



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

Processo n° 16682.720726/2011-31
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1102-001.186 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de agosto de 2014
Matéria Compensação.
Recorrente FMC TECHNOLOGIES DO BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1999

COMPENSAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA FORMAÇÃO DO CRÉDITO.

Nada impede que o Fisco perscrute, a qualquer tempo, os elementos formadores de um crédito reclamado por um contribuinte. O limite temporal está fixado no prazo para o contribuinte pleitear seu direito de repetição e, exercendo-o por meio da compensação, no prazo para o Fisco homologar a correspondente declaração. Desde que dentro deste último prazo, o Fisco pode exigir a comprovação dos elementos formadores do crédito indicado.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO DECAÍDO. PAGAMENTO VOLUNTÁRIO. INDÉBITO CARACTERIZADO.

Apesar de o CTN ter adotado a teoria dualista da obrigação, segundo a qual a obrigação tributária (*Haftung*) não se confunde com o crédito tributário (*Schuld*), determinou que a obrigação principal se extinguisse juntamente com o crédito dela decorrente (art. 113, § 1º).

Assim, como a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário é causa de sua extinção (art. 156, inciso V), extinta também está a obrigação tributária correspondente, e o pagamento do tributo respectivo é indevido, passível de repetição.

No caso, pagou-se, em 27/10/2006, Imposto de Renda Retido da Fonte - IRRF incidente sobre rendimentos auferidos no ano-calendário de 1999, caracterizando-se o indébito.

COMPENSAÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO. SALDO NEGATIVO. NATUREZA DO DIREITO CREDITÓRIO.

O pedido de compensação de saldo negativo deve ser analisado como um pedido de compensação de pagamento indevido se for esta a verdadeira natureza do direito creditório tratado. E, de forma inversa, o pedido de compensação apresentado como pagamento indevido também deve ser

analisado como um pedido de compensação de saldo negativo se esta for a verdadeira natureza do crédito envolvido. E se, nesta última hipótese, chegar-se a conclusão de que a obrigação tributária não foi plenamente honrada, não há saldo negativo a repetir.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999

ÔNUS DA PROVA. RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO.

É ônus do sujeito passivo, na condição de autor do feito, provar o direito creditório que alega possuir nos processos que envolvem restituição ou compensação de tributos.

CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO.

Em processos que envolvem constituição ou compensação de tributos as garantias do contraditório e da ampla defesa são exercidas no âmbito do processo tributário administrativo e as diversas normas neste sentido estão regulamentadas no Decreto nº 70.235/72.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, vencido o conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio (relator), que negava provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro José Evande Carvalho Araujo.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator.

Documento assinado digitalmente.

José Evande Carvalho Araujo - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, Antonio Carlos Guidoni Filho, José Evande Carvalho Araujo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregorio e João Carlos de Figueiredo Neto.

Relatório

Inicialmente, esclareço que todas as indicações de folhas inseridas neste relatório e no subsequente voto dizem respeito à numeração digital do sistema e-Processo.

Trata-se de recurso voluntário interposto por FMC TECHNOLOGIES LTDA contra acórdão proferido pela DRJ/Rio de Janeiro I que concluiu pela improcedência de declarações de compensação de débitos com supostos créditos decorrentes de pagamentos indevidos de IRRF, efetuados em 27/10/2006, nos valores de R\$ 3.565.002,73 e R\$ 3.906.700,18. Tais pagamentos foram efetuados depois do trânsito em julgado de decisão denegatória em mandado de segurança que pretendia afastar o recolhimento do IRRF incidente sobre rendimentos auferidos no ano-calendário de 1999 em operações de *swap*.

A Demac/RJ, mediante Despacho Decisório (fls. 930 a 937), não reconheceu a existência do direito creditório alegado e, por conseguinte, não homologou a compensação pleiteada. Tal decisão foi motivada pelos seguintes fundamentos:

Erro de determinação da origem do indébito.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a contribuinte equivocou-se ao elaborar as declarações de compensação, solicitando a repetição de indébitos de IRRF pago a maior pela FMC Technologies do Brasil Ltda, uma vez que o correto seria requerer a parcela do saldo negativo de IRPJ do ano calendário de 1999 da sucedida Jetways Systems - Participações Ltda, que teria surgido com o recolhimento de Fonte determinado judicialmente, como a própria empresa explica em sua resposta ao termo de intimação fiscal.

Inclusive é importante salientar que, tal como declarada, a compensação apresentada pela FMC afronta diretamente a decisão judicial que lhe foi desfavorável e que determinou a incidência do IRRF sobre os rendimentos de operação “SWAP” realizados pela Jetways Systems.

É possível, tendo em vista a data de apresentação da DCOMP, 02/01/2007, que a contribuinte tenha apresentado o pagamento indevido de IRRF como origem do crédito, para não suscitar a arguição de decadência do seu direito de solicitar a restituição do saldo negativo de IRPJ relativo ao ano calendário de 1999.

Contudo, o referido subterfúgio, se for o caso, não procede, pois: a) como já dito, desrespeita a sentença judicial proferida; b) impede o conhecimento da verdadeira origem do indébito tributário pleiteado, bem como a análise das concernentes questões preliminares e de mérito; e c) faz com que a empresa se aproveite indevidamente dos juros ocorridos entre a data de retenção e 31/12/1999.

Assim, somente este erro, já seria suficiente para indeferir a restituição pleiteada e não homologar as correspondentes compensações.

Entretanto, verifica-se que a requerente não teria melhor sorte no mérito da questão, mesmo se tivesse apontado como origem do seu direito creditório o saldo negativo de IRPJ apurado em 1999 na empresa sucedida.

Saldo Negativo de IRPJ do ano calendário de 1999.

Inicialmente, deve-se ressaltar que a apuração do IRPJ devido constante na DIPJ/1999 (fls. 489/500) apresentada pela Jetways Systems - Participações Ltda, referente ao período de janeiro a outubro de 1999, não se encontra correta. Aplicando-se as alíquotas determinadas na legislação sobre o Lucro Real declarado pela própria empresa, R\$ 21.160.998,33, o IRPJ devido é R\$ 5.270.249,58 e não R\$ 3.683.174,70, como constou na declaração de rendimentos.

As deduções efetuadas pela Jetways Systems para apurar o saldo negativo também necessitam de correções.

No que diz respeito às antecipações efetuadas a título de IRRF, a legislação dispõe que o IR Fonte poderá ser utilizado para a dedução do IR a pagar se atender a duas condições: Primeira, a comprovação da efetiva retenção; Segunda, atender ao disposto no inciso III do §4º do art. 2º da Lei n.º 9.430, 27 de dezembro de 1996, o qual estabelece que a dedução do IR a pagar com o IRRF é permitida caso as receitas correlatas tenham sido oferecidas à tributação na forma de composição da base de cálculo do imposto.

Nesse sentido, compulsando-se o resumo das DIRF apresentadas (fl. 501/503), é possível confirmar a retenção somente R\$ 886.234,01.

No tocante à necessária escrituração e tributação dos rendimentos correlatos ao IRRF informados em DIRF, verifica-se que a empresa declarou R\$ 11.657.281,52 a título de receitas financeiras oriundas de aplicações de renda fixa (linha 23 - ficha 07) e zero a título de operações de “swap” (linha 21 – ficha 07). Já nas Declarações de Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF (fls. 501/503) entregues pelas fontes pagadoras, encontram-se registrados receitas de renda fixa no valor de R\$ 23.751.546,34 e rendimentos auferidos em operações de “swap” de R\$ 3.875.807,13.

A divergência existente entre as receitas financeiras declaradas (R\$ 11.657.281,52) e as informadas como origem do IRRF (R\$ 27.638.073,72) denota a existência de omissão de receitas.

A divergência poderia encontrar justificativa no fato de a DIPJ ser elaborada segundo o regime de competência e a DIRF ser feita de acordo com o regime de caixa. Contudo, nas DIPJ relativas aos anos calendário de 1998 e 1997 (fls.507/511), a empresa informou receitas financeiras respectivamente de R\$ 1.852.545,67 e de R\$ 527,16. Ou seja, nos anos de 1998 e 1997, não foram declaradas receitas capazes de justificar a diferença encontrada entre a DIPJ e DIRF do ano calendário de 1999. Desta forma, considera-se que, em 1999, a Jetways Systems deixou de oferecer à tributação a quantia de R\$ 14.127.719,37.

O mesmo problema ocorre com os rendimentos de operação “swap” sobre os quais incidiu os pagamentos de IRRF questionados na Justiça pela empresa sucedida. Conforme instrução de preenchimento da DIPJ (fls. 517/518), na linha 07 da ficha 21 (*sic*) devem ser informados os rendimentos auferidos em operações “swap”, entretanto o referido campo encontra-se zerado na DIPJ do período.

Ou seja, as receitas das operações de swap auferidas pela Jetways Systems não foram oferecidas a tributação. Nesse sentido, cabe frisar que, por intermédio do Livro Diário de março de 1999 (ver documentos anexados aos esclarecimentos da contribuinte), verifica-se a existência, somente neste mês, de liquidação de vários contratos de swap, a seguir listados:

Data	Contrato	Rendimento (R\$)	IRRF (R\$)
17/03/1999	Swap 001098 - BankBoston	19.533.500,94	3.906.700,18
17/03/1999	Swap 614257 - BankBoston	3.868.515,58	773.703,12
17/03/1999	Swap de 18/09/98	17.825.013,67	3.565.002,73
17/03/1999	Swap de 23/02/99	2.218.499,99	443.699,99
17/03/1999	Swap de 26/02/99	2.968.500,32	593.700,06
17/03/1999	Swap de 05/03/99	1.963.500,22	392.700,04

Dos rendimentos relacionados, o único que constou em DIRF foi o contrato de swap n.º 614257. Desta forma, ao Lucro Real da Jetways Systems deve ser adicionado também os rendimentos auferidos nas citadas operações de swap, no montante de R\$ 44.509.015,14.

O saldo de IRPJ do ano calendário de 1999 a pagar é então o seguinte:

Calculo do IRPJ	Ano Calendário 1999 – jan a out (R\$)	
	DIPJ/1999	DEMAC
Lucro Real declarado	21.160.998,33	21.160.998,33
Receitas omitidas DIRF		14.127.719,37
Receitas omitidas Diário		44.509.015,14
Base de cálculo do IRPJ	21.160.998,33	79.797.732,84
Imposto sobre o Lucro Real		
À alíquota de 15%	3.174.149,75	11.969.659,93
Adicional	2.096.099,83	7.959.773,28
Total	5.270.249,58*	19.929.433,21
Deduções		
(-) IRRF	3.238.968,22	
(-) IRRF DIRF		886.234,01
(-) IRRF pg p/ determ. Jud.		7.471.702,91
(-) Estimativa	3.013.031,54	3.076.393,82
Imposto de Renda a Pagar	(981.750,18)	8.495.102,47

*valor recalculado

informações de suas declarações de rendimentos não houve contrapartida de receitas que pudesse justificar seus dispêndios. Em síntese, em uma apreciação mais profunda, a interessada deveria comprovar a necessidade de suas despesas para a manutenção de suas atividades.

Noutro giro, foi realizada pesquisa nos sistemas da Receita Federal a fim de se verificar a existência de lançamentos e/ou outras decisões capazes de alterar o saldo de IRPJ a pagar referente ao ano calendário de 1999 ou a utilização do alegado direito creditório em outras compensações.

Nesse sentido, constata-se a existência do processo administrativo n.º 10830.007140/00-27, cujo objeto são pedidos de restituição e de compensação que utilizam o saldo negativo de IRPJ declarado em 1999 pela Jetways Systems, no valor original de R\$ 2.634.122,33 (fls. 513/516). Portanto, ainda se ainda que a empresa sucedida possuísse algum montante a título de saldo negativo de IRPJ, o referido valor deveria ser utilizado inicialmente nas compensações solicitadas no citado processo.

Considerando a análise realizada, resta determinado o saldo positivo de IRPJ a pagar da empresa Jetways Systems – Participações Ltda referente ao ano calendário de 1999, no valor de R\$ 8.495.102,47.

Enfim, mesmo que a contribuinte tivesse formalizado corretamente suas declarações de compensação, solicitando direito creditório decorrente de saldo negativo de IRPJ (AC 1999) da empresa sucedida, verifica-se que também não lhe é favorável o mérito da questão, visto a inexistência do referido direito creditório.

CONCLUSÃO

Considerando:

- i) o erro de determinação da origem do indébito, erroneamente classificado como pagamento indevido de IRRF, quando o correto seria requerer saldo negativo de IRPJ;
- ii) o erro de cálculo do IRPJ devido existente na DIPJ da empresa Jetways Systems - Participações Ltda (Ano calendário 1999);
- iii) a não confirmação em DIRF dos valores deduzidos na DIPJ a título de IRRF;
- iv) a omissão de receitas apurada de ofício; e
- v) a existência anterior de pedido de restituição/compensação, utilizando o saldo negativo de IRPJ de 1999 da empresa incorporada,

Cabe não homologar as compensações constantes nas DCOMP (...)

Diante dessa decisão, a empresa interpôs manifestação de inconformidade (fls. 972 a 992) na qual reuniu os seguintes argumentos (conforme relatados pela decisão recorrida):

. que o artigo 74, § 11, da Lei nº 9.430/96 e o artigo 151, inciso III, do CTN suspendem a exigibilidade do crédito tributário em discussão.

. que, nos termos do art. 142 do CTN e artigos 9º, 10 e 11 do Decreto nº 70.235/1972, o crédito tributário só pode ser constituído por meio de um auto de infração ou de notificação de lançamento; que a presente cobrança é nula e deve ser cancelada, uma vez que o Despacho Decisório não é a via competente para se formalizar um crédito; cita jurisprudência do Egrégio Conselho de Contribuintes.

. que as alegações que levaram a não homologação das compensações são infundadas. Isto porque (i) o pagamento do IRRF incidente nos contratos de *swap* foram efetuados apenas após o trânsito em julgado do mandado de segurança em que se discutia a incidência do tributo nessas operações e que, por isso, não mais era possível retificar a DCTF e a DIRF do ano-calendário de 1999, de forma a refletir o recolhimento desses valores; (ii) não houve prescrição do direito de requerer a restituição do indébito; (iii) já decaiu o direito do Fisco de revisão dos valores recolhidos a título de IRPJ e IRRF no ano-calendário de 1999; e (iv) o pedido de restituição/compensação já existente trata de saldo negativo de IRPJ diverso do agora compensado pela Requerente.

. que, quando do recolhimento, em 27.10.2006, do IRRF incidente na liquidação dos contratos de "*swap*" celebrados pela Incorporada, no ano-calendário de 1999, já havia transcorrido os 5 (cinco) anos que a Requerente possui para retificar a sua DIPJ e DIRF referente ao ano-calendário de 1999. Ou seja, o saldo negativo de IRPJ apurado no mencionado período já havia sido homologado tacitamente pela Receita Federal e não mais podia ser alterado, seja por vontade da Requerente ou da própria fiscalização.

. que tanto isso é verdade que a própria Requerente tentou incluir o IRRF recolhido em 2006 no saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 1999, com a sua posterior compensação. Todavia, o próprio *software* fornecido pela Receita Federal impediu tal compensação; que não restou à Requerente outra alternativa, senão considerar o IRRF recolhido em 2006 como originário de pagamento indevido ou a maior, uma vez que incluí-lo no saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 1999 não era mais possível.

. que incorreu prescrição do direito ao crédito, já que recolheu o imposto em 27.10.2006, e, diante disso, o direito de compensar os valores recolhidos expiraria em 27.10.2011, uma vez que o prazo para requerer a restituição do indébito é de 5 anos contatos a partir da data em que for extinto o crédito tributário, conforme previsto no artigo 168, inciso I, do Código Tributário Nacional ("CTN"), fato esse que ocorre na data do efetivo pagamento, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN.

. que não há dúvidas de que o direito à restituição do crédito tributário nasceu a partir do pagamento indevido ou a maior; que, como apresentou o presente pedido de restituição em 2.1.2007, é certo que o seu direito à restituição dos valores recolhidos não prescreveu.

. que a alegação do D. Auditor Fiscal de que há incorreções no saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 1999 não merece guarida; que em momento algum a D. Fiscalização obrou demonstrar as incorreções na DIPJ e na DIRF.

. que não pode acatar a argumentação de que teriam havido erros nessas declarações, porque o D. Auditor Fiscal não forneceu elementos para propiciar o

exercício à ampla defesa e ao contraditório também assegurados pela Constituição Federal na instância administrativa.

. que, como se isso não bastasse, o artigo 173, inciso I, do CTN determina que o prazo para que as DD. Autoridades Fiscais possam analisar a regularidade das informações fiscais prestadas pelo contribuinte e constituir eventual débito remanescente se extingue após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

. que, dessa forma, tendo em vista que as supostas incorreções apuradas são referentes ao ano-calendário de 1999, exercício de 2000, e que as incorreções apontadas foram feitas em 2011, resta plenamente demonstrado que já transcorreu, há muito, o prazo de 5 (cinco) anos para a Fiscalização analisar as informações existentes nos presentes autos.

. que, nesse sentido, as informações contidas na DIPJ e na DIRF apresentadas merecem ser tidas como verdadeiras, independentemente das supostas incorreções não indicadas no Despacho Decisório, haja vista que os lançamentos nelas contidos foram tacitamente homologados em 2005, não podendo agora serem revistos, já que se operou a decadência.

. que as restituições pleiteadas no Processo Administrativo nº 10830.007140/00-27 são referentes aos pagamentos a maior de IRPJ e CSLL realizados no próprio ano-calendário de 1999 e não em 2006, como é o caso do IRRF incidente nos ganhos auferidos quando da liquidação dos contratos de *swap*, para fins de hedge, restando comprovado que o Processo Administrativo nº 10830.007140/00-27 em nada altera o direito creditório da Requerente.

. que o pedido de restituição/compensação tratado no Processo Administrativo nº 10830.007140/00-27 não interfere no direito creditório pleiteado nos autos do presente processo administrativo.

. que a não homologação das compensações pretendida pela Fiscalização não poderia ser acompanhada da cobrança de multa e juros moratórios, em razão da comprovada suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, nos termos do artigo 151, inciso III, do CTN.

. que, para que haja a exigência de multa e juros de mora, é condição necessária que o contribuinte encontre-se em atraso com o pagamento do crédito tributário, o que não se verificou.

. que a compensação realizada é legal e válida, e implicou a quitação do valor objeto do Despacho Decisório, supostamente devido pela Requerente; que, desse modo, não há multa ou juros de mora a serem cobrados.

. que a penalidade aplicada neste caso, multa de 20%, reveste-se de finalidade arrecadadora, na forma de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal, no artigo 150, inciso IV.

. que, quanto aos juros de mora, cabe lembrar que a jurisprudência tem reconhecido a inaplicabilidade da taxa SELIC aos créditos tributários, uma vez que aquela taxa não foi criada por lei para fins tributários. Cita decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

. que, não obstante a posição sumulada pelo extinto E. Primeiro Conselho de Contribuintes, e tendo em vista a real possibilidade de a taxa SELIC vir a ser considerada inconstitucional para fins tributários pelo Poder Judiciário, a Requerente

contesta sua aplicação e requer sua desconsideração no cômputo do crédito tributário principal.

. que a origem do crédito tributário utilizado pela Requerente na compensação foi devidamente comprovada para o D. Auditor Fiscal, e, sendo assim, requer a reforma do Despacho Decisório, com a imediata homologação das compensações realizadas, e o cancelamento das penalidades aplicadas.

. protesta pela juntada posterior de documentos, e, na remotíssima hipótese de discussão das incorreções do saldo negativo de IRPJ do ano calendário de 1999, pela realização de perícia contábil.

A 8ª Turma da já mencionada DRJ/Rio de Janeiro I proferiu, então, o Acórdão nº 12-44.552 (fls. 1132 a 1147), de 16 de março de 2012, por meio do qual não reconheceu o direito creditório e, por isso, não homologou a compensação pleiteada.

Assim figurou a ementa daquele julgado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 27/10/2006

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

A prova documental deverá ser apresentada na manifestação de inconformidade, precluindo o direito de o interessado fazê-lo em outro momento processual, a menos que demonstre, com fundamentos, a impossibilidade de apresentação por motivo de força maior; refira-se a fato ou direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

PERÍCIA. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

Deve ser indeferida a perícia que, além de não preencher os requisitos formais previstos no art. 16, inciso IV, e § 1º, do Decreto 70.235/1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748/1993, também é desnecessária, já que a documentação contida nos autos é suficiente para formar a convicção do julgador.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Data do fato gerador: 27/10/2006

ALTERAÇÃO DE PEDIDO NA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. VEDAÇÃO LEGAL.

A manifestação de inconformidade é recurso que o interessado dispõe para questionar o indeferimento do crédito pleiteado na DCOMP e a não homologação dos débitos compensados, sendo vedado que se utilize da manifestação de inconformidade para alterar pedido formulado na DCOMP, por falta de previsão legal.

DIREITO CREDITÓRIO.

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

Autenticado digitalmente em 01/10/2014 por JOSE EVANDE CARVALHO ARAUJO, Assinado digitalmente em 01/

10/2014 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 17/10/2014 por JOAO OTAVIO OPPERMANN

THOME, Assinado digitalmente em 01/10/2014 por JOSE EVANDE CARVALHO ARAUJO

Impresso em 17/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Incumbe ao interessado a demonstração, com documentação comprobatória, da existência do crédito, líquido e certo, que alega possuir junto à Fazenda Nacional (art. 170 do Código Tributário Nacional).

DIREITO CREDITÓRIO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. NÃO COMPROVAÇÃO.

Uma vez que não restou comprovado que o pagamento foi efetuado indevidamente ou a maior, conclui-se que tal pagamento não constitui direito creditório passível de restituição ou compensação, não devendo ser homologadas as compensações.

DÉBITOS DECLARADOS NAS DCOMPs. CONFISSÃO DE DÍVIDA. COBRANÇA.

Uma vez que o direito creditório não foi reconhecido, cabe a cobrança dos débitos compensados indevidamente nas declarações de compensação (DCOMP), já que os mesmos estão confessados.

MULTA

MULTA DE MORA. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA PELO FISCO. INCIDÊNCIA DE MULTA DE MORA. PREVISÃO LEGAL.

Não homologadas as compensações, há previsão de acréscimo de multa de mora sobre os débitos confessados e não pagos.

MULTA. CONFISCO. INOCORRÊNCIA.

A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se ao valor do tributo, conforme previsto no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal de 1988. A exigência de multa de mora de 20% (vinte por cento), prevista na legislação vigente, não é confisco, e deve ser aplicada.

JUROS DE MORA

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O art. 61, *caput* e § 3º, c/c art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.430/1996, que estabelecem a aplicação de juros moratórios com base na taxa Selic para os débitos tributários não pagos até o vencimento, estão plenamente em vigor no ordenamento jurídico, devendo, portanto, ser aplicados.

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

Inconformada, a empresa apresentou recurso voluntário (fls. 741 a 765) onde, essencialmente, repete os argumentos deduzidos na manifestação de inconformidade. Destaque-se, entretanto, que acrescenta um tópico para demonstrar a existência de saldo negativo de IRPJ no ano-calendário de 2006 e que o IRRF em questão também não teria sido deduzido na apuração deste ano-calendário. Essa inclusão foi efetuada porque a DRJ entendeu que o crédito pleiteado não poderia ser considerado como um pagamento indevido ou a maior

para fins de compensação. No final desse tópico, conclui que a existência de saldos negativos em 1999 e 2006 é patente e corrobora a certeza e liquidez do seu crédito.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

A unidade de origem afirma que a recorrente equivocou-se ao elaborar as declarações de compensação solicitando a repetição de indébitos pago a maior, quando, na verdade, deveria requerer a parcela do saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 1999 que teria surgido com o recolhimento de fonte determinado judicialmente.

Nada obstante, procedeu-se à verificação da apuração efetuada naquele ano-calendário para aferir sua exatidão. Não foi o que se constatou. Muito pelo contrário. Em lugar de uma apuração que pudesse deixar dúvidas apenas em relação à inclusão das receitas e correspondentes retenções na fonte dos valores auferidos nas operações de *swap* questionadas judicialmente, foram encontrados outros problemas, os quais restaram claramente enunciados no Parecer Conclusivo que fundamentou o Despacho Decisório que, por sua vez, não reconheceu a legitimidade do crédito pleiteado.

Neste sentido, foram apontadas as seguintes inconsistências:

- erro na aplicação das alíquotas sobre o lucro real declarado; com isso, ao invés de se obter um imposto devido no valor de R\$ 5.270.249,58, foi declarado o valor de R\$ 3.683.174,70;

- as DIRF entregues pelas fontes pagadoras totalizaram receitas financeiras no valor de R\$ 27.638.073,72, enquanto que foram declaradas receitas financeiras no valor de R\$ 11.657.281,52, configurando-se, assim, uma omissão no valor de R\$ 14.127.719,37;

- os rendimentos das operações de *swap* informados no Livro Diário de março de 1999 não foram oferecidos à tributação; dentre estes, apenas um constava em DIRF, configurando-se, assim, uma omissão adicional no valor de R\$ 44.509.015,14.

Esses problemas, contudo, não foram enfrentados, nem na manifestação de inconformidade, nem no recurso voluntário. A empresa preferiu apegar-se ao argumento de que o Fisco não teria direito de rever a apuração efetuada no ano-calendário de 1999 em razão da decadência.

De fato, costuma-se argumentar que a apuração efetuada pelo contribuinte teria que ser aceita sem qualquer contestação por parte do Fisco porque ela só poderia ser recomposta por meio de um lançamento. A verificação do Fisco só seria admissível no nível dos pagamentos (retenções na fonte e estimativas mensais) que eventualmente tivessem reduzido o tributo devido. Segundo os defensores dessa tese, a negativa da restituição/compensação fundamentada em erros no nível da apuração do lucro real ou da base de cálculo da CSLL seria uma forma disfarçada de lançamento.

Entretanto, não há que se confundir a impossibilidade da constituição do crédito tributário por haver decaído o direito de lançar com a possibilidade de verificação das circunstâncias que influenciaram na apuração de um direito creditório pleiteado, ainda que tais elementos estejam vinculados a períodos cujo direito de lançar tenha sido atingido pela decadência. Nesse sentido, por demais esclarecedor, reproduzo trecho de voto já pronunciado neste mesmo Colegiado:

Quando se trata de compensação, não se está a tratar de lançamento, e tampouco é o crédito tributário o foco. Ao contrário, o foco é o crédito que venha a ser alegado pelo sujeito passivo, sendo certo, portanto, que é a este que cabe fazer a prova do seu direito, consoante a regra basilar extraída do Código de Processo Civil, artigo 333, inciso I. Assim, o prazo decadencial apropriado à espécie a ser considerado é, antes de mais nada, o do artigo 168 do CTN, que versa sobre o direito do sujeito passivo de pleitear a restituição do tributo pago a maior ou indevidamente.

Uma vez formalizada em tempo hábil a compensação, deve o sujeito passivo ter instrumentos hábeis a comprovar a regularidade do direito invocado, cabendo ao Fisco verificar a consistência das informações necessárias ao procedimento de homologação da compensação. Aliás, o artigo 170 do CTN é expresso ao atribuir à lei o poder de autorizar a compensação tão somente com créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda pública, e sob as condições e garantias que a própria lei vier a estipular.

Assim, é somente a partir da formalização da compensação que há sentido em se falar em prazo para que a autoridade administrativa se pronuncie acerca do direito alegado. Neste sentido, cumpre observar que o art. 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 10.833/03, veio a suprir lacuna antes existente na legislação, no sentido de que não havia um prazo estabelecido em lei para a análise do pleito. E o prazo que foi estabelecido pela lei para a homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo é de cinco anos, contado da data da entrega da declaração de compensação (art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96).

(Acórdão nº 1102-00.432, Relator: João Otávio Oppermann Thomé, Proferido na Sessão de 25/05/11)

Portanto, o prazo de decadência para se constituir o crédito tributário mediante lançamento é estabelecido no CTN. E isso vale tanto para a hipótese do artigo 150, § 4º (a apuração do crédito tributário estará homologada, como penso, ou o pagamento do crédito tributário estará homologado, como o STJ decidiu em sede de recurso repetitivo no REsp nº 973.333-SC), quanto para a hipótese do artigo 173 (constituição do crédito tributário de ofício pela Fazenda Pública). É de se notar que nessas hipóteses o objeto da norma restringe-se

sempre ao conceito de “crédito tributário”. Ou seja, trata-se de apuração, pagamento ou lançamento de “crédito tributário”.

Por outro lado, o prazo para se verificar a liquidez e certeza do direito creditório invocado num pedido de restituição/compensação está conformado no artigo 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96. Aqui o objeto é outro. A norma trata do prazo de decadência para a homologação da “compensação declarada”.

São prazos independentes que não se comunicam mesmo nas situações em que o Fisco realiza a correta apuração do lucro real ou da base de cálculo da CSLL para fins de verificação do direito creditório consubstanciado por um saldo negativo de IRPJ ou CSLL.

Nem se diga que o Fisco não poderia proceder dessa forma sem a lavratura de auto de infração por causa da alteração legislativa que foi introduzida no PAF (Decreto nº 70.235/72), no § 4º do artigo 9º, pela Lei nº 11.941/09, *verbis*:

Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 4º O disposto no caput deste artigo aplica-se também nas hipóteses em que, constatada infração à legislação tributária, dela não resulte exigência de crédito tributário. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

A modificação legislativa teve apenas o condão de criar uma previsão legal para a autuação das infrações que não resultam em exigência de crédito tributário. Seu objetivo foi bem esclarecido no item 13 da Exposição de Motivos Interministerial nº 161/2008 – MF/MP/MAPA/AGU – apresentada para a Medida Provisória nº 449/2008, que lhe deu origem:

13. O art. 23, por sua vez, altera o Decreto nº 70.235, de 1972, sendo que a alteração do art. 9º do referido Decreto visa possibilitar à Fazenda Nacional, nas hipóteses em que não resulte lançamento de crédito tributário, a formalização de infrações que ensejem a redução de valores a restituir, a compensar ou a deduzir de tributos e a glosa de créditos de tributos não cumulativos, permitindo ao contribuinte exercer plenamente o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Tratou-se, então, de garantir o contraditório e a ampla defesa nas hipóteses em que são constatadas as referidas infrações. Portanto, a finalidade dessa norma deve ser colhida em absoluta consonância com a ideia de se garantir o contencioso administrativo e, sobretudo, com a exigência probatória contida no *caput* do mesmo artigo, qual seja, todos os elementos indispensáveis à comprovação do ilícito. Desde que tais premissas sejam atendidas, não vejo necessidade de se exigir a lavratura de um auto de infração se o mesmo objetivo pode ser atingido com um despacho decisório que pode ser contestado pela via da manifestação de inconformidade.

Ademais, existe ainda uma questão de ordem pragmática que me parece relevante nessa discussão.

Vamos admitir que o contribuinte faça uma retificação de sua apuração, para aumentar seu saldo negativo, e submeta a correspondente declaração de compensação quando decorridos quatro anos e onze meses da ocorrência do fato gerador. Se o Fisco tivesse só um mês para conferir a apuração, é bem possível que isso abriria espaço para a “criação” de créditos fictícios que, uma vez multiplicados, poderiam trazer consequências nefastas para o Erário.

Nesse caso, os defensores da tese da “homologação tácita independentemente da apuração de crédito tributário” propugnam por uma solução jurisprudencial que permita a reabertura do prazo decadencial por causa da retificadora apresentada ao Fisco. Nada obstante, além da falta de previsão legal, em nome da coerência lógica do sistema, haveria que se estender tal entendimento para as situações em que, ao invés de aumento do saldo negativo, a retificadora fosse apresentada no sentido de reduzir o saldo positivo, ou seja, de reduzir o crédito tributário anteriormente constituído. Então, se o pagamento ainda não tivesse sido efetuado, os defensores daquela tese admitiriam também a reabertura do prazo para o Fisco lançar o crédito tributário indevidamente reduzido? Não creio que chegassem a tanto!

Por conseguinte, nada impede que o Fisco perscrute, a qualquer tempo, os elementos formadores de um crédito reclamado por um contribuinte. O limite temporal está fixado no prazo para o contribuinte pleitear seu direito de repetição e, exercendo-o por meio da compensação, no prazo para o Fisco homologar a correspondente declaração. Desde que dentro deste último prazo, o Fisco pode exigir a comprovação dos elementos formadores do crédito indicado.

É claro que a soma desses prazos (de repetição e de homologação) acabará consolidando em dez anos uma determinada apuração de saldo negativo. Assim, por exemplo, se a apuração originalmente efetuada pelo contribuinte no ano-calendário de 2009 resultar em saldo negativo, este poderá ser objeto do direito creditório em uma declaração de compensação até o final do ano-calendário de 2014. O Fisco, por sua vez, terá até o final do ano-calendário de 2019 para confirmar ou recompor a apuração original. Mesmo que esta apuração original tenha deduzido estimativas pagas mediante compensação com crédito referente a saldo negativo anterior (apurado no ano-calendário de 2008, por exemplo), o Fisco não mais poderá visitar a apuração que o acarretou. Isso porque tal compensação já terá sido alcançada pela homologação tácita (que teria ocorrido no final do ano-calendário de 2013).

A possibilidade de o Fisco exigir a comprovação dos elementos formadores do crédito indicado na compensação é confirmada pela aplicação da exegese contida no artigo 37 da Lei nº 9.430/96.

Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.

Com efeito, pleiteada a compensação, esta constitui um fato permutativo entre elementos do patrimônio da pessoa jurídica. Mesmo sujeito à posterior homologação, a teoria contábil exige o lançamento deste fato administrativo quando de sua constituição. Enquanto não decair o direito de o Fisco lançar os créditos tributários referentes ao exercício financeiro em que ocorreu ou deveria ter ocorrido o mencionado lançamento, a pessoa jurídica tem o dever de manter os comprovantes da escrituração dos elementos que repercutiram na criação do crédito alegado na compensação.

Então, uma vez que foi verificado que não existe saldo negativo quando refeita a apuração do ano-calendário a que se refere o imposto retido na fonte objeto do presente processo, é de se concluir que não há direito creditório passível de compensação.

A recorrente, ademais, pretende desvincular sua repetição de indébito do ano-calendário de 1999 e qualificá-la como mero pagamento indevido efetuado em 27/10/2006. Argumenta que a receita proveniente das operações de *swap* havia sido oferecida à tributação na apuração do ajuste daquele ano-calendário sem, contudo, ter havido a dedução do imposto retido na fonte. Outrossim, não teria realizado essa dedução no ano-calendário de 2006. Por isso, teria o direito agora de qualificá-lo como pagamento indevido.

Essa argumentação cai por terra quando se vê que a unidade de origem constatou que os rendimentos das operações de *swap* registrados no próprio Livro Diário da empresa incorporada não foram oferecidos à tributação. Com efeito, os rendimentos de R\$ 19.533.500,94 e R\$ 17.825.013,67, correspondentes aos IRRF de R\$ 3.906.700,18 e R\$ 3.565.002,73 (objetos do presente processo), não foram incluídos no campo apropriado da DIPJ (linha 21 da ficha 07). Neste campo, o valor informado encontra-se “zerado”. Aliás, se somados, superariam em muito a receita financeira que foi declarada no valor de R\$ 11.657.281,52.

Além disso, se é verdade que o Fisco deveria ter lançado o imposto devido decorrente dos rendimentos das operações de *swap* não oferecidas à tributação, com o intuito de prevenir a decadência, é também verdade que a obrigação tributária, uma vez nascida, não deixou de existir pelo simples fato de o correspondente crédito tributário não haver sido constituído. É que o CTN adotou a teoria dualista da obrigação, segundo a qual a obrigação tributária (*Haftung*) não se confunde com o crédito tributário (*Schuld*). Mesmo que a dívida não possa ser executada porque não existe o crédito tributário, ela não perde relevância jurídica e seu eventual pagamento não pode ser considerado enriquecimento ilícito do credor. Assim, se o devedor, voluntariamente, paga a dívida, não terá direito à repetição porque de indébito não se trata (Cf. Luís Eduardo Schoueri, *Direito Tributário*, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp 473 e 474).

Ademais, de modo semelhante ao que essa Turma já se pronunciou quando decidiu pela possibilidade de um pedido de compensação de saldo negativo ser analisado como um pedido de compensação de pagamento indevido por ser esta a verdadeira natureza do direito creditório que se tratava (Cf. *Acórdãos nº 1102-001.124 e 1102-001.125, sessão de 04/06/2014, Relator Conselheiro José Evande Carvalho Araujo*), entendo que a situação inversa deve ser também contemplada. Ou seja, um pedido de compensação apresentado como pagamento indevido deve ser analisado como um pedido de compensação de saldo negativo se esta for a verdadeira natureza do crédito envolvido. E se, nesta hipótese, chegar-se a conclusão de que a obrigação tributária não foi plenamente honrada, não há saldo negativo a repetir.

A recorrente também alega que a autoridade fiscal não forneceu elementos para propiciar a ampla defesa e o contraditório.

Não lhe assiste razão. Nos processos que envolvem restituição ou compensação de tributos, é ônus do sujeito passivo, na condição de autor do feito, provar o direito creditório que alega possuir. Diante da recusa da Administração, é que exsurge o que dispõem os §§ 9º a 11 do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

§ 9º É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

Portanto, as garantias do contraditório e da ampla defesa são exercidas no âmbito do processo tributário administrativo e as diversas normas neste sentido estão regulamentadas no Decreto nº 70.235/72.

Com efeito, a recorrente exerceu esses direitos depois de ser regulamente notificada do Despacho Decisório que decidiu pela não homologação das compensações declaradas ao apresentar sua tempestiva manifestação de inconformidade e, subsequentemente, ao interpor o recurso voluntário. No entanto, em nenhuma dessas oportunidades incumbiu-se de trazer contraprova aos graves problemas apresentados pela autoridade fiscal.

Quanto às demais alegações invocadas na manifestação de inconformidade, considerando que não foram deduzidos novos argumentos no recurso voluntário, reporto-me às razões de decidir proferidas no voto condutor da decisão recorrida, as quais, peço vênias para reproduzir:

Da juntada posterior de documentos

Com relação ao protesto do interessado para juntada posterior de documentos, deve-se esclarecer que o art. 15 c/c o art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/1972 dispõe que a prova documental deverá ser apresentada na manifestação de inconformidade, precluindo o direito de o interessado fazê-lo em outro momento processual, a menos que demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do § 4º do art. 16 (alínea a: impossibilidade de apresentação por motivo de força maior; alínea b: refira-se a fato ou direito superveniente; alínea c: destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos).

Deve-se registrar que, no caso concreto, até o presente momento, não consta que o interessado tenha juntado qualquer documentação em momento posterior à apresentação da manifestação de inconformidade. Se tivesse juntado, teria o ônus de comprovar a ocorrência de uma das condições referidas nas alíneas a, b e c do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, que poderiam justificar a apresentação de documentos *a posteriori*, conforme o disposto no art 16, § 5º do referido diploma legal.

Da perícia

O interessado solicita perícia. Contudo, não preencheu os requisitos formais previstos no art. 16, inciso IV, e § 1º, do Decreto 70.235/1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748/1993.

Ademais, uma perícia só se justifica, quando haja controvérsia que demande um exame técnico especializado, o que, *data venia*, não é o caso do presente processo.

Além disso, deve-se registrar que a documentação contida nos autos é suficiente para formar a convicção do julgador administrativo (art. 29 do Decreto 70.235/1972).

Sendo assim, indefiro a perícia, por desnecessária, nos termos do disposto no art. 18 do Decreto 70.235/1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748/1993.

Da suspensão do crédito tributário

O interessado requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em discussão, tendo em vista o disposto no artigo 74, § 11, da Lei nº 9.430/96 e no artigo 151, inciso III, do CTN.

Quanto a esta questão, cabe reproduzir o art. 151, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN).

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

.....

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;”

Portanto, a exigibilidade do crédito tributário estará suspensa, enquanto não houver decisão definitiva.

- da constituição do crédito tributário por meio de auto de infração ou notificação de lançamento

O interessado alega que, nos termos do art. 142 do CTN e artigos 9º, 10 e 11 do Decreto nº 70.235/1972, o crédito tributário só poderia ser constituído por meio de um auto de infração ou de notificação de lançamento; que a presente cobrança seria nula e deveria ser cancelada, uma vez que o Despacho Decisório não seria a via competente para se formalizar um crédito; cita jurisprudência do Egrégio Conselho de Contribuintes.

Tal alegação não tem fundamento.

(...)

Impende frisar que o presente processo não se trata de constituição de crédito tributário, formalizada por auto de infração ou notificação de lançamento. *In casu*, trata-se de confissão de dívida, já que, de acordo com o § 6º do art. 74 da Lei nº 9.430/1996 com redação dada pelo art. 17 da Medida Provisória nº 135 de 30/10/2003, convertida na Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, “a declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados”. Portanto, os débitos foram confessados pelo interessado na data da apresentação das DCOMPs, não sendo hipótese de lançamento de ofício, não sendo cabível auto de infração ou notificação de lançamento.

(...)

Da multa de mora

A afirmação do interessado, de que não deveria ser cobrada multa de mora, já que os débitos não se encontravam em atraso, não se coaduna com os fatos. Isto porque, em sua maioria, os débitos declarados nas DCOMPs se referem a períodos de apuração de 2006, mas as DCOMPs só foram apresentadas em 02/01/2007. Ou seja, os débitos estavam em atraso. Ademais, as compensações não foram homologadas.

Por sua vez, a alegação de que a aplicação da multa de 20% seria confisco não tem fundamento.

A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, conforme previsto no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal de 1988, restringe-se ao valor do tributo, e não à multa.

Ademais, a aplicação da multa de mora de 20%, para débitos declarados e confessados em DCOMP, mas não pagos, está expressamente prevista em lei.

A seguir, cita-se o art. 61 da Lei nº 9.430/1996:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º *O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.*”

Portanto, é cabível a aplicação de multa de mora de 20% (vinte por cento).

Dos juros de mora – Taxa Selic

O interessado argumenta que a jurisprudência teria reconhecido a inaplicabilidade da taxa SELIC aos créditos tributários, uma vez que a taxa não foi criada por lei para fins tributários.

Entende que, não obstante a posição sumulada pelo extinto E. Primeiro Conselho de Contribuintes, e tendo em vista a possibilidade de a taxa SELIC vir a ser considerada inconstitucional para fins tributários pelo Poder Judiciário, contesta sua aplicação e requer sua desconsideração no cômputo do crédito tributário principal.

Tais alegações não procedem.

Cabe, inicialmente, citar decisão do STJ que reconhece a legalidade da aplicação da taxa Selic, a qual foi extraída do Código Tributário Nacional à luz da jurisprudência – do TRF da 1ª Região, 2004, Brasília (CTN Completo – Internet PDF).

“Ementa: ... II. O art. 161 do CTN, ao estipular que os créditos não pagos no vencimento serão acrescidos de juros de mora calculados à taxa de 1%, ressalva, expressamente ‘se a lei não dispuser de modo diverso’, de modo que, estando a Selic prevista em lei, inexistente ilegalidade na sua aplicação... (STJ. RESp 267788/PR. Rel. Min. João Otávio de Noronha – 2ª Turma – Decisão 01/04/03 DJ de 16/06/03 p. 274)”

Ademais, é importante ressaltar a Posição do STJ a respeito da legalidade da Taxa Selic, extraída do Regulamento do Imposto de Renda 2002 – Anotado e Comentado – Fiscosoft Editora. p. 2.348.

“Posição do STJ

*1 – APLICAÇÃO DA SELIC – 1. Esta Corte pacificou entendimento quanto à **legalidade** da Taxa Selic, a qual contabiliza correção monetária e juros moratórios (precedentes múltiplos. [...] PROCESSO: 2003/00417242 DECISÃO: 04/11/2003 Publicado DJ – 15/12/2003)”. (grifei)*

O art. 61, *caput* e § 3º, c/c art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.430/1996, determina que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, incidirão juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento.

O julgador administrativo está vinculado às leis vigentes no ordenamento jurídico, não podendo delas nunca se afastar (art. 142, § único, CTN).

Cita-se, por fim, 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 do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.”*

Portanto, é cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora com base na Taxa Selic.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro José Evande Carvalho Araujo, Redator Designado

Na sessão de julgamento deste processo, usei divergir do posicionamento do Ilustre Relator no tocante à possibilidade de recolhimento de crédito tributário decaído ser considerado como pagamento indevido, entendimento que prevaleceu pela maioria dos votos da Turma.

Observe-se que os demais fundamentos do voto vencido não serão abordados por este voto vencedor, pois a matéria em discussão é suficiente, por si só, para dar provimento ao recurso voluntário.

Verifica-se que o contribuinte pretende repetir pagamentos de Imposto de Renda Retido da Fonte - IRRF incidente sobre rendimentos auferidos no ano-calendário de 1999 em operações de swap, recolhidos em 27/10/2006. Acrescente-se que, apesar de o contribuinte ter discutido a tributação no Judiciário, o Fisco não efetuou lançamento para prevenir a decadência.

Ora, mesmo se utilizando da regra de decadência do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN, que inicia a contagem do prazo quinquenal a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e se considerando que a restituição se refere ao IRPJ do ano de 1999, com fato gerador em 31/12/1999, o prazo decadencial se iniciaria em 1º/1/2001 e terminaria em 31/12/2005.

Dessa forma, na data dos pagamentos, em 27/10/2006, o crédito tributário já estaria decaído.

O voto vencido entendeu que o pagamento de dívida decaída não poderia ser repetido, pois, mesmo sem a possibilidade de exigência do crédito, a obrigação tributária não deixaria de existir.

Contudo, respeitosamente, penso que tal raciocínio, válido no âmbito do Direito Civil, não se aplica ao Direito Tributário.

O inciso V do art. 156 do CTN inclui a decadência como uma das formas de extinção do crédito tributário.

E o art. 113, § 1º, do mesmo Código determina que a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, e se extingue juntamente com o crédito dela decorrente.

Isto é, apesar de o Código ter adotado a separação entre obrigação e crédito, determinou que a primeira também se extinguisse junto com o crédito dela decorrente.

Dessa forma, com a extinção do crédito tributário pela decadência, extinguiu-se, também, a obrigação tributária a ele relativa. Nesse sentido, no presente caso, não ocorreu o simples pagamento de dívida não exigível, como entendeu o Relator, mas sim de dívida inexistente. Trata-se, assim, de pagamento indevido, restituível nos termos do inciso I, do art. 165, do CTN.

Desse modo, deve ser homologado o pedido de compensação em análise, pois está lastreado em crédito decorrente de pagamento de tributo depois de extinto o direito de a Fazenda Pública constituí-lo.

Foram essas as razões porque a Turma Julgadora, por maioria de votos, entendeu por dar provimento ao recurso voluntário.

Documento assinado digitalmente.

José Evande Carvalho Araujo - Redator Designado