



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720420/2013-72
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-010.836 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de fevereiro de 2023
Recorrente POSTO CIDADE LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2010 a 31/05/2012

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIAÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Súmula CARF nº 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O atendimento aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte afastam a hipótese de nulidade do lançamento.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO. VÍCIOS NÃO ANULAM O LANÇAMENTO.

O Mandado de Procedimento Fiscal se constitui em mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária, e irregularidades em sua emissão ou prorrogação não são motivos suficientes para se anular o lançamento.

PAF. JURISPRUDÊNCIA. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

As decisões judiciais e administrativas, regra geral, são desprovidas da natureza de normas complementares, tais quais aquelas previstas no art. 100 do CTN, razão por que não vinculam futuras decisões deste Conselho.

RECURSO VOLUNTÁRIO. ALEGAÇÕES ALHEIAS AOS FUNDAMENTOS DA EXIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE LITÍGIO.

Não se instaura litígio entre questões trazidas à baila unicamente pelo impugnante e que não sejam objeto da exigência fiscal nem tenham relação direta com os fundamentos do lançamento.

MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM SEDE DE DEFESA/IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO PROCESSUAL.

Afora os casos em que a legislação de regência permite ou mesmo nas hipóteses de observância ao princípio da verdade material, não devem ser conhecidas às razões/alegações que não foram suscitadas na impugnação, tendo em vista a ocorrência da preclusão processual, conforme preceitua o artigo 17 do Decreto nº 70.235/72.

PREVIDENCIÁRIO. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. FALSIDADE NA DECLARAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. MULTA ISOLADA DE 150%.

Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada de 150% calculada com base no valor total do débito indevidamente compensado.

LEI TRIBUTÁRIA. MULTA ISOLADA. VEDAÇÃO AO CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

Este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é incompetente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei que fixa o percentual para a multa isolada na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo (Súmula CARF nº 2).

JUROS. TAXA SELIC. LEGITIMIDADE.

Súmula CARF nº 04: 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.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF nº 28).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Renato Adolfo Tonelli Junior, Matheus Soares Leite, Wilderson Botto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

Pois bem. Trata-se de créditos lançados pela Auditoria Fiscal em desfavor da Interessada acima identificada, de acordo com o Relatório Fiscal do Crédito Tributário de fls. 11 a 21 e anexos, por intermédio da lavratura do Auto de Infração (fls. 02 a 10) abaixo relacionado, acrescido de multa e juros conforme a legislação:

AI – DEBCAD	Descrição	fls.	Período de Apuração	Valor Total (R\$)
51.041.154-1	Autuação por descumprimento de obrigação acessória; por Apresentar GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, constituído por intermédio do levantamento MI – Multa Isolada	02 a 10	04/2010 a 03/2012	120.778,04

Conforme o Relatório Fiscal Consolidado do Crédito Tributário, foram lavrados os referidos Autos de Infrações, em decorrência das seguintes constatações e procedimentos adotados no decorrer da ação fiscal:

- Em atendimento ao TIFP o contribuinte afirmou ser possuidor de direitos creditórios conforme documentação apresentada, cuja devedora seria a União em conformidade com a legislação vigente. Afirmou ainda ser detentor de crédito considerável de boa liquidez e certeza. Afirmou também que este crédito estaria com a sentença judicial transitada em julgado desde 1999. O contribuinte também apresentou uma Escritura Pública de Cessão de Direitos Creditórios, na qual o mesmo comprova a compra dos tais Direitos Creditórios pela importância de R\$ 200.000,00. No segmento deste relatório estão anexados o Atendimento ao TIFP, a Escritura de Cessão de Direitos Creditórios, além de vasta documentação que envolve a Ação Judicial e que, segundo a empresa, teria dado direito aos tais Direitos Creditórios.
- Da análise da documentação apresentada pelo contribuinte, mencionada no item anterior, ficou demonstrado que se trata da Cessão de Direitos Creditórios e Hereditários decorrentes das Ações Judiciais de números 1.059/57 e 696/49, com trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordata da Comarca de Curitiba/PR .
- A pretensão do contribuinte, materializada nas compensações efetuadas no período 04/2010 a 03/2012, não pode ser acolhida, e as compensações foram glosadas, tendo sido constituído o Auto de Infração de Obrigações Principais Debcad 51.041.153-3 integrante do Processo Fiscal nº 15586720340/2013-17, pelas razões a seguir descritas:
 - O alegado direito creditório, ainda que existente, não é e nunca foi administrado pela Receita Federal do Brasil;
 - A união sequer é devedora, eis que não é, nunca foi e jamais será parte da referida ação judicial, por conseguinte, jamais foi condenada a pagar qualquer importância;

- Ainda que houvesse crédito em face do Tesouro Nacional, não há que se falar em compensação, pois não se está diante de importâncias passíveis de restituição e/ou ressarcimento;
- A Declarante não é detentora originária do alegado direito creditório, não os tendo apurado, uma vez que não é parte da ação, de modo que, ainda que fosse restituível, que não é o caso, não caberia compensação no âmbito da RFB, por se tratar de créditos de terceiros.
- Logo o suposto crédito não tem natureza tributária, não é, nem nunca foi administrado pela Receita Federal do Brasil.
- Portanto, fica demonstrado que as pretendidas compensações não podem ser aceitas, uma vez que o art.74 da Lei nº 9.430/96 limita expressamente a possibilidade de compensação de créditos apurados pelo sujeito passivo. Os créditos apurados devem ser relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal. A Lei 9.430, de 27/12/1996, assim dispõe em seu art.74.
- Ademais, é vedada a compensação de Contribuições Previdenciárias com créditos de outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil. A Lei 11.457, de 16/03/2007, disposto em seu art. 2º.
- Assim, o fato de o contribuinte ter adquirido o suposto crédito em análise, mediante contrato de cessão, não altera a vedação legal de não permitir a compensação quando o crédito seja de terceiros. A melhor interpretação do mencionado dispositivo legal impõe o reconhecimento de que o crédito em questão não pode ser apurado por outrem devendo, originariamente, emanar de relação própria entre o contribuinte que o pleiteia a compensação e RFB. Vale ressaltar que a Lei não impede a realização desse tipo de negócio jurídico (cessão de crédito), porém veda, expressamente, que essa espécie de transação repercuta no âmbito tributário. No caso, o art. 74, §12, inciso II, alínea " a " da Lei nº 9.430/96, impede a compensação da forma como feita pelo contribuinte põem-se ainda a este caso a aplicação do art. 123 do Código Tributário Nacional, uma vez que tal dispositivo veda a possibilidade de se opor à Fazenda Pública as convenções particulares tendentes a modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos.
- Em síntese, ainda que os créditos apresentados pelo contribuinte tenham sido realmente adquiridos, não existe previsão legal para que o contribuinte tenha compensado os valores que julgou devidos, motivo pelo qual as compensações efetuadas no período de 04/2010 a 03/2012 foram glosadas. A Glosa integra o AI debcad nº 51.041.153-3, integrante do Processo Fiscal de número 15586-720340/2013-17. A Multa Isolada compõe o AI Dedcad nº 51.041.154-1, integrante deste Processo Fiscal de número 15586-720420/2013-72.
- A aplicação da multa isolada de 150% está prevista no § 10 do art. 89 da Lei 8212/91. A multa é aplicada sobre os valores indevidamente compensados, em relação as GFIP entregues a partir de 04/12/2008, data de início de vigência da MP 449/2008, transformada na Lei 11.941/2009. A competência da Multa Isolada é o mês em que ocorreu a infração, ou seja , o mês em que ocorreu o envio da GFIP com a inclusão indevida de compensação. Os valores lançados estão contidos no Levantamento MI MULTA ISOLADA e os valores discriminados conforme o quadro abaixo: (fls. 14 e 15).

- A Multa Isolada está também demonstrada nos Relatórios DD-Discriminativo do Débito e RL Relatório de Lançamentos, integrantes deste Relatório de Processo Fiscal.
- A Lei nº 9.430, de 27/12/1996, em seu art.44 assim dispõe:

"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).
- A Lei nº 4.502/1964, acima citada, dispõe em seus arts. 71, 72 e 73:

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

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

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

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

Art.73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts.71 e 72."
- O Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 17, de 02/10/2002, também esclarece sobre a questão:

"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 a compensação seja:

I - (...)

II – Inexistente de fato; "
- O que podemos dizer de um contribuinte que, deliberadamente, informa na GFIP valor a compensar de crédito que, sabidamente, não possui? Declarando na GFIP créditos que não possui, o contribuinte tentou reduzir o montante da contribuição devida, numa clara intenção de evitar ou, no mínimo, postergar seu pagamento. Essa prática, forma o elemento subjetivo da conduta dolosa e se encaixa perfeitamente na descrição de fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/64.
- Além dos fatos já devidamente expostos e esclarecidos, cabe também informar que os tais direitos creditórios utilizados pelo contribuinte nunca existiram de fato. Os dados relatados a seguir deixará isto bem claro;

- Conforme mencionado, o contribuinte apresentou uma Escritura Pública de Cessão de Direitos Creditórios, na qual o mesmo comprova a compra os tais Direitos Creditórios pela importância de R\$ 200.000,00. Também está citado que no segmento deste relatório estão anexados o Atendimento ao TIF, a Escritura de Cessão de Direitos Creditórios, além da vasta documentação que envolve a Ação Judicial que teria dado direito aos tais Direitos Creditórios. O Processo todo é extenso, iniciou-se no século XIX , possui até pareceres emitidos com bico de pena e pode ser resumido da seguinte forma:
- No ano de 1896, o governo do Paraná resolveu desapropriar uma área situada no noroeste do estado, divisa com o Estado de São Paulo. A posse da terra foi efetivada e a região denominada " Apertados " compreende hoje 29 municípios do Estado do Paraná. O Estado do Paraná moveu esta ação reivindicatória referente a terra denominadas Apertados contra José Teixeira Palhares e Rodolpho de Macedo Ribas, perante o Juízo Federal da Seção do Paraná, da antiga Justiça Federal, então competente para processar e julgar litígios entre um Estado e habitantes de outro na conformidade do disposto no art. 60, alínea "d "da Constituição Federal da época. A ação de reivindicação das terras foi julgada procedente e confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em 18 de dezembro de 1899, com decisão publicada em 30 de dezembro de 1899, ficando paralisado o feito até 1926. Neste ano, os herdeiros ainda tentaram embargar o acórdão do Supremo, mas não obtiveram êxito, os embargos foram rejeitados em 1931. Em 1949, o Estado do Paraná requereu a execução formal da decisão judicial para o efeito de que fossem canceladas as transcrições imobiliárias em nome dos vencidos e seus sucessores, apesar de já ter de fato a posse das terras. Por sentença datada de 21/06/1951, do então Juiz de Direito da Fazenda Pública da Comarca de Curitiba, foram julgados procedentes os embargos à execução, declarando-se prescrita a pretensão executória da Fazenda Estadual. Somente em 1999 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu a ação, estabelecendo que o prazo para a execução da decisão sobre a posse das terras já estava prescrito. É importante ressaltar que a decisão refere-se apenas à execução, em nenhum momento afirma que o Estado do Paraná perdeu o direito sobre as terras dos "Apertados". No entanto, a partir deste fato, herdeiros começaram a reivindicar direitos sobre as terras, anexando a ela um outro processo em que pediam a posse da área ou a indenização. Muitos desses herdeiros venderam seus supostos direitos de créditos a terceiros, que também os repassaram. É nesta ação que constam os inúmeros pedidos de habilitação dos créditos por empresas, que desde 1997 são sempre negados pela Justiça do Estado do Paraná. Desde 1997 a justiça do Paraná vem negando reiteradamente a transferência dos créditos dos " Apertados". Os juízes, nas decisões, afirmam que "não há de se admitir habilitação ao nada", pois consideram a indenização inexistente.
- Diante dos fatos acima descritos, conclusões outras não se podem chegar senão as de que o contribuinte:
 - a) Tinha pleno conhecimento de suas obrigações tributárias, até mesmo porque era orientado por consultoria especializada;

- b) Tinha consciência de que deveria declarar corretamente e recolher suas contribuições, uma vez que possuía atividade que assim o obrigava;
 - c) Teve a intenção de não dar conhecimento à administração tributária, na época própria, do valor correto devido à previdência social ao apresentar declarações contendo informações inverídicas;
 - d) Agiu dolosamente ao adotar conduta sabidamente indevida uma vez que não possuía os supostos créditos informados para compensação;
 - e) Teve o intuito de se esquivar do recolhimento das contribuições devidas, através de ações e omissões livres e conscientes.
- Toda a documentação anexada ao presente processo comprova cabalmente essas conclusões.
 - Dessas incursões está firmada a convicção de que o contribuinte agiu livre, consciente e dolosamente, o que enseja a aplicação da multa isolada prevista no art. 89, § 10 da Lei nºs 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009.
 - Foram examinados com relação aos valores incluídos em compensação: > Escritura de Cessão de Direitos Creditórios; Atendimento ao TPF-Termo de Início de Procedimento Fiscal; Petição Inicial Autos 1059/57; Relatório Apelação Cível 35521 Autos 1059/57; Voto do Ministro Gueiros Leite; Acórdão do Tribunal Federal de Recursos Autos 1059/57; Recurso Embargos de Declaração; Recurso Especial 37056 Paraná; Recurso Especial 37056 Voto do Ministro Waldemar Zveiter; Anexo denominado CDCR do período de 04/2010 a 03/2012.
 - Na presente Auditoria Fiscal, além do presente processo administrativo, foram formalizados os seguintes processos decorrentes de documentos constitutivos de crédito tributário: Processo Administrativo fiscal de nº 15586-720340/2013-17, que compreende o Auto de Infração de Obrigações Principais Debcad 51.041.153-3, referente a Glosa de Compensação.
 - A conduta de incluir em GFIP, informações com o intuito de reduzir contribuição social devida, conforme exposto no presente relatório de processo fiscal, configura a prática de crime previsto no art. 1º, inciso I da Lei 8.137, de 27/12/1990, razão pela qual será emitida REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS, com comunicação ao Ministério Público Federal para as providências cabíveis.

Foi apresentada impugnação em 29/07/2013, anexada às fls. 257 a 298, cujos pontos relevantes para a solução do litígio são:

1. Vale ressaltar que o procedimento fiscal teve como período de apuração, de abril de 2010 a março de 2012, tendo como multa isolada o período de maio de 2010 a maio de 2012 e glosa das compensações o período de abril de 2010 a março de 2012.
2. De acordo com o Decreto nº 70.235/72 em seus artigos 9 e 10, são imprescindíveis para o ato jurídico perfeito da administração pública:
 - Que no Auto de Infração deverá estar instruídos com TODOS os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

- No artigo 10 determina que o Auto de Infração seja lavrado com os seguintes requisitos:
 - 1- a qualificação do autuado;
 - 2- o local, a data e a hora da lavratura;
 - 3 – a descrição do fato;
 - 4- a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;
 - 5 – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 dias;
 - 6 – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.
- 3. Em que pese o entendimento da i. Fiscal, os referidos Autos de Infração não estão elencando de forma clara todos esses requisitos, bem como seus fundamentos, quer sejam fáticos, quer sejam jurídicos, assim, este deve ser anulado, pois não representa o melhor direito aplicável à espécie, conforme demonstraremos adiante.
- 4. Conforme os entendimentos acima citados e um exame aprofundado nos referidos Autos de Infração, podemos observar que alguns dos importantes requisitos foram deixados de serem aplicados, onde abaixo começaremos a demonstrá-los.
- 5. O artigo 9 do Decreto n 70.235/72 é claro na exigência da totalidade de qualquer documentos ou qualquer outro meio de prova que se comprovem a ato ilícito, onde nos autos de infração objetos desta impugnação o que se vê é simplesmente uma elucidação de fundamentos padrões acerca de competência, compensações indevidas e etc, sendo fundamentados em citações de artigos, até mesmo de "um" artigo, como no caso da compensação indevida, que se quer houve uma pesquisa mais aprofundada sobre o assunto, entendimentos do STJ, STF; lembrando que foi passado uma série de documentos sobre os procedimentos, onde esses nem foram discutidos e elencados nos autos de infração.
- 6. Nessa mesma linha, temos como preciosas lições do Doutor Eduardo Domingos Bottalo ao observar que:

"se o contribuinte desconhece as razões determinantes da lavratura do auto de infração, bem assim as provas em que elas se apoiam, não terá como exercer efetivamente seu direito de defesa(...) o auto de infração de estribar-se em dados, documentos e provas aptos a permitir aos contribuintes o pleno acesso ao contraditório e, com ele, ao devido processo legal. (BOTTALLO, Eduardo Domingos. Curso de Processo Administrativo Tributário. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 30/31).
- 7. No mesmo ordenamento jurídico em seu artigo 10, alguns dos requisitos necessários e imprescindíveis para o preenchimento dos Autos de Infração foram inaplicáveis, gerando assim um grande prejuízo ao impugnante e impossibilitando na sua plenitude o seu direito de defesa,
- 8. Importante salientar que o domicílio fiscal do impugnante é e sempre foi LINHARES, entretanto o auto de infração fora lavrado em Vitória e nem sequer colocou a hora de tal lavratura, ferindo assim diretamente requisitos imprescindíveis de competência.
- 9. A descrição do fato, disposição legal e a pena aplicável foram simplesmente embasadas em um ou dois artigos, sem que haja uma fundamentação completa no sentido de discussão jurídica, considerando que tais autos foram lavrados sem a devida fundamentação.

10. Desta forma, esses requisitos fundamentais de preenchimento que não foram levados em consideração, tem suas importâncias pelos seguintes motivos:

Na identificação da repartição fiscal e local da lavratura, o ato de lançamento, na qualidade de ato administrativo, encontra-se submetido aos requisitos necessários à sua execução, quais sejam: sujeito e competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Ademais, a identificação da repartição fiscal permite determinar a competência administrativa, de forma que não reste dúvida acerca do órgão fazendário competente ao recebimento da Defesa ou Impugnação e de peças recursais;

Na indicação da data, onde nesse caso específico temos uma grande discussão, pelo fato da incompetência quanto ao local, esta tem importância pois é neste momento que há a respectiva ciência pelo contribuinte autuado e as suas devidas informações, tendo em vista que determinam o momento da exclusão da espontaneidade do contribuinte com relação aos limites da matéria compreendida na exigência fazendária;

Na descrição do fato jurídico tributário relativo à situação infracional e à disposição legal infringida, tem por finalidade demonstrar os elementos e as circunstâncias da obrigação tributária que não teriam sido observadas, mediante o relato pormenorizado da infração imputada pelo fisco ao contribuinte.

A determinação da matéria tributável e o cálculo do montante do tributo, compreende a especificação do elemento de natureza econômica envolvido em virtude da infração cometida pelo contribuinte autuado, mediante a aplicação da respectiva alíquota, culminando na apuração do valor devido a título de tributo, desta forma, no "termo de encerramento do procedimento fiscal", um dos autos de infração houve segundo o fisco uma compensação indevida do período de abril de 2010 a março de 2012, no auto de infração que se imputa a multa isolada pela compensação indevida, ela apura de maio de 2010 a maio de 2012, ou seja, a multa foi calculada até um mês cujo não houve nenhum procedimento de compensação, falta de objetividade e clareza.

11. De todo o exposto, com todo respeito a i. Fiscal, mais uma vez requeremos a nulidade de todos os atos inseridos nos autos de infração aqui impugnados, pelo motivos acima expostos e pelo grave defeito de cercear a defesa em sua plenitude, por não estar devidamente fundamentado e claro todas as supostas ilegalidades do procedimento aqui defendido, mesmo tendo mais de 2 meses para a lavratura dos referidos autos, em contra partida, a Impugnante, conta com apenas 50% desse tempo.

12. Em estudo clássico acerca dos Princípios Gerais de Direito Administrativos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

"considero-se que padece de vício o ato administrativo cujo conteúdo não preenche os requisitos de que deveria estar informado ou em cuja formação não foram observados os requisitos prescritos para sua validade". (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativos. Vol. I. Introdução, 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp.651/652).

13. Embora, depois de tudo que foi exposto e comprovado nos anexos, mesmo assim não ficar entendido os vícios inerentes nessa fiscalização do fisco, passamos agora a demonstrar a credibilidade do crédito, bem como todas as legislações, doutrinas, entendimentos administrativos (AGU e PGFN) e decisões acerca do tema de compensação.

II – DO NÃO ATENDIMENTO AO PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 72, § 22 DO DECRETO 70.235/72

14. Conforme estabelece o art. 72 do Decreto 70.235/72, especificamente em seu parágrafo 2, o procedimento fiscal deverá ter 60 (sessenta) dias podendo ser prorrogado mediante comunicação escrita.

15. Ocorre que o procedimento fiscal teve início em 12/04/2013, data em que o ora Impugnante teve ciência do início do procedimento fiscal com o recebimento do termo lavrado pela autoridade competente.
16. Verificando a data da ciência da lavratura do Auto de Infração, nota-se que a mesma se deu em 27/06/2013, ou seja, extrapolando o prazo previsto no Decreto 70.235/72.
17. Desta forma, eivado de nulidade está a glosa e multa punitiva aplicada, motivo que se requer a nulidade das mesmas.

DO DIREITO

I – DO CRÉDITO

18. Como já dito, a i. Fiscal traz em sua breve fundamentação, que os referidos créditos objeto do pedido de compensação, seriam créditos de terceiros, que a União não é parte de nenhuma ação judicial, que o crédito não poderia ser administrado pela Secretaria da Receita Federal, que o crédito não seria de natureza tributária e nem que a Impugnante seria detentora dos créditos.
19. Esse crédito teve origem na Ação Reivindicatória n.º 696/49, onde o Estado do Pará ajuizou ações alegando que vários fazendeiros posseiros não eram proprietário porque não tinham títulos, e as terras eram devolutas, portanto de propriedade do Paraná. O Estado do Paraná obteve êxito saindo ganhador da demanda judicial, entretanto, demorou 50 (cinquenta) anos para executar a sentença, mas nesses anos todas as terras objeto dessa demanda judicial foram tomadas a por conta própria e sendo vendidas a terceiros, foi depois de todo esse lapso temporal que percebeu da execução da sentença.
20. Na ação de Execução, todos esses "posseiros", segundo o estado do Paraná, ofereceram embargos a execução, sendo julgado procedente em razão da prescrição da pretensão executiva. Houve Apelação Cível n.º 28.652 TRF4, mantendo a sentença em 12/03/1985. RESP 37056 (registro 1993/00203169), foi julgado improcedente e manteve a prescrição.
21. Concomitantemente aos embargos a execução, foi adentrado com a Ação de Atentado (cautelar), cujo objetivo seria reaver as terras, sendo esta julgada procedente para determinar a restituição das terras quanto aos quinhões 03 e 04. Apelação 35.521/PR, estado condenado a restituir ou indenizar.
22. Importante e imprescindível salientar que todas as ações estão transitadas em julgado, e os "posseiros" entraram com o cumprimento da sentença do atentado e dos embargos à execução, por sua vez, o Estado do Paraná impugnou informando que seria impossível a retomada das propriedades, visto que, ali já haviam cidades inteiras, foi desta forma que o juiz converteu em perdas e danos.
23. O crédito adquirido pela Impugnante era de Jorge Nobile, onde teve seu antecessor como José Texeira Palhares, conforme escritura em anexos.
24. Embora desapossado, o domínio do antecessor de JORGE NOBILE, Sr. José Teixeira Palhares, vige em todo o seu esplendor transcrição 4.059, livro 3C, do registro imobiliário de Paranaíba, Pr. - gerando e produzindo todos os efeitos legais. O ente estatal não se dignou, até hoje, a cancelar o registro imobiliário da "Fazenda Apertados".
25. A propósito da validade e eficácia do domínio até agora incólume e vigente, cite-se o art. 252 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), cujo dispositivo foi violado e desprezado pela r. sentença e acórdão recorridos, que sequer o cogitou:

"o registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais, ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido." (art. 252 do 6.015/73)

26. Para melhor elucidação e em comento a esse dispositivo, diz o jurista Walter Ceneviva:

"A presunção de que o direito real pertence a pessoa em cujo nome é registrado, embora relativa, constitui núcleo do sistema jurídico, no que respeita a segurança"

"A solução adotada pelo ordenamento brasileiro se destina pela publicidade que dele advém a resguardar a fé pública dos registros e boa-fé de quem confie na validade de seus assentamentos. A presunção legal subsiste até que o cancelamento seja efetuado"

27. Nossa lei material civil (CC revogado) dispunha que "Adquire-se a propriedade imóvel... pela transcrição do título de transferência no registro de imóvel;", consoante o inciso I, do art. 530.

28. O art. 859 trazia sem seu bojo que: "Presume-se pertencer o direito real a pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu."

29. A regra foi recepcionada pelo parágrafo 2º, do art. 1.245 do atual Código Civil:

"Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade de registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel."

30. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, nossa Corte Maior já colocou um ponto final:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. RAFAEL MAYER

Julgamento: 12/08/1986 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Publicação: DJDATA290886 PG15193 EMENT VOL0143004 PGSTFRE 109552 PR TTJ. 12.8.86, Rei. Min. Rafael Mayer.

Ementa

PROPRIEDADE IMÓVEL. TRANSCRIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. PRESUNÇÃO LEGAL DE DOMÍNIO (ARTS. 530, I E 859, DO CC). A PRESUNÇÃO LEGAL DE QUE O IMÓVEL PERTENCE AQUELE EM CUJO NOME ESTÁ REGISTRADO (ART. 859 DO CC) SUBSISTE ENQUANTO NÃO CANCELADO O REGISTRO POR VIA PROCESSUAL ADEQUADA. RECURSO "EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (destacamos)

31. Estabelecida a premissa de que pertence a Jorge Nobile, na condição de sucessor/cessionário de José Teixeira Palhares, o correspondente direito real e as ações daí resultantes, cuja transcrição do imóvel permanece incólume, jamais poderia o Judiciário Paranaense negar a reparação civil Indenização Por Perdas E Danos. É como negar vigência e descumprir a legislação federal e preceitos citados.

32. Inquestionavelmente, conforme dito na peça recursal, encontrando-se vivo o domínio da propriedade, ainda está vivo o direito de pleitear a correspondente indenização.

33. Para finalizar e como argumento sólido, cite-se o magistério, com propriedade, do ex-ministro Rodrigues Alckmin, citado no RE77.177, do Supremo Tribunal Federal, que avaliza o caso em apreço:

"O domínio não se perde pelo não uso do imóvel. Continua dono o proprietário, ainda que venha abrir mão da posse. Em se tratando de imóvel ocupado pela Administração,

pelo Poder Público, não sendo possível pelo princípio da intangibilidade da obra pública, reivindicar, o proprietário, o próprio imóvel, reclama ele, por substituição, o respectivo valor. Então, enquanto permanece o domínio, permanece o direito de exigir essa reparação, essa substituição do próprio bem, pelo valor. Não há cuidar, portanto, de prescrição extintiva. A prescrição extintiva é a outra face da prescrição aquisitiva. Só quando o Estado, por usucapião, venha a adquirir o bem, é que o ex-proprietário não terá mais direito ou ação para reclamar o valor do imóvel."

II – NATUREZA DO CRÉDITO

34. Este crédito está com a sentença judicial, transitada em julgado desde 1999, em processo indenizatório, já transcorrido o prazo de 02(dois) anos para ação rescisória.
35. Dentro do Programa de Apoio a Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, conhecido como Federalização dos Débitos dos Estados, teve a possibilidade de inclusão na Assunção da dívida pela União.
36. Ficaram conhecidos como créditos Securitários, por preencher os requisitos na época para o Programa de Reestruturação de Passivo Fiscal.
37. Das fundamentações que embasaram tal programa temos a Lei 9491/97, parecer PGFN/PG/n673/95, publicado no DOU de 13/09/1995, Decreto n 1.647/1995, Decreto n 2.594/98 que regulamentou a Lei 9491/97 e a Lei 9496/97.
38. Conclui-se que não há compensação com crédito de terceiro, e sim com créditos próprios via cessão prévia por instrumento público e administrativa dos créditos.

III – DA COMPENSAÇÃO

39. Como bem demonstram as escrituras, certidão narratória e cópia do protocolo do requerimento dirigido ao INSS solicitando a compensação (docs. em anexo), a Impugnante é detentora de crédito considerável de boa liquidez e certeza. No intuito de acertar os seus débitos com o INSS, valeu-se destes créditos.
40. E nem se afirme que inexistiria legislação autorizando este tipo de procedimento, pleiteado pela Impugnante, pois, tanto no direito civil, como no tributário, existem leis específicas autorizando o acerto de contas na forma pretendida.
41. O Código Civil, por sua vez, prevê, em seu artigo 368, a possibilidade de compensação:

"Art. 368. Se duas ou mais pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem".
42. No direito tributário, por sua vez, o artigo 66, da lei n.º 8.383/91, o qual, por força da analogia, prevista no artigo 108, inciso I do Código Tributário Nacional, autoriza a utilização de créditos a serem restituídos ou ressarcidos ao sujeito passivo para pagamento de tributos e contribuições.
43. Neste sentido, o dispositivo legal enfocado:

"Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.."
44. Na espécie, os direitos adquiridos são um crédito do contribuinte, aliás, como se dinheiro fosse; portanto, plenamente aceitável que esse crédito, dotado de liquidez e certeza, sirva para quitar os débitos fiscais.

45. De outra banda, convém esclarecer que a compensação é uma forma de extinção de obrigações, e, em decorrência lógica, uma forma de extinguir vínculo obrigacional. Se a obrigação foi parcialmente extinta, permanece o vínculo obrigacional, que, como tal, só se extinguiu quando do cumprimento restante da obrigação.
46. Nesse passo, tanto o pagamento quanto a compensação são formas de extinção da obrigação, que, necessariamente, tem origem em um vínculo obrigacional.
47. A Emenda Constitucional n.º 30, de 13 de Setembro de 2000, que alterou a redação do artigo 100 da Constituição Federal e acrescentou o artigo 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, referente ao pagamento de precatórios judiciais, traz a seguinte redação:
- "Art. 78(...)
- § 2.º. As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributo da entidade devedora."
48. Então como a i. Fiscal, em sua breve análise sobre o tema, inclui em suas informações complementares, a idéia que, ainda que os créditos tenham sido adquiridos regularmente, NÃO EXISTE "PERMISSÃO LEGAL" PARA QUE O CONTRIBUINTE COMPENSE, da impossibilidade de compensar créditos sem que seja administrado pela Secretaria da Receita Federal e de crédito que não seja tributário?
49. Os créditos do que se trata o artigo 78 da ADCT, não são exclusivamente créditos de natureza tributária e mesmo assim, dá amparo legal para pagamento de tributo!
50. Passado a análise Constitucional da possibilidade de compensação de créditos de natureza pecuniária, ratificamos também a portaria da PGFN n.º 690, de 16 de Agosto de 2011, onde disciplina o procedimento de compensação previsto na Lei 12.431/2011.
- "Art. 2º Somente serão objetos de compensação os débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa, incluídos os parcelados"
51. Em nenhum momento nesta portaria da PGFN é tratado crédito de natureza tributária e sim créditos líquidos e certos.
52. Passamos agora para o parecer da Advocacia-Geral da União:
53. PROCESSO 00002.003188/9590
- "EMENTA: Inexistência de óbice constitucional, em relação ao art. 100 da Constituição da República, ou a outro dispositivo legal, que impeça a extinção, mediante novação de créditos contra a Fazenda Pública Federal, havidos em decorrência de sentença judiciária líquida, por meio de instrumentos contratuais a serem celebrados entre a União e os respectivos credores interessados.
- Acolhimento in totum do Parecer PGFN/86/n2 673/95.
- ASSUNTO: Utilização de créditos contra Fazenda Pública Federal, decorrentes de sentença judiciária, como moeda, visando à aquisição de bens e direitos no âmbito do Programa Nacional de Desestatização PND.
- INDENIZAÇÃO: Ações. Crédito Securitário, Dívida Securitária, Extinção, Precatório, Títulos, Valores Mobiliários. Data: 13/09/1995"*
54. Corroborando com tal entendimento, nessa linha lecionava Orlando Gomes, "in" OBRIGAÇÕES", Ed. Forense, 5ª Ed., pág. 110, "verbis":

"...O cumprimento da obrigação por esse modo chama-se, tecnicamente, pagamento.

Há, no entanto, outros modos de extinção, que se fundam na técnica jurídica e produzem o resultado do pagamento: a compensação, a confusão, a novação, a consignação, a remissão, a sub-rogação, a dação e a prescrição." 3 (nossos grifos)

55. Embora farta a jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, por sua 4ª Turma, favoravelmente à possibilidade de extinção de obrigação pecuniária da Fazenda Pública, por modalidade outra que o pagamento em sentido estrito (Resp 5.716 SP; RT 686/192), "verbis":

"COMPENSAÇÃO Dívida passiva de Prefeitura, decorrente de ação de repetição de indébito fiscal Crédito daquela oriunda de ônus de sucumbência em demanda possessória Admissibilidade Créditos líquidos, vencíveis e exigíveis Ofensa à verba dos precatórios inexistente. Inteligência e aplicação dos arts. 1009 e 1010 do CC Declarações de votos vencedores e vencidos.

Ementa Oficial: Compensação. Dívida Passiva da Prefeitura, decorrente de ação de repetição do indébito fiscal. Crédito da Prefeitura, decorrente de ônus de sucumbência em demanda possessória em que foi parte vencedora. Possibilidade da compensação. A circunstância de a dívida passiva da Prefeitura ser exigível mediante precatório, não impede ocorra a compensação com crédito de menor valor da Prefeitura contra o mesmo município, sendo ambos créditos líquidos, vencíveis e exigíveis. A compensação não ofende a verba dos precatórios, e destarte outros credores não serão prejudicados. Recurso Especial conhecido e provido, por maioria de votos. (nossos grifos)

56. Ademais, sob esta ótica, deve-se registrar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é favorável a essa tese, admitindo a possibilidade de extinção da obrigação tributária, por meio da compensação via precatório, senão veja-se:

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. CESSÃO DE CRÉDITO. PRECATÓRIO. LEI AUTORIZATIVA. PODER INADIMPLENTE.

1. Nada obsta que a cessão de crédito oriundo de precatório, uma vez executada pelo credor daquele título, postule a extinção por meio da compensação (CTN, art. 156, II), máxime quando o precatório já está vencido e não pago, e, ainda, havendo lei autorizativa. De outra parte, tratando-se de precatório vencido e não pago, portanto, estando caracterizada a inadimplência do Poder Público, mais um motivo há para admitir-se a compensação também como cessão de crédito, modo de assegurar respeito e efetividade da coisa julgada (CF, art. 59, XXXVI). Exegese do art. 170 do CTN, combinado com o art. 134 da Lei nº 6.537/73, na redação que lhe deu a Lei nº 11.561, de 27/12/2000. Voto vencido 2. Agravo provido". (grifos nossos)

"EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS DO DEVEDOR JUNTO À FAZENDA PÚBLICA.

Comprovando o devedor de execução ser credor da fazenda pública, poderá oferecer para pagamento ou garantia do feito o seu crédito A Lei Estadual 11.472/00 autoriza o poder executivo a aceitar a compensação de débitos inscritos na dívida ativa com créditos contra a fazenda pública, oriundos de decisões judiciais com precatórios pendentes. Agravo provido", (grifamos)

57. Também em outros tribunais, como o próprio do Estado do Espírito Santo, existem julgados acerca da matéria:

Processo nº 024.060.048.667

"...consoante entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível a penhora dos direitos de crédito j) decorrente de precatório judicial emitido contra a própria fazenda Pública promove a execução fiscal, sem que isso represente qualquer afronta à gradação estabelecida no art. 11 da lei 6.830(...) com o objetivo de tornar menos gravoso o processo executório ao executado, verifica-se a possibilidade inserida no inciso X do art. 655 do CPC, já que o dito precatório equivale

dinheiro..."(decisão proferida em agravo de instrumento n 24069006542 da Des. Catharina Maria Novaes Barcelos do TJ/ES) Processo n 024.010.048.627

"... A fazenda recorrente é devedora na ação que se findou com a expedição do precatório. Se não houve pagamento, foi por exclusiva responsabilidade da mesma, uma vez que tal crédito já deveria ter sido pago. Trata-se, destarte, de um crédito da própria fazenda Estadual, o que não nos parece muito coerente a recorrida não aceitar como garantia o crédito que só depende de que ela cumpra a lei e pague aos credores..." (decisão proferida em agravo de instrumento n 24069006542 TJ/ES)

58. Enfim, plenamente cabível a compensação.

IV - DOS ACRÉSCIMOS LEGAIS JUROS

59. Como bem se sabe, a Taxa SELIC é o resultado das negociações dos títulos e variação dos seus valores de mercado. Portanto, exsurge claro e incontestável que esta possui natureza remuneratória.

60. Vale dizer, seu percentual se fundamenta na variação do custo do dinheiro, que, por sua vez, é influenciado pelas oscilações de mercado.

61. Assim sendo, nitidamente afrontado o artigo 161 do CTN, uma vez que a Lei nº 9.065/95 (artigo 13), ao criar essa taxa cuja natureza é de remuneração do capital, não estabeleceu o critério como esta seria calculada: elemento que, segundo o artigo 161, §1º do CTN, seria indispensável.

62. Os juros de mora, em realidade, servem para indenizar o Estado pela mora. No caso da SELIC, esta, pelo seu percentual, pela forma como é apurada e finalmente pela inexistência de inflação, obviamente, apresenta-se como uma verdadeira multa imposta ao contribuinte.

63. A propósito, a lição de Fábio Augusto Junqueira de Carvalho e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva:

"Denota uma cobrança extorsiva, em completa desproporção com o próprio conceito de indenização, pois expressa uma verdadeira punição. (...)

O fim da economia inflacionária também deve gerar efeitos para os débitos fiscais. Especialmente no momento atual, marcado pela estabilidade da moeda, é imprescindível que o Estado realize profunda análise dos impostos e multas, sob pena de tornar os débitos fiscais muitas vezes impagáveis, acarretando inclusive no fechamento de estabelecimento dos contribuintes.

Assim, conclui-se ser incontestável o direito do contribuinte à utilização de juros de mora de 1% ao mês para a atualização de seus débitos, pois a taxa SELIC que a lei pretende equiparar a juros moratórios, possui natureza remuneratória, e a sua utilização naqueles moldes desobedece a regra contida nos artigos 161, §12 do Código Tributário Nacional e 192, §32 da constituição Federal."

64. E este também tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, valendo transcrever, a título exemplificativo, a recente decisão proferida no REsp nº 215.881 PARANÁ, que teve como relator o Min. Franciulli Neto:

"TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. ART. 39, § 49 DA LEI 9.250/95. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I Inconstitucionalidade do § 45 do art. 39 da Lei 9.250 de 26 de dezembro de 1995, que estabeleceu a utilização da Taxa SELIC, uma vez que essa taxa não foi criada por lei para fins tributários.

II Taxa SELIC, indevidamente aplicada como sucedâneo dos juros moratórios, quando na realidade possui natureza de juros remuneratórios, sem prejuízo de sua conotação de correção monetária.

III Impossibilidade de equiparar os contribuintes com os aplicadores; estes praticam ato de vontade; aqueles são submetidos coativamente a ato de império.

IV Aplicada a Taxa SELIC há aumento de tributo, sem lei específica a respeito, o que vulnera o art. 150, inciso I, da Constituição Federal.

V Incidente de inconstitucionalidade admitido para a questão ser dirimida pela Corte Especial.

VI Decisão unânime."

65. E ao proferir seu voto, o Ministro fundamentou:

"Mesmo sem definição da Taxa SELIC, os legisladores inseriram-na em diversos diplomas legais como taxa de juros, não mencionando explicitamente em todos os casos que espécie de juros seriam esses.

Abra-se um parêntese para se advertir, desde logo, que impede ressaltar que o busílis da questão não se esteja propriamente na ausência de definição legal da Taxa SELIC, mas, isto sim, na falta de criação por lei da Taxa SELIC para fins tributários, consoante matéria a ser desenvolvida em seguida."

66. E continua seu voto:

"A partir da definição dada pelo Banco Central do Brasil, e aferindo a metodologia dos cálculos efetuados e sua composição, percebe-se que a Taxa SELIC é composta por juros e por um sucedâneo da correção monetária. Por ora, é de bom conselho registrar que, em verdade, esses juros são de natureza remuneratória.

O emprego da Taxa SELIC provoca enorme discrepância com o que se obteria se, ao invés dessa taxa, fossem aplicados os índices oficiais de correção monetária, além dos juros legais.

A Taxa SELIC, como se observou, é apurada segundo a taxa média das operações com títulos públicos federais calculados com base na diferença entre o valor nominal e o pago quando do resgate desses títulos.

Da interpretação do quadro supra, igualmente, deduz-se que foram também embutidos juros, pois, se diferente fosse, ter-se-ia um valor inexplicável para a Taxa SELIC, na hipótese de voltar-se o objetivo do sistema apenas para forrar os investidores dos efeitos da desvalorização da moeda.

Nessa linha de raciocínio, houve indisfarçável intenção de remunerar o investidor em termos competitivos, quer dizer, estimulantes, levando em conta outras possíveis opções existentes no mercado.

Se assim é, como assim parece ser, a primeira indagação que se faz é a seguinte: É legal e constitucional equiparar o contribuinte ao aplicador ou investidor? A resposta só pode ser negativa, uma vez que se não pode olvidar que o Direito Tributário tem toda a sua organicidade estruturada na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, que, como é sabido, está equiparado à lei complementar.

Em matéria tributária, tanto a correção como os juros devem ser previstos em lei."

67. E prossegue:

"O nó górdio da questão funda-se em se saber se era dado ao legislador ordinário adotar em matéria tributária, nesta incluída as chamadas contribuições sociais, a Taxa SELIC, sem que esta tenha sido criada por lei nem para esse fim nem para outro qualquer. Sobre essa indagação, serão abaixo tecidas outras considerações.

É de bom conselho realçar que a taxa de juros, em matéria tributária, é fixada pela legislação em favor do Poder Tributante, mas também como garantia do contribuinte."

68. E, após fazer considerações sobre a natureza e características da Taxa Selic, o Ministro informa não ser cabível a aplicação, tendo em vista que esta "visa remunerar títulos. Não havendo discriminação qualitativa e quantitativa de seus

componentes integrantes, a Taxa SELIC, por ferir os princípios, é inaplicável em matéria tributária. Não se pode exigir cobrança de juros e correção com base numa taxa não clarificada e definida, pelo menos, para fins tributários. Se todo tributo deve ser definido por lei, não há esquecer que sua quantificação monetária ou a mera readaptação de seu valor, bem com os juros, devem ser, também, previstos em lei."

69. E lembra que:

"Uma vez aplicada a Taxa SELIC, sem lei específica a respeito, ficará vulnerado o princípio insculpido no artigo 150, inciso I, da Carta magna, já que não é possível exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça."

70. E conclui:

"Aplicadas essas doughtas lições ao tema presente, o corolário daí decorrente é o de não permitir o sistema pátrio embaralhar os conceitos de investidor e contribuinte. O primeiro pode e deve submeter-se à Taxa SELIC, porque aplica em títulos da dívida pública em decorrência de ato de vontade; o segundo, id est o contribuinte não pode ser coativamente obrigado a pagar taxa não criada por lei, por ato de império.

Não vem a pêlo o argumento de que deve ser dado ao contribuinte tratamento isonômico, partindo-se do pressuposto de que a Fazenda Pública ou ente a esta equiparado cobra seus tributos ou contribuições com o emprego da Taxa SELIC.

Esse modo de pensar não justifica a inflexão dessa mesma taxa para as hipóteses de compensação tributária ou de restituição. É acaciana a sabença de que uma ilegalidade não pode servir de pretexto para outra ilegalidade."

71. Dessa maneira, totalmente inaplicável a taxa SELIC como juros de mora no caso em concreto.

V – CERCEAMENTO DE DEFESA E A MULTA APLICADA

72. A Constituição Federal, por seu artigo 59, inciso LV, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a mais ampla defesa. Ocorre, todavia, que o artigo 69 da Lei nº 8.218/91 e o artigo 60 da Lei nº 8.383/91, impõem multas progressivas pelo só fato de o contribuinte impugnar administrativamente a exigência fiscal, não a pagando nos prazos estabelecidos.

73. Em outros termos, pagando a exigência fiscal no prazo de. i ou 30 dias da notificação, ou optando pelo parcelamento, é reduzida a multa. Todavia, se pagá-la em tempo superior, no aguardo da decisão final, a multa aumentará automaticamente, com evidente agravamento da penalidade àqueles que utilizam o direito constitucional da ampla defesa administrativa.

74. Ora, estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário em vista de impugnação na forma de permissivo da lei complementar (CTN, art. 151, III), não há como se admitir que o exercício do direito de defesa possa ser motivo de agravamento das sanções administrativas.

75. Não é concebível, nem aceitável, que se imponham ou se agravem penalidades administrativas pelo só fato do exercício constitucional da ampla defesa administrativa, ainda mais, quando, segundo a lei complementar, a exigibilidade se encontra suspensa.

76. Portanto, caso mantida a exigência fiscal básica, cumpre reduzir-se a multa para seu valor mínimo.

77. E nem se alegue a aplicação, no presente caso, do § 12 do art. 44 da Lei nº 9.430/96 alterado pela Lei nº 11.488/07, o qual determina a duplicação do

percentual de multa de que trata o inciso I do caput do mesmo artigo, nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

78. Cumpre transcrever os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64:

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

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

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

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

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

79. A decisão administrativa, na intenção de aplicar 150%, sugere que a Impugnante fraudou a Receita Federal na tentativa de compensar com créditos de terceiros.

80. No presente caso, não se vislumbra qualquer falsidade nas declarações de compensação, pois a mesma não escondeu que os créditos eram não-tributário e de terceiro.

81. A simples não-homologação da compensação por ter sido utilizado crédito não-tributário de terceiros não implica em imposição direta da multa isolada qualificada, sendo necessário para tanto, a comprovação da falsidade na declaração da compensação pelo contribuinte.

82. A Receita Federal, justifica a "suposta fraude" na compensação, com base no fato de que "não é dado à pessoa jurídica desconhecer as normas legais, ainda mais quando essas literalmente descrevem a natureza dos débitos e créditos passíveis de compensação."

83. Dita afirmação destaca, no máximo, eventual ato culposos por parte da Impugnante, mas jamais doloso, pois quem age sem conhecimento, não age com intenção.

84. Ademais, não há provas de que a Impugnante agiu de forma fraudulenta, consequentemente, não se pode acusar a mesma de ter agido dolosamente.

85. A própria Receita Federal, através do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, declarou que a simples apresentação de declaração de compensação com créditos de natureza não tributária não configura hipótese de sonegação, fraude ou conluio. Observe-se a transcrição da ementa do Segundo Conselho de Contribuintes neste sentido:

"Ementa: DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS DE NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO, DOLO OU CONLUIO. A simples apresentação de declaração de compensação com créditos de natureza não tributários não configura hipótese de sonegação, fraude ou conluio, a ensejar a aplicação da multa de ofício qualificada. MULTA ISOLADA. LEI nº 11.051, DE 2004. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI MAIS BENÉFICA. A Lei nº 11.051, de 2004, manteve a aplicação da multa isolada em lançamento de ofício somente nos casos de sonegação, fraude ou conluio, aplicando-se aos fatos anteriores e ocorridos durante a sua vigência, ainda que alterada por legislação posterior." (g.n.)

86. Cabe referir que, em face da impenhorabilidade dos bens públicos foi criada a figura jurídica do precatório, como uma forma de garantir o crédito daquele que litigou contra o Estado e obteve uma decisão final favorável. Em razão disso, nasce o direito subjetivo público do credor de receber aquilo que o Poder Judiciário considerou como devido.
87. Pode-se, até, afirmar que o precatório, previsto desde 1.934 na Constituição Federal, é o seqüestro do dinheiro estatal por parte de uma ordem emitida pelo Presidente do Tribunal, a fim de satisfazer os interesses daquele lesado pelo Estado.
88. Neste sentido, a lição de Celso Ribeiro de Bastos:
- "É de notar-se que se os bens públicos fossem penhoráveis, como são os bens dos particulares, não haveria necessidade de precatório. Este só foi criado em virtude da impenhorabilidade desses bens. (...)
- Ao que parece, sua forma mais rudimentar nasceu da imaginação de um juiz diante de um problema surgido na execução da sentença contra uma Câmara Municipal, em que um particular pleiteava o pagamento de uma certa quantia. A impenhorabilidade dos bens públicos não poderia isentar a Fazenda Pública de pagar o seu débito. O engenhoso magistrado resolveu a questão expedindo precatório de vênica com o que determinou a penhora do próprio dinheiro da tesouraria da Câmara. Surgia, assim, a forma mais privativa de requisição que seria mais tarde encampada pelo precatório" (grifou-se)
89. Assim sendo, o crédito, em questão, com o qual se pretendia contrapor com os débitos tributários, é dotado de liquidez e certeza, como se dinheiro fosse.
90. Até mesmo porque, tanto no direito civil, como no tributário, existem leis específicas autorizando o acerto de contas na forma pretendida.
91. O Código Civil prevê em seu artigo 368, a possibilidade de compensação:
- "Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extingüem-se, até onde se compensarem".
92. No direito tributário, por sua vez, o artigo 74 da Lei nº 9.430/96 autoriza a utilização de créditos a serem restituídos ou ressarcidos ao sujeito passivo para o pagamento de tributos e contribuições, senão, veja-se:
- "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".
93. Não obstante isso, a própria Constituição Federal consagrou este direito em sua Emenda de nº 30, in litteris:
- "Art. 22. É acrescentado, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 78, com a seguinte redação:
- "Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos".
- §1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor."

§ 2º As prestações anuais a que se refere o "caput" deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se refere, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora."

94. Portanto, usando da interpretação legal e gramatical, que é a regra fundamental de hermenêutica, conclui-se que as ações ajuizadas até 31.12.1.999, serão liquidadas pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescidos de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos, a decomposição de parcelas a critério do credor e, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, terão poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

95. Desse modo, percebe-se que o Processo de Indenização, que é de onde advém o crédito ofertado, se encaixava nas condições exigidas pela Norma Constitucional.

96. Além disso, o artigo 170 do Código Tributário Nacional permite o direito à compensação de CRÉDITOS DE QUALQUER NATUREZA (tributários ou não), desde que líquidos e certos, vencidos ou vincendos, como se verifica:

"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".

97. Logo, é plenamente aceitável que a impugnante, por meio do crédito oferecido, que é dotado de liquidez e certeza, pleiteasse a quitação de seus débitos fiscais.

98. Afinal, pelos motivos avançados, o instituto da COMPENSAÇÃO é um instrumento que pode ser utilizado, sem prévia autorização judicial e sem ser obstado por determinação administrativa.

99. Vale dizer, este é o entendimento do STJ sobre o tema:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO À DEVOLUÇÃO DO INDÉBITO ASSEGURADO POR DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. OPÇÃO POR RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO NA FASE EXECUTÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. Agravo Regimental contra decisão que negou seguimento ao especial por ela interposto. 2. A própria lei n.s 8.383/91 (Art.66 § 22) faculta ao contribuinte optar pelo pedido de restituição, pelo que quiçá em atendimento ao princípio isonômico pode o contribuinte optar pela compensação, ainda mais com o seu direito à devolução do indébito assegurado por decisão transitada em julgado. Em tal situação, deve o credor, expressamente, desistir da execução, encaminhando ao juízo tal pedido, e se já foi expedido o precatório com este permanecer. 3. Tema que se consubstancia em íntegro direito subjetivo do contribuinte. A compensação é um direito do contribuinte, que dele pode valer-se sem necessidade de prévia autorização judicial, e não ser obstado por decisão administrativa. Em tal situação, deve o credor, expressamente desistir da execução, encaminhando ao juízo tal pedido, e se já foi expedido o precatório com este permanecer. 5. Hodiernamente, são inúmeros os casos julgados no sentido da decisão objurgada: Resp n.s 202176/PR; Resp n.s 225300/PR, Resp n.s 227020/RS; Resp n.s 221563/SP; Resp n.s 216374/PR; Resp n.s 210554/PR; Resp n.s 210649/PR; Resp n.s 227090/RS; AgREsp no Resp n.s 154610/PE; Adci no Resp n.s 223351/RS e AgReg no Resp n.s 227083/RS. 6. Agravo Regimental não Provido". (g.n.)

100. Aliás, sob está óptica, deve-se registrar que este mesmo Tribunal Superior, também, já se manifestou sobre a possibilidade de extinção de obrigação pecuniária da Fazenda Pública, por modalidade outra que o pagamento em sentido estrito, como segue

"COMPENSAÇÃO Dívida passiva de Prefeitura, decorrente de ação de repetição de indébito fiscal Crédito daquela oriundo de ônus de sucumbência em demanda

possessória Admissibilidade Créditos líquidos, vencíveis e exigíveis Ofensa à verba dos precatórios inexistente Inteligência e aplicação dos arts. 1009 e 1010 do CC Declarações de votos vencedores e vencidos.

Ementa Oficial: Compensação. Dívida Passiva da Prefeitura, decorrente de ação de repetição do indébito fiscal. Crédito da Prefeitura, decorrente de ônus de sucumbência em demanda possessória em que foi parte vencedora. Possibilidade da compensação. A circunstância de a dívida passiva da Prefeitura ser exigível mediante precatório, não impede ocorra a compensação com crédito de menor valor da Prefeitura contra o mesmo munícipe, sendo ambos créditos líquidos, vencíveis e exigíveis. A compensação não ofende a verba dos precatórios, e destarte outros credores não serão prejudicados. Recurso Especial conhecido e provido, por maioria de votos.

101. É oportuno trazer à baila o voto condutor deste julgado, exarado pelo Ministro Athos Carneiro, vejamos:

"... Vou rogar vênias para manifestar opinião diversa: tenho para mim que a circunstância de o crédito pender de um precatório e não se sabe se pendente de pagamento, ou se dito precatório estará em via de ser expedido não retira do crédito a qualificativa de exigível. Muito ao contrário, é exatamente porque se tratando de um crédito vencido e exigível que pode ser expedido o precatório, exigindo o pagamento. É exatamente a exigibilidade do crédito que dá embasamento à expedição do precatório. O pagamento, este sim, dilata-se no tempo, porque o Poder Público, sujeito a injunções econômicas e orçamentais, não pode fazer o pagamento imediato; mas isso não é ausência de exigibilidade, isso é demora, é dilação no pagar a dívida exigível. Então, parece-me até pouco razoável que o cidadão, sendo devedor da prefeitura por uma determinada importância líquida e certa, e sendo credor da mesma prefeitura por importância maior, tenha que pagar, incontinentemente a sua dívida, ficando todavia com seu crédito contra o Poder Público aguardando o pagamento, às vezes procrastinado por anos e anos. Parece-me que não é jurídica, que esta solução não é razoável.

Então, partindo do pressuposto de que ambas as dívidas são de coisa fungíveis dinheiro são líquidas, já reveladas em OTN, porque foram liquidadas ambas as sentenças; vencidas, não se discute; são exigíveis, e tão é exigível é a dívida do Município, que este está sujeito ao precatório; tenho para mim, postas tais premissas, que se operou a compensação, e pois o precatório deve ser expedido apenas pela diferença do saldo restante em favor do cidadão. E descabe a eventual alegação de prejuízo a outros credores, pelo fato de o Município "pagar" com anterioridade o crédito de Tudi Bastos. Não é assim, pois o Município nada gasta de sua verba destinada à satisfação de precatórios judiciais, uma vez que a dívida para com tal cidadão é extinta por compensação. A verba dos precatórios remanesce intacta, pois.

Assim sendo, o v. acórdão, vênias concedidas, violou o art. 1010 do CC, e também o artigo 1009, que foi amplamente questionado; em consequência, conheço do apelo pela alínea "a" e ao mesmo dou provimento, para admitir a compensação", (grifos nossos)

102. De outro giro, tão-somente por amor ao debate, mister mencionar que a compensação é possível independente da ordem de preferência do precatório, pois, como bem apanhou o julgado acima transcrito.

103. Não fosse isso suficiente, há de se analisar que, diferentemente dos demais, a Impugnante possui débitos em relação à União, o que lhe autoriza a agir desse modo.

104. Vislumbra-se, assim, uma diferença fundamental na situação, suficiente para aceitar-se a suposta quebra da ordem de preferência imposta pelo artigo 100 da CF/88.

105. Assim, o procedimento adotado pela Impugnante, passa ao largo de ser uma fraude. Pelo contrário, a mesma agiu amparada na legislação pátria, inclusive, na Carta Maior.

106. Portanto, caso não seja declarada a insubsistências das multas isoladas e/ou a nulidade dos autos de infração ora combatidos, seja as multas reduzidas ao percentual de 75%, prevista no inciso I, do art. 44, caput da Lei nº 9.430/96 alterado pela Lei nº 11.488/07, por força do art. 06 do CTN, já que inexistente qualquer prova de que a Impugnante tenha agido dolosamente.

VI – DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS.

107. Muito debatido o tema DOLO na multa isolada aplicada, na representação para fins penais, não poderia ficar de fora, onde mais uma vez, defendemos e entendemos que qualquer ato praticado no procedimento, em nenhum momento teve a intenção de fraudar ou omitir nada a Receita Federal.

108. Na fundamentação para tal tipificação de conduta, fora trazido a Lei 8.137/90, que trata dos Crimes Contra a Ordem Tributária, assim vejamos:

"Art. 1º. (...)

II Fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal."

109. Então fica claro que para um agente ser tipificado nessa conduta, ele tem que agir com dolo eminente, no sentido de reduzir ou suprimir o tributo, ou seja, o dolo dos crimes previsto no artigo 38 acima citado, a ação tem que estar prevista por dois verbos: reduzir ou suprimir.

110. A Redução ocorre mediante falsidade material ou ideológica, o valor do tributo de "X" passa para "X Y", há uma diminuição na forma de se tributar, ou seja, uma modificação na contabilidade de apuração e levantamento do tributo, divergindo com as legislações vigente. Não se pode, aqui, falar em pagamento, pois este é realizado nas bases de valores lançados no livros e documentos fiscais. O puro e simples Inadimplemento não é sinônimo de sonegação fiscal. A falsidade informa a sonegação fiscal, donde a reprovabilidade do comportamento do agente.

111. Já a Supressão do tributo implica, ficticiamente, a idéia de que ele, contribuinte, não deve tributo porque o registro da operação foi falso, quer por ter sido inserido registro de operação inexistente, geradora de falso crédito, quer porque foi omitido o registro da operação como se ela não tivesse sido realizada, a idéia que o tributo não é devido decorre da falsidade, desta forma, mediante umas das condutas, o agente se exime totalmente do tributo.

112. Segundo o Ilustre Doutor Ex-Procurador Alecio Adão Lovatto:

"Assim, o agente, nos delitos contra a ordem tributária do artigo 1º, para caracterizá-los, deve praticar umas das condutas com a vontade de reduzir ou suprimir tributo. Mais, não basta a vontade, é necessário a conduta ser capaz de reduzir ou suprimir o tributo ou acessório. Sabe o agente ser aquela conduta não devida, ilícita, mas mesmo assim quer que a ação e quer o resultado, a vontade de reduzir ou suprimir tributo fá-lo agir. Se a conduta, embora reprovável, não é capaz de produzir a redução ou a supressão do tributo, inexistente tipicidade do art. 15 da Lei nº 8.137".

113. Fica assim óbvio, que a Impugnante não praticou nenhuma dessas condutas, pois sua contabilidade não sofreu nenhuma modificação que altera-se em reduzir ou suprimir qualquer tributo em sua plenitude quanto é verdade que nos Autos de Infração nada foi autuado e/ou elencado como ilícito no sentido fiscal da atividade desenvolvida.

114. Desta forma, não em se falar de representação penal, pois como demonstrado não houve nenhum ilícito tanto no procedimento quanto na intenção de fraudar dolosamente a Receita Federal.

115. Nesse sentido:

"Os crimes definidos nos artigos 1º da Lei nº 8.137/90 e 337A, III, do CP são de resultado, onde a decisão definitiva do processo administrativo-fiscal constitui elemento típico do crime, de forma que, não sendo certo o tributo devido, deve a ação penal ser trancada (TRF da 4ª R., 7ª T., HC 2005.04.01.0268740/SC, j. 6.9.2005)."

116. Um destaque importante é a diferença entre sonegação e elisão fiscal, também chamada de planejamento tributário.

"A elisão fiscal é reconhecida como tal, quando um contribuinte recorre a uma combinação engenhosa ou que ele efetua uma operação particular se baseando sobre uma convenção não atingida pela legislação fiscal em vigor. Ele usa o texto legal sem o violar: ele sabe utilizar habilmente uma brecha do arsenal fiscal" (André Margairaz in La Fraude Fiscale et Ses Sucédanés)."

117. E por fim, para sanar qualquer dúvida legal acerca do cometimento ou não de crime, segue abaixo Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal:

"STF Súmula Vinculante nº 24 PSV 29 DJe nº 230/2010 Tribunal Pleno de 02/12/2009 DJe nº 232, p. 1, em 11/12/2009 DOU de 11/12/2009, p. 1 Tipificação Crime Material Contra a Ordem Tributária Lançamento do Tributo

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 12, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."

VII – DA SUPOSTA FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO.

118. A autoridade fiscal supostamente constatou que a ora impugnante faz parte do mesmo grupo econômico da empresa POSTO CIDADE LTDA.

119. Entretanto, os argumentos apresentados não foram suficientes para embasar tal caracterização por serem precários e insuficientes no campo das provas apresentadas.

120. As empresas em questão tem corpo societário distinto, tendo interdependência na administração e na tomada de decisões. O simples fato de possuírem sócios em comum em alguns momentos não tem o condão suficiente para determinar que são do mesmo grupo econômico.

121. Os demais argumentos também carecem de robustez nas alegações apresentadas. Manter mesmo corpo jurídico não é algo incomum, principalmente em uma cidade onde a quantidade de profissionais especializados é escassa, acabando que poucos acabam se estacando e vindo a atender várias empresas e pessoas da região.

122. Pela escassez e fragilidade nos argumentos e provas, requer desde já que seja descaracterizada a suposta formação de grupo Econômico com a empresa POSTO CIDADE LTDA, bem como as suas consequências perante a terceiros.

PEDIDO

A interessada requer:

123. Isto posto, pelos motivos expressos acima, requer que seja julgada totalmente improcedente as autuações, seja ela por ser nula, seja ela por ter sido compensado o débito.

124. Requer também, caso reste algum valor a ser tributado, que sejam excluídos, por força do exposto, por indevidos legais os valores de juros (taxa SELIC) e multa.

125. Por final, requer ainda, a anulação de qualquer pretensão para a autuação da Impugnante na esfera penal.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela **Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento**, por meio do Acórdão de e-fls. 482 e ss, cujo dispositivo considerou a impugnação **improcedente**, com a **manutenção** do crédito tributário exigido. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2010 a 31/05/2012

NULIDADE DO LANÇAMENTO POR CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Presentes os requisitos legais da notificação e inexistindo ato lavrado por pessoa incompetente ou proferido com preterição ao direito de defesa, descabida a arguição de nulidade do feito. Matérias alheias a essas comportam decisão de mérito. O princípio da ampla defesa é prestigiado na medida em que o contribuinte tem total liberdade para apresentar sua peça de defesa, com os argumentos que julga relevantes, fundamentados nas normas que entende aplicáveis ao caso, e instruída com as provas que considera necessárias.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração direta e autárquica em atos de caráter normativo ordinário.

PREVIDENCIÁRIO. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. FALSIDADE NA DECLARAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. MULTA ISOLADA DE 150%.

Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada de 150% calculada com base no valor total do débito indevidamente compensado.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS PASSÍVEIS DE COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS.

A compensação de débitos previdenciários, por força da legislação federal, só pode ser efetuada com créditos relativos a contribuições sociais previdenciárias recolhidas indevidamente ou com valores referentes a retenções sofridas pela empresa prestadora de serviços no ato de quitação da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços.

COMPENSAÇÃO. DÉBITO PREVIDENCIÁRIO COM CRÉDITO DE TERCEIRO. VEDAÇÃO.

A compensação de débitos previdenciários do sujeito passivo com créditos de terceiros é expressamente vedada pela legislação federal.

COMPENSAÇÃO. PRECATÓRIO. ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI Nº 12.431/2011.

A compensação prevista nos §§ 9º e 10 do artigo 100 da Constituição Federal e na Lei nº 12.431/2011 é procedimento de ofício do Poder Judiciário.

JUROS INCIDENTES SOBRE MULTA ISOLADA. TAXA SELIC.

A incidência de juros apurados com base na taxa SELIC sobre a multa isolada é legítima.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.
INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA
APRECIAÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS.

Os órgãos julgadores de primeira instância do processo administrativo fiscal federal (Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento) não são competentes para se pronunciar sobre controvérsias referentes a processo administrativo de representação fiscal para fins penais.

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE
CRÉDITO DO CEDENTE. SELIC. MULTA.

A compensação no âmbito das contribuições previdenciárias se restringe ao aproveitamento, em períodos subsequentes, de créditos relativos a pagamento indevido ou a maior que o devido, ou seja, débito e crédito devem pertencer ao mesmo sujeito passivo.

É vedada a compensação da contribuição devida com crédito tributário adquirido de terceiros, através da cessão de direitos creditórios.

Os valores indevidamente compensados devem ser recolhidos pelo contribuinte acrescidos de juros e multa.

A autoridade administrativa não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da legislação tributária.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 528 e ss), repisando, em grande parte, os argumentos apresentados em sua impugnação.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário interposto.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

2. Alegações acerca da inconstitucionalidade da legislação tributária.

Em seu recurso, o sujeito passivo mantém sua linha de defesa, e argumenta ferimento de princípios constitucionais e legais em relação à exigência consubstanciada no presente lançamento, inclusive em relação à multa aplicada.

Contudo, já está sumulado o entendimento segundo o qual falece competência a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária:

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

Tem-se, pois, que não é da competência funcional do órgão julgador administrativo a apreciação de alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente. A declaração de inconstitucionalidade/ilegalidade de leis ou a ilegalidade de atos administrativos é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, outorgada pela própria Constituição Federal, falecendo competência a esta autoridade julgadora, salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas no parágrafo primeiro do art. 62 do Anexo II, do RICARF, bem como no art. 26-A, do Decreto nº 70.235/72, não sendo essa a situação em questão.

A exceção fica por conta das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito da repercussão geral (art. 543-B do CPC) e dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), cuja interpretação adotada deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF:

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.

(...)

§ 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. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Dessa forma, não serão examinadas as questões sobre a inconstitucionalidade e legalidade da legislação tributária aventadas pelo sujeito passivo.

3. Preliminares.

3.1. Nulidade do Lançamento.

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade do lançamento, sob o fundamento de que teria ocorrido cerceamento de defesa em razão da ausência dos requisitos formais para a lavratura da acusação.

Contudo, entendo que não lhe assiste razão.

É certo que a constituição do crédito tributário, por meio do lançamento de ofício, como atividade administrativa vinculada, exige do Fisco a observância da legislação de regência, a fim de constatar 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 (art. 142 do CTN). A não observância da legislação que rege o lançamento fiscal ou a falta de seus requisitos, tem como consequência a nulidade do ato administrativo, sob pena de perpetuar indevidamente cerceamento do direito de defesa.

Contudo, ao contrário do que arguido pelo recorrente, vislumbro que o ato administrativo de lançamento foi motivado pelo conjunto das razões de fato e de direito que carregaram à conclusão contida na acusação fiscal, à luz da legislação tributária compatível com

as razões apresentadas no lançamento. O convencimento fiscal está claro, aplicando a legislação que entendeu pertinente ao presente caso, procedeu a apuração do tributo devido com a demonstração constante no Auto de Infração.

No presente caso, a autoridade agiu em conformidade com os dispositivos legais que disciplinam o lançamento, discriminando no Relatório Fiscal os dispositivos legais aplicáveis ao caso, além de descrever, minuciosamente, o fato gerador da multa isolada em comento, além de mencionar os valores dos acréscimos legais, com a correspondente fundamentação legal.

Para além do exposto, entendo que não houve nos autos em momento algum cerceamento do direito de defesa da recorrente ou violação ao contraditório e ao devido processo legal, tendo em vista que lhe foi oportunizado a prática de todos os atos processuais inerentes ao processo administrativo-fiscal, contidos no Decreto no 70.235/1972.

O cerceamento do direito de defesa se dá pela criação de embaraços ao conhecimento dos fatos e das razões de direito à parte contrária, ou então pelo óbice à ciência do auto de infração, impedindo o contribuinte de se manifestar sobre os documentos e provas produzidos nos autos do processo, hipótese que não se verifica *in casu*. O contraditório é exercido durante o curso do processo administrativo, nas instâncias de julgamento, não tendo sido identificado qualquer hipótese de embaraço ao direito de defesa do recorrente.

Dessa forma, não procede o argumento acerca da nulidade do lançamento, eis que não se vislumbra ofensa à ampla defesa, tendo em vista estarem descritos todos os motivos para constituição do crédito; os fatos geradores; as bases de cálculos; os fundamentos legais; o Relatório fiscal e os seus relatórios de lançamentos, além da certeza de que foram oferecidas totais condições para que o contribuinte pudesse compreender perfeitamente os procedimentos adotados pela auditoria fiscal.

E, ainda, entendo que foram oferecidas ao recorrente todas as informações relevantes para apresentar sua defesa. Tanto o foi que, tempestivamente, o sujeito passivo impugnou o lançamento, demonstrando conhecer plenamente os fatos que lhe foram imputados.

A meu ver, o lançamento em comento seguiu todos os passos para sua correta formação, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional, quais sejam: (a) constatação do fato gerador cominado na lei; (b) caracterização da obrigação; (c) apuração do montante da base de cálculo; (d) fixação da alíquota aplicável à espécie; (e) determinação da exação devida – valor original da obrigação; (f) definição do sujeito passivo da obrigação; e (g) lavratura do termo correspondente, acompanhado da descrição dos fatos, tudo conforme a legislação.

Constato que o presente lançamento tributário atendeu aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, havendo a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, bem como a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte, de modo que restam afastadas quaisquer hipóteses de nulidade do lançamento.

Entendo, portanto, que não há nenhum vício que macula o presente lançamento tributário, não tendo sido constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, havendo a devida descrição dos fatos e dos dispositivos infringidos e da multa aplicada. Portanto, entendo que não se encontram motivos para se determinar a nulidade do lançamento, por terem sido cumpridos os requisitos legais estabelecidos no artigo 11 do Decreto nº 70.235/72, notadamente considerando que o contribuinte teve oportunidade de se manifestar durante todo o curso do processo administrativo.

Nesse sentido, tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente arts. 142 do CTN e 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento.

Assim, uma vez verificado a ocorrência do fato gerador, o Auditor Fiscal tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos por ele constatados e efetuar o lançamento tributário.

As demais alegações do recorrente, a meu ver, dizem respeito ao mérito da questão posta, não se tratando de preliminar, eis que o lançamento foi devidamente motivado, não havendo qualquer prejuízo para a compreensão dos fatos narrados e as infrações imputadas ao sujeito passivo.

Por fim, incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe, portanto, ao contribuinte o ônus de enfrentar a acusação fiscal, devidamente motivada, apresentando os argumentos pelos quais entende que o presente lançamento tributário merece ser declarado improcedente, não sendo o caso de decretar a nulidade do auto de infração, eis que preenchidos os requisitos do art. 142 do CTN.

Portanto, não há de se falar em nulidade do auto de infração, tendo em vista que este foi devidamente instituído com base no Decreto nº 70.235/1992 e na Lei nº 8.212/91, bem como foi assegurado ao Recorrente o exercício de seu direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, razões pelas quais afasto a preliminar arguida.

Dessa forma, rejeito a preliminar suscitada.

3.2. Mandado de Procedimento Fiscal.

O recorrente também alega que como o procedimento fiscal teve início em 12/04/2013 e foi concluído em 27/06/2013, teria ocorrido violação do art. 70 do Decreto 70.235/72, que especificamente em seu parágrafo 2º prevê que o procedimento fiscal deverá ter 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado mediante comunicação escrita.

Contudo, entendo que não assiste razão ao recorrente.

A começar, conforme bem pontuado pela decisão de piso, a única consequência do esgotamento do prazo do procedimento fiscal, é a reaquisição da espontaneidade por parte do contribuinte. Contudo, tendo em vista que a Autuada, até o dia 27/06/2013, não enviou GFIP's retificadoras sem as compensações glosadas e também não efetuou o recolhimento das contribuições sociais previdenciárias que haviam sido indevidamente compensadas, deve ser afastada a arguição de nulidade.

Para além do exposto, cabe pontuar que o MPF é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da fiscalização, não implicando nulidade do procedimento fiscal as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. Da mesma forma, a eventual falta de ciência do contribuinte na prorrogação do mesmo não implica nulidade do processo se cumpridas todas as regras pertinentes ao processo administrativo fiscal.

Tem-se, portanto, que eventuais omissões ou incorreções afligindo os citados documentos não têm o condão de culminar na nulidade do lançamento tributário, disciplinado pelo artigo 142 do CTN, que se constitui em ato obrigatório e vinculado, sob pena de

responsabilidade funcional por parte do agente fiscal. Somente na hipótese de o contribuinte provar que a presença do vício ocasionou prejuízo em sua defesa é que, eventualmente, tais vícios poderão acarretar na nulidade do crédito tributário.

Esclarecido o ponto acima, registro que não vislumbro nenhum vício capaz de macular o presente lançamento tributário ou a decisão recorrida, não tendo sido constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, havendo a devida descrição dos fatos e dos dispositivos infringidos e da multa aplicada. Portanto, entendo que não se encontram motivos para se determinar a nulidade do lançamento, por terem sido cumpridos os requisitos legais estabelecidos no artigo 11 do Decreto nº 70.235/72, notadamente considerando que o contribuinte teve oportunidade de se manifestar durante todo o curso do processo administrativo.

Nesse sentido, tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente arts. 142 do CTN e 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento.

Assim, uma vez verificado a ocorrência do fato gerador, o Auditor Fiscal tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos por ele constatados e efetuar o lançamento tributário.

Caberia ao recorrente refutar a acusação fiscal, notadamente os motivos exarados para o presente lançamento tributário, todos bem descritos no Auto de Infração e nos documentos anexos, não merecendo prosperar a alegação acerca da “impropriedade do auto de infração, especialmente pela falta de justa causa para a sua lavratura e inoccorrência de qualquer ilicitude”.

Por fim, incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe, portanto, ao contribuinte o ônus de enfrentar a acusação fiscal, devidamente motivada, apresentando os argumentos pelos quais entende que o presente lançamento tributário

Dessa forma, rejeito a preliminar suscitada.

3.3. Ausência de Grupo Econômico.

O Recorrente requer, ainda, que seja descaracterizada a suposta formação de grupo econômico com a empresa POSTO OURO NEGRO LTDA, bem como as suas consequências perante a terceiros.

Entendo que não lhe assiste razão.

Conforme assentado pela decisão recorrida, da leitura do Relatório Fiscal de e-fls. 11 a 21 verifica-se que a autoridade fiscal não imputou responsabilidade solidária ao Posto Cidade Ltda pela multa lançada no presente auto de infração, motivo pelo qual, a alegação não guarda nenhuma pertinência com o presente lançamento.

Dessa forma, trata-se de matéria substancialmente alheia ao presente lançamento, não tendo sido instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho.

4. Mérito.

4.1. Decisões Administrativas e Judiciais.

Em seu Recurso Voluntário (e-fls. 528 e ss), o sujeito passivo insiste na tese, segundo a qual, as jurisprudências trazidas aos autos devem ser observadas, de modo que seus efeitos não alcançariam apenas as partes que compõe tais litígios.

Entendo que não lhe assiste razão.

Como se há verificar, a análise da jurisprudência que o recorrente trouxe no recurso deve ser contida pelo disposto nos arts. 472 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC) e 506 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (novo CPC), os quais estabelecem que a sentença não reflete em terceiro estranho ao respectivo processo. Logo, por não ser parte no litígio ali estabelecido, o Recorrente dela não pode se aproveitar.

Mais precisamente, as decisões judiciais e administrativas, regra geral, são desprovidas da natureza de normas complementares, tais quais aquelas previstas no art. 100 do CTN, razão por que não vinculam futuras decisões deste Conselho, conforme Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, que aprovou o Regimento Interno do CARF.

Dessa forma, rejeito a alegação do recorrente.

4.2. Matéria Alheia ao Lançamento e Preclusão.

Em seu Recurso Voluntário (e-fls. 528 e ss), o sujeito passivo inaugura seu inconformismo em relação à incidência de contribuições sociais (previdenciária parte da empresa, SAT e terceiros) sobre parcelas não salariais.

Aduz, ainda, que as contribuições sociais, cujo fato gerador consista no pagamento da folha de salários, não podem ser exigidas sobre as rubricas que não integrem esta base econômica, tais como por exemplo Auxílio-Doença, Salário-Maternidade, as Férias, o terço de Férias e o Aviso Prévio indenizados, entre outras.

Pois bem. Conforme narrado, discute-se no presente lançamento a multa isolada aplicada no percentual de 150%, em face da compensação indevida, incidente sobre o valor total do débito compensado, nos termos do § 10º, do art. 89, da Lei nº 8.212, de 1991.

Sendo assim, a alegação trazida pelo sujeito passivo, acerca da não incidência de contribuições sociais sobre determinadas verbas, não guarda nenhuma pertinência com o presente lançamento, não tendo sido instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho.

E ainda que assim não o fosse, trata-se de matéria preclusa, eis que não arguida na impugnação. A propósito, o instituto da preclusão existe para evitar a deslealdade processual, e tendo em vista que a questão trazida no Recurso Voluntário não foi debatida em primeira instância, fica prejudicada, consequentemente, a dialética no debate da controvérsia instaurada.

Nesse sentido, afora os casos em que a legislação de regência permite ou mesmo nas hipóteses de observância ao princípio da verdade material, não devem ser conhecidas às razões/alegações que não foram suscitadas na impugnação, tendo em vista a ocorrência da preclusão processual, conforme preceitua o artigo 17 do Decreto nº 70.235/72.

Dessa forma, rejeito a alegação do recorrente.

4.3. Multa Isolada de 150%.

Inicialmente, cumpre observar que o presente lançamento, consubstanciado no **AI DEBCAD nº 51.041.154-1**, diz respeito à multa isolada no percentual de 150%, em face da compensação indevida, incidente sobre o valor total do débito compensado, nos termos do § 10º,

do art. 89, da Lei nº 8.212, de 1991, sendo que a glosa das compensações integra o **AI DEBCAD nº 51.041.153-3**, integrante do Processo Fiscal nº **15586-720340/2013-17**.

As alegações concernentes ao mérito da glosa, se legítima ou não, portanto, não fazem parte da discussão posta nos autos, tratando-se também de matérias alheias ao vertente lançamento.

Cabe apenas pontuar que, em relação ao **AI DEBCAD nº 51.041.153-3**, integrante do Processo Fiscal nº **15586-720340/2013-17**, a discussão se encerrou na via administrativa, em razão de pedido de parcelamento, conforme se constata do andamento processual via sítio deste Conselho.

Esclarecido o ponto acima, em relação à aplicação da multa isolada de 150%, entendo que as razões adotadas pela decisão de piso são suficientemente claras e sólidas, não tendo a parte se desincumbindo do ônus de demonstrar a fragilidade da acusação fiscal.

Pois bem. A começar, transcrevo o art. 89 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, na redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009:

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

(...)

§ 9 Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o art. 35 desta Lei.

§ 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.

(...)

O § 10 do art. 89, acima copiado, não cuida de uma falsidade material, relacionada à autenticidade do documento, mas sim de uma falsidade intrínseca a esse documento, em que se faz presente a mentira no seu conteúdo.

A multa está condicionada a comprovação de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. A premissa da sanção pecuniária exige o elemento subjetivo do dolo, ainda que dispensável a presença de um especial fim de agir, pois o legislador não elegeu qualquer elemento específico como requisito para a imposição da penalidade.

De sorte que a falsidade pressupõe consciência do agente em esconder, alterar ou suprimir a verdade, efetivando a compensação mesmo sabendo que está infringindo a legislação de regência.

No caso dos autos, entendo que os fatos arrolados pela fiscalização se amoldam exatamente à hipótese prevista no art. 89 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, na redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, sobretudo levando em consideração os seguintes pontos, cujo ônus da prova o contribuinte não se desincumbiu:

- (i) Tinha pleno conhecimento de suas obrigações tributárias, até mesmo porque era orientado por consultoria especializada;

- (ii) Tinha consciência de que deveria declarar corretamente e recolher suas contribuições, uma vez que possuía atividade que assim o obrigava;
- (iii) Teve a intenção de não dar conhecimento à administração tributária, na época própria, do valor correto devido à previdência social ao apresentar declarações contendo informações inverídicas;
- (iv) Agiu dolosamente ao adotar conduta sabidamente indevida, uma vez que não possuía os supostos créditos informados para compensação;
- (v) Teve o intuito de se esquivar do recolhimento das contribuições devidas, através de ações e omissões livres e conscientes;
- (vi) O alegado direito creditório, ainda que existente, não é e nunca foi administrado pela Receita Federal do Brasil;
- (vii) É vedada a compensação de Contribuições Previdenciárias com créditos de outros tributos administrados pela RFB;
- (viii) Há vedação legal de não permitir a compensação quando o crédito seja de terceiros.

As compensações realizadas pelo recorrente são destituídas de esteio na legislação tributária, em afronta direta ao texto da lei e dos atos normativos, na medida em que o direito à compensação administrativa, como instrumento de extinção de obrigações reciprocamente consideradas, deve respeitar os limites estabelecidos pelo Poder Público, observada a legislação vigente por ocasião de sua realização.

A propósito, a possibilidade de extinção do crédito tributário mediante compensação com créditos do contribuinte de qualquer natureza, tributários ou não, dependeria de prévia autorização legal, por meio de legislação específica, porém inexistente no ordenamento jurídico à época da compensação.

Em nenhum momento, é possível extrair da legislação tributária autorização para compensação de débitos previdenciários com créditos de natureza não tributária. Longe disso, a simples leitura dos dispositivos não deixa margem para interpretações divergentes sobre o conteúdo e alcance da norma jurídica, de modo que o sujeito passivo realizou a compensação à míngua de previsão legal.

Na sistemática vigente à época, a permissão direciona-se à compensação de crédito relativo a contribuições previdenciárias com débitos de mesma natureza correspondentes a períodos subsequentes, ou seja, créditos recíprocos de mesma natureza jurídica.¹

Arelado a isso, embora não seja tal aspecto, isoladamente, determinante para se concluir pela falsidade na declaração, o contribuinte adquiriu suposto crédito mediante contrato de cessão com terceiros, afrontando proibição legal que veda a compensação com créditos de terceiros.

Como se observa, o sujeito passivo, mesmo diante da realidade contrária à compensação, praticou uma conduta consciente de oferecer crédito sabidamente inapropriado para tal fim.

¹ Código Tributário Nacional (CTN), veiculado pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 170; Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, art. 89; e Instrução Normativa RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012, art. 56 e seguintes.

A utilização de crédito pelo sujeito passivo não passível de compensação administrativa por falta de autorização na lei, e mesmo contrária às condições estipuladas no título executivo judicial, revela a mentira na declaração apresentada.

Portanto, comprovada a fraude, as compensações indevidas declaradas sob a égide da Lei nº 11.941/09 resultaram na aplicação da multa em dobro da multa prevista no inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, com base nos valores compensados indevidamente, como dispõe o art. 89, § 10, da Lei nº 8.212/91.

Sobre as demais alegações apresentadas pelo sujeito passivo, não acrescentam e nem diminuem o lançamento fiscal, quando, na verdade, confirmam que o trabalho da Fiscalização está correto.

Dessa forma, entendo que não merece nenhum reparo a multa isolada aplicada no percentual de 150%.

4.4. Confiscatoriedade da Multa Aplicada.

Para além do exposto, o exame do efeito confiscatório da multa isolada de 150% é matéria que extrapola a competência deste Tribunal Administrativo. Isso porque afastar a presunção de constitucionalidade de lei, aprovada pelo Poder Legislativo, demanda apreciação e decisão por parte do Poder Judiciário.

Escapa à competência dos órgãos julgadores administrativos reconhecer que a multa de isolada de 150% na hipótese de compensação indevida, quando se comprova falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, é dotada de natureza confiscatória e/ou abusiva, já que a matéria demanda o confronto da lei tributária com preceitos de ordem constitucional. Argumentos desse jaez são inoponíveis na esfera administrativa.

Nessa perspectiva, não só o "caput" do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, como também o enunciado da Súmula nº 2 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

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

Tem-se, pois, que não é da competência funcional do órgão julgador administrativo a apreciação de alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente. A declaração de inconstitucionalidade/ilegalidade de leis ou a ilegalidade de atos administrativos é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, outorgada pela própria Constituição Federal, falecendo competência a esta autoridade julgadora, salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas no parágrafo primeiro do art. 62 do Anexo II, do RICARF, bem como no art. 26-A, do Decreto nº 70.235/72, não sendo essa a situação em questão.

Por sinal, o dispositivo de lei não foi declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do STF, tampouco há deliberação com efeito vinculante, no rito da repercussão geral, que afaste ou reduza o percentual de 150%, sobretudo, e principalmente, na hipótese de conduta dolosa de falsidade da declaração.

Dessa forma, entendo que não assiste razão ao sujeito passivo.

4.5. Taxa SELIC e juros sobre a Multa Isolada de 150%.

No tocante à utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados, sua incidência já foi pacificada, conforme Súmula nº 04, do CARF, *in verbis*:

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. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Ademais, sobre a utilização da SELIC no cálculo dos juros de mora, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito da repercussão geral (art. 543-B do CPC) e dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), já pacificaram o entendimento no sentido da constitucionalidade e da legalidade da aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários (STF, Tribunal Pleno, RE 582.461/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 18/05/2011 e STJ, Primeira Seção, REsp 879.844/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/11/2009). E, conforme determina o § 2º do art. 62 do Anexo II do atual Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, a interpretação adotada deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF:

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.

(...)

§ 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. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Para além do exposto, observa-se que a incidência de juros apurado com base na Taxa SELIC sobre a multa isolada de 150% também está amparada pelo parágrafo único do artigo 43 da Lei nº 9.430/1996, já que este estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário “*correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente*” incidem juros, “*calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º*”, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo.

Dessa forma, entendo que não assiste razão ao sujeito passivo.

5. Representação Fiscal para Fins Penais.

Por fim, cabe esclarecer que sempre que constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, o auditor fiscal deve formalizar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

A propósito, já está sumulado o entendimento segundo o qual este Conselho não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes ao Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF nº 28).

De toda sorte, a representação fiscal para fins penais permanecerá sobrestada no âmbito da administração tributária até decisão definitiva na esfera administrativa, quando, então, poderá ser encaminhada ao órgão do Ministério Público, para efetuar seu juízo acerca dos fatos, bem como, conseqüentemente, sobre a conveniência ou não da instauração da persecução penal.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para rejeitar as preliminares e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite