



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

Processo nº 10580.723899/2013-35
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-003.178 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de fevereiro de 2016
Matéria CP: GLOSA DE COMPENSAÇÃO E MULTA ISOLADA.
Recorrente BRUMAKE COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

GLOSA DE COMPENSAÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO INEXISTENTE. MATÉRIA CONHECIMENTO LIMITADO. CONCOMITÂNCIA AÇÃO JUDICIAL. EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE VEDADA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO E LANÇAMENTO FISCAL QUE ATENDEM AS DETERMINAÇÕES LEGAIS. REGULARIDADE. MULTA ISOLADA. POSSIBILIDADE. CONDUTA DELIBERADA DO CONTRIBUINTE. DESRESPEITO À DECISÃO JUDICIAL E À LEI. IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA E SITUAÇÃO QUE ENSEJA A APLICAÇÃO DE MULTA ISOLADA. PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DISTINTOS.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente).

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paulo Mauricio Pinheiro

Processo nº 10580.723899/2013-35
Acórdão n.º **2202-003.178**

S2-C2T2
Fl. 278

Monteiro, Eduardo de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Wilson Antonio de Souza Correa (Suplente Convocado), Martin da Silva Gesto, Marcio Henrique Sales Parada.

CÓPIA

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal - DEBCAD 51.003.338-5, que objetiva o lançamento das contribuições devidas à previdência social, decorrente de compensação indevida promovida pela empresa fiscalizada, a qual foi objeto de glosa pela fiscalização, bem como o Auto de Infração de Multa Isolada – DEBCAD 51.003.337-7, conforme Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 14 a 20, com período de apuração de 01/2011 a 12/2011, conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIF, de fls. 98 e 99.

O sujeito passivo foi cientificado dos lançamentos, em 24/05/2013, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP e Folha de Rosto do Auto de Infração de Multa Isolada – AIMI, de fls. 07 e 03, respectivamente.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 124 a 171, recebida, em 04/06/2013, conforme carimbo de recepção, de fls. 124, estando acompanhada dos documentos, de fls. 172 a 214.

A impugnação foi considerada tempestiva, fls. 216.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 01-27.524 - 5ª, Turma DRJ/BEL, em 23/10/2013, fls. 218 a 230, pelo qual a impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 17/01/2014, AR, de fls. 273.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 234 a 271, recebida, em 17/01/2014, desacompanhado de qualquer documento.

As razões recursais em síntese, estão a seguir expostas.

Preliminar.

- que as matérias discutidas nesse autos estão sendo julgadas no STF sob o sistema da repercussão geral, bem como no STJ sob o regime dos recursos repetitivos, e, assim nos termos do Regimento Interno do CARF e do princípio da razoabilidade administrativa deve o presente julgamento ser suspenso até decisão definitiva daquelas cortes;
- que o recurso é tempestivo e que o presente recurso possui efeito suspensivo;

Mérito

- que não há uma correlação lógica entre os valores lançados e a base de cálculo considerada, compensando-se a recorrente das parcelas:

quinze dias iniciais auxílio doença e acidente; salário-maternidade; férias e 1/3 de férias, pois tais valores foram pagos indevidamente, conforme decisões judiciais, não podendo ser a recorrente obrigada ao pagamento de tais contribuições, pois a recorrente teve decisão favorável em MS, entendendo esse conselho que a Ação Mandamental pode ser executada antes do trânsito em julgado, transcreve o precedente;

