



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

Processo nº 13971.722459/2012-74
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-004.824 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de janeiro de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente KOHLER TINTURARIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2010 a 31/07/2012

COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES COM CRÉDITOS DECORRENTES DE DECISÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DO PROVIMENTO ALEGADO. GLOSAS PROCEDENTES.

São procedentes as glosas de compensação efetuadas, posto que o sujeito passivo não detinha decisão judicial reconhecendo os créditos utilizados no procedimento compensatório.

MULTA ISOLADA. OMISSÃO NA DESCRIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO GERADOR E EQUÍVOCO NA CITAÇÃO DA BASE LEGAL. CANCELAMENTO.

Deve ser cancelado o lançamento efetuado para exigência da multa isolada no patamar de 150% dos valores indevidamente compensados, quando o fisco não apresenta os fundamentos fáticos válidos e expõe de forma equivocada a base legal que dá suporte à lavratura.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/2010 a 31/07/2012

REQUERIMENTO DE PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE PARA SOLUÇÃO DA LIDE. INDEFERIMENTO.

Será indeferido o requerimento de perícia técnica quando esta não se mostrar útil para a solução da lide.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para exclusão da multa isolada lançada no AI n.º 51.002.235-9

Ronaldo de Lima Macedo - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ronaldo de Lima Macedo, João Victor Ribeiro Aldinucci, Natanael Vieira dos Santos, Marcelo Oliveira, Ronnie Soares Anderson, Kleber Ferreira de Araújo e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão n.º 07-32.094 de lavra da 5.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Florianópolis (SC), que julgou improcedente a impugnação apresentada para desconstituir os Autos de Infração – AI a seguir:

a) AI n.º 51.002.234-0: exigência das contribuições patronais decorrentes de glosas de compensação;

b) AI n.º 51.002.235-9: aplicação de multa em razão de declaração indevida de créditos compensáveis, no patamar de 150% sobre os valores indevidamente compensados.

Nos termos do Relato Fiscal, a autuada adquiriu mediante "Contrato Particular de Cessão de Direitos sobre Títulos Públicos com Antecipação de Créditos" Letras do Tesouro Nacional, com as quais vem efetuando desde a competência 11/2010 compensações das contribuições patronais para a Seguridade Social.

Acrescenta os créditos referem-se à Ação Declaratória nº 003052547.2012.4.01.3400, proposta pela Câmara Comercial do Estado de São Paulo e Associados contra a União Federal, em que alegam serem detentoras da Letra do Tesouro Nacional (LTN) série H, apólice 325725, emitida em 1972, com a qual pretendem a quitação de tributos federais, mediante conversão em renda.

Segundo o fisco, foi concedida antecipação de tutela determinando a possibilidade de utilização dos créditos para quitação de tributos federais em 13/07/2012, todavia, os seus efeitos foram suspensos em 17/08/2012, conforme documentos colacionados. Assim, a Autoridade Lançadora concluiu que a empresa efetuou as compensações sem amparo em decisão judicial.

Por entender presente a sonegação, conforme arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, caracterizada pela conduta dolosa de inserir em GFIP supostos créditos, sem arrimo em decisão judicial, foi aplicada a multa isolada no percentual de 150%.

Foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais (Processo nº 13971.722471/201289), em razão da ocorrência, em tese, de crime contra a ordem tributária.

Cientificada do lançamento, a empresa apresentou impugnação na qual discorda da conclusão da autoridade fiscal que considerou a conduta como de sonegação e crime previsto no art. 337-A, inciso III, do Código Penal. Alega que a afirmação do fisco não corresponde à realidade fática.

Cita os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 e alega que tais dispositivos indicam que a conduta deveria ter por consequência o retardamento total ou parcial de conhecimento por parte da autoridade fazendária, o que não ocorreu no caso, uma vez que transmitiu as GFIP por meio do aplicativo SEFIP, confessando seu débito, tanto que não houve

apontamento de erro nos cálculos previdenciários, mas somente a suposta sonegação, pelo que entende inviável a aplicação da multa em 150%.

Diz que é vedado ao ente tributante delegar ao agente fiscal a gradação da multa, conforme arts. 7º e 142 do CTN, bem como a gradação deve ser matéria reservada à lei, nos termos do art. 97 do CTN

Sustenta que o art. 112 também do CTN assegura a interpretação do *in dubio pro reu* no caso de infração tributária; que a permanência da multa tornaria inviável a sua atividade econômica, com prejuízo para os funcionários e região.

Reforça que não houve a conduta ilícita prevista no art. 337-A, inciso III, do Código Penal, posto que confessou seus débitos corretamente, mediante o envio do arquivo SEFIP pela conectividade social.

Diz ser o auto de infração nulo, face à inexistência de justa causa para sua lavratura, por não haver ilicitude em sua conduta; posto que, embora haja obrigatoriedade do Fisco proceder ao lançamento de ofício, nos termos do art. 142 do CTN, deve-se observância aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, como previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Fala em excesso de exação a exigência de multa em 150%, uma vez que em momento algum sonegou ou dificultou o conhecimento da autoridade fazendária sobre a existência de débito tributário, citando doutrina e concluindo estar incorreto o valor arbitrado pela autoridade fiscal.

Requeru a improcedência do lançamento, por ausência de ilicitude; excesso de exação e arbitramento de valores por meio de amostragem; alternativamente a anulação total ou parcial da multa para patamar razoável.

Por fim, requereu a realização de diligências, inclusive pericial, para a qual protesta pela indicação do seu perito assistente, formulação de quesitos e suplementação de provas, bem como juntada posterior de documentos.

O órgão de primeira instância decidiu não acatar as razões da defesa, exarando o acórdão assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2010 a 31/07/2012

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. CESSÃO DE CRÉDITOS. AÇÃO JUDICIAL. MULTA ISOLADA. FALSIDADE DE INFORMAÇÃO EM GFIP. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

A compensação de crédito/débito por meio de GFIP, pressupõe a preexistência do direito líquido e certo ao crédito apto a extinguir a obrigação tributária.

Tem-se por inexistente o crédito compensado quando o direito que o sustenta foi buscado judicialmente em momento posterior.

A aquisição de direito de crédito de terceiros, transferido mediante cessão, não autoriza o adquirente utilizá-lo para fins de compensação com os tributos da Seguridade Social.

Constitui infração, passível de aplicação de multa isolada agravada, a compensação das contribuições sociais feita em desconformidade da legislação previdenciária, nos termos do art. 89, §§ 9º e 10, da Lei nº 8.212/91.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/11/2010 a 31/07/2012

RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÕES À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/2010 a 31/07/2012

JUNTADA POSTERIOR DE PROVAS.

O prazo para apresentação de provas no processo administrativo fiscal coincide com o prazo de que o contribuinte dispõe para impugnar o lançamento, salvo se comprovada alguma das hipóteses autorizadoras para juntada de documentos após esse prazo.

PERÍCIA PRESCINDÍVEL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. INDEFERIMENTO.

Tem-se por desnecessária a perícia quando os elementos para a solução do litígio integram os autos e satisfazem a convicção do julgador.

A perícia formulada deve atender aos requisitos estabelecidos na legislação que rege o contencioso. A não conformidade motiva o indeferimento e não conhecimento.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

Constatado pela autoridade fiscal que a conduta do sujeito passivo se constitui, em tese, crime, cabível a formalização de representação ao órgão competente.

Inconformado com essa decisão, o sujeito passivo apresentou recurso, no qual inicialmente postula pelo reconhecimento da sua tempestividade e pela suspensão da exigibilidade do crédito enquanto não encerrado o PAF.

Depois afirma que a decisão de primeira instância inovou na fundamentação para aplicação da multa isolada de 150%.

Garante que não se pode falar em crime de sonegação, haja vista que a empresa declarou regularmente na GFIP os fatos geradores de contribuições previdenciárias,

sendo carente de fundamento a afirmativa de que houve a tentativa de esconder da autoridade fazendária o fato gerador ou alguma circunstância a ele relativa.

Alerta que nos termos dos arts. 7.º e 142 do CTN é vedado ao ente tributante delegar ao agente fiscal a gradação da multa, tal mácula ocorrida no presente processo conduz à nulidade das lavraturas.

Alega que, caso a multa seja mantida, sua atividade empresarial estará inviabilizada, com prejuízos para a sociedade em geral, principalmente aos seus empregados.

Aduz que se utilizou de créditos legítimos para realizar a compensação declarada na GFIP, posto que uma leitura dos autos revela que a empresa atuou sob o amparo de decisão judicial.

Nessa toada, as lavraturas mostram-se ilegítimas por malferir os princípios basilares que norteiam a administração pública, não havendo outra saída que não o cancelamentos dos AI.

A aplicação de multa no patamar de 150% das compensações glosadas representa excesso de exação, devendo ser afastada pelo CARF, como forma de corrigir a ilegalidade perpetrada pelo fisco e mantida no julgamento de primeira instância.

Ao final pede:

- a) a declaração de nulidade dos lançamentos;
- b) o cancelamento da lavratura, ou pelo menos, a redução do valor da multa de ofício;
- c) a realização de diligência e/ou suplementação de provas; e
- d) que o seu patrono seja intimado de todos os atos de publicações, relativos ao presente feito.

É relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que atende aos requisitos de tempestividade e legitimidade.

Da inexistência de ação judicial amparando o procedimento de compensação

Nos termos do relatório fiscal e conforme os documentos colacionados os créditos que embasariam as compensações que foram glosadas tiveram origem na ação declaratória n.º 30526-47.2012.4.01.3400, proposta pela Câmara Comercial do Estado de São Paulo e Associados contra a União Federal, em que alegam serem detentoras da Letra do Tesouro Nacional (LTN) série H, apólice 325725, emitida em 1972, com a qual pretendem a quitação de tributos federais, mediante conversão em renda.

Esse suposto direito de crédito foi adquirido pela empresa autuada de terceiros conforme documentos de fls. 49/57.

Observa-se que na ação judicial acima foi concedida antecipação de tutela determinando a possibilidade de utilização dos créditos para quitação de tributos federais em 13/07/2012, todavia, esta decisão liminar foi revogada em 17/08/2012.

Em pesquisa na página eletrônica da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal, pude verificar que o feito foi extinto sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI do Código de Processo Civil, ou seja, o juízo entendeu que não estariam presentes as condições da ação por falta de interesse de agir, haja vista a inadequação do tipo de ação proposta.

Além do mais o magistrado chegou a tecer comentários acerca da validade dos títulos utilizados para quitação de tributos, vale a pena transcrever as palavras que traduziram o seu raciocínio:

"Embora tudo indique ser falso ou (se verdadeiro) já estar prescrito o título retratado na presente ação declaratória, a análise das condições da ação precede necessariamente a análise do mérito.

Em obiter dictum, tenho por relevante ressaltar a absoluta peculiaridade da situação exposta. Os autores adquiriram o título por R\$ 10.000,00(dez mil reais - fl.140/v.) e confiam valer R\$620.000.000,00(seiscentos e vinte milhões de reais - fl.216). Entre outros diversos aspectos nebulosos, tenho que este é o

mais flagrante, a levantar suspeitas sobre a liceidade dos procedimento ou boa fé da autoria, Justificando a cientificação do MPF para que tome as providências cabíveis".

Apresentados esses fatos, cai por terra o principal argumento da empresa de que teria efetuado a compensação baseado em decisão judicial. Ora, as compensações iniciaram em 11/2010, muito antes da obtenção de decisão liminar concedendo a pretensão da autora, a qual somente foi exarada em 13/07/2012, para ser cassada um mês e quatro dias após. A sentença extinguindo o feito sem julgamento do mérito foi proferida em 26/05/2015.

Assim, descabe a justificativa quanto à regularidade do procedimento compensatório, uma vez que não havia respaldo judicial para o pretendido encontro de contas, sendo procedente as glosas efetuadas pelo fisco.

E tem mais, é cediço que, nos termos do art. 170-A do CTN, é vedada a compensação judicial antes do trânsito em julgado da sentença que a tenha autorizado. Não há dúvida, portanto, que o sujeito passivo atuou em afronta ao ordenamento tributário.

Aplicação da multa isolada

Verifico que, todavia, o fisco não foi bem na fundamentação fática e jurídica para aplicação da multa isolada no valor de 150% dos valores indevidamente compensados prevista no § 10 do art. 89 da Lei n.º 8.212/1991, na redação dada pela Lei n.º 11.941/2009, o qual merece transcrição:

Art. 89

(...)

§ 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.

Apreciando o relatório fiscal, fls. 154/159, pude verificar que em nenhuma passagem a Autoridade Lançadora tratou de demonstrar a existência de declaração falsa na GFIP, pressuposto obrigatório para imposição da multa prevista no dispositivo transcrito.

No item reservado para tratar do AI n.º 51.002.235-9, o fisco menciona que a multa em questão foi imposta com base no art. 35-A da Lei n.º 8.212/1991 c/c o art. 44 da Lei n.º 9.430/1996 e passou a fundamentar o lavratura pela ocorrência do crime de sonegação, previsto no art. 71 da Lei n.º 4.502/1964.

Conforme chamou atenção o sujeito passivo não se verificou na espécie a sonegação, haja vista que os fatos geradores foram declarados e as compensações efetuadas foram regularmente declaradas à RFB mediante a GFIP. Não se pode dizer que a empresa tenha atuado no sentido de impedir ou retardar o conhecimento pelo fisco do fato jurídico tributável ou mesmo das compensações efetuadas.

Verifica-se assim que os fatos e o direito que o Agente do Fisco lançou mão para embasar a lavratura da multa isolada estão equivocados, não devendo prevalecer a lavratura em questão.

Por outro lado devemos dar razão à recorrente quando afirma que o órgão de julgamento atuou de forma ilegítima ao trazer para a sua decisão fundamento legal não constante na peça de acusação.

De fato, a DRJ para justificar o seu posicionamento pela manutenção da multa isolada trouxe à baila a existência de falsidade na GFIP, pelo fato da empresa haver se compensado de créditos não declarados válidos pelo Judiciário, além de mencionar como fundamento o § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991.

Ocorre que essa circunstância não foi usada no relatório fiscal para fundamentar a multa isolada, tampouco o fisco mencionou o § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991, optando por mencionar o art. 35-A da Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

A confusão de fundamentos legais, sem dúvida é imperfeição que acarreta em prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, posto que no relatório fiscal a multa isolada está fundamentada em um dispositivo (art. 35-A da Lei nº 8.212/1991), todavia, no Relatório de Fundamentos Legais - FLD, anexo do lavratura, a fundamentação é outra (§ 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991).

Embora haja plausibilidade na tese da inserção de dados falsos na GFIP, o que justificaria a imposição da multa isolada, a falta de menção dessa circunstância no relatório fiscal, além da divergência entre a base legal citada neste e aquela mencionada no FLD são motivos para que se determine o cancelamento do AI nº 51.002.235-9.

Pedido de diligência

Quanto ao cerceamento do direito de defesa ocasionado pelo indeferimento do órgão *a quo* do pedido de produção de novas provas, entendo que não deva ser acatado. No processo administrativo fiscal vigora o princípio do livre convencimento motivado. Segundo o qual a autoridade julgadora tem liberdade para adotar a tese que ache mais adequada a solução da contenda, desde o que o faça com a devida motivação.

Nesse sentido, somente à autoridade que preside o processo é dado determinar a realização de perícias e diligências caso ache necessário. Não está o julgador obrigado a deferir pedidos de dilação probatória se os elementos constantes nos autos já lhe dão o convencimento suficiente para emissão da decisão.

Assim, sendo a prova dirigida a autoridade julgadora, é essa que tem a prerrogativa de determinar ou não a sua produção. Tenho que concordar com a decisão original, quando se afirma que o relato do fisco e os documentos colacionados permitem concluir que as compensações foram feitas de forma irregular.

Conclusão

Voto por dar provimento parcial ao recurso para exclusão da multa isolada lançada no AI n.º 51.002.235-9.

Kleber Ferreira de Araújo.