Processo nº : 11020.003478/2002-40
Recurso nº : 134.965
Acórdão nº : 204-02.175

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 16 / 07 / 07
Rubrica

Recorrente : ZULMAR NEVES ADVOCACIA S/C
Recorrida : DRJ em Porto Alegre - RS

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02 / 07 / 07
Maria Luzimar Novais
Mat. Siape 91641

COFINS. COMPENSAÇÃO – É ônus do contribuinte comprovar através de documentos a compensação a que diz ter direito, não o fazendo torna-se obrigatório o lançamento do tributo não recolhido a teor do que prescreve o art. 142 do CTN.

BASE LEGAL ESTRANHA AO LANÇAMENTO. ACORDAO RECORRIDO. SUBSTITUIÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. MULTA DE MORA. O julgador administrativo deve ficar adstrito ao embasamento legal descrito no auto de infração. Não cabe ao aplicador da lei alterar a disposição legal infringida e a penalidade aplicável para substituir a multa de ofício pela multa de mora.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ZULMAR NEVES ADVOCACIA S/C.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para afastar a multa de mora, nos termos do voto do Relator.**

Sala das Sessões, em 27 de fevereiro de 2007.

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Rodrigo Bernardes de Carvalho
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Nayra Bastos Manatta, Júlio César Alves Ramos, Leonardo Siade Manzan e Flávio de Sá Munhoz.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02 / 07 / 07
Maria Luzimar Novais
Mat. Siape 91641

Processo nº : 11020.003478/2002-40
Recurso nº : 134.965
Acórdão nº : 204-02.175

Recorrente : **ZULMAR NEVES ADVOCACIA S/C**

RELATÓRIO

Com vistas a uma apresentação abrangente e sistemática do presente feito, sirvo-me do relatório contido na decisão recorrida de fls. 79/83:

Contra a contribuinte foi lavrado o Auto de Infração de fls. 22/23, originado de realização de Auditoria interna na DCTF dos terceiro e quarto trimestres de 1997, na qual foi constatada a seguinte situação, explicitada nos anexos do auto de infração:

***período de apuração de julho a setembro de 1997 declarados como extintos por compensação com DARF** e sem processo. A motivação do lançamento foi de que os pagamentos nomeados, cujos créditos teriam se oposto aos débitos (Cofins dos períodos de apuração de fevereiro a maio e agosto de 1996), não foram localizados. Pro este motivo, tais valores foram objeto de presente lançamento, sobre os quais recaio a cobrança de juros de mora e de multa de ofício de 75%;*

período de apuração de outubro de 1997 foi realizado com atraso, sem pagamento de juros e de multa de mora. Os juros devidos e a multa de ofício isolada, constam do lançamento, esta última de acordo com o disposto no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

2. De acordo com o encaminhamento da DRF em Caxias do Sul (fl. 51), ante a tempestividade da impugnação apresentada, cabe a esta DRF apreciá-la.

3. Verifica-se que a contribuinte alega preliminarmente a nulidade do auto de infração, por não apresentar os requisitos mínimos para sai validade e eficácia, contrariando o disposto no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, já que, descrição dos fatos e enquadramento legal, não encontrou referência alguma, bem como nenhuma especificação dos fatos e muito menos o enquadramento legal. Assim, argumenta não ter compreendido qual a infração cometida. Desta forma, considera tolhido o seu direito de defesa. Quanto ao mérito, após enuciar de forma correta do que se tratava o lançamento dos valores de julho a setembro, presta informações sobre a compensação que alega ter efetivado com pagamentos da mesma contribuição, efetivados relativamente aos períodos de apuração de fevereiro a junho e agosto de 1996. Deixa de se pronunciar relativamente aos valores dos juros e da multa isolada incidentes sobre o pagamento da Cofins do mês de outubro de 1997, efetivado com atraso e sem os acréscimos da mora. Não junta qualquer comprovação das alegações acerca do mérito.

4. Realizou-se pesquisa nos Sistemas da Secretaria da Receita Federal (fls. 52/78) sobre a situação da contribuinte relativamente à Cofins dos períodos de

apuração nos quais alega se originarem os créditos utilizados para fins da compensação com os débitos lançados no presente. Nesta pesquisa constam os pagamentos realizados, a inexistência de saldo após sua alocação para o período e as DCTF's daqueles períodos (originais e retificadoras).

A 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre mediante a prolação do Acórdão DRJ/POA nº 7.368, de 19 de janeiro de 2006 julgou procedente o lançamento, em acórdão assim ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/07/1997 a 30/09/1997

Ementa: NULIDADE – Inexistência de nulidade pela presença, no lançamento, dos elementos essenciais elencados no Processo Administrativo Fiscal.

FALTA DE COPROVAÇÃO – Na impugnação deverão ser apresentados todos os elementos que comprovem as alegações. Na falta destes, é de ser mantido o lançamento, mormente quando comprovado pelos fatos recolhidos nos sistemas da SRF.

MULTA DE OFÍCIO – RETROAÇÃO BENIGNA – MULTA DE MORA – Multa de ofício transformada em multa de mora pelo advento de norma tributária com aplicação retroativa nos termos do art. 106, inciso II, alínea do CTN.

Lançamento Procedente em Parte

Irresignado com a decisão *retro*, a contribuinte protocolizou recurso voluntário oportunidade em que afirma ter compensado os débitos lançados no presente auto de infração com créditos oriundos de recolhimento indevido da Cofins.

Insurge-se também contra a aplicação retroativa da Lei nº 11.501/99 que determinou a substituição da multa de ofício pela multa de mora no percentual de 20% nos casos onde não for comprovado o evidente intuito de fraude, o dolo ou a simulação.

Foi efetuado arrolamento para garantir o seguimento do recurso (fls. 96) nos termos do art. 32 da Lei nº 10.522/2002.

É o relatório.

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO

O recurso atende aos requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Como relatado, contra o sujeito passivo, ora recorrente foi lavrado o presente auto de infração relativo à falta de recolhimento da Cofins nos períodos compreendidos entre 07/97 e 09/97.

A recorrente em momento algum contestou os valores de Cofins lançados de ofício, restringindo seu recurso voluntário à alegação de havê-los compensado com a própria Cofins que supostamente pagou indevidamente.

Alega que a fiscalização se equivocou, pois os valores lançados foram compensados com créditos de Cofins. Tais créditos seriam oriundos de pagamentos indevidos realizados nos períodos de janeiro a agosto de 1996, enquanto ainda vigorava a isenção concedida às sociedades civis prestadoras de serviços profissionais.

Todavia, compulsando os autos não se verifica qualquer registro contábil da alegada compensação, mesmo em grau de recurso a contribuinte não faz prova do seu suposto direito juntando apenas (fl. 95) a cópia da certidão (não autenticada) de objeto e pé do mencionado processo judicial onde se discutiu a isenção da Cofins para aquelas sociedades.

Ora, apesar da compensação ser um direito discricionário, a contribuinte deve exercê-lo dentro das condições previstas na legislação que disciplina a matéria.

De acordo com o art. 170 do CTN a compensação será efetuada "nas condições" que a lei estipular. Nesta esteira foi editada a Lei nº 9.430/1996, que estabeleceu:

> *"Art. 73. Para efeito do disposto no artigo 7º do Decreto-lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal, observado o seguinte:*
>
> *I - o valor bruto da restituição ou do ressarcimento será debitado à conta do tributo ou da contribuição a que se referir;*
>
> *II - a parcela utilizada para a quitação de débitos do contribuinte ou responsável será creditada à conta do respectivo tributo ou da respectiva contribuição.*
>
> *Art. 74. 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 a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração."*

Nesta mesma esteira foi editado o Decreto nº 2.138, de 29 de janeiro de 1997, que detalhou a matéria em seu art. 1º:

"Art. 1º É admitida a compensação de créditos do sujeito passivo perante a Secretaria da Receita Federal, decorrentes de restituição ou ressarcimento, com seus débitos tributários relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da mesma Secretaria, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional.

*Parágrafo único. A compensação será efetuada pela Secretaria da Receita Federal, **a requerimento do contribuinte** ou de ofício, mediante procedimento interno, observado o disposto neste Decreto.*

Portanto, a compensação efetuada por conta própria não tem o condão de extinguir o crédito tributário, uma vez que este somente se extingue com o deferimento ou homologação por parte da autoridade competente do pedido de compensação efetuado junto à Secretaria da Receita Federal.

Esclareça-se que neste julgamento não se esta negando o direito aos créditos do recorrente, mas tão somente afirmando que para que se realize a compensação com eventuais débitos devem ser seguidos os preceitos estabelecidos pela legislação vigente.

Melhor sorte assiste à recorrente quando contesta a substituição da multa de ofício pela multa de mora pelo acórdão recorrido.

Neste ponto, peço vênia para transcrever e adotar como razões de decidir a declaração de voto da Ilustre Conselheira Maria Tereza Martinez Lopez que bem enfrentou a matéria:

A discordância recai tão somente quanto à "exigência" da multa de mora. Em apertada síntese e fundamentalmente nas seguintes razões:

- a um, não cabe a este órgão julgador manifestar-se sobre penalidade (multa de mora) que não esteja em discussão no lançamento. A matéria é assim estranha ao auto de infração;

*- a dois, a discussão sobre a multa de mora (20%) somente seria possível se tivesse sido exigido desde o início em lançamento por meio de "amortização proporcional" admitida pelo Código Tributário Nacional (Parecer PGFN/CDA nº 1936/2005). Nesse sentido há de se lembrar o disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72 (PAF) ao dispor que o auto de infração será lavrado por servidor competente e conterá obrigatoriamente a disposição legal infringida **e a penalidade aplicável** ou a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 dias.*

*- a três, não cabe a este órgão Colegiado a função de "impor" penalidade. Uma situação é a da redução da multa de ofício quando lançada; outra é a de transmudar a natureza de multa de ofício para a de mora, onde **a disposição legal infringida e a penalidade aplicável** são totalmente distintas; Aliás, o que permite distinguir o lançamento dos demais atos tributários é precisamente a natureza do direito que é objeto da declaração decorrente da aplicação da norma tributária material ao caso concreto. Mesmo porque, ao excluir a multa e "impor" outra, teríamos um agravamento, na acepção do Decreto nº*

70.235/72 (art. 18, § 3º) e comentários de Luiz Henrique Barros de Arruda, em Processo Administrativo Fiscal, Ed. Res. Tributária – SP, 1994, assim justificado "O termo agravar, na acepção do Decreto nº 70.235/72, não significa apenas tornar a exigência mais onerosa, mas compreende também modificar os argumentos que a suportam ou seus fundamentos ...".

(...)

Enfim, por todos os motivos acima expostos, registro o meu entendimento de ser contrário a "exigência" de multa de mora, no lugar da multa de ofício, na forma como observado pelo ilustre e competente Conselheiro.

(Acórdão 203-10-678)

Diante dos motivos acima expostos, dou provimento parcial ao recurso para excluir a aplicação da multa.

Sala das Sessões, em 27 de fevereiro de 2007.

RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO