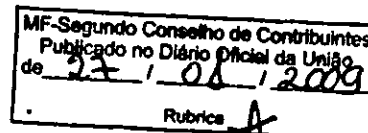




**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo n° 10920.002319/2007-26
Recurso n° 151.007 Voluntário
Matéria MULTA ISOLADA. COMPENSAÇÃO NÃO-DECLARADA.
Acórdão n° 204-03.480
Sessão de 08 de outubro de 2008
Recorrente PLASTIART INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
Recorrida DRJ em CURITIBA-PR

CC02/C04
Fls. 151



ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Data do fato gerador: 15/09/2006, 13/11/2006, 14/11/2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. DESCRIÇÃO DOS FATOS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

Incabível a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa se, conquanto os fatos não estejam perfeitamente descritos no auto de infração, a contribuinte tem ciência também de termo de verificação fiscal em que os fatos estão detalhadamente descritos, com indicação da tipificação legal correspondente.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. MULTA ISOLADA.

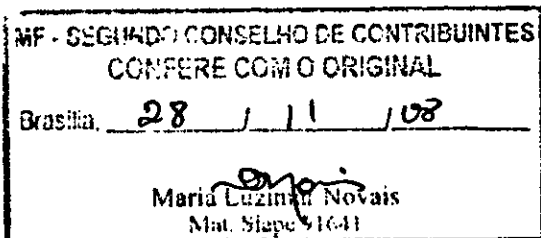
É cabível a exigência de multa isolada incidente sobre o valor dos débitos indevidamente compensados, na hipótese de compensação com créditos decorrentes de ação judicial quando se comprove que, na data da apresentação da declaração de compensação, a contribuinte não possuía a necessária tutela jurisdicional que amparasse a compensação.

FRAUDE. CONFIGURAÇÃO. MULTA EM PERCENTUAL DUPLICADO.

Configura fraude, para fins de aplicação do percentual duplicado da multa isolada, a falsa informação, em declaração de compensação, sobre a existência de decisão judicial que, sabidamente só foi proferida em data posterior à protocolização dessa declaração.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os membros da quarta câmara do segundo conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

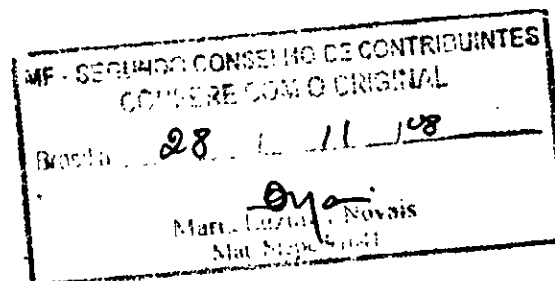

HENRIQUE PINHEIRO TORRES

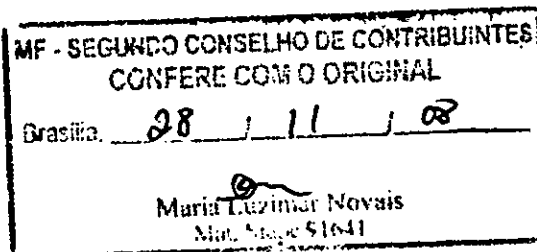
Presidente


SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Nayra Bastos Manatta, Ali Zraik Júnior, Marcos Tranchesi Ortiz e Leonardo Siade Manzan





Relatório

Contra a pessoa jurídica qualificada nos autos deste processo foi lavrado auto de infração para formalizar a exigência da multa isolada prevista no art. 18, § 4º, da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, em virtude de ter a contribuinte, por meio dos processos administrativos nº 13976.000228/2006-18 e nº 13976.000325/2006-19, formulado Pedidos de Restituição e Declaração de Compensação (PER/DCOMP) com créditos decorrentes de ação judicial não-transitada em julgado.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joinville-SC, ao analisar os PER/DCOMP, concluiu que as compensações subsumiam-se ao disposto no art. 74, § 12, inc. II, alínea "d", da Lei nº 9.430, com as alterações promovidas pelas Leis nº 10.833, de 2003, e nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, sendo, pois, consideradas não-declaradas e, por conseguinte, aplicável a multa prescrita no art. 18, § 4º, da Lei nº 10.833, de 2003, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, no percentual duplicado, tendo em vista que a conduta infracionária configuraria fraude, conforme art. 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

A peça fiscal foi impugnada e a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba-PR (DRJ/CTA) julgou o lançamento procedente, nos termos do voto condutor do Acórdão constante das fls. 104 a 117, ensejando a apresentação de recurso voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes para alegar, em preliminar, a nulidade do auto de infração, pois:

I – sua tipificação foi incorreta, obscura e imprecisa, faltando adequação da tipificação aos fatos; e

II – na peça fiscal, houve mera descrição da imposição da multa, sem caracterização objetiva da infringência eventualmente cometida pela contribuinte, o que configura cerceamento do direito de defesa.

No mérito, a recorrente reprisou as alegações da peça impugnatória, que foram assim sintetizadas pelo Relator do processo no colegiado de piso:

(...)

No mérito, alega que o auto de infração deve ser declarado nulo, por já haver pago os débitos autuados, por meio de parcelamento, inclusive com multa e juros de mora, destacando a previsão do art. 156, I, do CTN, bem como faz analogia da hipótese com a disposição do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, para concluir pela impossibilidade jurídica da autuação.

Argúi bis in idem na aplicação da multa isolada, por já haver recolhido os tributos com acréscimos de multa e juros de mora, aduzindo que qualquer sanção fiscal, seja multa moratória, punitiva, indenizatória ou compensatória, implica a aplicação de uma penalidade.

Acerca da decisão judicial do Mandado de Segurança n° 2006.72.01.003418-0, alega que postulou e teve reconhecida, em sentença de mérito, a inconstitucionalidade do § 1° do art. 3° da Lei n° 9.718, de 1998, o direito de recolhimento da Cofins nos termos da Lei Complementar n° 70, de 1991, quanto à base de cálculo, até 01/02/2004, e o direito à compensação dos valores pagos a maior. Defende que a decisão judicial foi outorgada da forma mais abrangente possível e que o direito à compensação não comporta mais contestação em face de decisões semelhantes do Supremo Tribunal Federal, pelo que entende descaber discussão quanto ao mérito do surgimento do crédito. Alega que a atitude do fisco importa afronta ao princípio da estrita legalidade; que o operador da lei deve cingir-se a fazer apenas o que a lei lhe obriga, não lhe sendo dado o direito de estender em prol do poder estatal interpretação que lhe alargue a área de abrangência; e que o art. 1° do Decreto n° 2.347, de 1997, evita que as ações administrativas colidam com as decisões já pacificadas do Poder Judiciário.

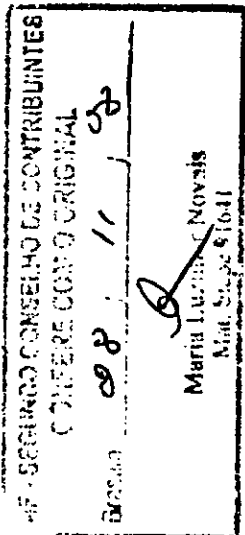
Suscita denúncia espontânea, nos termos do art. 138 do CTN, eis que efetuou o pagamento dos tributos constantes das declarações de compensação, com o intuito de promover a regularização de seus débitos tributários, acarretando a total imunidade a eventuais sanções administrativas e penais, afastando a materialização de qualquer hipótese de fraude tributária. Defende que, com a quitação dos tributos, deixou de existir a tipicidade e antijuridicidade da suposta conduta delituosa, afastando a pretensão punitiva do Estado.

De outra parte argumenta que a multa aplicada não poderia ser exigida, em face da suspensão de exigibilidade de que trata o art. 151, III, do CTN, lembrando que os fatos não ocorreram da maneira narrada na exordial e que efetuou o pagamento com o escopo de regularizar seus débitos.

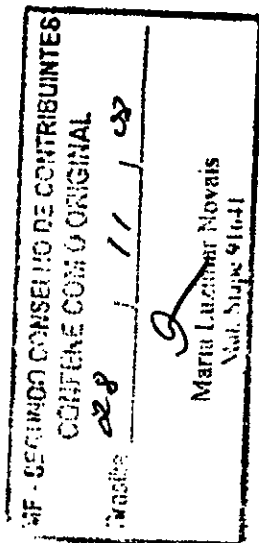
No tocante ao auto de infração, questiona a abrangência do código da operação fiscal, que diz ter sido o relativo a "Fiscalização de Ações Judiciais-Pessoa Jurídica", aduzindo que "a Fazenda Nacional deve efetuar o lançamento de ofício para afastar o instituto da prescrição e da decadência, mas mais certo ainda é o dever inafastável de cumprir o mandamento judicial, ajustando sua decisão com o retrato fiel da situação do contribuinte fiscalizado".

Quanto à acusação de "evidente intuito de fraude", diz-se acobertada por decisão judicial que lhe reconhece o direito à compensação dos valores pagos a maior, devido à inconstitucionalidade do § 1° do art. 3° da Lei n° 9.718, de 1998; e que, embora a decisão judicial tenha reconhecido o direito à compensação, a hipótese não se confunde com a prevista no art. 170-A do CTN, haja vista que somente se declara um direito que já é pré-existente e "teimosamente" negado pela Administração Tributária. Aduz que o "Relatório da Atividade Fiscal" confirma e realça o seu direito quanto aos saldos credores de Cofins, razão pela qual defende que não pode ser aplicada a multa "majorada".

Ainda em relação à multa, alega que os créditos foram apropriados em decorrência de permissivo legal e decisão judicial e de boa-fé, tanto



Handwritten signature and initials at the bottom right of the page.



que antes do início de qualquer procedimento fiscal pagou os tributos em atraso, afastando a possibilidade de sanção; que a imposição de multa sobre os valores discutidos tem a forma de verdadeiro confisco, contrariando o art. 150, IV, da Constituição Federal; que, no presente caso, não há o ilícito correspondente à norma sancionante, por haver compensado o valor total dos créditos de forma legal e em conformidade com decisão judicial que reconhece a ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança da Cofins nos termos da Lei nº 9.718, de 1998; e que as sanções impostas aos administrados devem estar expressamente previstas em lei e devem respeitar a capacidade contributiva do sujeito passivo, levando-se em conta a impossibilidade de enriquecimento sem causa do ente público.

Conclui ser imperiosa a anulação do auto de infração, dado que o seu direito líquido e certo está materializado em face da ilegalidade e abusividade dos atos praticados pela autoridade fiscal, de impor o pagamento de multa motivada pela "eventual compensação equivocada".

(...)

Ao final, solicitou a recorrente a nulidade do auto de infração, em face das razões argüidas em preliminar, ou o cancelamento do auto de infração, por estarem os débitos autuados pagos com os correspondentes acréscimos moratórios ou, ainda, a improcedência do lançamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sílvia de Brito Oliveira, Relatora

Preliminarmente, sobre a nulidade do auto de infração, não vislumbro o alegado cerceamento do direito de defesa, pois a recorrente teve ciência, simultaneamente à ciência do lançamento, do Termo de Verificação Fiscal, às fls. 71 e 72, que detalhadamente descreve os fatos ensejadores da multa isolada de que trata estes autos, assim como o fundamento legal da autuação, não havendo, pois, obscuridade ou imprecisão no relato da situação fática e a correspondente tipificação legal.

Destarte, rejeito a preliminar de nulidade argüida.

Quanto ao mérito, uma vez que a contribuinte não trouxe razões recursais para contestar os fundamentos da decisão recorrida, limitando-se a repetir as razões de defesa da peça impugnatória, adoto os fundamentos daquela decisão, reproduzindo aqui trechos do voto do Relator do colegiado de piso, Heldon José Lobo Teixeira:

(...)

Nesse sentido, não se vislumbra a ocorrência de incorreção, obscuridade ou imprecisão que necessitem ser sanadas, tendo sido, por

meio do auto de infração, proporcionado à contribuinte plenas condições de se determinar diante da exigência fiscal, para o exercício de seu direito de defesa, descabendo a tese de cerceamento.

Note-se, ademais, que, aparentemente, a impugnante, em suas contestações, está se referindo a algum outro procedimento administrativo, eis que cita suposto "Relatório de Atividade Fiscal", que diz ter sido confeccionado "com dois nítidos objetivos, atacar pessoalmente a autuada e seu procurador, bem como justificar a sua desídia, pois levou quase um ano para concluir a fiscalização", alegações totalmente impertinentes ao caso em questão. Igualmente, são estranhas ao presente contencioso as alegações de que a fiscalização teria sido efetuada sob o "código de operação" de "Fiscalização de Ações Judiciais-Pessoa Jurídica".

Como razão de direito, a interessada argumenta que o pagamento dos débitos indevidamente compensados, com multa de mora e juros de mora, teria o condão de afastar a penalidade de que trata o presente processo. Aventa extinção do crédito tributário, analogia com a impossibilidade jurídica, nos moldes da legislação processual civil, bis in idem por haver pago a multa de mora e denúncia espontânea.

A impugnante, como se constata, constrói a tese de que a multa isolada aplicada se confundiria com aquela decorrente da falta de pagamento de tributo ou contribuição, razão pela qual a extinção do crédito tributário pelo pagamento implicaria a perda do seu objeto. Em concomitância, defende que o pagamento geraria denúncia espontânea e que a cobrança da multa isolada incide em bis in idem.

Ocorre, todavia, que o pagamento do tributo ou contribuição, ainda que tenha sido efetuada, mormente após a decisão administrativa que considerou indevida a compensação, não afasta o pressuposto da multa isolada, que não se confunde, em absoluto, com uma penalidade por simples falta de recolhimento.

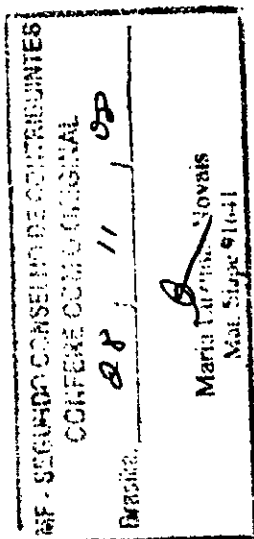
A multa de mora a que se refere a impugnante é decorrente do pagamento fora do prazo de vencimento de tributo ou contribuição, sendo prevista pelo art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, nos seguintes termos:

"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.

(...) (Grifou-se).



Vale dizer, o fato gerador da multa de mora é o não pagamento no prazo de vencimento de tributo ou contribuição devidos e a base de cálculo é o próprio tributo ou contribuição não pagos.

Essa falta de recolhimento, caso apurada em procedimento de ofício, fica sujeita ao lançamento do tributo ou contribuição não pagos, acrescidos de multa de ofício e acréscimos legais. Obviamente, essa multa de ofício proporcional, sim, devida pela falta de recolhimento, seria afastada pelo eventual pagamento espontâneo do débito.

Já a multa isolada de que trata o presente processo não se confunde com a falta de recolhimento, não tendo por fato gerador tal infração. Reporta-se a multa isolada à utilização indevida do instrumento que a lei instituiu para efetuar compensações, em hipótese em que ela é considerada não declarada, nos casos dispostos pelo § 12, II, da Lei nº 9.430, de 1996, tendo por base de cálculo o débito indevidamente compensado (o que inclui eventuais multa e juros também compensados).

O fundamento legal da exigência, o § 4º do art. 18 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, estabeleceu:

"Art. 18. (...) "

(...)

§ 4º Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado, quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicando-se os percentuais previstos:

I - no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

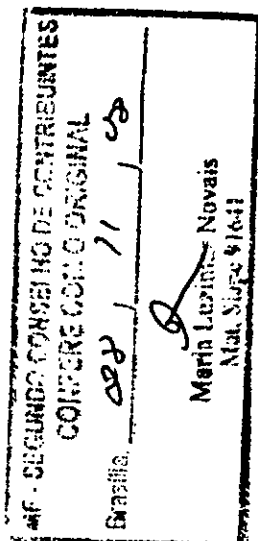
II - no inciso II do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis." (Grifou-se).

Cabe salientar que a modificação dada pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, ao § 4º apenas adequou o seu texto ao também modificado art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996:

"Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 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;



II - de cinquenta por cento, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)

Art. 18. O art. 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

§ 2º A multa isolada a que se refere o caput deste artigo será aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado.

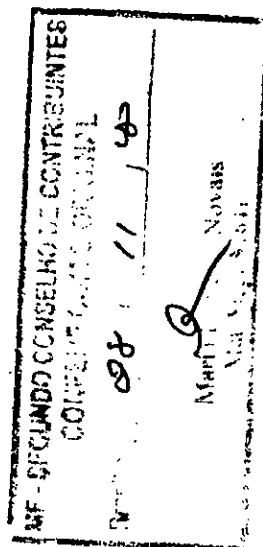
§ 4º Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado, quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, aplicando-se o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430,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

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

(...)'' (Grifou-se).

O fato gerador da multa isolada, por conseguinte, é a compensação ser considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996. Nesse contexto, a eventual circunstância excludente da multa isolada seria a prévia desistência da compensação formulada; o que não ocorreu no caso em questão.

Na regulamentação das disposições relativas às compensações no âmbito da Secretaria da Receita Federal (atualmente Secretaria da



Receita Federal do Brasil), a teor da Instrução Normativa SRF nº 600, de 28 de dezembro de 2005, a desistência de compensação deve ser efetuada mediante pedido de cancelamento, nos seguintes termos:

"Desistência de Pedido de Restituição, de Pedido de Ressarcimento e de Compensação

Art. 62. A desistência do Pedido de Restituição, do Pedido de Ressarcimento ou da compensação poderá ser requerida pelo sujeito passivo mediante a apresentação à SRF do Pedido de Cancelamento gerado a partir do Programa PER/DCOMP ou, na hipótese de utilização de formulário (papel), mediante a apresentação de requerimento à SRF, o qual somente será deferido caso o Pedido de Restituição, o Pedido de Ressarcimento ou a compensação se encontre pendente de decisão administrativa à data da apresentação do Pedido de Cancelamento ou do requerimento.

Parágrafo único. O pedido de cancelamento da Declaração de Compensação será indeferido quando formalizado após intimação para apresentação de documentos comprobatórios da compensação." (Grifou-se).

O princípio que norteia esse dispositivo é o de que, uma vez entregue a declaração de compensação, tendo a autoridade administrativa procedido ou iniciado sua análise, fica a contribuinte submetida aos efeitos de seu ato.

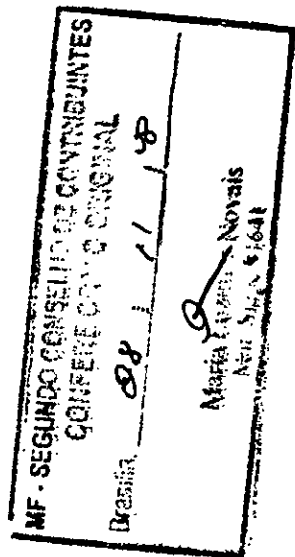
No caso, além de não constar nos autos ter a contribuinte formulado pedido de cancelamento das declarações de compensação protocolizadas, foram expedidos despachos decisórios considerando indevidas as compensações, posto que incidentes em hipótese que a lei determinou que fossem consideradas "não declaradas" (§ 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996).

Veja-se que mesmo havendo pagamentos de débitos, em razão da compensação considerada não declarada, mencionados na impugnação, não suprime a razão da multa isolada, que é o fato de a contribuinte haver intencionado efetuar compensações indevidamente.

A lei instituiu a penalidade consistente na multa isolada exatamente como desestímulo ao uso indevido do instrumento de compensações. Admitir que a contribuinte ficaria impune à penalidade ao pagar os débitos indevidamente compensados significaria fazer da lei letra morta, eis que incentivaria ao uso indiscriminado e indevido da declaração de compensação, sob o único risco de pagar os acréscimos moratórios e apenas no caso de o uso indevido da compensação ser descoberto pela autoridade administrativa, isso no prazo trazido pela legislação, de cinco anos, para, a partir daí, considerar homologada tacitamente a referida compensação.

De qualquer modo, como exposto, o fato gerador da multa de mora, bem como a sua base de cálculo, diferem dos da multa isolada, não havendo conexão entre uma e outra.

Quanto aos pressupostos para a aplicação da multa isolada, não obstante os argumentos contrários da impugnante, encontram-se



[Handwritten signature]

presentes. Conforme já transcrito, a teor do § 4º do art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, com redação da Lei nº 11.196, de 2005, a exigência da multa isolada, sobre o valor total do débito indevidamente compensado, ocorre quando a compensação é considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que são as seguintes:

"§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

I - (...)

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros;

b) refira-se a 'crédito-prêmio' instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969;

c) refira-se a título público;

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF." (Grifou-se)

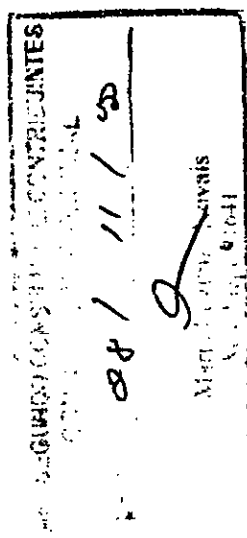
No caso concreto, a contribuinte formulou declarações de compensação, apresentadas em 15/08/2006 (fls. 18 e 46), vinculando os valores dos créditos utilizados a pedidos de restituição, protocolizados em 15/09/2006 (fls. 03 e 29). Para tanto, os supostos créditos foram assim motivados, nos respectivos Pedidos de Restituição:

"2. MOTIVO DO PEDIDO

Conforme medida judicial n 2006.72.01.003418-0 - reconhece a inconstitucionalidade do aumento da alíquota da Cofins de 2% para 3% conforme disposto na Lei 9.718/98, bem como a inconstitucionalidade do aumento da base de cálculo da Cofins de Faturamento para Receita Operacional Bruta." (Destacou-se).

No entanto, em relação ao Mandado de Segurança nº 2006.72.01.003418-0/SC (fls. 57/67), o pedido liminar foi indeferido, em decisão de 11/09/2006; apresentado agravo de instrumento, a decisão agravada foi mantida por despacho do Juiz Federal, em 06/10/2006; no Tribunal Regional Federal, o agravo de instrumento foi convertido em agravo de instrumento retido, em decisão de 04/10/2006; em sentença de primeiro grau, em 27/11/2006, foi acolhido parcialmente o pedido, tendo a decisão recebido o seguinte dispositivo, com destaque para a parte final não transcrita pela impugnante:

"ANTE O EXPOSTO, Acolho a prejudicial de prescrição e, no mérito, ACOLHO PARCIALMENTE O PEDIDO (artigo 269, inciso I, do CPC) para o fim de reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/1998 e, em consequência, reconhecer o direito das impetrantes ao recolhimento da COFINS nos termos da LC nº 70/91, quanto à base de cálculo, até a data em que a Lei nº



10.833/03 passou a produzir efeitos, em 1º de fevereiro de 2004, quando se sujeitarão aos recolhimentos nos termos desta Lei. Outrossim, declaro o direito das impetrantes de compensarem os valores pagos a maior a partir de 08/08/2001 e até o início da vigência da Lei nº 10.833/03, na forma da fundamentação, observado o disposto no art. 170-A do CTN." (Grifou-se)

Da sentença destacam-se os seguintes excertos:

"(...)

No caso em exame, a ação foi ajuizada em 08/08/2006, de sorte que o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos, na forma dos artigos 150, parágrafo 4º, e 168, I, ambos do CTN. Como a impetrante está a pleitear restituição, via compensação, dos recolhimentos efetuados a maior sob a égide da Lei nº 9.718/98, no período de março de 1999 à março de 2004, dever ser acolhida a prejudicial de mérito relativa à prescrição dos recolhimentos anteriores a 08/08/2001.

"(...)

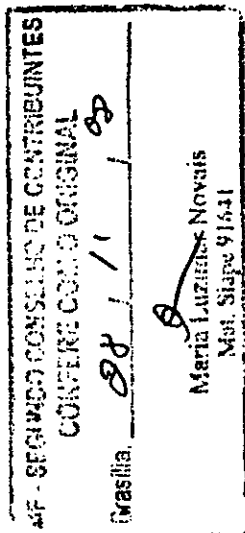
Por outro lado, no que se refere à insurgência das impetrantes relativa à majoração da alíquota da COFINS levada a efeito pelo art. 8º da Lei nº 9.718/96 [sic], fica esclarecido que, exceto quanto à base de cálculo, continuam válidos os demais aspectos da COFINS regulados na Lei nº 9718/1998.

"(...)

Por último, sendo reconhecido o direito à compensação dos créditos recolhidos a maior, esta será possível com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer contribuições arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal (REsp. 496.203/RJ), em observância à nova redação dada ao artigo 74 da Lei n. 9430/96, pela Lei n. 10.637/02, e somente após o trânsito em julgado desta sentença, consoante art. 170-A do CTN, extinguindo-se o crédito sob condição resolutória da ulterior homologação (art. 150, § 1º, CTN)." (Grifou-se)

Verifica-se, de plano, que a contribuinte, quando protocolizou suas declarações de compensação, em 15/08/2006, amparando-se em Pedidos de Restituição protocolados em 15/09/2006, para utilização de pretensos créditos reconhecidos por medida judicial, em verdade, não se encontrava amparada em decisão judicial transitada em julgado. Disso já resultaria presente a hipótese que determina a aplicação de multa isolada objetiva, em face de compensação considerada não declarada, consoante § 4º do art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, combinado com a alínea "d" do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996.

Além de não haver decisão transitada em julgado, a contribuinte sequer se encontrava amparada por sentença que lhe permitisse proceder à compensação que pretendeu efetivar, na forma pleiteada em Pedidos de Restituição. Quando apresentou as declarações de compensação, em 15/08/2006, não havia sido apreciado o pedido de medida liminar, que ocorreu o indeferimento em 11/09/2006, nem



[Handwritten signature]

tampouco havia sentença expedida. Prestou, portanto, informação falsa de que estaria amparada em medida liminar que lhe reconhecia a inconstitucionalidade tanto da majoração de alíquota (2% para 3%) como da ampliação da base de cálculo da contribuição. Ademais, não houve reconhecimento de inconstitucionalidade na majoração da alíquota da Cofins e a determinação da sentença foi expressa no sentido de que a compensação deveria observar o disposto no art. 170-A do CTN, que também veda a compensação antes do trânsito em julgado.

Fica caracterizado, pelo exposto, que a contribuinte, de fato, apresentou declarações de compensação de conteúdo inverídico, com o objetivo de extinguir o crédito tributário e eximir-se do recolhimento dos tributos e contribuições devidos.

Assim, a contribuinte agiu deliberadamente com o objetivo de fraudar o fisco, incidindo na hipótese do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964:

"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." (Grifou-se).

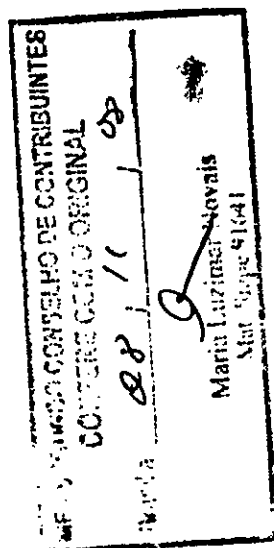
Data do fato gerador: 30/09/2006, 30/11/2006

Não é demais lembrar que fraude é o ardil utilizado por um agente a fim de simular a ocorrência de um fato inexistente ou a dissimulação de suas características, que no caso em tela visou a induzir os agentes do fisco em erro mediante a apresentação de informação de contexto fático irreal.

Presente, portanto, a circunstância que conduz à aplicação da multa isolada qualificada, de 150%, a teor do § 4º do art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003.

Note-se que não vem ao caso a alegação da interessada de que o Supremo Tribunal Federal já teria pacificado a matéria de fundo que lastreia os supostos créditos, eis que não se encontra aqui em análise o mérito do direito de crédito ou de compensação, mas os pressupostos da multa isolada exigida, que, como exposto, encontram-se presentes e relacionados à ação judicial da qual a contribuinte é parte integrante. É de se dizer que não cabe à contribuinte, apenas após ter sido frustrada a sua pretensão de se utilizar indevidamente do mandado de segurança que impetrou, suscitando direito que não lhe havia sido deferido pelo Poder Judiciário, vir alegar outro direito, abstraindo-se da pretensão exercida daquela forma.

Ademais, em relação à compensação, pelo que consta, a própria contribuinte reconheceu terem sido indevidas, na medida em que procedeu ao pagamento dos débitos que havia inserido nas declarações de compensação (fato cujos reflexos já foram estudados no presente voto). Ainda que assim não fosse, esclareça-se que as compensações consideradas não declaradas não comportam o litígio do Decreto nº 70.235, de 1972, por previsão expressa do § 13 do art. 74 da Lei nº



9.430, de 1996, não sendo matéria que competiria a este colegiado conhecer.

No tocante à contestação da multa aplicada sob alegação de ofensa a princípios constitucionais, cabe esclarecer que, sendo as Turmas de Julgamento integrantes de órgãos do Poder Executivo (Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento), não lhes compete apreciar a conformidade de lei validamente editada segundo o processo legislativo constitucionalmente previsto, com preceitos emanados da própria Constituição Federal ou mesmo de outras leis, a ponto de declarar-lhes a nulidade ou inaplicabilidade ao caso expressamente previsto, haja vista tratar-se de matéria reservada, por força de determinação constitucional, ao Poder Judiciário. Compete às Delegacias de Julgamento tão-somente o controle de legalidade dos atos administrativos, consistente em examinar a adequação dos procedimentos fiscais com as normas legais vigentes, zelando, assim, pelo seu fiel cumprimento.

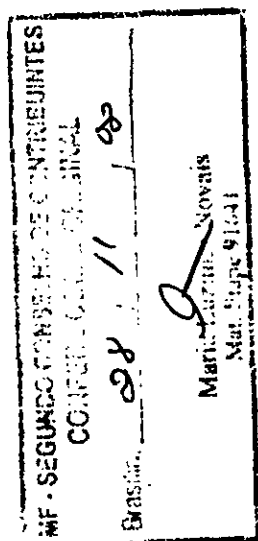
Nesse sentido, o Parecer Normativo CST nº 329, de 1970, da antiga Coordenação do Sistema de Tributação, cita Ruy Barbosa Nogueira (Da interpretação e da aplicação das leis Tributárias – 1965 – pg. 35), em menção a Tito Rezende:

“É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou um decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão.”

Ademais, há que se observar que os princípios constitucionais, enquanto normas programáticas, são dirigidos ao Poder Legislativo, que deve tomar em consideração tais preceitos, quando da feitura das leis, e, como normas proibitivas, está afeita ao controle de constitucionalidade, de competência exclusiva do Poder Judiciário, conforme majoritária doutrina e jurisprudência. Caso se manifestasse a Administração Pública a respeito da constitucionalidade de leis, estaria configurada uma invasão na esfera de competência exclusiva do Poder Judiciário, ferindo assim a independência dos Poderes da República preconizada no art. 2º da Carta Magna.

Uma vez editada a norma legal, o controle de constitucionalidade fica sob o controle jurisdicional, e não administrativo. A este respeito, José Afonso da Silva ensina:

“Milita presunção de validade constitucional em favor de leis e atos normativos do Poder Público, QUE SÓ SE DESFAZ QUANDO INCIDE O MECANISMO DE CONTROLE JURISDICIONAL ESTATUÍDO NA CONSTITUIÇÃO. Essa presunção foi reforçada pela Constituição pelo teor do art. 103, § 3º, que estabeleceu um contraditório no processo de declaração de inconstitucionalidade, em tese, impondo o dever de audiência de Advogado-Geral da União que obrigatoriamente defenderá o ato ou o texto impugnado.” (Grifou-se)



Não se pode querer, pois, que a instância administrativa decida sobre matéria que não é de sua alçada, ferindo e afrontando a Lei Maior.

Considerações sobre a graduação das multas, no caso, não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei, não dando margem a conjecturas atinentes à suposta ofensa, pela norma vigente, a princípios constitucionais. Nesse sentido, qualquer pedido ou alegação que ultrapasse a análise de conformidade do ato administrativo de lançamento com as normas legais vigentes, em franca ofensa à vinculação a que se encontra submetida a instância administrativa (art. 142, parágrafo único, do CTN), somente podem ser reconhecidos pela via competente, o Poder Judiciário.

Desse modo, em âmbito administrativo, incabível o reconhecimento de invalidade de norma legal.

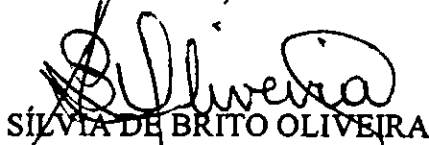
Em relação à alegação de suspensão de exigibilidade, a teor do art. 151, III, do CTN, que a impugnante aparentemente associa à própria impugnação apresentada, decorre da lei, tendo seus efeitos independentemente de pronunciamento da autoridade administrativa de julgamento.

No tocante à produção de provas, o § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, acrescido pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, estabelece que o momento oportuno é o da impugnação, precluindo o direito de a interessada fazê-lo em outra ocasião, ressalvada a impossibilidade por motivo de força maior, quando se refira a fato ou direito superveniente ou no caso de contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(...)

Diante disso, pelas mesmas razões de decidir da instância recorrida, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 08 de outubro de 2008


SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA

