



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10580.729948/2015-13  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3302-005.420 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 21 de maio de 2018  
**Matéria** COFINS. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.  
**Recorrente** AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

COFINS. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

PIS/PASEP. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

A insuficiência de recolhimento do PIS/Pasep, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

DIREITO DE PETIÇÃO. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

O direito fundamental de petição não confere aos sujeitos passivos o direito de prestar informações falsas à RFB e nem obsta o lançamento tributário, caso se constate a falta de recolhimento de tributos devidos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fenelon Moscoso de Almeida, Walker Araujo, Vinicius Guimarães (Suplente Convocado), Jose Renato Pereira de Deus Paulo, Jorge Lima Abud, Diego Weis Junior, Raphael Madeira Abad e Paulo Guilherme Déroulède (Presidente).

## **Relatório**

Trata o presente processo de auto de infração, lavrado em 30/12/2015, formalizando a exigência de Contribuições referentes ao PIS e da COFINS não cumulativos, acrescidos de multa de ofício qualificada (150%) e juros de mora, no valor de R\$ 53.143.980,00.

- ✓ O contribuinte (nome de fantasia - Lenox Sound) tem como objeto social a fabricação, montagem, assistência técnica, comércio atacadista, exportação, importação de aparelhos de recepção, reprodução, gravação e amplificação de áudio e vídeo, tais como televisores, home theaters, DVD e semelhantes e outros, conforme cláusula 1a, parágrafo único do Contrato Social apresentado a fiscalização com registro na Junta Comercial da Bahia sob o nº 97397469 em 30/07/2014.
- ✓ Por meio do Termo de Início de Fiscalização lavrado em 18/12/2014, a fiscalização solicitou livros e documentos necessários aos procedimentos a serem efetuados nas operações fiscais programadas relativas ao PIS e COFINS - insuficiência de recolhimento e declaração - DCTF - para os períodos de janeiro de 2011 a dezembro de 2012 com Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de nº 0510100 2014 00770;
- ✓ Da análise dos demonstrativos de apuração do PIS e da COFINS entregues pelo fiscalizado e em conformidade com as DACON entregues, além das DCTF e pagamentos efetuados, a fiscalização verificou compensações efetuadas pelo contribuinte nas contas 2.1.1.03.19 - COFINS a Recolher Bahia e 2.1.1.03.18 - PIS a Recolher Bahia com créditos escriturados na conta 1.1.2.02.21 - Tributos Federais a Recuperar - lançamentos de aquisição de títulos da Eletrobrás de diversas séries.
- ✓ Foi lavrado o Termo de Intimação nº 01, em 21/10/2015, solicitando:
  1. Os contratos de cessão de créditos referentes as aquisições dos títulos da Eletrobrás;
  2. Ações judiciais que autorizassem as compensações contábeis efetuadas;

3. Esclarecimentos por escrito quanto a estas compensações que também não foram declaradas em DCTF e nem em DCOMP.

- ✓ Diante da não entrega da documentação, foi lavrado Termo de Intimação Fiscal nº 03 lavrado em 30/11/2015 concedendo prazo adicional de 5 (cinco) dias úteis em consonância com a legislação em vigor;
- ✓ A fiscalização constatou que em procedimento fiscal anterior culminando em autuação fiscal do PIS e COFINS - PAF nº 10580.723686/2014-94, dentre outras infrações foi verificado a compensação indevida do PIS e COFINS com títulos públicos/títulos da Eletrobrás;
- ✓ Também foi constatado pela Autoridade autuante das solicitações diversas de dilações de prazos, além da falta de apresentação de documentos relacionados a aquisições de títulos para posteriores compensações com tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil;
- ✓ Da mesma forma, foi verificado a partir da apresentação de ações judiciais que o contribuinte não era parte nessas ações;
- ✓ Foi apurado pela fiscalização que esses títulos não se prestavam à compensação de tributos e contribuições federais;
- ✓ A Lei 9.430/1996, com as inclusões da Lei nº 11.051/2004, diz expressamente, no art. 74, § 12:
  - Na alínea ‘a’ - é vedada a compensação tributária na hipótese em que o crédito seja de terceiros;
  - Na alínea “c” - se refira a título público;
  - Na alínea “d” - seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; e
  - Na alínea “e” - não se refira a tributos e contribuições administrados pela Receita Federal.
- ✓ Diante da falta de previsão legal e decisão judicial definitiva que autorizassem tais compensações efetuadas e que as mesmas não foram efetivadas por meio de DCOMP e nem declaradas em DCTF, a fiscalização elaborou Demonstrativo de Apuração do PIS, e Demonstrativo de Apuração da COFINS onde se constata diferenças passíveis de lançamento de ofício por falta de recolhimento tendo em vista o confronto dos valores apurados das contribuições com os valores declarados em DCTF e pagamentos efetuados - anexo 01 - PIS e anexo 02 – COFINS;

- ✓ Apurada as contribuições para cada período de apuração, anexo 01 - Demonstrativo de Apuração do PIS e anexo 02 - Demonstrativo de Apuração da COFINS, a fiscalização efetuou o lançamento de ofício do PIS e da COFINS, conforme demonstrativos de apuração e enquadramento legal constantes dos Auto de Infração - PIS e do Auto de Infração – COFINS;
- ✓ No presente caso, a fiscalização entendeu que o contribuinte tinha pleno conhecimento de que o procedimento adotado, a compensação do PIS e da COFINS com créditos de Títulos Públicos/Títulos da Eletrobrás levada a efeito em sua contabilidade, não estava amparado na legislação tributária ou em ação judicial;
- ✓ Além disso, tinha conhecimento também do entendimento da Receita Federal do Brasil da não possibilidade de compensações das contribuições do PIS e da COFINS com tais títulos tendo em vista autuação fiscal anterior;
- ✓ A conduta adotada pelo contribuinte relatada no item anterior, autoriza a qualificação da multa de lançamento de ofício que passa a ser de 150% - Fraude, art. 72 da Lei nº 4.502/1964. Os enquadramentos legais da multa de lançamento de ofício constam no Auto de Infração do PIS e do Auto de Infração da COFINS, ambos lavrados nesta mesma data;
- ✓ Ocorre ainda que quando contabilizou na ECD - 2011 , ECD 2012 e ECD 2013, créditos na conta 1.1.2.02.21 - Tributos Federais a Recuperar oriundos de Títulos Públicos/Títulos da Eletrobrás, e proceder contabilmente compensações na conta contábil 2.1.1.03.18 - PIS a Recolher Bahia e na conta contábil 2.1.1.03.19 - COFINS a Recolher Bahia, o contribuinte manteve em tese uma conduta em fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos e/ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal, além de omitir informações as autoridades tributárias, enseja Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP, tendo em vista o disposto no art. 1º da Portaria RFB nº 2.439/2010;
- ✓ Foi autuado como PESSOALMENTE RESPONSÁVEL o Sr. Jacky Kirsch Schnell, CPF: 039.254.048-72.

A empresa AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA tomou ciência do Auto de Infração, via Aviso de Recebimento, em 15/01/2006 (folhas 296).

O Sr. JACKY KIRSCH SCHNELL tomou ciência do Auto de Infração, via Aviso de Recebimento, em 13/01/2006 (folhas 299).

A empresa AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA apresentou impugnação em 11/02/2016 (folhas 307), de folhas 308 a 322.

Em síntese, foi alegado que:

- ✓ Observância aos princípios Constitucionais e infraconstitucionais referente ao devido processo administrativo;

- 
- ✓ Suspensão da exigibilidade do crédito tributário face ao pedido administrativo de análise de créditos tributários decorrentes de processos judiciais;
  - ✓ Contribuição atenta e tempestiva do contribuinte a todas as intimações advindas Da Receita Federal;
  - ✓ Da ausência de fraude e polo praticado pelo contribuinte;
  - ✓ As sanções são desproporcionais e devem ser afastadas;
  - ✓ Ausência de responsabilidade e solidariedade do sócio administrador.

Em 11 de junho de 2006, através do **Acórdão nº 14-61.846** a 14ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento de Ribeirão Preto/SP, por unanimidade de votos, **JULGOU IMPROCEDENTE** a impugnação.

Entendeu a Turma que:

- ✓ A autuação respeitou os princípios do direito de petição, da ampla defesa e do contraditório;
- ✓ A contribuinte não foi penalizada pela utilização do direito de petição, mas porque fez uso indevido desse direito;
- ✓ O procedimento de que as pretensas compensações se deram com títulos da Eletrobrás que teriam sido adquiridos por contrato de cessão de direitos tem pelos menos três irregularidades que o comprometem:
  1. A pretendida compensação se deu sem a apresentação da competente declaração de compensação DCOMP, instrumento que a partir da Medida Provisória nº 66, de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 2002, passou a integrar a própria essência da compensação. De modo direto, sem DCOMP não há compensação. Sem DCOMP não existe extinção sob condição resolutória de ulterior homologação pela autoridade administrativa. Sem DCOMP, portanto, não há débito extinto;
  2. Nos termos do artigo 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”*. Assim, se se tratasse de compensação, isto é se houvesse a apresentação da competente e necessária Declaração de Compensação, o procedimento adotado pela interessada mesmo assim não poderia ser homologado;
  3. O pretendido direito de crédito compensado e que teria origem em decisão judicial transitada em julgado não se enquadra na condição de tributo administrado pela RFB e tão pouco se inclui

entre as receitas da União que tenham sido recolhidas por meio de DARF.

Para a Turma não há dúvidas de que o Sr. Jacky Gert Kirsch Schnell, por razões que vão muito além do mero fato de ser o representante nas DIPJ, DACON e DCTF, deve, de fato, ser responsabilizado solidariamente. Afinal, não só é o responsável pelas declarações entregues, mas agiu com infração à lei, ao declarar à RFB informações falsas com o intuito de não pagar os tributos devidos.

A impugnante foi cientificada da Decisão da Delegacia Regional de Julgamento, em 05/09/2016, por via eletrônica, às folhas 421 do processo digital.

Em 28/09/2016 (folhas 422), a empresa AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA ingressou com RECURSO VOLUNTÁRIO junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, apresentando suas razões, de folhas 423 a 438.

Em síntese, foi alegado:

- ✓ Exercício regular de direito e ausência de prejuízo ao credor tributário;
- ✓ Presunção de boa-fé do contribuinte ao atender todas as determinações do sujeito ativo tributário;
- ✓ Multa excessiva, desproporcional e sem razoabilidade;
- ✓ Vedação ao confisco;
- ✓ Ausência de responsabilidade da pessoa física (sócio da pessoa jurídica).

#### ⊙ DO PEDIDO

À vista de todo o exposto, se reportando aos termos da defesa inicial, ainda as disposições dos tendo por fundamento artigos 5º, XXXIV, 'a', XXXV, LIV e LV, LXXVIII da Constituição Federal, artigo 135, 151, III do Código Tributário Nacional, artigo 2º, parágrafo único da Lei 9.784/99, Decreto 70.235/72, 7574/2011, Lei 9430/96, considerando as Garantias e Princípios Constitucionais, especificamente vedação ao Juízo de exceção, devido processo legal administrativo, ampla defesa, contraditório, trânsito em julgado, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer, o recorrente, seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado, quer seja pela nulidade e/ ou pelo ato desproporcional e sem razoabilidade.

Por fim, não sendo acolhido o pedido retro, requer a desclassificação da multa para 20% evitando-se o excesso e/ou confisco tributário.

É o relatório.

#### **Voto**

Conselheiro Jorge Lima Abud

**Da admissibilidade.**

Por conter matéria desta E. Turma da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário tempestivamente interposto pelo contribuinte, considerando que a recorrente teve ciência da decisão de primeira instância em 05 de setembro de 2016, quando, então, iniciou-se a contagem do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação do presente recurso voluntário - apresentando a recorrente recurso voluntário em 28 de setembro de 2016.

**Da controvérsia.**

A matéria divergente diz respeito a pretensão do contribuinte em compensar contribuições ao PIS e Cofins com créditos que teriam origem em ação judicial.

Alternativamente, pugna pela incidência da multa moratória de 20%.

**Do mérito.**

Toma-se como ponto de partida da presente análise os quadros de folhas 291/292 que ilustram que os valores incluídos em DCTF para o PIS e Cofins estão zerados com exceção do período de apuração de fevereiro de 2001 e que as pretendidas compensações foram registradas apenas contabilmente.

Período	PIS - DACON/CONTRIBUINTE	PIS - DCTF	PAGAMENTOS - PIS - 6912	COMPENSAÇÃO CONTÁBIL	GLOSA COMPENSAÇÃO	PIS - Diferenças Apuradas - Fiscal
abr/12	206.471,38	0,00	10.323,57	196.147,80	196.147,80	196.147,81
jun/12	114.736,33	0,00	5.736,82	108.999,51	108.999,51	108.999,51
jul/12	146.992,15	0,00	7.349,61	139.642,54	139.642,54	139.642,54
ago/12	162.764,81	0,00	8.138,24	154.626,57	154.626,57	154.626,57
set/12	243.551,56	0,00	12.177,58	231.373,98	231.373,98	231.373,98
out/12	119.760,25	0,00	5.988,01	113.772,24	113.772,24	113.772,24
nov/12	241.124,56	0,00	12.056,23	229.068,33	229.068,33	229.068,33
dez/12	260.453,68			260.453,68	260.453,68	260.453,68

**DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO - PIS - ANO 2011 E 2012 - VALORES EM REAIS (R\$)**

Período	PIS - DACON/CONTRIBUINTE	PIS - DCTF	PAGAMENTOS - PIS - 6912	COMPENSAÇÃO CONTÁBIL	GLOSA COMPENSAÇÃO	PIS - Diferenças Apuradas - Fiscal
jan/11	138.945,18	0,00	6.947,26	131.997,92	131.997,92	131.997,92
fev/11	122.108,90	6.105,45	6.105,45	116.003,46	116.003,46	116.003,45
mar/11	136.405,92	0,00	6.820,30	129.585,62	129.585,62	129.585,62
abr/11	153.600,53	0,00	7.680,03	145.920,50	145.920,50	145.920,50
mai/11	142.821,32	0,00	7.141,07	135.680,25	135.680,25	135.680,25
jun/11	143.714,14	0,00	7.185,71	136.528,43	136.528,43	136.528,43
jul/11	77.043,33	0,00	3.852,17	73.191,16	73.191,16	73.191,16
ago/11	143.092,01	0,00	7.154,60	135.937,42	135.937,42	135.937,41
set/11	235.662,07	0,00	11.783,10	223.878,97	223.878,97	223.878,97
out/11	122.332,32	0,00	6.116,62	116.215,70	116.215,70	116.215,70
nov/11	194.829,23	0,00	9.741,46	185.087,76	185.087,76	185.087,77
dez/11	335.334,94	0,00	16.766,75	318.568,19	318.568,19	318.568,19

## DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO - COFINS - ANO 2011 E 2012 - VALORES EM REAIS (RS)

Período	COFINS	COFINS - DCTF	PAGAMENTOS - COFINS - 5856	COMPENSAÇÃO CONTÁBIL	GLOSA COMPENSAÇÃO	COFINS - Diferenças Apuradas
jan/11	639.987,24	0,00	31.999,41	607.987,84	607.987,84	607.987,83
fev/11	560.704,47	28.039,22	28.039,22	532.745,25	532.745,25	532.745,25
mar/11	627.711,22	0,00	31.385,61	596.325,61	596.325,61	596.325,61
abr/11	711.098,28	0,00	35.554,91	675.543,37	675.543,37	675.543,37
mai/11	658.179,62	0,00	32.908,98	625.270,64	625.270,64	625.270,64
jun/11	668.524,34	0,00	33.426,22	635.098,12	635.098,12	635.098,12
jul/11	355.734,41	0,00	17.786,72	337.947,69	337.947,69	337.947,69
ago/11	658.386,26	0,00	32.919,31	625.466,95	625.466,95	625.466,95
set/11	1.093.976,46	0,00	54.698,82	1.039.277,64	1.039.277,64	1.039.277,64
out/11	566.203,32	0,00	28.310,17	537.893,15	537.893,15	537.893,15
nov/11	905.014,01	0,00	45.250,70	859.763,31	859.763,31	859.763,31
dez/11	1.550.379,78	0,00	77.518,99	1.472.860,79	1.472.860,79	1.472.860,79

Período	COFINS - DICON	COFINS - DCTF	PAGAMENTOS - COFINS - 5856	COMPENSAÇÃO CONTÁBIL	GLOSA COMPENSAÇÃO	COFINS - Diferenças Apuradas
abr/12	959.301,20		47.965,06	911.336,14	911.336,14	911.336,14
jun/12	526.699,51		26.334,98	500.364,53	500.364,53	500.364,53
jul/12	677.898,23		33.894,91	644.003,32	644.003,32	644.003,32
ago/12	752.665,06		37.633,25	715.031,81	715.031,81	715.031,81
set/12	1.122.463,31		56.123,17	1.066.340,15	1.066.340,15	1.066.340,14
out/12	554.574,89		27.728,74	526.846,15	526.846,15	526.846,15
nov/12	1.113.825,62		55.691,28	1.058.134,34	1.058.134,34	1.058.134,34
dez/12	1.205.988,72		0,00	1.205.988,72	1.205.988,72	1.205.988,72

Os livros contábeis juntados pela fiscalização às fls. 245/264 indicam que as pretensas compensações se deram com títulos da Eletrobrás que teriam sido adquiridos por contrato de cessão de direitos.

A contribuinte, intimada em várias oportunidades não apresentou os mencionados contratos de cessão de créditos.

É alegado no item (05) do Recurso Voluntário:

*5. Conforme relatório descrito no processo administrativo, diante dos textos constitucionais referidos e a serem reiterados, o contribuinte, restou penalizado por ter exercido um Direito na forma regular, o Direito de Compensar créditos tributários decorrentes de sentença judicial na forma do artigo 170 do CTN e artigo 74 da lei 9430/96. (...)*

Não prospera a argumentação.

Através da fundamentação exposta no **Acórdão nº 14-61.846**, é demonstrado porque não assiste ao Recorrente o direito subjetivo à compensação. Em linhas gerais, sua pretensão não se traduzia em direito regular, pois:

- compensação se deu sem a apresentação da competente declaração de compensação DCOMP;
- é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial;

- o pretendido direito de crédito compensado e que teria origem em decisão judicial transitada em julgado não se enquadra na condição de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil e tão pouco se inclui entre as receitas da União que tenham sido recolhidas por meio de DARF.

Logo, o aludido direito jamais existiu.

- Multa de ofício. Previsão legal e percentual (150%).

É alegado no item (09) do Recurso Voluntário:

*9. Acontece, Eméritos Julgadores, que, analisando o texto legal referido pelo credor, além da revogação do referido comando legal, a multa referida não pode ser aplicada senão após a decisão administrativa transitada em julgado e de forma proporcional, não superando o valor da obrigação conforme pretensão formalizada pelo credor tributário. A multa tributária não pode ser superior ao valor da obrigação principal, afinal, pelo texto constitucional do artigo 5, deve prevalecer a igualdade e por isso, deve ser mantido o equilíbrio, neste sentido o artigo 412 da lei 10406/2002, verbis: (...)*

O litigante investe contra a aplicação da multa qualificada de 150%, que diz ser confiscatória e injustificada. O dispositivo aplicado, conforme indicado no auto de infração, foi o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que teve sua redação alterada posteriormente ao fato gerador para:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide MEDIDA PROVISÓRIA Nº 351 - DE 22 DE JANEIRO DE 2007 - DOU DE 22/1/2007 - Edição extra) Alterada pela LEI Nº 11.488 - DE 15 DE JUNHO DE 2007 - DOU DE 15/5/2007 - Edição extra*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;*

*(...)*

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será  duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*(Grifou-se.)*

- Lei nº 4.502/1964:

*Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:*

*I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

*Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.*

*Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.*

Portanto, ao contrário do que afirma o Recorrente o artigo 44 da Lei nº 9.430/96 **não foi revogado e sim alterado**, permanecendo assim em vigência, imputando a multa de ofício qualificada (150%) nos casos de sonegação, fraude e conluio.

No mais, de fato a multa em análise a multa referida não pode ser aplicada senão após a decisão administrativa transitada em julgado, em obediência ao Devido Processo Legal e outros princípios derivados deste.

A multa de ofício calculada sobre o valor do imposto cuja falta de recolhimento se apurou, está em consonância com a legislação de regência, sendo o percentual 150 % o legalmente previsto para a situação descrita no Termo de Verificação Fiscal, não se podendo, em âmbito administrativo, reduzi-lo ou alterá-lo por critérios meramente subjetivos, contrários ao princípio da legalidade.

Considerações sobre a graduação da penalidade, no caso, não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei, não dando margem a conjecturas atinentes à ocorrência de efeito confiscatório ou de ofensa ao princípio da capacidade contributiva. Nesse sentido, qualquer pedido ou alegação que ultrapasse a análise de conformidade do ato administrativo de lançamento com as normas legais vigentes, em franca ofensa à vinculação a que se encontra submetida a instância administrativa (art. 142, parágrafo único, do CTN), como a contraposição a princípios constitucionais, somente podem ser reconhecidos pela via competente, o Poder Judiciário.

Desse modo, deve-se considerar correta a aplicação da multa de lançamento de ofício ao percentual de 150%, definido em lei, sobre os valores do imposto não recolhido, rejeitando-se a contestação de que não haveria previsão legal para tanto.

Por fim, o artigo 412 do Código Civil transcrito no Recurso Voluntário diz respeito a ordenamento aplicado a relações jurídicas entre particulares, não sendo apta para se impor diante de uma relação jurídico tributária que possui o Código Tributário Nacional e legislação subjacente como ordenamento próprio.

- Da boa fé alegada.

É alegado nos itens (11) e (12) do Recurso Voluntário:

*Em que pese os argumentos retro, o inconformismo ora manifestado pelo recorrente se restringe à presunção objetiva do credor tributário em presumir a má-fé do contribuinte aplicando multa abusiva e desproporcional conforme retro referido.*

*O recorrente demonstra-se inconformado, conforme já mencionado, sobre a presunção de má-fé do contribuinte, muito embora haja reconhecimento de que, o contribuinte, tenha atendido a todas as notificações e intimações do credor tributário.*

Não se trata de presunção.

No presente caso, as ações da empresa AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA indicam uma ação voluntária para SONEGAR tributos, na medida que quis exercer o direito à compensação sem estar apta. Não apenas isso. Ciente dessa condição, não se ateu ao formalismo da apresentação da competente declaração de compensação DCOMP e já requereu o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial de terceiro, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Esses dois fatos podiam muito bem passar por um mero descuido ou ainda desconhecimento da legislação aplicável ao caso em análise, mas devem ser sopesados com outros dois acontecimentos:

1. Os livros contábeis juntados pela fiscalização às fls. 245/264 indicam que as pretensas compensações se deram com títulos da Eletrobrás que teriam sido adquiridos por contrato de cessão de direitos.
2. A contribuinte, intimada em várias oportunidades não apresentou os mencionados contratos de cessão de créditos.

Portanto, a pretensão da Recorrente era apoiada em direito sabidamente inexistente, revelando assim ação/omissão dolosa tendente a impedir ou retardar total o conhecimento por parte da autoridade fazendária das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

- O alcance da responsabilidade dos sócios.

O instituto a ser considerado é o da responsabilidade pessoal tributária a luz do artigo 135 do Código Tributário Nacional.

É certo que os sócios, ao constituírem a sociedade na forma disciplinada no Código Civil, fundamentados no direito societário, limitam sua responsabilidade aos aportes que realizam para a formação do capital, seja em quotas ou ações - objetivando restringir sua participação no pagamento dos débitos sociais, desde que não pratiquem atos com excesso de mandato, violação da lei ou do contrato social.

A determinação do sujeito passivo da obrigação tributária principal é determinada pelo artigo 121 do Código Tributário Nacional:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

O Sr. Jacky Gert Kirsch Schnell assume a condição de responsáveis a luz do inciso II, do artigo 121, do Código Tributário Nacional por determinação direta do **artigo 135 do mesmo diploma legal**.

O artigo 135 do Código Tributário Nacional determina que a responsabilidade dos sócios somente ocorrerá quando demonstrado o fato de os sócios haverem agido com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

*(Grifo Nosso)*

Isto significa que, se o empresário ou administrador agir dentro da lei e do contrato social ou estatuto e, por circunstâncias do mercado, a empresa da qual é sócio ou administrador não cumprir com suas obrigações tributárias - seus bens particulares não respondem pela dívida tributária.

Não é o caso.

A ação fiscal se apóia na seguinte constatação: ações da empresa AULIK INDUSTRIA E COMERCIO LTDA indicam uma ação voluntária para SONEGAR tributos, na medida que quis exercer o direito à compensação sem estar apta. Não apenas isso. Ciente dessa condição, não se ateu ao formalismo da apresentação da competente declaração de compensação DCOMP e já requereu o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial de terceiro, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Soma-se a isso:

1. Os livros contábeis juntados pela fiscalização às fls. 245/264 indicam que as pretensas compensações se deram com títulos da Eletrobrás que teriam sido adquiridos por contrato de cessão de direitos; e
2. A contribuinte, intimada em várias oportunidades não apresentou os mencionados contratos de cessão de créditos.

Se configurada a infração de Lei, SONEGAÇÃO, por determinação expressa do caput do artigo 135 do Código Tributário Nacional, a responsabilidade pela exação tributária atinge a pessoa dos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

- Da redução da multa de ofício e desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A presunção é que o Legislativo, antes de aprovar a lei tenha examinado eventual conflito com a Constituição Federal e chegado à conclusão de não haver tal contrariedade. Essa presunção somente sucumbe ante o pronunciamento judicial. Inadmissível é pretender que a autoridade administrativa descumpra a lei. Até aí não vai o seu poder, tendo em vista o alcance limitado do julgamento nessa esfera, que não pode se desviar dos estritos ditames legais, sendo vedado imiscuir-se na competência do Poder Judiciário para examinar a constitucionalidade de normas. Assim, falece competência ao julgador administrativo para exercer esse juízo de constitucionalidade deixando de aplicar normas integrantes do ordenamento jurídico, em face da mera alegação suscitada em processo administrativo, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 26-A, § 6º, do Decreto nº 70.235/1972, acrescido pela Lei nº 11.941/2009, que não se identificam com o caso concreto.

*“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.*

(...)

*§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:*

*I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;*

*II – que fundamente crédito tributário objeto de:*

*a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;*

*b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou*

*c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.”*

Ressalte-se que a atividade administrativa do lançamento é obrigatória e vinculada, sob pena de responsabilidade funcional, consoante disposição expressa do art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Portanto, a autoridade fiscal não pode eximir-se de cumprir seu dever legal de aplicar a multa no exato *quantum* previsto em lei, sendo-lhe vedado dispensar ou reduzir penalidades sem previsão legal. É o que dispõe o art. 97, inciso VI, do Código Tributário Nacional (CTN):

*“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:*

(...)

*VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.”*

A solução inversa, ou seja, assentir com a redução da multa, sem que isso esteja previsto em lei, implicaria sustentar que a vontade da autoridade administrativa sobrepõe-se à norma escrita, alterando, dessa maneira, a própria obrigação tributária, o que resultaria afronta ao princípio da legalidade, que norteia toda a atividade do setor público. Sobre legalidade e atividade administrativa, escreve JOSÉ AFONSO DA SILVA, citando HELY LOPES MEIRELLES:

*"(...) Lembra Hely Lopes Meirelles que 'a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.'*

*'Na administração pública', prossegue, 'não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa pode fazer assim; para o administrador significa deve fazer assim.' "* (destaquei) (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, pág. 373)

Ao discorrer sobre atos vinculados, ensina HELY LOPES MEIRELLES:

*"Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa."* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1992, pg. 149)

Cabe ressaltar que o presente julgamento também constitui atividade vinculada e, assim, cinge-se aos ditames legais aplicáveis à espécie, o que impede a adoção de quaisquer orientações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em argumentos de razoabilidade ou proporcionalidade, propugnam a redução ou dispensa de multas. A exclusão ou redução de multas, em se constituindo uma situação excepcional, eis que dispensa a prática, por parte da autoridade administrativa, de uma atividade vinculada e obrigatória, deve ser feita tão-somente nas hipóteses expressamente previstas na legislação, sem o que equivaleria aventar que a atividade ora exercida seria uma atividade discricionária quando, ao contrário, se trata de atividade vinculada.

Ainda no que tange aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o seu emprego pela instância julgadora administrativa não vai a ponto de autorizar a dispensa ou redução de multas, quando expressas na lei em valor ou percentual único, sem que haja expressa previsão legal para graduação da penalidade dentro de uma faixa variável de valor, a ser fixado em cada caso pela autoridade fiscal, levando-se em conta determinados critérios, tais como natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou extensão dos seus efeitos. A lei em comento não confere âmbito de discricionariedade à autoridade administrativa no tocante à dosimetria da punição, sendo suficiente que se caracterize a situação descrita na lei para que haja a aplicação da penalidade no percentual único previsto. Assim, a matéria em pauta não comporta alegação de ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, o exame da proporcionalidade entre o fato infracional e o valor da multa não é passível de exame neste foro, porquanto a autoridade administrativa não pode usurpar a competência do legislador para alterar o valor da multa definido na lei. O citado juízo de proporcionalidade foi exercido pelo legislador ao aprovar a lei fixando o valor da multa, somente podendo ser revisto pelo próprio Poder Legislativo ou, em caso de inconstitucionalidade, pelo Judiciário, estando, porém, fora da esfera de competência da autoridade administrativa a quem cabe tão-somente aplicar a lei. Portanto, o órgão administrativo não detém competência legal para dispensar ou reduzir multas, sem que isso esteja expressamente previsto em lei.

- O Princípio do Não-Confisco.

Quanto ao princípio do não-confisco, agasalha-se o entendimento de que vem a ser essa uma limitação imposta pelo Legislador constituinte ao Legislador infraconstitucional (ordinário), portanto, não se pode dizer que o princípio esteja direcionado à Administração Tributária.

Invocando sempre a Súmula nº 02 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

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

Diante de tudo que foi exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso da Contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud - Relator.