- que estando a empresa regular com o fisco, existindo decisão favorável a empresa em MS, bem como entendendo o CARF que a ação mandamental pode ser executada antes do trânsito em julgado, entende a recorrente que inexistente correlação lógica entre o que lançado e as bases de cálculo, pois tivessem sido considerados tais argumentos, inexistiria infração, devendo a decisão recorrida ser reformada;
- que não houve desrespeito a decisão judicial, pois a compensação foi realizada nos termos da lei, que não exige tal outorga, uma vez que realizada sob a égide do artigo 66, da Lei 8.383/91, na decisão judicial e no entendimento do CARF, autorizando o citado artigo a compensação com débitos vencidos sem qualquer autorização do fisco, apurando o contribuinte o montante a compensar, podendo após o fisco verificar os cálculos para homologar ou lançar qualquer diferença;
- que o artigo 66, da Lei 8.383/91 trata de compensação a ser realizada pelo contribuinte no lançamento por homologação, sendo que os artigos 170 e 170 – A, do CTN tratam de outra modalidade de compensação aquela feita pelos agentes fiscais a pedido do contribuinte, no termos do artigo 156, II, do CTN para extinguir crédito já lançado, cita Hugo de Brito Machado e precedentes do STJ, dizendo que caso não se atenda a estes deve-se atender ao precedente do CARF que diz ser a ação mandamental é executável de imediato;
- que a multa isolada merece ser anulada, uma vez que não houve fraude na compensação por parte da recorrente, pois baseada na legislação que rege a matéria, em decisões do CARF e judiciais e mesmo que a decisão mencione o artigo 170 – A, na linha dos precedentes do CARF a multa isolada não se justifica, haja vista que a atuada cumpriu as formalidades do artigo 44, da IN 900 c/c o art. 66, da Lei 8.383/91, não podendo a compensação ser tida por indevida, pois o artigo 170 – A, só serviria para inadmitir a utilização do crédito, mas não que a compensação seja indevida;
- que a falsidade da declaração de compensação ocorre quando suas justificativas são uma e a apurado é outro, sendo que a recorrente apresentou todas as justificativas e documentos no curso da fiscalização, o que foi admitido pelo fisco no relatório, tendo sido os valores levantados e glosados apurados em GFIP, existindo o art. 44, da IN/900 porque o 74, da Lei 9.430 não se aplica as contribuições

previdenciárias, pois a norma aplicável é o artigo 66, da Lei 8.383, estando de acordo com a legislação a compensação realizada, cabendo ao fisco homologar ou não a compensação, devendo os autos serem declarados improcedentes;

- que inexistente falsidade na declaração das GFIP's apresentadas justificadoras da multa aplicada, pois o contribuinte tem direito a compensação sobre valores pagos indevidamente, compensando-se o contribuinte apenas de rubricas reconhecidas indevidas pelos tribunais superiores, não se compensando de valor superior ao seu direito, havendo respaldo legal para os créditos efetuados, não havendo falsidade na GFIP e motivos para a glosa da compensação, só podendo o fisco exigir multa de mora caso pudesse ele exigir algumas das rubricas compensadas, apresentando a recorrente tempestivamente as informações necessárias ao fisco pelas GFIP, sendo que há precedente do CARF no sentido de que a mera informação em GFIP de direito creditório oriundo de decisão judicial antes de seu trânsito em julgado não é justificativa a aplicação da multa isolada de 150%, pois não há a caracterização de falsidade da declaração, transcreve o precedente;

As questões relativas a Representação Fiscal para Fins Penais não se sumariadas e apreciadas, o que explicará no voto;

- que não há dolo a justificar a aplicação de pesada multa, estando errada a tipificação do auto deve o mesmo ser cancelado, pois nulo de pleno direito;
- que o auto é nulo, uma vez que eivado de vício da multa isolada, o que prejudica a defesa, devendo esse ser claro, nítido, autoexplicável, coerente e exato na descrição dos fatos, dos fundamentos legais e estar fundamentado em provas, não sendo suficiente a base em meros indícios, cita os artigos 59, II e 10, III, do Decreto 70.235/72, não devendo prosperar o auto, tendo em vista que a descrição é débil e a ausência de prova da falsidade, não permitem a aplicação da multa de 150%, por mera alegação, devendo haver prova inequívoca da falsidade, não estando caracterizada a conduta irregular da recorrente, cita a Lei 9.784/99, cabendo a anulação do auto de infração em especial da multa isolada, pois sua superficial descrição impediu o pleno exercício do direito de defesa, violando a Ordem Constitucional;
- que a multa isolada de 150%, além de acréscimos legais, representa verdadeiro confisco, o que viola o artigo 150, IV, da CF, cita precedente do STF e do CARF para quem a comprovação da fraude é necessária e não a mera presunção, cita Cláudio Renato do Canto Farág, devendo-se aplicar a multa do artigo 32 – A, da Lei 8.212/91, anulando-se o auto de infração DEBCAD 51.006.613-2 que exige a multa de 150%;

- que nas rubricas citadas, a seguir, não incide a contribuição previdenciária sobre os 15 dias iniciais do auxílio-doença, salário-maternidade, férias e terço constitucional, conforme jurisprudência do STJ, uma vez que pelo inciso, I, do artigo 150, da CF/88 estes não realizam a hipótese de incidência;
- 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;
- que a contribuição previdenciária foi instituída sobre os valores destinados a retribuir o trabalho potencial ou efetivo, conforme legislação e o STF, porém o fisco ao largo da legalidade exige a contribuição sobre valores que não representa remuneração ao trabalho, assim situação que não configuram o fato gerador: quinze dias auxílio doença e acidente; salário maternidade; férias gozadas e adicional constitucional de 1/3 sobre férias gozadas;
- que sobre as rubricas objeto do MS é indevida a exigência de contribuição quinze dias auxílio doença e acidente; salário maternidade; férias gozadas e adicional constitucional de 1/3 sobre férias gozadas conforme decidido por nossos tribunais;
- Dos pedidos e requerimentos: a) recebimento do recurso no efeito suspensivo; b) que seja dado total provimento ao recurso, com a reforma da decisão guerreada, julgando-se improcedente os autos de infração fustigado; c) subsidiariamente, que seja aplicada a multa benéfica do artigo 32 – A, da Lei 8.212/91; d) anulando-se o auto de infração de multa isolado DEBCAD 51.006.337.

O recurso foi considerado tempestivo pelo órgão preparador, fls. 274.

Não há despacho de remessa ao CARF/MF.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 09/10/2014, Lote 03, fls. 275.

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.

Retenção.

O presente processo ficou retido e sua solução foi retardada em razão dos recentes acontecimentos que afetaram o normal funcionamento do CARF, situação, absolutamente, fora do alcance do presente conselheiro.

Delimitação da demanda.

Inicialmente, cabe firmar as matérias que podem ou não serem objeto de conhecimento neste recurso em razão da concomitância de ação judicial em julgamento, MS 2007.33.00.014967-9/BA.

O citado MS foi impetrado pelo próprio contribuinte recorrente.

A citada ação tem por escopo excluir da tributação a contribuição previdenciária dos valores pagos em razão dos 15 dias iniciais em razão de auxílio-doença/acidente do trabalho, salário-maternidade, férias gozadas e terço constitucional em razão dessas férias.

Assim sendo, não cabe discutir neste processo administrativo a constitucionalidade ou legalidade destas exações, pois estão sobre o crivo judicial, conforme artigo 126, § 3º, da Lei 8.213/91 c/c o artigo 38, parágrafo único da Lei 6.830/80, bem como da Súmula CARF abaixo transcrita.

Súmula CARF 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.

Também, não comporta julgamento neste recurso a questão da prescrição quinquenal, pois decidida no Acórdão do TRF1, fls. 63 e 64, bem como a aplicação do artigo 170-A, da Lei 5.172/66, haja vista que tais temas foram decididos no acórdão, citado.

O Acórdão do TRF1 não transitou em julgado, pois houve a interposição de vários recursos, conforme consulta no sítio do tribunal, anexada, ao final desse acórdão.

Neste diapasão não comportam julgamento na via administrativa as questões relativas à inconstitucionalidade, ficando, assim fora desse contencioso, conforme a seguir esclarecido.

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.

Por fim, apenas para sedimentar de vez a impossibilidade do reconhecimento de inconstitucionalidade por órgão administrativo, basta ler o que disse o Supremo Tribunal

Federal – STF ao tratar da competência do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que apesar de órgão da estrutura do judiciária exerce competência administrativa e não judicial, artigo 103-B, parágrafo 4º, da CRFB/88.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. INADMISSIBILIDADE. ATRIBUIÇÃO ESTRANHA À ESFERA DE COMPETÊNCIA DESSE ÓRGÃO DE PERFIL ESTRITAMENTE ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO ULTRA VIRES. LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO). AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA, PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS E AUTONOMIA DOS ESTADOS-MEMBROS: LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE NÃO PODEM SER DESCONSIDERADAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. LIMINAR MANDAMENTAL E A QUESTÃO DA INVESTIDURA APARENTE. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA BOA-FÉ OBJETIVA. CONSEQUENTE SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E/OU JURISDICIONAIS PRATICADOS EM DECORRÊNCIA DO PROVIMENTO CAUTELAR, AINDA QUE EVENTUALMENTE DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

D.2. Indevido exercício da atividade de controle de constitucionalidade e descumprimento do dever de zelar pelo cumprimento da LOMAN. Essa Suprema Corte, por diversas vezes, já declarou ser vedado ao CNJ o exercício de atividade de controle de constitucionalidade, por tratar-se o Conselho de órgão com natureza administrativa. Nesse sentido, em recente decisão, proferida nos autos da medida cautelar no MS 32582, deixou claro o Ministro Celso de Mello que o CNJ não dispõe de competência para exercer o controle incidental ou concreto de constitucionalidade (muito menos o controle preventivo abstrato de constitucionalidade) dos atos do Poder Legislativo. Inobstante, na hipótese presente, como já referido, para a prolação da decisão aqui combatida, o CNJ afastou do ordenamento jurídico pátrio o disposto no artigo 99 da LOMAN que, conforme esclarecido adiante, chancela de forma explícita a correção da atuação do primeiro impetrante, declarando uma suposta inconstitucionalidade do mesmo dispositivo e negando efeitos à sua vigência. Ademais, além do exercício indevido de atividade de controle de constitucionalidade, ao negar vigência a dispositivo da LOMAN, deixou o CNJ, ainda, de exercer competência indelével de zelar pelo cumprimento daquele estatuto, competência esta que lhe é conferida, também de forma explícita, pelo disposto no artigo 103-B, § 4, inciso I, da Constituição: (STF - MS: 32865 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/06/2014, Data de Publicação: DJe-108 DIVULG 04/06/2014 PUBLIC 05/06/2014)

Evidente, assim, que o CARF apesar de órgão julgante, mas por exercer essa competência apenas na função administrativa e não judicial não detém competência para o controle de constitucionalidade seja ele difuso ou concentrado.

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

Ou seja, as questões relativa a inconstitucionalidade da multa isolada não serão apreciadas neste recurso pelo que supramencionado.

Delimitada as matérias que não comportam julgamento passo as matérias diferenciadas que o admitem, bem como as questões diversas da alegação de inconstitucionalidade.

Preliminar.

A norma regimental que dispunha sobre a necessidade de sobrestamento dos PAF's que contivessem questões a serem julgadas no STF, sob o regime da repercussão geral foi revogada, conforme texto abaixo. assim nada impede que a presente demanda continue sua caminhada rumo a solução administrativa.

*Portaria MF Nº 545 DE 18/11/2013
Publicado no DO em 20 nov 2013*

Altera o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, do Ministro de Estado da Fazenda.

O Ministro de Estado da Fazenda, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e o art. 4º do Decreto nº 4.395, de 27 de setembro de 2002,

Resolve:

Art. 1º Revogar os parágrafos primeiro e segundo do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -CARF.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

GUIDO MANTEGA

Nada precisa ser dito sobre a tempestividade, uma vez que esta foi reconhecida pela órgão preparador e por este órgão colegiado.

Ao analisar os presentes autos e ler a decisão *a quo* não verifico vício que possa levar tanto um como o outro a nulidade.

O REFISC, de fls. 16 a 42, bem como seus diversos Anexos de nº II a VII, fls. 50 a 194, dão exata noção e contornos ao lançamento, demonstrando de forma clara e

precisa seus pressupostos e fundamentos, o que é complementado pelos documentos, de fls. 01 a 13.

O contribuinte em seu recurso contesta: a) a correlação lógica entre os valores e base de cálculo do lançamento, pois em sua visão com base na decisão favorável do MS, bem como em precedente do CARF o qual entende que a ação mandamental admite execução imediata, haveria erro no valor do lançamento, pelo não exclusão de rubricas.

Contudo, essa não é a leitura adequada da situação, basta observar as determinação judicial no caso concreto do MS impetrado pela recorrente.

O Acórdão do TRF1 reconheceu que o contribuinte não deve recolher contribuição previdenciária sobre:

- Quinze dias iniciais auxílio doença e acidente;
- Terço constitucional de férias.

Todavia, aquela decisão reconheceu que a recorrente deve recolher contribuição previdenciária sobre:

- Férias normais usufruídas;
- Salário - maternidade.

A citada decisão, também, estabeleceu que a compensação se submete ao artigo 170- A, da Lei 5.172/66.

O agente fiscal lançador demonstrou de forma objetiva e cristalina a correlação lógica entre os valores lançados e as bases de cálculo, pois no item 3.1.2, do REFISC, de fls. 14 a 20, deixou claro que promoveu o lançamento da glosa, primeiro porque a decisão judicial não reconheceu o crédito sobre as rubricas salário maternidade e férias usufruídas e que para as rubricas reconhecidas a compensação se deu até mesmo, antes da prolação do Acórdão do TRF1, item 3.1.4, do REFISC.

Ou seja, a empresa na tinha amparo judicial para promover compensação de valor algum, pois em relação a ela empresa recorrente/contribuinte e impetrante do MS não havia créditos a seu favor.

Assim, a infração esta configurada, uma vez que a compensação foi antes da decisão judicial.

Além do que, a própria decisão judicial limita o direito a compensação para após a ocorrência do trânsito em julgado, bem como não reconhece o direito a compensação sobre salário maternidade e férias usufruídas, sendo que para a verbas deferidas havia a obrigatoriedade de aguardar e respeitar o trânsito em julgado, o que não ocorreu em franco desrespeito e desobediência ao que determinado na via judicial.

Destarte, sob esses argumentos não há razão para reforma da decisão *a quo* nesse tópico.

A compensação das contribuições sociais previdenciárias não são mais regidas pelo artigo 66, da Lei 8.383/91, pois tal dispositivo em razão dessa exaustão encontra-se revogado tacitamente, uma vez que o artigo 26, da Lei 11.457/2007 alterou o artigo 89, da Lei 8.212/91 que cuida da compensação, assim sendo pelo critério da especialidade, assim como pelo cronológico a norma a ser aplicada é essa última.

Aliás, a decisão judicial do MS impetrado pela empresa com fulcro na jurisprudência do STJ adota essa posição, observe-se a transcrição, sendo o precedente do STJ decidido sobre o rito do artigo 543 – C, da Lei 5.869/1973, devendo ser obrigatoriamente observado pelo CARF.

7. Como o §3º do art. 89 da Lei nº 8.212/91 foi revogado pela Lei nº 11.941, de 27 MAI 2009, o MS foi impetrado em JUL 2007 e o STJ (AgRg-ERESP nº 546.128/RJ), sob o rito do art. 543-C do CPC, definiu que a compensação se rege pela legislação contemporânea ao ajuizamento da demanda, o acerto de contas se fará sem as limitações por competência.

A compensação é procedimento voluntário do contribuinte, mas para tal devem ser respeitadas as normas que regem o instituto e no caso isso não ocorreu.

A uma, porque como dito acima o artigo 66, da Lei 8.383/91 não se aplica ao caso.

A duas, porque a decisão judicial do MS determina a observação do artigo 170 – A, da Lei 5.172/66 e isso não ocorreu. Aliás, a compensação se iniciou antes da prolação do Acórdão do TRF1, sendo, ainda, que a recorrente se compensou de rubricas não reconhecidas na decisão judicial – salário maternidade e férias normais usufruídas, violando, assim, o comando judicial.

A três, porque a decisão administrativa do CARF citada pelo contribuinte, não lhe favoreça, pois não era parte naquele processo e a decisão administrativa, não tem o condão de suplantar a decisão judicial específica que determina a observação do artigo 170 – A, da Lei 5.172/66.

Desta forma, o fisco exerceu seu direito de confrontar as operações do contribuinte que viabilizaram a compensação, concluído pela irregularidade do procedimento e glosando tal compensação, aliás, como lhe é de direito.

O artigo 170 – A não se confunde com o seu antecessor artigo 170, ambos, da Lei 5.172/66, a intenção do artigo 170 – A é apenas impedir que um contribuinte possa efetivar compensação sem que haja a definitividade do direito ao crédito em prejuízo ao erário independentemente do tipo de lançamento, ofício, declaração, homologação ou autolancamento, sendo inaplicável como supramencionado os precedentes do STJ e do CARF, pois a compensação não se deu sob a égide do artigo 66, da Lei 8.383/91, bem como o próprio Acórdão do TRF1 determinou no caso concreto a observação do artigo 170 – A, da Lei 5.172/66, com aptidão a fazer coisa julgada formal e material.

O agente lançador no item 3.2.2, do REFISC, o que a seguir se transcreve.

3.2.2 O §10 do art. 89 da Lei 8.212/91, transcrito abaixo, dispõe que deve ser aplicada a multa isolada de 150% (75% x 2), calculada sobre os valores compensados, por ter havido a inserção de créditos inexistentes nas GFIPs, consoante já demonstrado no **Levantamento anterior**. Vale dizer, mesmo sabendo que não tinha respaldo legal para efetuar as compensações, a empresa o fez.

Evidenciou aquele agente que o contribuinte sabia e deliberadamente utilizou-se de valores dos quais não dispunha para promover a suposta compensação, desrespeitando a decisão judicial e a lei que rege a compensação na seara previdenciária.

O parágrafo 10, do artigo 89, da Lei 8.212/91, diz o que a seguir se transcreve.

§ 10. Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Isto é, fica sujeito a multa isolada quem promove compensação indevida e o fisco comprove a existência de falsidade.

Não há como negar que a compensação era indevida, pois o contribuinte não possuía os créditos utilizados na compensação, pois não observou o artigo 170 – A, da Lei 5.172/66 e incluiu na compensação valores em rubricas não reconhecidas na decisão judicial salário maternidade e férias usufruídas.

Porém, o que vem a ser falsidade¹, segundo o dicionário *on line*, o conceito é o que está a seguir descrito.

Significado de Falsidade

s.f. Característica daquilo ou de quem é falso; atributo do que se opõe à verdade; qualidade do que pretende ser verdadeiro, mas não é: é perceptível a falsidade da nota. Aquilo que tende a enganar; desprovido de verdade; de teor calunioso; mentira: seu boato é falsidade. Ação de fingir; maldade ou hipocrisia: a falsidade de seu amor é lastimável.

Tendência para ser desleal; perfídia: a falsidade está presente em todos os seus atos.

Jurídico. Delito que se comete contra a fé pública, caracterizado pela modificação intencional da verdade, com o objetivo de fazer com que alguém seja prejudicado

Observa-se da transcrição acima que tanto no sentido vernacular como no jurídico a questão está ligada ao encobrimento, oposição, modificação ou desprovemento da verdade, sendo isso que ocorreu quando a recorrente promoveu a compensação utilizando-se de

¹Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/falsidade/>>. Acessado em: 25 de março de 2015.

crédito inexistente e incluído nesse crédito rubricas não reconhecidas judicialmente no MS, salário maternidade e férias usufruídas.

