, bem como do artigo 170 – A, do CTN;

No que tange ao processo MS 25112-14.2011.4.01.3300.

1. reconheceu a não incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, bem como o décimo terceiro proporcional sobre o aviso prévio indenizado;
2. reconheceu a inexigibilidade de contribuição previdenciária sobre vale transporte convertido em dinheiro;
3. o direito a compensação, com tributo da mesma espécie, art. 26, da Lei 11.457/2007;
4. aplicação do artigo 170 – A, do CTN, sem limitação de trinta por cento.

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.

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.

Por outro lado há questões trazidas apenas no recurso, ou seja, no segundo grau, na forma de preliminares, que não comportam decisão no âmbito desse conselho em razão da aplicação do artigo 17, do Decreto 70.235/72 c/c o artigo 58, do Decreto 7.574/2011, bem como ao artigo 302, da Lei 5.869/73.

As nossas cortes superiores, assim vem decidindo sobre a inovação na fase recursal.

Decisão do STF.

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - IMPUGNAÇÃO RECURSAL QUE NÃO GUARDA PERTINÊNCIA COM OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - OCORRÊNCIA DE DIVÓRCIO IDEOLÓGICO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. O RECURSO DE AGRAVO DEVE IMPUGNAR, ESPECIFICADAMENTE, TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. - O recurso de agravo a que se referem os arts. 545 e 557, § 1º, ambos do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, deve infirmar todos os fundamentos jurídicos em que se assenta a decisão agravada. O descumprimento dessa obrigação processual, por parte do recorrente, torna inviável o recurso de agravo por ele interposto. Precedentes. - A ocorrência de divergência temática entre as razões em que se apóia a petição recursal, de um lado, e os fundamentos que dão suporte à matéria efetivamente versada na decisão recorrida, de outro, configura hipótese de divórcio ideológico, que, por comprometer a exata compreensão do pleito deduzido pela parte recorrente, inviabiliza, ante a ausência de pertinente impugnação, o acolhimento do recurso interposto. Precedentes.(AI-AgR 440079, CELSO DE MELLO, STF)

Decisão do STJ

EMEN: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. ART. 334, DO CP. 1. WRIT DEFICITARIAMENTE INSTRUÍDO. NÃO CONHECIMENTO. 2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. TRIBUTO ILIDIDO ACIMA DO PATAMAR PREVISTO EM LEI E APRECIADO PELO STJ. 3. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ENUNCIADO Nº 24, DA SÚMULA VINCULANTE DO STF. ÓBICE INTRANSPONÍVEL. INOVAÇÃO RECURSAL E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 4. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. "O habeas corpus, como via mandamental, bem assim o relacionado recurso ordinário, tem de vir instruído com todas as peças aptas a demonstrar o alegado constrangimento ilegal, pois, do contrário, estar-se-á decidindo em tese, o que não é possível à Jurisdição criminal, que deve ter sempre os olhos voltados ao caso concreto" (AgRg no RHC nº 29.899/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 5.12.13). 2. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp nº 1.112.748/TO, representativo da controvérsia, firmou o entendimento de que é possível a aplicação do princípio da insignificância ao delito previsto no art. 334, do CP, desde que o total do tributo ilidido não ultrapasse o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previsto no art. 20, da Lei nº 10.522/02. 3. Na hipótese, inviável a aplicação de tal princípio, tendo em vista que o próprio acórdão impugnado destacou que o quantum indevidamente apropriado pela acusada monta em importe superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor superior, portanto, ao limite estabelecido pelo art. 20, da Lei nº 10.522/02, e pela jurisprudência desta Corte Superior. 4. A alegada ofensa ao enunciado nº 24, da Súmula Vinculante do STF, não foi deduzida na inicial do writ, tampouco enfrentada pelo Juízo de primeiro grau ou pelo Tribunal de origem, tratando-se, a um só tempo, de inovação recursal, que impede o conhecimento da matéria neste momento processual, tendo em vista o advento da preclusão consumativa e também de supressão de instância. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. EMEN: (AGRHC 201201265270, MOURA RIBEIRO, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:15/04/2014 ..DTPB:.) (todos os destaques são meus).

A recorrente em sua peça recursal reconhece que está trazendo questões não ventiladas em primeiro grau e assim essas questões, também não vão comportar julgamento nesse conselho em observância ao devido processo legal, a preclusão administrativa e ao ônus da impugnação específica, entendo que as questões foram assim nominadas pela recorrente: **2.2 – Da Ausência de descrição dos fatos geradores – omissão na fundamentação legal do débito – preterição do direito de defesa; 2.3- Da preterição do direito de defesa – impossibilidade da composição da base de cálculo apurada pela fiscalização,** conforme os esclarecimentos supramencionados os temos acima que não foram postos em primeiro grau e que inovaram na peça recursal, não serão conhecidos ante a vedação legal que se impõe.

Preliminar.

Inexistente nulidade da ação fiscal ou do procedimento fiscal em razão da alteração do tipo de MPF, ou seja, da troca de MPF de diligência para MPF de fiscalização, uma vez que cabe ao fisco decidir quando e que tipo de procedimento realizará no contribuinte, sendo possível até mesmo o início de fiscalização sem o MPF, nas condições determinados na legislação.

Além do que, o MPF é mera ato interno de controle, pois quem determina a competência para a fiscalização são as Lei 10.593/2002 e 11.457/2007, não podendo a competência legal ser limitada por ato administrativo.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL – ITR - EXERCÍCIO: 2002 NULIDADE. - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - INEXISTÊNCIA - AS HIPÓTESES DE NULIDADE DO PROCEDIMENTO SÃO AS ELENCADAS NO ARTIGO 59 DO DECRETO 70.235, DE 1972, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM NULIDADE POR OUTRAS RAZÕES.PRELIMINAR - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NORMAS DE CONTROLE INTERNO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. AS NORMAS QUE REGULAMENTAM A EMISSÃO DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF DIZEM RESPEITO AO CONTROLE INTERNO DAS ATIVIDADES DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, PORTANTO EVENTUAIS VÍCIOS NA SUA EMISSÃO E EXECUÇÃO NÃO AFETAM A VALIDADE DO LANÇAMENTO, ITR - IMPOSTO TERRITORIAL RURAL - ITR. ÁREA DE EXPLORAÇÃO EXTRATIVA. SOMENTE PODE SER CONSIDERADA ÁREA DE EXPLORAÇÃO EXTRATIVA, SEM APLICAÇÃO DE ÍNDICES DE RENDIMENTO POR PRODUTO, A ÁREA DO IMÓVEL RURAL EXPLORADA COM PRODUTOS VEGETAIS EXTRATIVOS, MEDIANTE PLANO DE MANEJO SUSTENTADO APROVADO PELO IBAMA ATÉ O DIA 31 DE DEZEMBRO DO ANO ANTERIOR AO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ITR, E CUJO CRONOGRAMA ESTEJA SENDO CUMPRIDO PELO CONTRIBUINTE.ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE O CARF NÃO É COMPETENTE PARA SE PRONUNCIAR SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA (SÚMULA CARF Nº 2). RECURSO NEGADO.VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS.ACORDAM OS MEMBROS DO COLEGIADO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, NEGAR PROVIMENTO, AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR Conselho.Administrativo.Recursos.Fiscais; Seção.Julgamento.2;Câmara.2;Turma.Ordinária.2: Proc: 10980.003886/2006-12 - Acórdão:2010-05-12; 220200509.

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. CSLL. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULO DA DÍVIDA ATIVA LÍQUIDO E CERTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A Apelante alega que o ano de 1999 não poderia ter sido fiscalizado pela

autoridade administrativa, por não se encontrar descrito no Mandado de Procedimento Fiscal que impulsionou a fiscalização fazendária; 2. O lançamento tributário é obrigação da autoridade fiscal, ao detectar infração à legislação tributária, pois se trata de atividade administrativa vinculada, sob pena, inclusive, de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142, do CTN; 3. Impossibilidade de se vincular lançamento tributário a outro ato de cunho meramente administrativo; 4. Inexistência de mácula no Procedimento Administrativo Fiscal, que obedeceu plenamente aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, e possui todos os demais elementos essenciais de validade. Apelação improvida.(AC 200585000058685, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, TRF5 - Terceira Turma, DJ - Data::31/07/2008 - Página::426 - Nº::146.) (meus grifos)

O fisco federal pode solicitar informações, a quem bem entender, independentemente, das informações de que disponha, pois pode ele a qualquer momento confirmar as informações, artigo 195, da Lei 5.172/66, bem como artigo 197, do instrumento legal citado.

A recorrente não tem que ser cientificada das eventuais e possíveis prorrogações do MPF, pois a Portaria RFB Nº 11.371/2007 estabeleceu que tal documento será emitido exclusivamente de forma eletrônica e estará disponível e deve ser consultado pelo sujeito passivo no portal da RFB na rede mundial, sendo que a Portaria RFB 3.014/2011, que revogou a anterior, traz idêntica disposição, veja a transcrição da norma.

Art. 4º O MPF será emitido exclusivamente em forma eletrônica e assinado pela autoridade outorgante, mediante a utilização de certificado digital válido, conforme modelos constantes dos Anexos de I a III desta Portaria.

Parágrafo único. A ciência pelo sujeito passivo do MPF, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, dar-se-á por intermédio da Internet, no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal. (os realces são meus).

No presente caso o MPF-F está acostada, as fls. 223, tendo sido emitido, em 06/06/2012, com prazo inicial, em 04/10/2012, com prorrogação, até 01/20/2013, tendo sido o contribuinte cientificado do lançamento, em 09/01/2013, ou seja, dentro do validade do MPF.

Desta forma, não há surpresa e nem nulidade nas autuações, pois todos os regramentos legais estão atendidos, rejeito a preliminar suscitada.

Mérito.

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, um suposto direito em discussão judicial. Aliás, o fisco demonstrou que o Douto MM Juiz Federal, bem como o TRF1 determinaram a observação da limitação legal, assim é a decisão nas sentenças e na apelação/reexame necessário apresentados, assim se manifestou o judiciário, veja a transcrição.

Apelação/Reexame Necessário Nº 0025113-96.2011.4.01-3300 - BA

Em matéria de compensação, as restrições previstas em instruções normativas encontram fundamento no art. 170 do CTN, e, assim, não há de se falar em exorbitância do poder regulamentar por parte da autoridade fiscal ao estipular a imputação proporcional do crédito em compensação.

Com base nessa premissa, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido na sistemática dos recursos repetitivos (REsp 960239, relator ministro Luiz Fux, DJe de 24/6/2010), firmou o entendimento de ser legítima a regulamentação estabelecida pela autoridade fiscal, tanto no âmbito formal quanto no âmbito material.

Dispositivo da sentença - 0025113-96.2011.4.01-3300 - BA

§ 4º, da Lei nº 9.250/95, observadas a prescrição quinquenal e as demais limitações, inclusive o artigo 170-A, do Código Tributário Nacional, sem prejuízo de o Fisco proceder à fiscalização e controle da compensação realizada. De conseguinte, há resolução do mérito, conforme artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Fundamentação da Sentença nº 25112-14.2011.4.01.3300

De se pontuar que, nos termos do art. 170-A, do CTN, "*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*" e, mais, que já não vigora a limitação de se compensar crédito superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência das contribuições previdenciárias, tendo em vista a revogação do § 3º, do art. 89, da referida Lei nº 8.212/1991, pela Lei nº 11.941/2009.

Por fim, a compensação deve ocorrer entre tributos da mesma espécie e destinação constitucional, pois que as contribuições objugadas destinam-se ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social, não se aplicando às aludidas contribuições o art. 74 da Lei nº 9.430/96, por força do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007 e do art. 89, *caput*, da Lei nº 8212/91.

Fica evidente da leitura das decisões judiciais, acima, citadas que a compensação não comportava "execução provisória", pois todas as decisões determinaram que se aguardasse o trânsito em julgado para a cristalização do suposto direito pleiteado.

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, segue o trecho do citado documento.

PROCESSO 25112-14.2011.4.01.3300, anexado a este processo de débito, onde a empresa contesta a incidência de algumas rubricas. Na Sentença proferida, datada de 04/05/2012, foi concedida a segurança apenas para reconhecer a não incidência da contribuição previdenciária sobre algumas rubricas. A sentença determina, ainda, que a compensação dos valores só seja efetivada após o trânsito em julgado desta sentença.

“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”.

PROCESSO 25113-96.2011.4.01.3300, anexado a este processo de débito, onde a empresa contesta a incidência de algumas rubricas. Na Sentença proferida, datada de 18/10/2011, foi concedida a segurança apenas para reconhecer a não incidência da contribuição previdenciária sobre algumas rubricas, respeitando as limitações do art. 170-A do CTN (os valores somente poderiam ser compensados após o trânsito em julgado da sentença), conforme transcrito:

“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”.

Saliento que este processo ainda não transitou em julgado, logo considero que as parcelas foram indevidamente compensadas, com falsidade, uma vez que os representantes legais da empresa sabiam que os processos não haviam sido julgados procedentes em definitivo.

As decisões judiciais deixaram claro que o artigo 66, da Lei 8.383/91, tem o dever de respeitar o artigo 170 – A, da Lei 5.172/66, que lhe é posterior, bem como que o artigo 74, da Lei 9.430/96, não se aplica em razão do que determinado pelo artigo 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007, o que já esclareci no tópico **Delimitação da Lide**. (o realce é meu)

Nos termos da Lei 5.869/73 a sentença é lei entre as partes e assim dever ser respeitada, uma outra decisão obtida por outro sujeito passivo não beneficia a recorrente e os seus efeitos não se irradiam extrapartes.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, também, comunga da idéia e necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para a realização da compensação veja ao decisão, inclusive, para tributos sujeito a homologação.

EMEN: TRIBUTÁRIO - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF - LEIS 7.787/89 (ART. 3º, I) E 8.212/91 (ART. 22, I) - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS - PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL - TERMO INICIAL - HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA - PRECEDENTES

1ª SEÇÃO. COMPENSAÇÃO - LIMITES PERCENTUAIS - LEIS 9.032 E 9.129/95 - INAPLICABILIDADE - POSSIBILIDADE DE COMPENSAR APENAS COM A FOLHA DE SALÁRIOS E APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA - ART. 66 DA LEI 8.383/91 C/C ART. 170-A DO CTN. JUROS (SELIC) - ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95 - CUMULATIVIDADE - IMPOSSIBILIDADE. - 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. - Entendimento consagrado pela eg 1ª Seção no julgamento do Eresp 435.835/SC. - No caso dos autos, tendo em vista a data do ajuizamento da ação (09/05/2001) e as datas dos recolhimento, não se há que falar em prescrição. - Ressalva do ponto de vista do Relator. - Declarada a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre os pagamentos a administradores, autônomos e empregados avulsos, os valores a esse título recolhidos anteriormente à edição das Leis 9.032/95 e 9.129/95, ao serem compensados, não estão sujeitos às limitações percentuais por elas impostas, em face do princípio constitucional do direito adquirido. - A compensação pleiteada pela parte com fundamento no art. 66 da Lei 8.383/91, deve restringir-se aos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição patronal sobre a folha de salários, devendo ocorrer apenas após o trânsito em julgado da sentença (art. 170-A do CTN). - A Corte Especial do STJ, julgando incidente de inconstitucionalidade argüido no REsp. 215.881-PR, acolheu, por maioria, a preliminar de não-cabimento da instauração do incidente suscitado, em acórdão publicado "in" DJ de 19.06.2000 (REsp. 215.881/PR). - A eg. Primeira Seção assentou o entendimento no sentido de que incidem na compensação/repetição de tributos indevidos, recolhidos em consequência de lançamento por homologação, os juros equivalentes à taxa Selic, previstos no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, a partir de 1º de janeiro de 1996. - Ressalva do ponto de vista do Relator (EREsp. nº 162.914-PR). - Sendo a taxa Selic composta de juros e correção monetária, não pode ser cumulada com qualquer outro índice de correção. - Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos. EMEN:(RESP 200400271487, FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:08/08/2005 PG:00274 ..DTPB:.) (promovi os destaques).

O fisco promoveu o lançamento da glosa das compensações baseado, exclusivamente, na compensação realizada pelo contribuinte e declarada em suas GFIP's, conforme consta na passagem do REFISC, transcrita.

2.1.4. DA BASE DE CÁLCULO

Constituem bases de cálculo das contribuições lançadas:

As bases de cálculo foram apuradas de acordo com os valores efetivamente compensados pelo contribuinte, por meio de declaração em GFIP's, cujos valores encontram-se registrados no relatório "RELATÓRIOS DE LANÇAMENTOS - RL", anexados a este Processo e na tabela abaixo:

TABELA DE COMPENSAÇÃO							
Identificação				Compensação			
Estabelecimento	Comp	Fpas	Cód Rec.	Vlr Solicitado	Vlr Compensado	Per. Inicial	Per. Final
3979665000187	201109	612	150	8.407,95	8.407,95	201109	201109
3979665000187	201110	612	150	7.972,62	7.972,62	201110	201110
3979665000187	201111	612	150	7.368,04	7.368,04	201111	201111
3979665000187	201112	515	150	6.978,95	6.978,95	201112	201112
3979665000187	201113	612	150	5.160,20	5.160,20	201113	201113
3979665000187	201201	515	150	7.371,35	7.371,35	201201	201201
3979665000187	201202	515	150	8.147,32	8.147,32	201202	201202
					51.406,43		

O agente lançador assevera, ainda, que verificou as GFIP's e Tabela de glosa apresentada pela empresa, conforme consta do Termo de Encerramento de Ação Fiscal – TEAF, de fls. 71.

Esta auditoria foi desenvolvida na modalidade fiscalização, tendo sido iniciada através do Mandato de Procedimento Fiscal - MPF - fiscalização nº 05.1.01.00.2012-00581.
DOS DOCUMENTOS VERIFICADOS:
CONTRATO SOCIAL E ALTERAÇÕES;
PROCESSOS 25112-14.2011.4.01.3300, 25113-96.2011.4.01.3300 E TABELA DE GLOSA APRESENTADA PELA EMPRESA ;
GFIP COM COMPENSAÇÃO INDEVIDA;
DIVIDAS;
BALANÇO PATRIMONIAL;

A recorrente se creditou de forma irregular de valores que, ainda, não possui e assim não pode beneficiar-se desses valores sobre pena de burlar e lei, em enriquecimento sem causa e de beneficiar-se de sua torpeza, pois compensa-se de forma irregular de um certo valor e depois sustenta que o fisco não pode reaver o valor, pois este estaria com a exigibilidade suspensa.

Não houve equívoco na aplicação da multa isolada prevista em lei, pois a recorrente não é detentora do direito do qual se assenhorou, haja vista que as decisões judiciais condicionaram tal direito as limitações legais e tais limitações não foram respeitadas.

Dessa forma, entendeu o fisco que a declaração dos valores em GFIP com a intuito de reduzir o tributo devido, sem que o recorrente tenha o direito declarado, implica em falsidade e assim o requisito do parágrafo 10, do artigo 89, da Lei 8.212/91 está presente e demonstrado, como consta do REFISC, conforme a seguir transcrito.

Constitui fato gerador da multa isolada a compensação indevida de valores incluídos em GFIP, sem que a empresa fiscalizada comprovasse o seu direito em fazer esta compensação.

Saliento que este processo ainda não transitou em julgado, logo considero que as parcelas foram indevidamente compensadas, com falsidade, uma vez que os representantes legais da empresa sabiam que os processos não haviam sido julgados procedentes em definitivo.

O erro do contribuinte não foi procedimental e muito menos mero erro de forma, mas sim sobre a existência do próprio direito de crédito, quanto a materialidade do direito que até agora inexistia, sempre apenas mera expectativa.

O artigo suscitado pelo contribuinte, artigo 63, da Lei 9.430/96 cuida de multa de ofício e não multa isolada. As duas multas possuem fundamentações distintas, a primeira multa decorre do exercício da função fiscal, em razão da inércia do contribuinte em promover a recolhimento do tributo. A segunda advém não da inércia, mas sim da atuação do contribuinte contrária ao direito, pois beneficia-se de algum direito que não possui ou que não possui da forma que utilizado, tal como a compensação indevida.

Assim, nem o artigo 63 suscitado e nem as decisões do CARF se aplicam, pois todos cuidam de multa de ofício e no presente caso temos multa isolada aplicada no percentual de cento e cinquenta por cento.

Foi acima explicitado que as questões de inconstitucionalidade não seriam abordadas, assim, violação ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco estão fora do âmbito de análise desse conselho.

Mas, o contrário não, ou seja, a constitucionalidade em razão da não violação desses princípios.

A multa de cento e cinquenta por cento em virtude de conduta violadora da legislação tributária e amplamente admitida pela STJ, observe-se os arestos transcritos, buscase aqui apenas demonstrar o percentual e não a justificativa legal de sua implantação e aplicação.

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% (cento e cinquenta 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% (cento e cinquenta 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 art. 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).

O crédito principal não é insubsistente ou indevido, pois demonstrado que o contribuinte não faz jus a compensação, pois necessário se faz a ocorrência do trânsito em julgado da decisão, o que não ocorreu, assim sendo não existe direito creditório.

De outra forma, ainda, que o direito creditório existe, o que se diz apenas para produzir o debate, a multa poderia ser aplicada, pois essa não depende do crédito principal, mas sim das circunstâncias de sua efetivação e a relação de acessoriedade na seara tributária, não tem a mesma amplitude que na seria civil, veja, o que diz o STF, sobre o assunto.

As questões relativas a acessoriedade não tem no âmbito tributário a relação com que se apresenta na seara cível. O Supremo Tribunal Federal – STF no RE 250.844 – SP posicionou-se a esse respeito em voto - vista do Ministro Luiz Fux, que acabou acompanhado pelo relator Ministro Marco Aurélio Melo, do qual transcrevo o trecho abaixo.

Vê-se, assim, que o cumprimento da obrigação tributária acessória nada tem a ver com a existência, concomitante, de certa e determinada obrigação principal, ambas devidas pelo mesmo sujeito. O cumprimento de obrigações acessórias possui relevância externa e independente da relação articulada a partir do dever de pagar certo tributo. Projeta-se sobre outras relações jurídico-tributárias, travadas ou não entre os mesmos sujeitos em torno de exações também idênticas ou não.

Em verdade, toda controvérsia sobre a matéria decorre do emprego, pela legislação, de um mesmo rótulo (principal/acessória) para designar realidades distintas nos campos civil e tributário. Daí por que a terminologia “acessória”, vista em abstrato, é equívoca. Melhor seria que as mesmas fossem indicadas, pelo menos no campo justributário, por expressão mais precisa e infensa a ambiguidades, tal como “deveres instrumentais”. Sem embargo, o nomen iuris empregado pelo legislador não tem o condão de alterar-lhes a essência, a qual, esta sim, deve informar o regime jurídico aplicável à hipótese.

A lei que introduziu a multa foi amplamente debatida e discutida no Congresso Nacional, enquanto projeto de lei e após aprovação nas duas casas legislativas, obteve sanção presidencial e promulgação e os critérios de razoabilidade e proporcionalidade na elaboração da lei é dirigido ao legislador em sua função típica, o fisco apenas aplica a legislação em vigor e nada mais, cumprindo o que manda o artigo 37, *caput*, da CRFB/88 c/c o artigo 142 e seu parágrafo único, da Lei 5.172/66.

Extrai-se da peça recursal que a aplicação do artigo 135 e a sujeição passiva do sócio está mais que comprovada, pois como diz a recorrente: “só pode ser responsabilizado o sócio gerente quando há atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei...”.

Como demonstrado pelo agente fiscal e a seguir transcrito o representante da empresa violou a lei ao promover a compensação sem respeitar as determinações e as decisões judiciais obtidas pela recorrente nos dois MS que são citados nos autos.

Como demonstramos neste relatório, a empresa fiscalizada, através de seu representante legal (sócio-administrador), infringiu a legislação tributária.

Desta forma, a decisão do CARF colacionada pela recorrente não se aplica, pois nesses autos ficou demonstrada a violação à lei.

Assim com esses esclarecimentos rejeito todas as alegações suscitadas pela recorrente em preliminar e em mérito, rejeitando todos os pedidos.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento parcial em razão das matérias que não admitem julgamento no âmbito administrativo, para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.