



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

Processo n° 10945.720529/2011-06
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1801-001.859 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 12 de fevereiro de 2014
Matéria MULTA DE OFÍCIO ISOLADA DECORRENTE DE COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA
Recorrente MAXIMUS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2012

NULIDADE.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e estando a decisão motivada de forma explícita, clara e congruente, não há que se falar em nulidade dos atos em litígio.

PRODUÇÃO DE PROVAS. ASPECTO TEMPORAL.

A peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com os todos os documentos em que se fundamentar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais.

MULTA ISOLADA. HIPÓTESE DE CABIMENTO. PERCENTUAL DE APLICAÇÃO.

Tem cabimento que a multa de ofício isolada decorrente de compensação não declarada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) seja aplicada sobre o montante dos débitos indevidamente compensados, pela utilização de crédito de terceiro e que não se refere a tributos administrados pela RFB no caso em que restar configurada uma das condutas previstas no art. 71, no art. 72 e no art. 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto da Relatora. Os Conselheiros Maria de Lourdes Ramirez, Alexandre Fernandes Limiro, Leonardo Mendonça Marques, Fernando Daniel de Moura Fonseca e Ana de Barros Fernandes acompanham pelas conclusões, por restar caracterizado nos autos a ocorrência de fraude. A conselheira Maria de Lourdes Ramirez apresentará Declaração de Votos.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes – Presidente

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva - Relatora

Composição do colegiado. Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Alexandre Fernandes Limiro, Carmen Ferreira Saraiva, Leonardo Mendonça Marques, Fernando Daniel de Moura Fonseca e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração, fls. 02-07, com a exigência do crédito tributário no valor total de R\$684.800,88 a título de multa de ofício isolada decorrente de compensação não declarada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) aplicada sobre o montante dos débitos indevidamente compensados no período de 24.02.2011 a 30.05.2011.

O procedimento foi levado a efeito em decorrência da compensação não declarada pela utilização de crédito de terceiro formalizado em escrituras públicas de cessão de direitos creditórios, fls. 24-25, da pessoa jurídica Apollo Assessoria Empresarial Ltda, CNPJ 02.463.215/0001-74, em conformidade com os Pedidos de Ressarcimento ou Restituição/Declarações de Compensação (Per/DComp) formalizados nos processos nºs 10166.001046/2011-78, fls. 14-23 e 10166.002561/2008-63, fls. 26-39 e o demonstrativo de apuração das bases de cálculo dos valores da multa isolada, fls. 08-13.

Para tanto, tem cabimento indicar o seguinte enquadramento legal: art. 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003 com redação dada pela Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004 e pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

Cientificada em 29.06.2011, fl. 40, a Recorrente apresentou a impugnação em 15.07.2011, fls. 46-73, argumentando que discorda do procedimento fiscal com as alegações a seguir sintetizadas.

Diz que foi vítima de estelionato, pois a pessoa jurídica Apollo Assessoria Empresarial Ltda não existe e para tanto ajuizou ação penal. Assim entende que agiu de boa-fé e por essa razão não pode ser apenada com a multa isolada de ofício qualificada. Suscita que tal procedimento fiscal coíbe o pleno exercício do direito ao reconhecimento do crédito junto à União.

Argumenta que

Portanto, também sobre o prisma da constitucionalidade, a multa aplicada à empresa Requerente deve ser julgada insubsistente, restando, expressamente, requerido.

Merece ainda competente combate que ao contrário do que restou afirmado na autuação em questão, em tempo algum a Requerente estava consciente do indeferimento administrativo do suposto crédito da empresa APOLLO. A cientificação de tal ato deu-se, exclusivamente, com o esclarecimento da situação através do indeferimento justo e honesto da pretensão creditícia pelo próprio Fisco.

Em que pesem os termos da impugnada decisão, tem-se que a ação fiscal não pode estar amparada dispositivos legais distintos. Melhor explicando, verifica-se do termo em questão que a multa aplicada está assentada no inc.III, do art. único, do ADI e outra, nas suas disposições contidas no inc. II. Portanto, aplicou-se a um só ato duas situações legais distintas, o que nulifica-o de plano.

Não se pode amparar ato administrativo, derivado de um só fato, por duas ocorrências. Ou estamos diante de multa aplicada por crédito não passível de compensação ou então de inexistente de fato. A aplicação da referida multa deveria estar balizada numa ocorrência específica e jamais em fatos distintos, mesmo porque, a critério de normas analógicas do direito penal, um fato absorve o outro, sempre em benefício do infrator.

Tem-se ainda, da leitura aprimorada do auto em questão que o agravamento da penalidade imposta deu-se pelo suposto intuito de fraudar o Fisco Federal. Com a *venia* devida, isso jamais ocorreu. Se assim o fosse, a ora Requerente estaria nas vias administrativas próprias contestando o crédito da empresa APOLLO, inclusive se beneficiando da suspensividade do lançamento tributário. Da mesma forma, medidas penais severas não seriam adotadas em face das pessoas que perpetuaram tal delicada situação. Só se comunga a ocorrência da fraude quando presente o "*animus*", o que jamais se destacou no caso em comento.

Bem relatou Vossa Excelência que a fraude se traduz pelo dolo (vontade livre e consciente) do infrator, o que em tempo algum restou cabalmente comprovada no caso em apreço. Se assim o fosse, ou seja, patente o dolo, inclusive medidas judiciais procrastinatórias seriam adotadas para assegurar o próprio portar do tempo para cumprimento da obrigação tributária.

Portanto, ausentes os elementos próprios para a consumação da multa aplicada à Requerente, devendo o auto ser julgado insubsistente.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo o exposto, conclui-se, por diversos prismas, que a multa aplicada à empresa Requerente é insubsistente, quer pela ausência de fraude por parte do sujeito passivo, quer ainda por ser a mesma, vítima de meio ardiloso praticado pelas pessoas já denunciadas.

Outrossim, falece à multa em questão, o próprio verniz de constitucionalidade, conforme fundamentação acima, repelindo o ato em questão.[...]

Diante de todo o exposto, traçadas as considerações de estilo, requer digne-se Vossa Excelência em receber e processar a presente defesa, relativamente à multa aplicada à empresa Requerente, suspendendo, incidentalmente, a sua exigibilidade, para que ao final seja a mesma declarada insubsistente, diante dos argumentos trazidos à colação, por ser critério de reparadora Justiça.

Requer, alternativa e sucessivamente, caso o auto em questão não seja julgado inteiramente insubsistente, seja a referida multa rebaixada ao seu grau mínimo, visto a ausência de situações agravantes, concedendo os benefícios para seu pagamento, na forma da lei.

Requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que Pede e Espera Deferimento.

Está registrado como resultado do Acórdão da 3ª TURMA/DRJ/CTA/PR nº 06-35.917, de 14.03.2012, fls. 132-138: “Impugnação Improcedente”.

Restou ementado:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Data do fato gerador: 30/06/2011

COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA. MULTA ISOLADA. APLICAÇÃO.

Tratando-se de compensação não declarada em que o crédito utilizado seja de terceiros e não se refira a tributos e contribuições administrados pela Receita Federal é cabível a aplicação de multa isolada de 75% sobre o valor total do débito indevidamente compensado, devidamente duplicada, quando presentes circunstâncias indicativas de falsidade praticada pela contribuinte.

Notificada em 21.03.2012, fl. 141, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 02.04.2012, fls. 142-169, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge. Reitera os argumentos apresentados na impugnação.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

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.

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

O Auto de Infração foi lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, que verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo, aplicou a penalidade cabível e determinou a exigência com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-la ou impugná-la no prazo legal¹. A decisão de primeira instância e o Auto de Infração estão motivados de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia. As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos, em observância às garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício. A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelece que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses e instruída com os todos documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos². Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo, a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência. A realização desses meios probantes é prescindível, uma vez que os elementos probatórios produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio. A justificativa arguida pela defendente, por essa razão, não se comprova.

¹ Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 9º, art. 10, art. 23 e 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007, art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 e Súmulas CARF nºs 6, 8, 27 e 46.

² Fundamentação legal: art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

A Recorrente apresenta argumentos no sentido de que agiu de boa-fé já que foi vítima de estelionato e por essa razão a multa isolada de ofício qualificada deve ser afastada.

Tem-se que “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” (art. 136 do Código Tributário Nacional).

Restou caracterizada a compensação não declarada pela utilização de crédito de terceiro formalizado em escrituras públicas de cessão de direitos creditórios, fls. 24-25, da pessoa jurídica Apollo Assessoria Empresarial Ltda, CNPJ 02.463.215/0001-74.

Com a edição da Instrução Normativa SRF nº 210, de 30 de setembro de 2001, veio a vedação de utilização de crédito de terceiros para fins de compensação com débitos próprios, fato que a Recorrente não pode alegar desconhecimento (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro prevista no Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942). Posteriormente essa imposição foi ratificada pela Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004.

Os Per/DComp nºs 13646.93407.240211.1.3.047107, 31170.46509.310311.1.3.049041, 17159.85676.090511.1.3.046520 e 09828.19672.300511.1.3.043160 formalizados no processos nº 10166.001046/2011-78, fls. 14-23, foram apresentados no período de 24.02.2011 a 31.05.2011, durante a plena vigência da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, fls. 08-13.

Nesse sentido, ainda que a Recorrente tenha sido vítima do crime de estelionato, esse fato em nada interfere na sua conduta ilícita no âmbito tributário, que é de sua responsabilidade. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

A Recorrente discorda do lançamento de ofício e que a qualificação da multa deve ser afastada.

O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição, pode utilizá-lo na compensação de débitos. A partir de 01.10.2002, a compensação somente pode ser efetivada por meio de declaração e com créditos e débitos próprios, que ficam extintos sob condição resolutória de sua ulterior homologação. Também os pedidos pendentes de apreciação foram equiparados a declaração de compensação, retroagindo à data do protocolo. Posteriormente, ou seja, em de 30.12.2003, ficou estabelecido que a Per/DComp constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados, bem como que o prazo para homologação tácita da compensação declarada é de cinco anos, contados da data da sua entrega. O procedimento de apuração do direito creditório não prescinde comprovação inequívoca da liquidez e da certeza do valor de tributo pago a maior³.

Vale esclarecer que é considerada não declarada a compensação em que o crédito seja um título público e não se refira a tributos administrados pela RFB, independentemente se o valor foi recolhido mediante Darf⁴. Nesse sentido, tem cabimento que a multa de ofício isolada em decorrência de compensação não declarada no percentual de 75%

³ Fundamentação legal: art. 170 e art. 170-A do Código Tributário Nacional e art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

⁴ Fundamentação legal: art. 18 da Lei nº 40.833, de 29 de dezembro de 2003 com redação dada pela Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004 e pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

(setenta e cinco por cento) seja aplicada sobre o montante dos débitos indevidamente compensados, pela utilização de crédito de título público e que não se refere a tributos administrados pela RFB e no percentual de 150% no caso em que restar configurada uma das condutas previstas no art. 71, no art. 72 e no art. 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964⁵.

Via de regra, a norma jurídica secundária impõe uma sanção em decorrência da inobservância da conduta prescrita na norma jurídica primária. A multa de natureza tributária, penalidade que tem como fonte a lei, é imposta em razão de uma conduta ilícita por parte do sujeito passivo. A aplicação da multa isolada de ofício qualificada pressupõe que seja caracterizada a intenção do agente de forma deliberada com a finalidade evitar ou diferir o pagamento de tributo devido.

Tem como requisito necessário a comprovação, de plano, da conduta dolosa, que é a vontade livre e consciente de o agente praticar um fato ilícito, ainda que por erro, mas desde de evidenciada a má-fé, da qual decorre prejuízo a outrem. Caracteriza-se pela sonegação, que é a ação ou omissão dolosa do agente de encobrir fatos tributários da Administração Pública, pela fraude, que é a ação ou omissão dolosa de não revelar a ocorrência do fato gerador do tributo ou pelo conluio, que é o ajuste doloso entre pessoas, seja para encobrir fatos tributários da Administração Pública, seja para não revelar a ocorrência do fato gerador do tributo⁶.

As condições para o agravamento da multa prevista para os casos de compensação não declarada estão previstos no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 17, de 03 de outubro de 2002, que interpreta a legislação tributária de regência da matéria de forma correta. Assim, os lançamentos de ofício relativos a pedidos ou declarações de compensação indevidos sujeitar-se-ão à multa de que trata o inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, por caracterizarem evidente intuito de fraude, nas hipóteses em que o crédito oferecido à compensação seja: (a) de natureza não tributária, (b) inexistente de fato, (c) não passível de compensação por expressa disposição de lei, e (d) baseado em documentação falsa.

No presente caso verifica-se que restou caracterizada a utilização de crédito não passível de compensação por expressa disposição de lei, pois uma causa de indeferimento das compensações ocorreu em função do crédito pleiteado pertencer a terceiros, o que, de plano, contraria a expressa disposição legal contida na alínea “a” do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996.

Em momento nenhum no curso do presente processo houve dúvida por parte da Recorrente no sentido de que houve a utilização de crédito de terceiro para fins de compensação de débitos próprios, fato que está perfeitamente caracterizado no Termo de Verificação Fiscal, fls. 08-13 e no Autos de Infração, fls. 02-07, atos administrativos que foram validamente cientificados a Recorrente em 29.06.2011, fl. 40.

Está registrado no Termo de Verificação Fiscal, fls. 08-12, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

⁵ Fundamentação legal : art. 165, art. 168, art. 170, art. 170-A do Código Tributário Nacional art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

⁶ Fundamentação legal: art. 142 e art. 149 do Código Tributário Nacional, art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 68, art. 70, art. 71, art. 72, art. 73, art. 74 e art. 85 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, art. 13 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e art. 20 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

No exercício regular das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, procedemos à análise das Declarações de Compensação abaixo relacionadas, apresentadas pelo contribuinte por meio do programa PER/DCOMP, tratadas no processo nº 10166.001046/201178, cujas compensações foram consideradas não declaradas por meio da Informação Fiscal SEORT nº 152/2011. [...]

O instituto de compensação entre tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto de contribuições previdenciárias, encontra-se disciplinado no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, com as alterações posteriores, sendo que os procedimentos administrativos estão atualmente normatizados pela IN RFB nº 900/2008.

O Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172/66, define a compensação como forma de extinção do crédito tributário estipulando que só poderá ocorrer caso o sujeito passivo possua créditos líquidos e certos contra a fazenda pública.

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

As compensações efetuadas por meio das Declarações de Compensação surtem os seus efeitos de extinção do crédito tributário desde o momento de sua entrega, com base nos §§1º e 2º do art. 74 da Lei nº 9.430/1996, embora a verificação de sua fidedignidade ocorra a posteriori:

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Esta legislação veio com objetivo de facilitar a compensação ao contribuinte de boa-fé que tem direito à restituição ou ressarcimento de valores junto à RFB. Assim, a legislação dotou de efeitos imediatos a declaração de compensação. Por outro lado, estabeleceu em contrapartida o dever instrumental de o interessado prestar informação às autoridades fazendárias, devendo a declaração de compensação possuir conteúdo verídico, formal e materialmente, para permitir a identificação da origem do crédito que lastreia a compensação, o montante dos tributos compensados e respaldo legal suficiente para que o crédito possa ser utilizado para compensação.

As compensações relacionadas na Tabela 01 acima foram consideradas não declaradas, nos termos da Informação Fiscal SEORT nº 152/2001, pois estavam em desacordo ao estabelecido no §12 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, já que: a) o crédito pleiteado é de terceiro (§12, II, a); e b) não se refere a tributos ou contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil (§12, II, e).

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)

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

....

II em que o crédito: (Incluído pela Lei nº 11.051/2004)

a) seja de terceiros; (Incluída pela Lei nº 11.051/2004)

...

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal SRF. (Incluída pela Lei nº 11.051/2004)

Este fato enseja a aplicação da multa de ofício prevista no art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001:

Art. 90. Serão objeto de lançamento de ofício as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

A forma de aplicação desta multa isolada está estabelecida no art. 18 da Lei nº 10.833/2003, a seguir:

Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.15835, de 24 de agosto de 2001, limitar-s-e-á à imposição de multa isolada em razão de não-homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

(Redação dada pela Lei nº 11.488/2007) (Vide Medida Provisória nº 472/2009)

...

§ 4º Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicandose o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicado na forma de seu § 1º, quando for o caso. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

...

O percentual de multa acima referido é o seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

...

§ 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)

Os requisitos para o agravamento da multa prevista para os casos de compensação não declarada estão previstos no Ato Declaratório Interpretativo ADI SRF nº 17/2002:

Artigo único. Os lançamentos de ofício relativos a pedidos ou declarações de compensação indevidos sujeitar-se-ão à multa de que trata o inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, por caracterizarem evidente intuito de fraude, nas hipóteses em que o crédito oferecido à compensação seja:

I – de natureza não-tributária;

II – inexistente de fato; III – não passível de compensação por expressa disposição de lei; IV – baseado em documentação falsa.

De imediato, já é possível afirmar que o caso em tela se enquadra no inciso III acima descrito, pois uma causa de indeferimento das compensações ocorreu em função do crédito pleiteado pertencer a terceiros, o que, conforme já dito, contraria a expressão disposição legal contida no item a), inc, II, do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996.

Além disso, podemos observar que o crédito pleiteado pelo contribuinte MAXIMUS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA seria proveniente da empresa APOLLO ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA, por esta pleiteado via processo administrativo nº 10280.002561/2008-63.

Ocorre que este processo já havia sido analisado, e seu Despacho Decisório, que indeferiu o crédito pleiteado, foi emitido em 07/11/2008, e cientificado ao contribuinte APOLLO via edital em 02/01/2009.

Após cientificado da decisão que indeferiu seu pleito, o contribuinte APOLLO não apresentou qualquer manifestação, e por isso o referido processo foi arquivado, conforme despacho datado de 13/02/2009.

Entretanto, a Escritura Pública de Cessão de Direitos Creditórios, por meio da qual a empresa MAXIMUS adquiriu da APOLLO o suposto crédito, indeferido no processo 10166.001046/2011-78, foi feita em 18/02/2011, ou seja, aproximadamente 2 anos após o indeferimento do crédito inicial.

Desta forma, as partes negociaram crédito que era inexistente de fato, o que faz o fato se enquadrar no inciso II do ADI nº 17/2002 acima, ensejando, novamente, o agravamento da multa isolada.

Portanto, por todo o exposto neste Termo de Verificação Fiscal, aplica-se a este caso a multa prevista no § 4º do art. 18 da lei nº 10.833/2003, com o agravamento em função de caracterizarem evidente intuito de fraude, de acordo com o ADI nº 17/2002.

Deve-se destacar o fato de que a fraude caracteriza-se pela ação dolosa tendente a diferir ou evitar o pagamento da obrigação principal, como se depreende da leitura do art. 72 da Lei nº 4.502/64:

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.

Esta conduta amolda-se, em tese, na prática de crime contra a ordem tributária, conforme disposto no art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90:

“Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;” Por fim, em relação ao montante da multa, o art. 39, § 6º, da IN RFB nº 900/08, que dispõe que:

§ 6º Será exigida multa isolada sobre o valor total do débito cuja compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso I do § 3º do art. 34, aplicando-se o percentual de:

I - 75% (setenta e cinco por cento); ou II 150% (cento e cinquenta por cento), quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

Assim, o cálculo da multa é o seguinte:

Tabela 02 – Cálculo da Multa Agravada

PER/DCOMP N°	O/R*	Valor dos Débitos Compensados em Reais
13646.93407.240211.1.3.047107	O	168.177,50
31170.46509.310311.1.3.049041	O	137.956,19
17159.85676.090511.1.3.046520	O	39.845,53
09828.19672.300511.1.3.043160	O	110.554,70
Total dos Débitos Compensados		456.533,92
Percentual da Multa		150%
Percentual da Multa		684.800,88

* Original ou Retificadora

Portanto, o valor da multa isolada aplicável ao caso remonta em R\$684.800,88 (seiscentos e oitenta e quatro mil, oitocentos reais e oitenta e oito centavos)

Analisando toda a situação fática, tem-se que o procedimento foi levado a efeito em decorrência da compensação não declarada pela utilização de crédito de terceiro formalizado em escrituras públicas de cessão de direitos creditórios, fls. 24-25, da pessoa jurídica Apollo Assessoria Empresarial Ltda, CNPJ 02.463.215/0001-74, em conformidade com os Pedidos de Ressarcimento ou Restituição/Declarações de Compensação (Per/DComp) formalizados nos processos nºs 10166.001046/2011-78, fls. 14-23 e 10166.002561/2008-63, fls. 26-39 e o demonstrativo de apuração das bases de cálculo dos valores da multa isolada, fls. 08-13.

Nesses processos a Recorrente já tinha informações de as compensações teriam sido consideradas não declarada em outros autos e ainda que o direito creditório pleiteado é de terceiros e que não se refere a tributos ou contribuições administrados pela RFB. Restou assim a sua vontade livre e consciente de praticar a conduta comprovada nos presentes autos.

Por conseguinte, a aplicação da multa de ofício isolada qualificada está correta por restar evidenciada a intenção do agente de forma deliberada com a finalidade evitar ou diferir o pagamento de tributos devidos, quais sejam, os débitos confessados nos Per/DComp formalizados nos processos nºs 10166.001046/2011-78, fls. 14-23 e 10166.002561/2008-63, fls. 26-39.

Nesse sentido, as autoridades fiscais agiram corretamente formalizando a Representação Fiscal para Fins Penais, pois restou configurada, em tese, crime contra a ordem tributária tipificado nos arts. 1º ou 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, de acordo com o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 41 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de julho de 2009). A contestação aduzida pela defendente, por isso, não pode ser sancionada.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso⁷. A alegação relatada pela defendente, consequentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, 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 inconstitucionalidade⁸. A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

Em assim sucedendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

⁷ Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

⁸ Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.

Declaração de Voto

Conselheira Maria de Lourdes Ramirez

Entendo que, no presente caso, deve restar bem fundamentada a motivação que levou esta 1ª. TE/ 3ª. CAM/ 1ª. SEÇÃO do CARF a manter a multa de ofício isolada duplicada, em 150%.

O artigo 18 da Lei nº 10.833 de 2003 sofreu inúmeras alterações legislativas e, atualmente, a redação vigente do dispositivo, é aquela dada pela Lei nº 8.488, de 2007:

Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão de não-homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

§ 1º Nas hipóteses de que trata o caput, aplica-se ao débito indevidamente compensado o disposto nos §§ 6º a 11 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

§ 2º A multa isolada a que se refere o caput deste artigo será 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.

§ 3º Ocorrendo manifestação de inconformidade contra a não homologação da compensação e impugnação quanto ao lançamento das multas a que se refere este artigo, as peças serão reunidas em um único processo para serem decididas simultaneamente.

§ 4º Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicando-se o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicado na forma de seu § 1º, quando for o caso.

§ 5º Aplica-se o disposto no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, às hipóteses previstas nos §§ 2º e 4º deste artigo.

(*) destaques acrescentados

No caso em apreço não há dúvida de que a compensação deve ser considerada não declarada, como restou consignado nos bem fundamentados votos proferidos nas decisões constantes dos autos, por mim acompanhados. Este ponto é pacífico.

A questão que poderia suscitar discussão seria aquela relativa à duplicação do percentual da multa, de 75% para 150%, pela constatação de sonegação, fraude ou conluio (artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964), nos termos do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, como determina o § 4º do artigo 18 da Lei nº 10.833, de 2003, acima transcrito.

Mas nesse aspecto também, a auditoria fiscal descreveu suficientemente, no auto de infração, os fatos e as condutas praticadas pela recorrente, que ensejaram a duplicação da penalidade. Nesse contexto, assinalo que pelos elementos constantes do processo, a fraude e o conluio restaram plenamente demonstrados. Foi clara a intenção de fraudar o Fisco pela conduta da recorrente em apresentar um PERDCOMP cuja compensação é expressamente vedada em Lei. Eis, aí, o suporte material da fraude. A PERDCOMP que veiculou a compensação de crédito: (i) de terceiro e, (ii) que não se refere a tributo ou contribuição administrado pela Receita Federal. Negar o desconhecimento da vedação é alegação meramente protelatória.

O conluio também restou plenamente comprovado em suporte físico, representado pela Escritura Pública de Cessão de Direitos Creditórios (fls. 24/25 do p.d.). Como se verifica do referido instrumento o Sr. Humberto Luiz Ferreira, CPF 159.935.298-22, que é sócio da empresa Apollo Assessoria Empresarial Ltda., figura, também, como procurador da empresa recorrente Maximus Comercial de Alimentos Ltda, com a intervenção da empresa JR Dominionium. Todas as empresas com interesse comum em obter benefícios financeiros com a falsa declaração.

As empresas intentaram dar um ar de legalidade no negócio, lavrando uma escritura pública. Na verdade a falsidade não é da escritura pública, propriamente dita. A falsidade reside nos fatos que se encontram ali descritos e que foram narrados pelas partes ao Escrivão que se limitou a reproduzi-los naquele instrumento, como por exemplo, a falsidade do número do processo administrativo que seria a origem do suposto direito creditório, informado pelas partes.

Em mais uma tentativa de dar uma falsa aparência de que teria agido com boa-fé, a recorrente trouxe aos autos as cópias da “Notificação Extrajudicial” (fls 79 e ss. p.d.), formalizada pela JR Dominionium Consultoria e Gestão Empresarial em face da empresa recorrente Maximus Comercial de Alimentos Ltda.; e da “Contranotificação Extrajudicial que a Maximus emitiu em face da JR Dominionium. Para além da coincidência dos nomes de todas as empresas derivarem do “latim”, os tipos gráficos utilizados em ambos os documentos, assim como a formatação dos parágrafos, são exatamente idênticos. Isso não é mera coincidência. Ao contrário, evidencia o conluio entre todas as empresas, Maximum, Apollo e JR Dominionium.

Com base nesses fatos e aqueles outros constantes dos autos, justificada está a duplicação da penalidade ao percentual de 150%

Maria de Lourdes Ramirez