



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	11080.739359/2019-62
ACÓRDÃO	1001-003.458 – 1ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	7 de agosto de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	GOLD SIKINOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE LTDA
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2017

DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

INCONSTITUCIONALIDADE DO § 17 DO ART. 74 DA LEI Nº 9.430, DE 1996. STF.

“É inconstitucional a multa isolada prevista em lei para incidir diante da mera negativa de homologação de compensação tributária por não consistir em ato ilícito com aptidão para propiciar automática penalidade pecuniária” (Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 796.939/RS, Tema 736, Supremo Tribunal Federal). “Procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do § 17 do art. 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4905/DF, Supremo Tribunal Federal).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala de Sessões, em 7 de agosto de 2024.

Assinado Digitalmente

Gustavo de Oliveira Machado – Relator

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva – Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Márcio Avito Ribeiro Faria, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Gustavo de Oliveira Machado, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 107-020.616, proferido pela 5ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal 07 que julgou improcedente a impugnação.

A Contribuinte pretendia através dos PER/DCOMP de nºs. 19474.502632.01014.1.7.02-9070 e 10242.847462.01014.1.3.02-3369, compensar os débitos informados com suposto crédito de saldo negativo de IRPJ ano calendário 2017 no valor de R\$ 151.740,48 no processo administrativo nº. 10880.986349/2018-55.

Cabe esclarecer, que do montante total do débito declarado no referido PER/DCOMP, não foi homologado o valor de R\$ 151.740,78, resultando na aplicação da multa de 50% (R\$ 75.870,24) do valor dos débitos cujas compensações não foram homologadas.

A DERAT de São Paulo- SP lavrou no dia 08 de Outubro de 2019 a Notificação de Lançamento Nº NLMIC 4696/2019 em face da GOLD SIKINOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SPE, cujo teor segue abaixo (e-fl. 2/3):

“(…)

5- DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A base de cálculo da infração corresponde ao somatório dos débitos remanescentes da compensação realizada, que são calculados, de acordo com a legislação de regência, para a data de transmissão da Declaração de Compensação- DCOMP original.

Base de cálculo (Valor não homologado)= R\$ 151.740,48

Valor da Multa= Base de cálculo x Percentual da Multa (50%)

Valor da Multa por compensação não homologada (Código 3148)= R\$ 75.870,24

O detalhamento da apuração da base de cálculo da infração, parte integrante desta Notificação de Lançamento, consta do Anexo “Detalhamento da Apuração da Multa por Compensação Não Homologada.

6- INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a extinguir o crédito tributário constituído pelo presente lançamento de ofício, por meio do pagamento ou outra forma de extinção prevista em lei, ou impugná-lo, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência desta Notificação de Lançamento, nos termos dos arts. 5º, 15, 16, 17 e 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, e alterações posteriores. A impugnação deve ser dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento e protocolada na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição. Até o vencimento desta notificação, será concedida redução de 50% para pagamento à vista ou 40% para os pedidos de parcelamento formalizados neste mesmo prazo, conforme artigo 6º da Lei nº 8.218, de 1991. Não havendo extinção, impugnação ou outra forma de suspensão do crédito tributário, este será inscrito em Dívida Ativa da União para cobrança executiva”.

DA IMPUGNAÇÃO

A Contribuinte impugnou o lançamento da multa lavrada por compensação não homologada nos autos do Processo Administrativo de Crédito nº. 10880.986349/2018-55 (compensação de crédito tributário de IRPJ, apurado no ano calendário de 2017, exercício 2018, mediante a utilização dos PER/DCOMP nºs. 19474.502632.01014.1.7.02-9070 e 10242.847462.01014.1.3.02-3369 com demonstrativo de crédito, no valor nominal de R\$ 151.740,48.

Asseverou que o despacho decisório utilizado como fundamento da aplicação da multa isola não merece prosperar, vez que a mesma colacionou nos autos do processo 10880.986349/2018-55, documentação suficiente a demonstrar a existência de saldo credor.

Pontuou que a mera ausência de contabilização do tributo já pago não pode fazer com a mesma se veja obrigada a arcar com tributo já quitado, sob pena de enriquecimento ilícito da Fazenda Pública, o que é vedado por lei.

Pleiteou que seja cancelado o Auto de Infração decorrente da Notificação de Lançamento nº NLMIC 4696/2019, com base na existência de saldo credor de IRPJ, ou, alternativamente que seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até que seja decidido em definitivo o mérito do processo nº 10880.986349/2018-55, ainda pendente de julgamento.

DO ACÓRDÃO PROLATADO Nº. 107-020.616/DRJ07

A DRJ analisou a impugnação julgando-a improcedente (e-fls. 22/26).

Inconformada com a decisão da DRJ, a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, destacando, em síntese, que (e-fls. 36/43):

“ ILUSTRÍSSIMO(A) DELEGADO(A) DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO EM SÃO PAULO/SP

Ou quem lhe fizer as vezes na apreciação da presente petição

AUTOS DO PROCESSO Nº 11080.739359/2019-62

GOLD SIKINOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Economia (“CNPJ/ME”) sob o nº 10.899.983/0001-01, com sede na Avenida Doutor Cardoso de Melo, nº 1.855, 6º andar, Vila Olímpia, CEP 04.548-903, São Paulo/SP, vem perante Vossa Senhoria, com fundamento no art. 33 do Decreto nº 70.235/1972, interpor o presente

RECURSO VOLUNTÁRIO

em face do Acórdão nº 107-020.616, da 5ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 07, que julgou improcedente a Impugnação apresentada, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

Requer, assim, seja determinado o regular processamento do feito, remetendo-se estes autos ao Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”).

Pede deferimento.

São Paulo, 14 de abril de 2023.

GOLD SIKINOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA.

AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

RAZÕES DE RECURSO VOLUNTÁRIO

I. DA TEMPESTIVIDADE

1. De acordo com o art. 33 do Decreto nº 70.235/1972, o prazo para apresentação do Recurso Voluntário é de 30 dias, contados da ciência da decisão. A Recorrente teve ciência por meio de acesso aos autos do processo em 15/03/2023, iniciando-se a contagem em 16/03/2023 e terminando em 14/04/2023. Logo, o Recurso é plenamente tempestivo.

II. SÍNTESE DOS FATOS

2. Trata-se, na origem, de Despacho Decisório que não homologou a compensação pretendida na PER/DCOMP nº 19474.50263.2010.14.1.7.0290-70 e 10242.84746.2010.14.1.3.02-3369.

3. A Autoridade Fiscal alega que a análise do direito creditório está limitada ao menor valor informado entre o constante do PER/DCOMP e na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (“DIPJ”) relativa ao mesmo período.

4. De acordo com o entendimento da Autoridade Fiscal, nenhum dos valores demonstrados por meio das PER/DCOMPs estaria presente nas demais declarações, motivo pelo qual restou negada a compensação requerida.

5. Em razão disso, nos termos do art. 74, § 17, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, foi aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto das DCOMPs.

6. Ocorre que, conforme demonstrado pela Recorrente nos autos do processo administrativo nº 10880.986349/2018-55, havia créditos suficientes para se homologar a compensação dos débitos ora pretendidos.

7. Ademais, enquanto não encerrado o processo administrativo em que se discute a existência ou não de saldo credor, não pode a Autoridade Fiscal realizar o lançamento da multa isolada.

8. Por tais motivos, e em razão da autuação ora combatida, não restou alternativa à Recorrente senão opor Impugnação, alegando, em síntese:

(i) O despacho decisório utilizado como fundamento da aplicação da multa isolada que ora se discute não merece prosperar, já que a Recorrente juntou, nos autos do processo 10880.986349/2018-55, documentação suficiente a demonstrar a existência de saldo credor;

(ii) Em que pese a ausência do cômputo de IRRF, quando do resgate de aplicações Financeiras em Fundos de Investimento de Renda Fixa realizadas por meio da Caixa Econômica Federal na DIP.1 apresentada pela Recorrente, vige o princípio da verdade material sobre o processo administrativo fiscal. Ou seja, o erro formal não pode (e nem deve) se sobrepor à verdade material dos fatos;

(iii) O despacho decisório de não homologação foi alvo de Manifestação de Inconformidade, apresentada nos autos do processo nº 10880.986349/2018-55, e enquanto não houver o julgamento de mérito de tal caso, não pode a cobrança do Auto de Infração ora sob discussão ser levada a efeito; e

(iv) A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como do presente processo, até que se decida, em definitivo, a Manifestação de Inconformidade lançada nos autos do processo nº 10880.986349/2018-55, ainda pendente de julgamento na fase recursal.

9. A impugnação foi julgada integralmente improcedente pela DRJ/07.

10. Por tais motivos, e em razão da autuação ora combatida, não restou alternativa à Recorrente senão opor o presente Recurso Voluntário, pelos fatos e fundamentos que passa a expor. 2. Trata-se, na origem, de Despacho Decisório que não homologou a compensação pretendida na PER/DCOMP nº 19474.50263.2010.14.1.7.0290-70 e 10242.84746.2010.14.1.3.02-3369.

III. DA EXISTÊNCIA DE SALDO CREDOR EM FAVOR DA RECORRENTE

11. O despacho decisório utilizado como fundamento da aplicação da multa isolada que ora se discute não merece prosperar, já que a Recorrente juntou, nos autos do processo 10880.986349/2018-55, documentação suficiente a demonstrar a existência de saldo credor.

12. Para a apuração do IRPJ referente ao 4º trimestre de 2012, a Requerente havia deixado de demonstrar, em sua DIPJ, a existência de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (“IRRF”) quando do resgate de aplicações financeiras em Fundos de Investimento de Renda Fixa realizadas por meio da Caixa Econômica Federal.

13. Quando do resgate, a Caixa Econômica realizou a retenção de R\$ 529.929,37 (quinhentos e vinte e nove mil, novecentos e vinte e nove reais e trinta e sete centavos), os quais devem ser abatidos do montante de IRPJ devido pela Recorrente quando da apresentação de sua “declaração de ajuste”.

14. Ocorre que, por um equívoco, a Recorrente não apresentou tal rubrica em seu DIPJ, apresentando, posteriormente, PER/DCOMPs com base em tal valor, que restaram indeferidas.

15. Como se sabe, o IRRF, em regra, é considerado antecipação do imposto devido para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real.

16. Isso porque os resultados auferidos e que deram origem às retenções do IRRF devem obrigatoriamente integrar o resultado tributável da pessoa jurídica sujeita à apuração com base no lucro real. Em outras palavras, por conta de as receitas integrarem a base do IRPJ, o IRRF é considerado antecipação do devido ao término do período de apuração, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.430/1996:

(...)

17. Nos termos do artigo 55 da Lei 7.450, de 23 de dezembro de 1985, tem-se que “o imposto de renda retido na fonte sobre quaisquer rendimentos somente poderá ser compensado na declaração de pessoa física ou jurídica, se o contribuinte possuir comprovante de retenção emitido em seu nome pela fonte pagadora dos rendimentos”.

18. O artigo 988 do RIR/2018 tem redação semelhante:

(...)

19. Nessa conformidade, há dois requisitos para que o IRRF seja considerado como saldo negativo na apuração do IRPJ: (i) comprovação da retenção através de documento emitido pela fonte pagadora dos rendimentos (Dirf) e (ii) cômputo das receitas correspondentes na base de cálculo do imposto. Nesse sentido, há diversos pronunciamentos do CARF:

(...)

20. A questão, inclusive, gerou a edição da Súmula 80 do CARF: “Na apuração do IRPJ, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor do imposto de renda retido na fonte, desde que comprovada a retenção e o cômputo das receitas correspondentes na base de cálculo do imposto”.

21. Em que pese a ausência do cômputo de tal informação na DIPJ apresentada pela Recorrente, vige o princípio da verdade material sobre o processo administrativo fiscal. Ou seja, o erro formal não pode (e nem deve) se sobrepor à verdade material dos fatos.

22. A Recorrente juntou ao Termo de Esclarecimento, DIRF emitido pela fonte pagadora, quando do resgate de aplicações financeiras em Fundos de Investimento de Renda Fixa realizadas por meio da Caixa Econômica Federal, restando preenchido, portanto, o requisito de comprovação da retenção, tendo deixado apenas de computar a receita na base do seu imposto.

23. Assim, com base em todo o exposto, a mera ausência de contabilização de tributo já pago não pode fazer com que a Recorrente se veja obrigada a arcar com tributo já quitado, sob pena de enriquecimento ilícito da Fazenda Pública, o que é vedado por lei.

IV. DA NECESSIDADE DE DISCUSSÃO DO MÉRITO EM OUTRO PROCESSO ADMINISTRATIVO

24. Conforme narrado acima, o despacho decisório de não homologação da DCOMP já foi alvo de Manifestação de Inconformidade, apresentada nos autos do processo nº 10880.986349/2018-55, onde, atualmente, existe Recurso Voluntário pendente de julgamento.

25. Ou seja, enquanto não houver o julgamento de mérito de tal caso, não pode a cobrança do Auto de Infração ora sob discussão ser levada a efeito. O §18 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996, que institui a própria penalidade traz expressamente que:

(...)

26. A previsão está fundamentada ainda no art. 151, inciso III, do Código Tributário Nacional, e encontra respaldo no art. 313, inciso V, alínea “a”, do

Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente aos processos administrativos por força de seu art. 15:

(...)

27. Nesse sentido é o posicionamento do CARF:

(...)

28. Por tais razões, caso se discorde dos fundamentos de mérito, requer-se seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como do presente processo, até que se decida, em definitivo, a Manifestação de Inconformidade lançada nos autos do processo nº 10880.986349/2018-55, atualmente em fase recursal.

V. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENALIDADE PREVISTA NO § 17, DO ART. 74, DA LEI Nº 9.430, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996

29. Conforme narrado acima, trata-se, na origem, de Despacho Decisório que não homologou a compensação pretendida na PER/DCOMP nº 19474.50263.2010.14.1.7.0290-70 e 10242.84746.2010.14.1.3.02-3369.

30. O despacho decisório de não homologação da DCOMP já foi alvo de Manifestação de Inconformidade, apresentada nos autos do processo nº 10880.986349/2018-55, a qual foi julgada improcedente, mas com prazo em aberto para interposição de Recurso Voluntário.

31. Em razão disso, nos termos do art. 74, § 17, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, foi aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto das DCOMPs, antes mesmo que a Manifestação de Inconformidade fosse apreciada.

32. Todavia, o STF ao julgar o Tema 736 consolidou o entendimento de que é inconstitucional o § 17, da art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que ensejou na lavratura do Auto de Infração objeto da Manifestação de Inconformidade da ora Recorrente, com base no seguinte fundamento:

(...)

33. Dessa forma, requer-se a aplicação do Tema 736, vez que a ora Recorrente tem o direito de ser tutelada contra abuso de natureza confiscatória ao arcar com multa de natureza inconstitucional, com o conseqüente reconhecimento da nulidade do auto de infração.

VI. DOS PEDIDOS

34. Por todo o exposto, requer seja o presente Recurso Voluntário conhecido e julgado procedente, com a integral reforma da decisão recorrida, com base na existência de saldo credor, decorrente da retenção na fonte de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica.

35. Alternativamente, caso Vossas Senhorias discordem de tal entendimento, requer-se seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário,

bem como do presente processo, até que se decida, em definitivo, a Manifestação de Inconformidade lançada nos autos do processo nº 10880.986349/2018-55, ainda em fase recursal.

36. Ainda, caso sejam afastados todos os pedidos acima, requer seja aplicado o entendimento firmado pelo STF no Tema 736, afastando-se a aplicação da multa objeto do Auto de Infração e prevista no § 17, da art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ante seu flagrante inconstitucionalidade.

37. Por fim, pugna pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive com a juntada de novos documentos e com a determinação de diligências, caso assim entendam os Julgadores.

Pede deferimento.

São Paulo, 14 de abril de 2023.

GOLD SIKINOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA”.

VOTO

Conselheiro Gustavo de Oliveira Machado, Relator.

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN).

Trata-se de Notificação de Lançamento para exigir multa por compensação não homologada, código 3148 no valor total de R\$ 151.740,48, referente à não homologação de compensação tratada no processo de crédito nº. 10880.986349/2018-55, com base no § 17, art. 74 da Lei nº. 9.430/96.

Da Improcedência da Multa Isolada

A Recorrente discorda do procedimento de ofício.

No que se refere à possibilidade jurídica de aplicação de penalidade pecuniária por falta de cumprimento de obrigação acessória, tem-se que essa é um dever de fazer ou não fazer que decorre da legislação tributária. Além disso, tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, e pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Essas obrigações formais de emissão de documentos contábeis e fiscais decorrem do dever de colaboração do sujeito passivo para com a fiscalização tributária no controle da arrecadação dos tributos (art. 113 do Código Tributário Nacional). Ademais, a imunidade tributária não afasta a obrigação do ente imune de cumprir as obrigações acessórias previstas na legislação tributária (art. 150 da Constituição Federal e art. 9º do Código Tributário Nacional). O Ministro da Fazenda pode instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais, cuja competência foi delegada à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) (art. 5º da Decreto-Lei nº 2.124, de 13 de junho de 1984, Portaria MF nº 118, de 28 de junho de 1984 e art. 16 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999).

No exercício de sua competência regulamentar a RFB pode instituir obrigações acessórias, inclusive, forma, tempo, local e condições para o seu cumprimento, o respectivo responsável, bem como a penalidade aplicável no caso de descumprimento. A dosimetria da pena pecuniária prevista na legislação tributária deve ser observada pela autoridade fiscal (§17 e § 18 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996).

Cabe esclarecer que a obrigação acessória é desvinculada da obrigação principal no sentido de que a obrigação tributária pode ser principal ou acessória. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. Por seu turno, a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, que pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária (art. 113 do Código Tributário Nacional).

Os deveres instrumentais previstos na legislação tributária ostentam caráter autônomo em relação à regra matriz de incidência do tributo, uma vez que vinculam inclusive as pessoas jurídicas que gozem de imunidade ou outro benefício fiscal (art. 175 e art. 194 do Código Tributário Nacional).

Em matéria de penalidade a legislação tributária adota o princípio da retroatividade benigna, ou seja, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito tratando-se de ato não definitivamente julgado quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática (art. 106 do Código Tributário Nacional).

O Código Tributário Nacional determina:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. [...]

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, prevê:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.(Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002) [...]

§ 17. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.(Redação dada pela Medida Provisória nº 656, de 2014)

§ 18. No caso de apresentação de manifestação de inconformidade contra a não homologação da compensação, fica suspensa a exigibilidade da multa de ofício de que trata o § 17, ainda que não impugnada essa exigência, enquadrando-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013).

O procedimento fiscal está perfeito e contém todos os elementos que lhes conferem existência, validade e eficácia. A autoridade fiscal verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante da multa isolada devida, identificou o sujeito passivo havendo ciência válida para o exercício do devido processo legal contraditório e ampla defesa. Todas as determinações legais foram observadas. As circunstância de que houve compensação não homologada de débitos tributários está evidenciada pelo acervo fático-probatório produzido no presente processo, de modo que há subsunção desse fato jurígeno ao art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Sobre a aplicação da decisão do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, o Anexo II do Regimento Interno do CARF prevê:

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.

§ 1º O disposto no caput 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; [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

No que se refere à decisão do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 796.939/RS, Tema 736, proferida pelo Supremo Tribunal Federal tem-se que:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. NEGATIVA DE HOMOLOGAÇÃO. MULTA ISOLADA. AUTOMATICIDADE. DIREITO DE PETIÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. BOA-FÉ. ART. 74, §17, DA LEI 9.430/96.

1. Fixação de tese jurídica para o Tema 736 da sistemática da repercussão geral: “É inconstitucional a multa isolada prevista em lei para incidir diante da mera negativa de homologação de compensação tributária por não consistir em ato ilícito com aptidão para propiciar automática penalidade pecuniária”.

2. O pedido de compensação tributária não se compatibiliza com a função teleológica repressora das multas tributárias, porquanto a automaticidade da sanção, sem quaisquer considerações de índole subjetiva acerca do animus do agente, representaria imputar ilicitude ao próprio exercício de um direito subjetivo público com guarida constitucional.

3. A matéria constitucional controvertida consiste em saber se é constitucional o art. 74, §§15 e 17, da Lei 9.430/96, em que se prevê multa ao contribuinte que tenha indeferido seu pedido administrativo de ressarcimento ou de homologação de compensação tributária declarada.

4. Verifica-se que o §15 do artigo precitado foi derogado pela Lei 13.137/15; o que não impede seu conhecimento e análise em sede de Recurso Extraordinário considerando a dimensão dos interesses subjetivos discutidos em sede de controle difuso.

5. Por outro lado, o §17 do artigo 74 da lei impugnada também sofreu alteração legislativa, desde o reconhecimento da repercussão geral da questão pelo Plenário do STF. Nada obstante, verifica-se que o cerne da controvérsia persiste, uma vez que somente se alterou a base sobre a qual se calcula o valor da multa isolada, isto é, do valor do crédito objeto de declaração para o montante do débito. Nesse sentido, permanece a potencialidade de ofensa à Constituição da República no tocante ao direito de petição e ao princípio do devido processo legal.

6. Compreende-se uma falta de correlação entre a multa tributária e o pedido administrativo de compensação tributária, ainda que não homologado pela

Administração Tributária, uma vez que este se traduz em legítimo exercício do direito de petição do contribuinte. Precedentes e Doutrina.

7. O art. 74, §17, da Lei 9.430/96, representa uma ofensa ao devido processo legal nas duas dimensões do princípio. No campo processual, não se observa no processo administrativo fiscal em exame uma garantia às partes em relação ao exercício de suas faculdades e poderes processuais. Na seara substancial, o dispositivo precitado não se mostra razoável na medida em que a legitimidade tributária é inobservada, visto a insatisfação simultânea do binômio eficiência e justiça fiscal por parte da estatalidade.

8. A aferição da correção material da conduta do contribuinte que busca à compensação tributária na via administrativa deve ser, necessariamente, mediada por um juízo concreto e fundamentado relativo à inobservância do princípio da boa-fé em sua dimensão objetiva. Somente a partir dessa avaliação motivada, é possível confirmar eventual abusividade no exercício do direito de petição, traduzível em ilicitude apta a gerar sanção tributária.

9. Recurso extraordinário conhecido e negado provimento na medida em que inconstitucionais, tanto o já revogado § 15, quanto o atual § 17 do art. 74 da Lei 9.430/1996, mantendo, assim, a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*.

Tem-se que o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 796.939/RS, Tema 736, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 18.03.2023 com publicação ocorrida em 23.05.2023 fixando a tese no sentido de que “é inconstitucional a multa isolada prevista em lei para incidir diante da mera negativa de homologação de compensação tributária por não consistir em ato ilícito com aptidão para propiciar automática penalidade pecuniária” (§ 17 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996).

Em relação à decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4905/DF proferida pelo Supremo Tribunal Federal tem-se que:

Ementa AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. SANÇÕES TRIBUTÁRIAS. MULTA ISOLADA. LEI 9.430/96. LEI 12.249/2010. LEI 13.097/2015. IN RFB 1.717/2017. PROPORCIONALIDADE. DIREITO DE PETIÇÃO.

1. Perda superveniente do objeto da ação quanto ao § 15 do artigo 74 da Lei 9.430/96, alterado pela Lei 12.249/2010, tendo em vista a sua revogação pela Lei 13.137/2015.

2. Atendidos os requisitos previstos em lei, a compensação tributária se traduz em direito subjetivo do sujeito passivo, não estando subordinada à apreciação de conveniência e oportunidade da administração tributária.

3. A declaração de compensação é um pedido lato sensu, no exercício do direito subjetivo à compensação, submetido à Administração Tributária, que decide de forma definitiva sobre a matéria, homologando, de forma expressa ou tácita, a declaração.

4. É inconstitucional a aplicação de multa isolada em razão da mera não homologação de declaração de compensação, sem que esteja caracterizada a má-fé, falsidade, dolo ou fraude, por violar o direito fundamental de petição e o princípio da proporcionalidade. 5. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do § 17 do art. 74 da Lei 9.430/1996 – incluído pela Lei 12.249/2010, alterado pela Lei 13.097/2015 –, bem como do inciso I do § 1º do art. 74 da Instrução Normativa RFB 1.717/2017, por arrastamento.

Decisão

O Tribunal, por maioria, conheceu parcialmente da presente ação direta, tendo em vista a revogação parcial de disposição impugnada, e, na parte conhecida, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do § 17 do art. 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, incluído pela Lei 12.249, de 11 de junho de 2010, alterado pela Lei 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e, por arrastamento, a inconstitucionalidade do inciso I do § 1º do art. 74 da Instrução Normativa RFB 2.055/2021.

Tem-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4905/DF foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 18.03.2023 com publicação ocorrida em 18.05.2023 que “julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do § 17 do art. 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996”.

Verifica-se que os méritos das decisões vinculantes exaradas no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 796.939/RS, Tema 736 (arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4905/DF (art. 102 da CRFB e Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999) encontram-se inteiramente esgotados no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Atinente ao Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 796.939/RS, Tema 736, é adequado afirmar que não há norma jurídica vigente que autorize a exigência do crédito tributário a título de multa de ofício isolada por compensação não homologada de débitos tributários. Embora ainda não haja trânsito em julgado, o referido julgado é definitivo atinente inconstitucionalidade do § 17 do art. 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Ademais, o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF impõe como condição para que estas decisões sejam reproduzidas pelos Conselheiros no julgamento de recursos no âmbito do CARF tão somente a definitividade do mérito da decisão judicial vinculante e não necessariamente o trânsito em julgado para fins de produção de efeitos no ordenamento jurídico.

No que se refere à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4905/DF, o trânsito em julgado ocorreu em 26.05.2023.

Assim, não remanesce suporte legal para manutenção da exigência do crédito tributário a título de multa de ofício isolada por compensação não homologada de débitos tributários objeto do lançamento de ofício.

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que 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 (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2).

Dispositivo

Isto posto, voto em dar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Gustavo de Oliveira Machado – Relator