O artigo 44, da IN 900/2008 existe por conta do parágrafo 10, do artigo 89, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009 nada tendo a ver com o artigo 74, da Lei 9.430/96.

O fisco não homologou a compensação, pois justamente a entendeu em desrespeito as normas que regem a matéria, essa é a razão da glosa e do presente lançamento.

A multa isolada ou qualificada em 150% é admitida como regular pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ quando presentes os pressupostos para tal aplicação, observe-se o aresto.

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:.) (grifei).

O CARF não tem competência para se pronunciar sobre Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP assim prescreve a Súmula 28, segundo a transcrição.

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Esse foi o motivo pela qual não sumariamos as teses.

A legislação que autoriza a aplicação da multa isolada não exige dolo, exigindo apenas que a compensação seja indevida e que fica comprovada a falsidade, situações que se demonstraram presentes no caso. Inexiste tipificação errada, devendo o auto ser mantido.

Ficou demonstrada acima que a multa isolada foi aplicada, haja vista que estão presentes os requisitos definidos na lei, dessa forma inexistente prejuízo a defesa, uma vez que os fundamentos estão presentes, claros e nítidos, estando lastreados nos elementos constantes dos autos, bem como atendidos o artigo 10, III e respeitado o artigo 59, II, ambos, do Decreto 70.235/72.

- Art. 10, III – a descrição do fato: REFISC, de fls. 14 a 20, item 3; subitem 3.1.2; 3.1.3; 3.1.4 e 3.1.5; 3.2.1 e 3.2.2;
- Art. 59, II - ...com preterição do direito de defesa: Não ocorreu preterição ao direito de defesa todos os elementos e esclarecimento estão presentes, nos autos.

A prova da falsidade está presente nos autos como supramencionado e demonstrado, inexistindo cerceamento do direito de defesa.

No presente caso não é aplicável a multa do artigo 32 – A, da Lei 8.212/91, pois tal multa aplica-se no caso de descumprimento de dever instrumental e nos presentes autos a questão é de multa isolada que tem regramento próprio.

Não há razão para que o auto de infração de multa isolada seja anulado.

Como dito anteriormente as questões de inconstitucionalidade e o que decido na ação do MS não serão objeto de pronunciamento em razão da impossibilidade jurídica.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso, rejeitando as preliminares, para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.

Processo nº 10580.723899/2013-35
Acórdão n.º 2202-003.178

S2-C2T2
Fl. 292

https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00149587320074013300&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar

JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 1ª Região

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
(61) 3314-9328

Início Consulta Processual / TRF1 0014958-73.2007.4.01.3300

Relatório de Indisponibilidade

Opções de pesquisa

- Número do Processo
- Nome da Parte
- CPF/CNPJ da parte
- Nome do Advogado
- Código OAB do Advogado
- Número do Processo Originário
- Número do Processo de Execução
- Protocolo SEDEX

Processo Distribuição Partes Movimentação Incidentes Petições Documentos Acessos

Incidentes

Tipo	Número	Julgamento	Acórdão	Juiz Acórdão
EMBARGOS DE DECLARACAO	2880629			
EMBARGOS DE DECLARACAO (FAZENDA NACIONAL)	2899258	02/10/2012		
RECURSO ESPECIAL	2980261			
RECURSO EXTRAORDINARIO	2980273			
RECURSO ESPECIAL (FAZENDA NACIONAL)	3002521			
RECURSO EXTRAORDINARIO (FAZENDA NACIONAL)	3002522			

JURIS / FÍSICO / N

Emitido pelo site www.trf1.jus.br em 25/03/2015 às 12:07:31 Consulta respondida em 0,442 segundos

Este serviço tem caráter meramente informativo, portanto, SEM cunho oficial.

15:24

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

Autenticado digitalmente em 23/03/2016 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 23/03/2016

por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/03/2016 por MARCO AURELIO DE OLIVEIRA BARBOSA

Impresso em 06/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA