



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

Processo n° 11077.000237/2008-89
Recurso n° 516.669 Voluntário
Acórdão n° **2403-00.835 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de outubro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente COOPERATIVA TRITICOLA SAMBORJENSE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2004 a 28/02/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - COMPENSAÇÃO - GLOSA - CESSÃO DE CRÉDITOS.

Serão glosados pelo Fisco os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo. A cessão de crédito, nos termos do Código Civil, não descaracteriza o crédito como sendo de terceiros para fins de compensação. Nos termos do art. 89, § 1º, Lei nº 8.212/1991, a comprovação da não transferência ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade, como atributo da compensação/restituição é obstáculo intransponível para o aproveitamento de créditos de terceiros.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991

(que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Ausente momentaneamente o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Jhonatas Ribeiro da Silva (suplente). Ausente o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, às fls. 654 a 696, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Santa Maria - RS, Acórdão nº 18-10.650 – 3ª Turma, fls. 646 a 650, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, AIOP – Auto de Infração de Obrigação Principal nº. 37.170.315-8, com ciência da Recorrente em 13.06.2008, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 1.915.351,52 (um milhão, novecentos e quinze mil, trezentos e cinquenta e um reais e cinquenta e dois centavos).

Conforme o Relatório Fiscal, às fls. 225 a 228:

- Constituem fatos geradores deste lançamento de débito, as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais pela retribuição aos serviços prestados à cooperativa e pagamentos efetuados à cooperativa de trabalho que prestou serviços nesta condição à contratante.

- Este AI nº 37.170.315-8 se refere exclusivamente às contribuições a cargo da empresa para financiamento dos benefícios em razão de incapacidade laboral — GILRAT e para o fundo de previdência e assistência social — FPAS. Estão incluídas também diferenças de acréscimos legais em competências que foram calculadas e recolhidas a menor.

- Serviram de base de cálculo, os valores das remunerações dos empregados constantes nas folhas de pagamentos, nos recibos de salários, recibos de férias, nas rescisões de contratos de trabalho. Dos contribuintes individuais, as remunerações constantes nas folhas de pagamentos e recibos de pagamentos à autônomos e na Guia de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social — GFIP e ainda os registros contábeis da cooperativa.

- No decorrer da auditoria, verificou-se que a cooperativa lançou na sua contabilidade e informou em GFIP valores a título de compensação, num percentual aproximado de 30% (trinta por cento) do total das contribuições incidentes sobre a folha de pagamentos de todos os estabelecimentos da empresa, sem que para isto tivesse autorização, recolhimentos indevidos ou decisão judicial favorável.

- A fiscalização entendeu necessário glosar tais lançamentos, para que a GFIP, que é o instrumento que alimenta o banco de

dados, não proporcionasse um valor menor a recolher, nos sistemas informatizados da Previdência Social.

Resumidamente, os lançamentos:

Contribuições patronais: 20% sobre folha e avulsos/administradores; SAT/RAT; e 15% sobre contratação cooperativas de trabalho.

O Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 1010900.2008.00102, fls. 220 a 223, foi informado por meio do TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, com ciência da Recorrente em 07.04.2008.

O período objeto do AIOP, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 66, é de 05/2004 a 02/2008.

A Recorrente teve ciência do Auto de Infração no dia 13.06.2008, conforme fls. 01.

Contra a autuação, a **Recorrente apresentou impugnação** tempestiva, de fls. 229 a 273, com Anexos às fls. 274 a 641.

Após análise, **a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Santa Maria - RS, emitiu o Acórdão nº 18-10.650 – 3ª Turma, fls. 646 a 650, julgando procedente a autuação** e mantendo a multa aplicada, conforme a Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2004 a 28/02/2008

CESSÃO DE CRÉDITO. COMPENSAÇÃO.

A cessão de crédito, nos termos do Código Civil, não descaracteriza o crédito como sendo de terceiros para fins de compensação.

A comprovação da não repercussão financeira do indébito como atributo da compensação/restituição (§ 1º do art. 89 da Lei nº 8.212/91) é garantia de créditos recíprocos entre duas pessoas, e, assim, óbice intransponível para o aproveitamento de créditos de terceiros.

Lançamento Procedente

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em sessão realizada hoje, acordam os membros da 3ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente o lançamento, de acordo com o voto do relator e sua fundamentação.

À Delegacia da Receita Federal do Brasil em Uruguaiana (RS) para cientificar a empresa deste acórdão, fornecendo-lhe cópia, e intimá-la a recolher o débito no prazo de 30 dias, a contar da ciência, ressalvado, no mesmo prazo, o direito de parcelar, nas

hipóteses legais, ou interpor recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda.

Sala de Sessões, em 5 de maio de 2009.

Inconformada com a decisão, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 654 a 696, na qual alega em síntese que:

No Mérito:

(a) Da compensação com precatórios federais.

*A recorrente, nos termos do artigo 286, do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), e artigo 567, III, do CPC, bem como, da Emenda Constitucional nº 30, de 14-9-2000, a qual acrescenta o art. 78 no ADCT, celebrou, mediante **instrumento público**, a aquisição de créditos advindos dos Processos n's 9900036360, 9510018007, 9600112665, 9503017386, **199903990796881 e 9200458726**, o que se comprova a partir dos documentos juntados na defesa encaminhada, que demonstram toda a operação realizada nas competências abril a novembro de 2006.*

Os processos em questão discutem a constitucionalidade e a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre o "Pró-labore", regida pelas Leis nº 7.787/89 e 8.212/91. As decisões proferidas nos processos são favoráveis, tendo transitado em julgado, conforme confirmam as peças processuais que foram anexadas ao processo administrativo.

A partir do trânsito em julgado acerca do mérito discutido nos processos, as partes ingressaram com execuções de sentença dos valores, (docs. fls.), das quais não houve discordância, tendo sido, por conta disto, encaminhados os precatórios para pagamento (docs. fls.).

Considerando que os valores executados transitaram em julgado, são líquidos, certos e exigíveis, conforme precatórios enviados, as autoras das ações os transferiram para a Autuada, nos termos legais antes descritos.

A legislação vigente à época do crédito não impunha resistência ao procedimento adotado pela empresa, a Lei nº 8.383/91 apenas exigia do contribuinte declarações prévias de compensação.

Não se trata de crédito de terceiros, já que transferido para o patrimônio da empresa por meio de instrumento público de cessão, contabilizado e com a titularidade transferida nos termos do artigo 567, do CPC e autorização da Carta Magna, artigo 78 do ADCT.

Conforme previsão constante na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), uma vez revestida das formalidades necessárias, a cessão de créditos se torna perfeitamente viável e oponível contra todos.

Toda a previsão constitucional e legal acerca do instituto obrigacional da cessão de créditos, amparada, sobretudo, pela jurisprudência hodierna, não pode ser simplesmente desconsiderada, a ponto de negar patrimônio da cessionária, com direito ao seu pleno uso e gozo.

(c) Dos créditos de terceiros.

o crédito adquirido por instrumento público, conforme autoriza a Carta Magna, artigo 78 do ADCT, o Código Civil, artigos 288, 289 e 290, e o Código de Processo Civil, artigo 567, transfere-se da esfera patrimonial do cedente e passa a integrar a da cessionária, este é que passa a ter o direito de propriedade sobre aquele crédito, é o novo titular da execução de sentença judicial, e o único que passa ter o pleno direito de usufruí-lo, logo, não há que se falar em CRÉDITO DE TERCEIRO.

(d) da inexigibilidade da contribuição de 15% sobre contratação de cooperativas de trabalho – inconstitucionalidade – ofensa do art. 22, IV, Lei 8.212/1991 ao disposto no art. 195, I, a, CRFB/1988 e no art. 195, I, b, CRFB/1988.

Consoante depreende-se da leitura do artigo 22, IV, lei 8.212/1991, instituiu-se nova contribuição social, cuja alíquota é de 15% (quinze por cento) a incidir sobre os serviços prestados por cooperativas de trabalho, e determinando que os tomadores serão os sujeitos passivos da obrigação tributária.

Entretanto, tal exigência não guarda consonância com nossa Carta Magna, sendo claramente inconstitucional, consoante restará demonstrado na análise dos dispositivos constitucionais que regulam a tributação das empresas, através de contribuições sociais.

(e) Taxa SELIC – ilegalidade e inconstitucionalidade.

fls. 698.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 698.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº. 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

Avaliados os pressupostos, passo para as questões Preliminares e ao Mérito.

DAS PRELIMINARES**Violação a preceitos constitucionais.**

A Recorrente argumenta em relação à violação a preceitos constitucionais:

(d) da inexigibilidade da contribuição de 15% sobre contratação de cooperativas de trabalho – inconstitucionalidade – ofensa do art. 22, IV, Lei 8.212/1991 ao disposto no art. 195, I, a, CRFB/1988 e no art. 195, I, b, CRFB/1988.

(e) Taxa SELIC – ilegalidade e inconstitucionalidade.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº-73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

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

DO MÉRITO.

A Recorrente argumenta:

(a) Da compensação com precatórios federais.

*A recorrente, nos termos do artigo 286, do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), e artigo 567, III, do CPC, bem como, da Emenda Constitucional nº 30, de 14-9-2000, a qual acrescenta o art. 78 no ADCT, celebrou, mediante **instrumento público**, a aquisição de créditos advindos dos Processos n's 9900036360, 9510018007, 9600112665, 9503017386, **199903990796881 e 9200458726**, o que se comprova a partir dos documentos juntados na defesa encaminhada, que demonstram toda a operação realizada nas competências abril a novembro de 2006.*

Os processos em questão discutem a constitucionalidade e a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre o "Pró-labore", regida pelas Leis nº 7.787/89 e 8.212/91. As decisões proferidas nos processos são favoráveis, tendo transitado em julgado, conforme confirmam as peças processuais que foram anexadas ao processo administrativo.

A partir do trânsito em julgado acerca do mérito discutido nos processos, as partes ingressaram com execuções de sentença dos valores, (docs. fls.), das quais não houve discordância, tendo sido, por conta disto, encaminhados os precatórios para pagamento (docs. fls.).

*Considerando que os valores executados transitaram em julgado, são líquidos, certos e exigíveis, conforme precatórios enviados, **as autoras das ações os transferiram para a Autuada, nos termos legais antes descritos.***

A legislação vigente à época do crédito não impunha resistência ao procedimento adotado pela empresa, a Lei nº 8.383/91

apenas exigia do contribuinte declarações prévias de compensação.

Não se trata de crédito de terceiros, já que transferido para o patrimônio da empresa por meio de instrumento público de cessão, contabilizado e com a titularidade transferida nos termos do artigo 567, do CPC e autorização da Carta Magna, artigo 78 do ADCT.

(b) Da cessão de créditos – previsão legal

Conforme previsão constante na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), uma vez revestida das formalidades necessárias, a cessão de créditos se torna perfeitamente viável e oponível contra todos.

Toda a previsão constitucional e legal acerca do instituto obrigacional da cessão de créditos, amparada, sobretudo, pela jurisprudência hodierna, não pode ser simplesmente desconsiderada, a ponto de negar patrimônio da cessionária, com direito ao seu pleno uso e gozo.

(c) Dos créditos de terceiros.

o crédito adquirido por instrumento público, conforme autoriza a Carta Magna, artigo 78 do ADCT, o Código Civil, artigos 288, 289 e 290, e o Código de Processo Civil, artigo 567, transfere-se da esfera patrimonial do cedente e passa a integrar a da cessionária, este é que passa a ter o direito de propriedade sobre aquele crédito, é o novo titular da execução de sentença judicial, e o único que passa ter o pleno direito de usufruí-lo, logo, não há que se falar em CRÉDITO DE TERCEIRO.

Analisemos.

Observe-se que, por ocasião do levantamento do **AIOP nº 37.170.315-8**, a Fazenda Pública deve proceder ao lançamento de débito, pois, nos termos do parágrafo único do art. 142 do CTN, a atividade administrativa lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional razão pela a autoridade fiscal procedeu à lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito.

A compensação como modalidade de extinção do crédito tributário está prevista no art. 156, II, do Código Tributário Nacional. O mesmo diploma legal, artigos 170 e 170-A, prevê regras gerais sobre a matéria; as regras específicas são objeto de lei ordinária. Transcrevemos abaixo os artigos do CTN que tratam da compensação:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

II - a compensação;”

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

Autenticado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em

22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em 06/02/2012 por CARLOS ALBERT

O MEES STRINGARI

Impresso em 15/02/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

“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.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.”

“Art. 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.” (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

O Plano de Custeio da Seguridade Social, Lei n. 8.212/91, art. 89, que ora transcrevemos, traz comando no sentido de que somente serão compensados os valores pagos ou recolhidos indevidamente a título de contribuição para a Seguridade Social.

“Art.89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido”. (Redação dada pela Lei nº 9.129, de 20.11.1995)

O direito à compensação surgirá após o pagamento indevido de contribuição destinada à Seguridade Social, de atualização monetária, de multa ou de juros de mora, observadas as seguintes condições, conforme art. 193 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005:

- *a compensação deverá ser realizada com contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, excluídas as destinadas para Outras Entidades ou Fundos (Terceiros);*
- *o sujeito passivo deverá estar em situação regular, considerando todos os seus estabelecimentos e obras de construção civil, em relação à NFLD, LDC, AI, LDCG e DCG, cuja exigibilidade não esteja suspensa; (LDCG – Lançamento de Débito Confessado em GFIP e DCG – Débito Confessado em GFIP: documentos em implementação)*
- *o sujeito passivo deverá estar em dia com as parcelas relativas a acordos de parcelamento, considerados todos os seus estabelecimentos e obras de construção civil;*
- *somente é permitida a compensação de valores que não tenham sido alcançados pela prescrição;*

- *a compensação somente poderá ser realizada em recolhimento de períodos subseqüentes àqueles a que se refiram os valores pagos indevidamente.*

Os valores indevidamente compensados devem ser recolhidos pelo contribuinte, sobre os quais incidirão juros e multa de mora.

Caso o contribuinte não recolha espontaneamente os valores compensados de forma indevida, cabe ao Fisco a glosa da compensação efetuada. Também cabe referida glosa na hipótese de compensação efetuada sem que houvesse recolhimento ou pagamento indevido; ou atualizada em desconformidade com os índices de correção previstos na legislação previdenciária; ou sem decisão judicial que tenha autorizado a compensação. Por fim, não houve qualquer ato perfeito e acabado, posto que uma compensação indevida não pode ser considerada como um ato jurídico perfeito, já que se sujeita à verificação de sua regularidade pela fiscalização.

Como se vê, a compensação entre crédito e débito tributário efetiva-se por iniciativa do contribuinte, mas com risco para ele. A compensação feita, no âmbito de tributo sujeito ao lançamento por homologação, como no caso, fica a depender da homologação da autoridade fiscal, que pode e deve fiscalizar o contribuinte, examinar seus livros e documentos, verificar os cálculos e efetuar o lançamento de valor de compensação indevida, no todo ou em parte.

Outrossim, ao contrário do que pretende a Recorrente, a cessão de direito de crédito não afasta a natureza de crédito de terceiro. Em outros termos, o crédito objeto de lide nunca deixará de ser originário de cessão de terceiros, por isso que, também, não poderá ser considerado como um crédito próprio. Neste sentido, pela Recorrente ser cessionária do crédito, se por um lado admite-se seu direito de usufruir do crédito nas formas previstas no Direito Civil, por outro lado, todavia, por expressa determinação legal, vide art. 89, Lei 8.212/1991, tal crédito não pode ser aproveitado para efeitos de restituição/compensação tributária na pessoa do cessionário.

Art. 89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

§ 1º Admitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995).

Neste diapasão, anota-se que a Recorrente pretendeu compensar com as contribuições devidas à Seguridade Social contribuições pagas indevidamente não por ela, mas por outro contribuinte, ao qual cabe o exercício do direito de restituição ou compensação das contribuições pagas indevidamente, segundo o art. 89, Lei 8.212/1991.

Naturalmente a hipótese exposta no presente Recurso Voluntário, ou seja, da Recorrente como cessionária do crédito tributário, não se coaduna com o previsto nos artigos 132 e 133 do CTN, que tratam de fusão, transformação e incorporação, o que poderia ensejar a utilização dos créditos tributários, em questão, para efeitos de compensação.

Ainda em sede de argumentação, tem-se que o Código Tributário Nacional, nos art. 121 a 123, dispõe que as convenções particulares não podem ser opostas à Fazenda Pública:

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.

Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Dessa forma, considerando a inobservância das condições de compensação previstas na legislação acima, a glosa realizada pela fiscalização encontra-se correta.

(e) Taxa SELIC.

Insurge-se a recorrente contra a aplicação da taxa SELIC ao argumento de que seria ilegal.

Registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pelo recorrente.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995,

incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, rejeitar as **PRELIMINARES, NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro