



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

Processo nº	16327.000190/2011-83
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	3302-002.768 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	12 de novembro de 2014
Matéria	COFINS - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Recorrente	BANCO BRADESCO S/A
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/2001 a 31/12/2005

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO. FATOS E FUNDAMENTOS. CONDIÇÃO.

Na ação civil, regra geral, a lide se estabelece em relação aos fatos descritos e juridicamente fundamentados na petição inicial e o pedido está relacionado a esses fatos descritos (art. 282, III e IV, do CPC).

PROCESSUAL CIVIL. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. EFEITO SUBSTITUTIVO.

Naquilo que foi objeto de recurso, a decisão de segundo grau substitui integralmente a decisão recorrida.

BASE DE CÁLCULO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

As receitas operacionais decorrentes das atividades do setor financeiro (serviços bancários e intermediação financeira) estão incluídas no conceito de faturamento/receita bruta, a que se refere a Lei Complementar nº 70/91, não tendo sido afetado pela alteração no conceito de faturamento, promovida pela Lei nº 9.718/98.

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ISOLADA. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA

A aplicação da multa isolada de 50% calculada sobre o valor do crédito objeto de compensação não homologada

encontra-se expressamente prevista na legislação que rege a matéria, sendo defeso ao órgão de julgamento administrativo afastá-la.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. O conselheiro Gileno Gurjão Barreto acompanhou o relator pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 17/11/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Fabiola Cassiano Keramidas, Paulo Guilherme Déroulède, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata o presente processo de Pedido de Restituição / Declaração de Compensação, transmitido no dia 31/08/2011, no qual o contribuinte informa possuir créditos habilitados de COFINS (PA 02/2001 a 12/2005), decorrente de decisão judicial transitada em julgado. Posteriormente, apresenta 05 (cinco) declarações de compensação vinculadas ao referido crédito. Trata, também, o processo de auto de infração de multa isolada, lavrada com fulcro no art. 74, §§17 e 15, da Lei nº 9.430/96, introduzidos pelo art. 62 da Lei nº 12.249/2010.

Por exprimir com propriedade os fatos, adoto o relatório do acórdão recorrido, prolatado pela DRJ de São Paulo – SP, abaixo reproduzido.

1. DAS COMPENSAÇÕES

[...]

Segue, abaixo, breve relato do curso da ação judicial (cópias das peças às fls. 29 a 261):

Em 15/02/2006, a contribuinte em epígrafe, em conjunto com outros litisconsortes do grupo Bradesco, ajuizou a ação ordinária nº 2006.61.00.003422-0, distribuída à 21ª Vara Cível da Justiça Federal em São Paulo, na qual questiona a base de cálculo da Cofins prevista no art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Na petição inicial (fls. 29 a 48), o pedido foi assim formulado:

"Diante do exposto e tudo o mais que dos autos consta, requerem as Autoras seja julgada procedente a presente ação para o fim de:

a) declarar a inexistência de relação jurídica que tenha por objeto o direito da Ré de exigir das Autoras e/ou suas incorporadas, conforme indicado no primeiro parágrafo desta inicial, o recolhimento da COFINS, relativamente aos meses de competência de janeiro de 2001 a dezembro de 2005, de acordo com a base de cálculo instituída pela Lei nº 9.718/98, e por consequência reconhecer como indevidos os pagamentos realizados a este título, conforme comprovantes anexos, naquilo que excederem ao que seria devido sobre o seu efetivo faturamento ('receita bruta da venda de mercadoria e de prestação de serviços', conforme artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, à qual se reportam os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.718/98), neste conceito portanto não se enquadrando quaisquer outras receitas de natureza diversa, tais como as provenientes de locação de imóveis, receitas financeiras, etc;

b) reconhecer o direito das Autoras de, nos termos dos artigos 165 e 170 do CTN, 66, 'caput' e parágrafo 2º da Lei 8.383/91 e 74 da Lei 9.430/96, à sua opção, compensar ou ter restituídos os montantes indevidamente recolhidos conforme reconhecido no item 'a' supra, condenando-se a Ré, conforme o caso, a aceitar referida compensação para todos os fins de direito com débitos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal ou a restituir os valores em questão, num e noutro caso com os acréscimos legais cabíveis;"

Em 30/05/2006, a União apresentou contestação (fls. 49 a 75), na qual defende a constitucionalidade das alterações da base de cálculo da Cofins promovidas pela Lei nº 9.718/98.

Em 13/07/2006, foi proferida sentença com o seguinte dispositivo (fls. 76 a 81):

"ISTO POSTO e considerando tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para o fim de declarar a inexistência de relação jurídica tributária relativamente ao recolhimento da COFINS nos termos da ampliação da base de cálculo determinada pela Lei 9.718/98, bem como para declarar compensáveis, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, os valores indevidamente recolhidos a este título, relativamente aos meses de competência de janeiro de 2001 a dezembro de 2005, aplicando-se os mesmos índices de correção monetária dos créditos tributários da UNIÃO FEDERAL." (destaques do original)

Em relação à sentença, as autoras opuseram embargos de declaração (fls. 83 a 87) com o seguinte pedido:

"Ante o exposto, e nos termos do artigo 535, II do CPC, pedem e esperam as Embargantes, respeitosamente, que se digne V. Exa. acolher os presentes embargos para o fim de que, sanando-se as omissões apontadas: (1) quanto ao item "a" do pedido, seja esclarecido que a ação foi julgada procedente nos termos do pedido formulado; e (2) quanto ao item "b" do pedido, seja explicitado que a restituição dos valores pagos indevidamente poderá se dar não só mediante compensação, mas também mediante restituição em espécie, à opção das Autoras."

Em 14/08/2006, foi proferida decisão que acolheu os embargos "tão somente para explicitar que a procedência da ação implicou o acolhimento dos pedidos formulados" (fls. 88).

Em 08/01/2007, a União apresentou o recurso de apelação (fls. 89 a 115) e, em 14/05/2007, as autoras apresentaram as contra-razões ao recurso de apelação interposto pela União (fls. 116 a 152).

Em 29/08/2007, o Tribunal Regional Federal da 3^a Região deu provimento parcial à apelação e à remessa oficial (fls. 153 a 163). A ementa do acórdão é transcrita a seguir:

"TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI 9.718/98. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO. CRITÉRIOS.

1. A matéria posta em discussão já mereceu apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 357.950/RS, 390.840/MG e 358.273/RS, nos quais foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

2. A prescrição para restituição de indébitos é quinquenal.

3. As parcelas podem ser compensadas, por iniciativa do contribuinte, somente com débitos da própria COFINS, nos termos da Lei 8.383/91.

4. Esta Turma não aplica à espécie a Lei 9.430/96, inclusive com a alteração promovida pela Lei 10.637/2002, sob o fundamento (i) da inaplicabilidade do direito superveniente e (ii) tendo em vista que a opção pelo pedido de compensação na via judicial exclui o direito previsto na Lei 9.430/96 restrito à via administrativa.

5. Incidirá a taxa SELIC, por força do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, que determina sua aplicação à compensação tributária e que é, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo, índice de correção monetária e de juros de mora.

6. Apelação e remessa oficial providas em parte."

Em relação a esse acórdão, as autoras opuseram embargos de declaração, relativamente às restrições à compensação e aos critérios de atualização monetária (fls. 178 a 188)

Em 14/11/2007, o TRF/3^a Região acolheu parcialmente os embargos (fls. 189 a 198), tendo proferido acórdão com a seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. HIPÓTESE AFASTADA. OBSCURIDADE. ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO.

1. Por meio do acórdão embargado, foi reconhecido um indébito (quanto à alteração promovida pela Lei 9.718/98 na base de cálculo da COFINS) a partir de 16 de fevereiro de 2001 – já que, antes dessa data, houve prescrição – que deve ser atualizado pela taxa SELIC (que já é índice de correção monetária e de juros de mora), restando para apreciação da Administração apenas a análise da possibilidade de o indébito ser compensado com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, diversos da COFINS.

2. Em relação às demais questões, as embargantes pretendem atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração, o que é inadmissível, devendo a parte valer-se do recurso cabível para lograr tal intento (TRF 3^a Região, Embargos de Declaração em REO n. 93.03.016225-0, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 02/10/1996, v.u., DJ 23/10/1996).

3. Embargos de declaração conhecidos e parcialmente acolhidos."

A União apresentou recurso extraordinário (fls. 165 a 177), em relação ao qual as autoras apresentaram contra-razões (fls. 223 a 248).

Por sua vez, as autoras apresentaram recurso especial, com o seguinte pedido (fls. 199 a 222):

"Diante do exposto, demonstrada a violação aos preceitos legais supra elencados, bem como a divergência com a orientação já manifestada por este E. Superior Tribunal de Justiça, pedem e esperam as Recorrentes seja recebido e provido o presente recurso especial pelos fundamentos das alíneas "a" e "c" do art. 105, III da Carta Magna, para o fim de ser parcialmente reformado o v. acórdão recorrido, na parte em que lhes foi desfavorável, a fim de que (i) seja reconhecido que eventual prescrição só atingiria as parcelas recolhidas antes de 15 de fevereiro de 2001 (cinco anos anteriores à propositura da ação, ocorrida em 15/02/2006), bem como (ii) seja desde logo estabelecido que vindo as Autoras a optar, na fase de execução do julgado, pela restituição do indébito em espécie, deverá o mesmo ser igualmente corrigido pela taxa Selic "calculada a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada", nos termos do artigo 39, parágrafo 4º da Lei nº 9.250/95, com o que far-se-á "in casu" a mais lídima JUSTIÇA!"

O recurso extraordinário interposto pela União não foi admitido e o recurso especial interposto pelas autoras foi admitido (fls. 249 a 252).

Porém, antes da manifestação do Superior Tribunal de Justiça, as autoras formalizaram pedido de desistência do recurso especial (fls. 254), homologado em 15/10/2008 (fls. 255).

A decisão judicial transitou em julgado em 12/11/2008 (fls. 256).

Posteriormente, em 13/05/2011, as autoras renunciaram expressamente à execução do título judicial, em atendimento ao disposto no art. 70, §2º, da Instrução Normativa RFB nº 900/2008 (fls. 257), tendo sido o pedido deferido pelo juiz em 13/06/2011 (fls. 258 e 259).

Em 30/06/2011, nos termos do art. 71 da mesma IN RFB nº 900/2008, a contribuinte em epígrafe apresentou o "Pedido de Habilitação de Crédito Reconhecido por Decisão Judicial Transitada em Julgado", que deu origem ao processo administrativo nº 16327.720741/2011-29.

Tal pedido de habilitação foi deferido em 04/08/2011 pela Deinf/SPO/Diort (fls. 262 a 265):

"Em razão do exposto, tendo sido atendidos todos os requisitos dos artigos 70 e 71 da IN RFB nº 900/2008, proponho o DEFERIMENTO do pedido de habilitação de crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado (ação ordinária nº 2006.61.00.003422-0), o que NÃO IMPLICA a homologação da compensação ou o deferimento do pedido de restituição ou resarcimento, nos termos em que foi peticionado, às fls. 02 e 03 do presente processo.

(...)

Pelo exposto, no exercício da competência delegada atribuída pela Portaria DEINF/SP nº 141 de 23/12/2009, DEFIRO O PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO RECONHECIDO POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO de fls. 01 e 25/26 do presente processo."

Face ao deferimento do pedido de habilitação, a contribuinte apresentou os PER/DCOMP objetos do presente processo administrativo.

1.1. Do despacho decisório

As compensações discriminadas no início deste relatório foram apreciadas pela Deinf/SPO/Diort, que proferiu o despacho decisório de fls. 378 a 398.

De início, a autoridade *a quo* faz um breve relato do andamento da ação ordinária nº 2006.61.00.003422-0.

Em seguida, informa que formulou consulta à Procuradoria da Fazenda Nacional, face à incerteza quanto aos limites e efeitos da coisa julgada material formada nos autos da referida ação judicial (fls. 266 a 278).

A autoridade *a quo* ressalta que a solução de consulta não vincula sua decisão, servindo apenas como orientação. Acrescenta que, na solução de consulta, a PFN concluiu que a decisão judicial transitada em julgado não determinou a exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da Cofins (fls. 279 a 308).

A Deinf/SPO/Diort alega que a decisão judicial que transitou em julgado foi o acórdão proferido pelo TRF/3^a Região, que reconheceu a constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 em conformidade com decisão do Pleno do STF. Sustenta que tal decisão substituiu integralmente a sentença, nos termos do disposto no art. 512 do Código de Processo Civil, visto que o recurso de apelação interposto pela União pleiteou sua reforma integral.

Alega que a decisão judicial transitada em julgado assegurou à contribuinte o direito de apurar a Cofins com base na receita bruta, como definida pela Lei Complementar nº 70/91, incluindo-se as receitas decorrentes das atividades de intermediação financeira e de aplicação de recursos próprios e de terceiros, posto que pertinentes às atividades típicas da pessoa jurídica, conforme entendimento firmado no Parecer PGFN/CAT/Nº 2773/2007.

A autoridade *a quo* também sustenta que a receita de intermediação financeira - ganho decorrente da diferença entre remuneração paga pelos tomadores de recursos e o custo de sua captação – caracteriza-se como receita operacional típica e exclusiva das instituições financeiras, não se confundindo com outras receitas financeiras provenientes da aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros.

Alega a Deinf/SPO/Diort que, no presente caso, a base de cálculo da Cofins deve ser a receita bruta proveniente das atividades operacionais desenvolvidas pela contribuinte nos termos do objeto social, excluindo-se apenas as receitas não-operacionais.

Acrescenta que foi determinada a realização de diligência a fim de se determinar o valor do indébito da Cofins do período de fevereiro/2001 a dezembro/2005, tendo a fiscalização concluído pela existência de direito creditório no montante de R\$4.955.008,14, conforme relatório de fls. 356 a 360.

Ante o exposto, a Deinf/SPO decidiu:

i) pelo reconhecimento do direito creditório de Cofins referente aos períodos de apuração de fevereiro/2001 a dezembro/2005 no montante original de R\$4.995.008,14;

ii) face à insuficiência do crédito, pela homologação parcial da compensação declarada na DCOMP nº 17649.74571.310811.1.3.57-7279 e pela não homologação das compensações declaradas nas DCOMP de números 00564.88884.190911.1.3.57-5788, 18798.38284.270911.1.3.57-3784, 28212.51974.201011.1.3.57-6374,

23102.87463.171111.1.3.57-0560 e 06985.73203.291111.1.3.57-4450, com o prosseguimento da cobrança dos débitos cujas compensações não foram homologadas.

1.2. Da manifestação de inconformidade

Cientificada do despacho decisório em 14/12/2011 (fls. 399), a contribuinte apresentou, em 13/01/2012, a manifestação de inconformidade de fls. 481 a 535, acompanhada dos documentos de fls. 536 a 689, com os argumentos sintetizados a seguir.

De início, ressalta a tempestividade da manifestação de inconformidade.

A requerente alega que a inclusão ou não das receitas financeiras na base de cálculo da Cofins foi objeto da lide, tendo havido efetiva controvérsia a esse respeito. Nesse sentido, cita trechos da petição inicial e da contestação da União:

Petição inicial (fls. 47):

“Diante do exposto e tudo o mais que dos autos consta, requerem as Autoras seja julgada procedente a presente ação para o fim de:

a) declarar a inexistência de relação jurídica que tenha por objeto o direito da Ré de exigir das Autoras e/ou suas incorporadas, conforme indicado no primeiro parágrafo desta inicial, o recolhimento da COFINS, relativamente aos meses de competência de janeiro de 2001 a dezembro de 2005, de acordo com a base de cálculo instituída pela Lei nº 9.718/98, e por consequência reconhecer como indevidos os pagamentos realizados a este título, conforme comprovantes anexos, naquilo que excederem ao que seria devido sobre o seu efetivo faturamento (‘receita bruta da venda de mercadoria e de prestação de serviços’, conforme artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, à qual se reportam os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.718/98), neste conceito portanto não se enquadrando quaisquer outras receitas de natureza diversa, tais como as provenientes de locação de imóveis, receitas financeiras, etc;”

Contestação (fls. 55):

“Como é sabido de todos, as receitas financeiras integram a receita operacional da pessoa jurídica.

No caso das instituições financeiras e das seguradoras, apenas a título de exemplo, são as receitas financeiras que compõem a maior parte da receita operacional.

Está demonstrado, então, que a inclusão das receitas financeiras no conceito de faturamento ou receita bruta não é inédita no direito brasileiro. O DL nº 2.397/87, no seu art. 22, já o havia feito.”

Alega a requerente que a sentença julgou procedente a ação, declarando a “inexistência de relação jurídica tributária relativamente ao recolhimento da COFINS nos termos da ampliação da base de cálculo determinada pela Lei nº 9.718/98.”

Sustenta que foram opostos embargos de declaração, nos quais requereu-se esclarecer se a ação foi julgada procedente nos termos formulados no item “a” do pedido.

Informa que os embargos foram integralmente acolhidos para explicitar que a procedência da ação implicou o acolhimento dos pedidos formulados.

Assim, conclui a requerente que a sentença expressamente excluiu as receitas financeiras da base de cálculo da Cofins.

A requerente ressalta que a questão das receitas financeiras foi expressamente abordada pela União no recurso de apelação e também nas contra-razões apresentadas pelas autoras.

Por sua vez, o TRF/3^a Região proferiu acórdão com a seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI 9.718/98. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO. CRITÉRIOS.

1. A matéria posta em discussão já mereceu apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários 357.950/RS, 390.840/MG e 358.273/RS, nos quais foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98.

2. A prescrição para restituição de indébitos é quinquenal.

3. As parcelas podem ser compensadas, por iniciativa do contribuinte, somente com débitos da própria COFINS, nos termos da Lei 8.383/91.

4. Esta Turma não aplica à espécie a Lei 9.430/96, inclusive com a alteração promovida pela Lei 10.637/2002, sob o fundamento (i) da inaplicabilidade do direito superveniente e (ii) tendo em vista que a opção pelo pedido de compensação na via judicial exclui o direito previsto na Lei 9.430/96 restrito à via administrativa.

5. Incidirá a taxa SELIC, por força do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, que determina sua aplicação à compensação tributária e que é, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo, índice de correção monetária e de juros de mora.

6. Apelação e remessa oficial providas em parte."

Informa a requerente que foram opostos embargos de declaração relativamente às restrições à compensação e aos critérios de atualização monetária, que foram acolhidos em parte.

Acrescenta que o acórdão do TRF/3^a Região foi objeto de recurso extraordinário por parte da União, que não foi admitido, e de recurso especial por parte das autoras, o qual foi admitido. Posteriormente, antes da manifestação do STJ, houve desistência do recurso especial.

A requerente discorda da interpretação da autoridade *a quo* relativamente ao disposto no art. 512 do CPC:

"Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso."

Alega que o efeito substitutivo do acórdão em relação à sentença opera-se por inteiro no campo processual, mas no campo material essa substituição se dá com a ratificação da decisão recorrida naquilo em que não modificada e sua alteração apenas nos limites em que provido o recurso interposto. Nesse sentido, cita entendimento de Humberto Theodoro Jr. e de Nelson Nery Jr.

A requerente argumenta que, ao julgar a remessa oficial e o recurso de apelação da União, o TRF/3^a Região deu-lhes parcial provimento apenas para reduzir a condenação da Fazenda Nacional em honorários e disciplinar a forma

como se daria a compensação, sem modificar a sentença no que diz respeito ao indébito. Cita a conclusão do voto do relator:

"Pelos fundamentos expostos, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial para restringir a compensação a parcelas da própria Cofins e para reduzir o percentual da condenação imposta ao pagamento de honorários advocatícios para 1%."

Alega que a sentença lhe assegurou o direito à restituição dos valores pagos indevidamente, considerando-se como base de cálculo da Cofins o faturamento tal como definido no art. 2º da Lei Complementar nº 70/91, reconhecendo expressamente a exclusão das receitas financeiras desse conceito.

Acrescenta que o acórdão proferido pelo TRF/3^a Região limitou-se a reafirmar o entendimento de que a base de cálculo da Cofins seria aquela prevista na LC nº 70/91, sem em momento algum contrariar a sentença que reconheceu que a referida base de cálculo não inclui as receitas financeiras.

Assim, conclui que deve ser mantido o entendimento manifestado na sentença quanto à exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da Cofins.

A requerente também discorda da conclusão da Deinf/SPO/Diort de que as receitas de intermediação financeira (spread) não estariam incluídas no conceito de receitas financeiras. Alega que a própria autoridade *a quo*, em outros trechos do despacho decisório reconhece que o spread é uma receita financeira. Acrescenta que o pedido formulado na ação judicial requer a exclusão das “receitas financeiras” sem qualquer ressalva, tendo sido a ação julgada procedente nos termos do pedido.

Por fim a requerente transcreve as conclusões de Humberto Theodoro Jr. e de Nelson Nery Jr. manifestadas nos pareceres de fls. 570 a 607 e 609 a 651:

Quesito:

"5) Em suma, está correto o entendimento das Consulentes de que a decisão transitada em julgado nos autos da ação ordinária nº 2006.61.00.003422-0 lhes assegura o direito à compensação dos valores pagos indevidamente a título de COFINS considerando-se incluídos no indébito os valores pagos sobre a totalidade de suas receitas financeiras?"

Humberto Theodoro Jr.:

"De acordo com as regras hermenêuticas, a coisa julgada se formou sobre a constitucionalidade do alargamento da base de cálculo previsto na Lei 9.718/98, impondo a apuração da COFINS no período de fevereiro de 2001 a dezembro de 2005 segundo a Lei Complementar nº 70/91, com a exclusão das receitas financeiras da base de cálculo do tributo. Ressalte-se, por fim, que a futura decisão do STF acerca da questão não é capaz de alterar a coisa julgada formada nestes autos, já que ela ocorreu antes da decisão a esse respeito."

Nelson Nery Jr.:

"SIM. Consoante expusemos nessa consulta, a decisão final do processo é formada pela junção da decisão de primeiro grau, na parte que não foi modificada, com o acórdão do TRF-3^a na parte que a modificou. Assim, haverá formação de coisa julgada material sobre essa decisão. Em outras palavras, transitou em julgado a pretensão de direito material não modificada pelo TRF-3^a juntamente com o dispositivo do acórdão que modificou parcialmente a decisão."

Nesse particular, tendo a sentença de primeiro grau acolhido todos os pedidos dos Conselentes, e tendo o acórdão proferido pelo D. TRF-3^a alterado a sentença apenas para reduzir a condenação em honorários e determinar que a possibilidade de compensação com outros tributos que não a COFINS seja submetida à apreciação da Receita Federal, está correto o entendimento dos Conselentes no sentido de que possuem direito à compensação dos valores pagos indevidamente a título de COFINS, considerando-se incluídos no indébito os valores pagos sobre a totalidade de suas receitas financeiras.”

Por todo o exposto, a requerente pleiteia seja julgada procedente a manifestação de inconformidade para o fim de reformar o despacho decisório e homologar todas as compensações declaradas.

Foram juntadas cópias dos seguintes documentos à manifestação de inconformidade:

[...]

2. DO AUTO DE INFRAÇÃO – PROCESSO APENSO
Nº 16327.720064/2012-20

Em decorrência da não homologação das compensações de que trata o presente processo, foi lavrado auto de infração para a exigência de multa isolada, que deu origem ao processo administrativo nº 16327.720064/2012-20, apensado a este processo em 09/03/2012 (fls. 693).

Ressalte-se que todas as referências a números de folhas do processo feitas neste item 2 do relatório se referem ao processo apenso nº 16327.720064/2012-20, salvo observação em contrário.

2.1. Do lançamento

No termo de verificação fiscal (fls. 85 a 88), a fiscalização relata que o lançamento da multa isolada foi efetuado em decorrência do despacho decisório proferido pela Deinf/SPO/Diort nos autos do processo administrativo fiscal nº 16327.000190/2011-83 que homologou parcialmente a compensação declarada no DCOMP nº 17649.74571.310811.1.3.57-7279 e não homologou as compensações declaradas nos DCOMP de números 00564.88884.190911.1.3.57-5788, 18798.38284.270911.1.3.57-3784, 28212.51974.201011.1.3.57-6374, 23102.87463.171111.1.3.57-0560 e 06985.73203.291111.1.3.57-4450.

Sustenta que a aplicação de multa isolada de 50% sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada encontra-se expressamente prevista no art. 74, §§17 e 15, da Lei nº 9.430/96, introduzidos pelo art. 62 da Lei nº 12.249/2010:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de resarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.(Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

(...)

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de resarcimento indeferido ou indevido. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

(...)

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)"

Informa a fiscalização que os valores da multa isolada foram calculados no percentual de 50% sobre os valores das compensações não homologadas, conforme tabela abaixo:

Número DCOMP	Data transmissão	Compensação não homologada (R\$)	Multa isolada (R\$)
17649.74571.310811.1.3.577279	31/08/2011	143.626.529,54	71.813.264,76
00564.88884.190911.1.3.575788	19/09/2011	33.221.347,60	16.610.673,80
18798.38284.270911.1.3.573784	27/09/2011	100.231.503,97	50.115.751,98
28212.51974.201011.1.3.576374	20/10/2011	23.862.411,57	11.931.205,78
23102.87463.171111.1.3.570560	17/11/2011	64.188.093,23	32.094.046,61
06985.73203.291111.1.3.574450	29/11/2011	1.459.409.537,49	729.704.768,74
		1.824.539.423,40	912.269.711,67

Face ao exposto, foi lavrado auto de infração (fls. 89 a 91) para a constituição de crédito tributário referente a multa regulamentar no valor de R\$912.269.711,63, com fundamento no § 17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, introduzido pelo art. 62 da Lei nº 12.249/2010.

2.2. Da impugnação

Cientificada da autuação em 03/02/2012, a contribuinte apresentou, em 05/03/2012, a impugnação de fls. 95 a 166, acompanhada dos documentos de fls. 167 a 359, na qual apresenta as alegações a seguir sintetizadas.

2.2.1. Da inaplicabilidade da multa prevista no § 17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96 ao caso concreto

Alega que a multa prevista no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96 tem por objetivo punir os contribuintes que, intencionalmente, compensem créditos sabidamente inexistentes para obter certidão negativa ou não pagar o tributo devido, de acordo com a exposição de motivos interministerial MF/MDIC nº 00180/2009 e com os pareceres da Câmara dos Deputados e do Senado.

Assim, sustenta que a correta interpretação desse dispositivo legal deve ser aquela que entende ser aplicável a multa nos casos em que o contribuinte, tendo consciência da inexistência do crédito ou da impossibilidade da sua compensação, e portanto da ilicitude da mesma, ainda assim a pratique para obter seus efeitos.

Acrescenta que tal multa, tendo natureza punitiva, somente pode ser imposta em razão da ocorrência de um ilícito, sendo certo que a apresentação de declaração de compensação posteriormente não homologada pela Administração não revela necessariamente a existência de ilicitude.

Sustenta que a multa prevista no § 17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96 pode ser aplicada somente nas situações em que estiver presente o elemento subjetivo do tipo penal, qual seja, a consciência da ilicitude da conduta e a intenção de praticá-la.

A impugnante alega que agiu de boa-fé, estando plenamente convencida da legitimidade dos créditos utilizados na compensação, decorrentes de decisão judicial transitada em julgado. Argumenta que seu entendimento é fundado em argumentos plausíveis e, ainda que este não venha a prevalecer, não pode ser tratado como um ilícito a ser punido, mas apenas como uma divergência legítima que não pode ser equiparada a uma situação em que o contribuinte sabe que o alegado crédito não existe ou não pode ser compensado.

Ante o exposto, conclui que a multa não pode ser aplicada ao caso concreto face à ausência do elemento subjetivo do tipo.

2.2.2. Da aplicabilidade do art. 112, II, do CTN ao caso concreto

A impugnante acrescenta que a própria Deinf/SPO/Diort, ao apreciar os DCOMP questão, teve dúvidas sobre a legitimidade do crédito, tendo formulado consulta à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN a respeito da questão.

Assim, argumenta que a multa não pode ser aplicada ao caso concreto, face ao disposto no art. 112, II, do CTN, visto que no caso há dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão de seus efeitos.

2.2.3. Da impossibilidade da imposição de multa antes da decisão administrativa definitiva que confirme a não homologação da compensação

A impugnante alega que apresentou a DCOMP nos termos do §1º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, tendo sido o crédito tributário extinto sob condição resolutória da ulterior homologação, nos termos do §2º do mesmo artigo.

Sustenta que, tendo sido não homologada a compensação, tal decisão só teria produzido efeitos se, transcorrido o prazo de 30 dias previsto no §6º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, não tivesse sido apresentada a manifestação de inconformidade.

Alega entretanto que, tendo sido apresentada a manifestação de inconformidade, a decisão que não homologou as compensações não produziu efeitos. Acrescenta que a não homologação das compensações somente terá efeitos após decisão administrativa definitiva nesse sentido e apenas nesse momento poderá ser imposta a multa isolada em questão.

Assim, conclui ser ilegítima a aplicação da multa isolada antes de ser proferida decisão administrativa definitiva que confirme a não homologação das compensações.

2.2.4. Da prejudicialidade do processo administrativo nº 16327.000190/2011-83 e da aplicabilidade por analogia da regra do §3º do art. 18 da Lei nº 10.833/2003 à multa prevista no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96

A impugnante sustenta que, ainda que se considere legítima a imposição da multa prevista no §17 do art. 74 da Lei nº 9.430/96 antes da decisão administrativa definitiva que declare não homologada a compensação, deve ao menos ser aplicado ao presente caso o disposto no § 3º do art. 18 da Lei nº 10.833/2003:

“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.

(...)

§ 3º Ocorrendo manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação e impugnação quanto ao lançamento das multas a que se refere este artigo, as peças serão reunidas em um único processo para serem decididas simultaneamente.”

Alega que esse dispositivo deve ser aplicado por analogia ao presente caso, a fim de se evitar que o contribuinte possa ser obrigado a pagar uma multa relativa a uma infração que mais tarde se revelaria inexistente, o que não é juridicamente admissível.

Assim, requer que o presente processo seja reunido ao processo administrativo nº 16327.000190/2011-83 para que sejam julgados simultaneamente.

Caso assim não se entenda, alega que, ao menos, deve ser sobreposto o presente feito até a decisão final relativa à manifestação de inconformidade apresentada nos autos do referido processo administrativo, dada a evidente relação de prejudicialidade existente no caso, nos termos do art. 265, IV, ‘a’ do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal.

2.2.5. Do direito da impugnante à homologação das compensações efetuadas

A impugnante também alega (no item V da impugnação, fls. 114 a 164) que o lançamento deve ser julgado improcedente, pois são legítimas as compensações declaradas no presente caso. A respeito do mérito das compensações, apresenta os mesmos argumentos contidos na manifestação de inconformidade, os quais já foram relatados.

2.2.6. Do pedido

Por todo o exposto, a impugnante requer a juntada deste processo administrativo ao de nº 16327.000190/2011-83 para julgamento simultâneo (ou quando menos seja sobreposto o feito até o julgamento final naquele processo), e, ainda, seja julgado improcedente o lançamento da multa isolada.

2.2.7. Dos documentos juntados à impugnação

Foram juntadas cópias dos seguintes documentos à impugnação:

[...]

A 10^a Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP julgou procedente o lançamento e improcedente a manifestação de inconformidade, nos termos do Acórdão nº 16-48.930, de 30/07/2013, cuja ementa abaixo se transcreve.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/02/2001 a 31/12/2005

PROCESSUAL CIVIL. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. EFEITO SUBSTITUTIVO.

Existindo provimento de órgão de segundo grau, é esse, e não mais a decisão de primeiro grau, que passa a ter

aptidão para adquirir a autoridade de coisa julgada material.

BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

As receitas operacionais decorrentes das atividades do setor financeiro (serviços bancários e intermediação financeira) são classificadas como receitas de serviços para fins tributários, estando sujeitas à incidência da Cofins.

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ISOLADA. COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA

A aplicação da multa isolada de 50% calculada sobre o valor do crédito objeto de compensação não homologada encontra-se expressamente prevista na legislação que rege a matéria, sendo defeso ao órgão de julgamento administrativo afastá-la.

Ciente desta decisão em 01/10/2013 (conforme AR), a interessada ingressou, no dia 07/10/2013, com Recurso Voluntário, no qual renova os argumentos da impugnação e da manifestação de inconformidade.

É o Relatório do essencial.

Voto

Conselheiro WALBER JOSÉ DA SILVA, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais preceitos legais, dele se conhece.

Como relatado, trata o presente processo de PER/DCOMP de COFINS e de Auto de Infração de Multa Isolada, lavrado em razão da compensação não homologada.

Com relação ao PER/DCOMP, a lide cinge-se sobre o alcance da decisão judicial que declarou inexistir “*relação jurídica tributária relativamente ao recolhimento da COFINS nos termos da ampliação da base de cálculo determinada pela Lei 9.718/98*”.

O Auto de Infração decorre da aplicação do art. 74, §§ 15 e 17, da Lei nº 9.430/96, introduzidos pelo art. 62 da Lei nº 12.249/2010.

DAS COMPENSAÇÕES

Sobre o alcance da decisão judicial, o banco Recorrente entende que, tendo sido julgado procedente a ação judicial, em primeiro grau, exatamente nos moldes pleiteados, tem direito de excluir as receitas financeiras da base de cálculo da Cofins, posto que esse pleito consta expressamente de seu pedido final da ação judicial.

Por seu turno, a RFB (DEINF e DRJ) entende que, além do objeto da ação judicial não contemplar a exclusão das receitas financeiras auferidas pelos bancos da base de cálculo da Cofins, prevista na Lei Complementar nº 70/91, a decisão de primeiro grau foi reformada pelo TRF/3ª Região, que também não contempla tal matéria.

Para bem compreender o alcance da ação judicial promovida pelo banco Recorrente, naquilo que interessa à solução do presente litígio, transcrevo abaixo as conclusões do mérito e o pedido final constantes da petição inicial da ação:

O DIREITO

I – DA LEGISLAÇÃO SOBRE A COFINS (...)

I.1 – CONTEÚDO E ALCANCE DA EXPRESSÃO FATURAMENTO (...)

I.2 – DA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98 (...)

I.3 – CONCLUSÃO

Por estas razões, é inconstitucional a ampliação da base de cálculo da COFINS veiculada pelo parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, de modo que a exação deveria ter sido recolhida sobre o faturamento das Autoras e/ou suas incorporadoras nos termos em que definido pelo art. 2º daquele diploma legal combinado com a LC 70/91, uma vez que:

a) por força do art. 195, I da Constituição Federal, com a redação em vigor quando da edição da Lei 9.718/98, a União Federal tinha competência para exigir contribuição unicamente sobre o faturamento;

b) faturamento é conceito de Direito Comercial que de acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência do STF corresponde à receita bruta tal como definida pela LC 70/91, substancialmente idêntica ao disposto no DL 2397/87, art. 22, alínea “a”, não podendo ser alterado pela legislação tributária por força do disposto no artigo 110 do CTN, não se compreendendo portanto neste conceito quaisquer outras receitas, tais como as provenientes de locação de imóveis, receitas financeiras, etc.; e

c) não infirma as conclusões acima, antes confirma, o advento da EC 20/98, porque promulgada posteriormente à publicação da Lei 9.718/98, reconhecendo que à época de sua edição a União Federal não possuía competência para instituir contribuição sobre receitas, mas apenas sobre faturamento.

[...]

O PEDIDO

Diante do exposto e tudo mais que dos autos consta, requerem as Autoras seja julgada procedente a presente ação para o fim de:

a) declarar a inexistência de relação jurídica que tenha por objeto o direito da Ré de exigir das Autoras e/ou suas incorporadas, conforme indicado no primeiro parágrafo desta inicial, o recolhimento da COFINS, relativamente aos meses de competência de janeiro de 2001 a dezembro de 2005, de acordo com a base de cálculo instituída pela Lei nº 9.718/98, e por consequência reconhecer como indevidos os pagamentos realizados a este título, conforme comprovantes anexos, naquilo que excederem ao que seria devido sobre o seu efetivo faturamento ('receita bruta da venda de mercadoria e de prestação de serviços', conforme artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, à qual se reportam os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.718/98), neste conceito portanto não se enquadrando quaisquer outras receitas de natureza diversa, tais como as provenientes de locação de imóveis, receitas financeiras, etc;" (grifo do original)

Não há nenhuma dúvida sobre o objeto da ação judicial: afastar a ampliação do conceito de faturamento/receita bruta, promovido pela Lei nº 9.718/98, para fins de determinação da base de cálculo da Cofins, retornando à utilização do conceito previsto na LC 70/91.

Em toda a petição inicial da ação judicial, as autoras fazem apenas duas citações da expressão “*receitas financeiras*”. São as que estão acima destacadas: uma na conclusão dos argumentos de mérito e outra no pedido final. Em ambas, a citação é o título exemplificativo.

Não existe uma linha sequer na petição inicial da ação judicial argumentando que as receitas financeiras (e de locação de imóveis, também citadas) das instituições financeiras não estavam incluídas no conceito de faturamento/receita bruta da LC nº 70/91, base de cálculo da Cofins, e que as mesmas foram incluídas na base de cálculo da exação pela Lei nº 9.718/98. Mais ainda, nem de longe as impetrantes da ação judicial aventaram a possibilidade de as receitas financeiras das instituições financeiras (banco comercial, empresa de leasing, administradoras de cartão de crédito, financeira) não integrarem o conceito de faturamento previsto na LC nº 70/91.

Por isso mesmo, a sentença de primeiro grau não tratou, e nem poderia tratar, da inclusão, ou não, das receitas financeiras (decorrentes da atividade de intermediação financeira) das impetrantes na base de cálculo da Cofins, prevista na LC nº 70/91. Tratou, exclusivamente, da constitucionalidade da substituição da base de cálculo da Cofins do faturamento/receita bruta, previsto na LC nº 70/91, pelo faturamento/receita total.

Coerente com o objeto da ação judicial, disse a parte dispositiva da sentença de primeiro grau:

*ISTO POSTO e considerando tudo mais que dos autos consta,
JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO, nos termos do
artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para o fim de*

declarar a inexistência de relação jurídica tributária relativamente ao recolhimento da COFINS nos termos da ampliação da base de cálculo determinada pela Lei 9.718/98, bem como para declarar compensáveis, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, os valores indevidamente recolhidos a este título, relativamente aos meses de competência de janeiro de 2001 a dezembro de 2005, aplicando-se os mesmos índices de correção monetária dos créditos tributários da UNIÃO FEDERAL.

Fica claro, portanto, que o juiz não decidiu aquilo que não foi pedido (daí porque ele não viu reparos a fazer na decisão em face dos embargos de declaração opostos pelo banco Recorrente). Por isso mesmo a sentença foi no sentido de “*declarar a inexistência de relação jurídica tributária relativamente ao recolhimento da COFINS nos termos da ampliação da base de cálculo determinada pela Lei 9.718/98*”. Portanto, tendo sido questionado exclusivamente disposições da Lei nº 9.718/98, somente a ampliação da base de cálculo, promovida pela Lei nº 9.718/98, foi conhecida e decidida pelo Juízo e pelo TRF/3.

Sobre os efeitos e o alcance da decisão proferida pelo TRF/3ª Região no recurso de apelação da União, na referida ação judicial, embora respeite os ilustres pareceristas que opinaram sobre o tema nestes autos, reafirme meu entendimento de que a matéria “*inclusão/exclusão das receitas financeiras das instituições financeiras da base de cálculo da Cofins, prevista na LC nº 70/91*” não foi objeto da ação e, muito menos, de decisão na referida ação ordinária nº 2006.61.00.003422-0 e seus desdobramentos.

Independentemente dos argumentos/fundamentos acima, e para que não se alegue inovação na fundamentação da decisão recorrida, os argumentos/fundamentos que passo a expor são suficientes para rejeitar os argumentos/fundamentos do presente recurso e, consequentemente, para manter a decisão recorrida.

Admitindo que a inclusão/exclusão das receitas financeiras das instituições financeiras da base de cálculo da Cofins, prevista na LC nº 70/91, integre a lide estabelecida na ação ordinária nº 2006.61.00.003422-0, o recurso de apelação da União Federal (só se apela daquilo que se perde) devolveu ao tribunal o conhecimento da matéria que a União Federal perdeu e, sendo apreciado e decidido o recurso pelo tribunal, o julgamento substituiu a sentença de primeiro grau (arts. 512 e 515 do CPC). Isso é fato irrefutável.

E no acórdão do TRF3, que deu parcial provimento ao recurso de apelação, não há nenhuma referência à inclusão, ou não, das receitas financeiras das instituições financeiras na base de cálculo da Cofins, prevista na LC nº 70/91 ou da Lei nº 9.718/98. Essa omissão pode ser interpretada, para quem defende que essa matéria integra a lide, como uma manutenção da sentença, nessa parte; e para quem entende o contrário – a matéria não integra a lide – que o acórdão não poderia tratar dessa matéria, além de ter firmado o entendimento de que a apuração opera-se com a base de cálculo da LC 70/91.

Entendo que, e já disse isso antes, naquilo que foi objeto do recurso de apelação da União Federal e da Remessa Necessária (tudo que a União Federal foi vencida), o julgamento do tribunal substitui a sentença. E o acórdão do tribunal não concluiu que as receitas financeiras das instituições financeiras foram incluídas na base de cálculo da Cofins pela Lei nº 9.718/98 e nem determinou a sua exclusão por não integrarem a base de cálculo da Cofins, prevista na LC nº 70/91.

De uma forma ou de outra, claro está que não existe decisão judicial transitada em julgado que ampare a pretensão do banco Recorrente de excluir as receitas financeiras decorrentes de seu objeto social da base de cálculo da Cofins, devendo ser mantido o despacho decisório da DEINF/SP e a decisão recorrida, nesta parte.

DO LANÇAMENTO

O auto de infração foi lavrado em face de ter o banco recorrente apresentado declarações de compensação e estas não foram expressamente homologadas pela autoridade competente da Receita Federal do Brasil. Nesse caso, determina expressamente a Lei nº 9.430/96, o seguinte:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002) (Vide Decreto nº 7.212, de 2010) (Vide Medida Provisória nº 608, de 2013) (Vide Lei nº 12.838, de 2013).

[...]

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010).

[...]

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010).

Como se vê, a condição para a aplicação da penalidade é não homologação da declaração de compensação apresentada pelo contribuinte. Tanto para a decisão que não homologou as compensações declaradas como para o auto de infração, aplica-se as disposições do Decreto nº 70.235/72, quando o contribuinte não concorda com o Fisco Federal.

Um dos efeitos da contestação administrativa é a suspensão da exigibilidade do crédito tributário envolvido na questão (objeto de lançamento ou de compensação). Portanto, soa sem propósito, e sem fundamento legal, o argumento do banco Recorrente de que o lançamento da referida multa somente pode acontecer após o trânsito em julgado da decisão administrativa que não homologou a compensação.

Como bem disse a decisão recorrida, sendo o lançamento atividade vinculada, ocorrendo o seu fato gerador, é dever da administração efetuar o lançamento. Foi o que fez a autoridade lançadora.

Observe-se que esse procedimento não onera o contribuinte porque, uma vez contestado o lançamento e a decisão que não homologou as compensações, os feitos podem

correr juntos e os débitos ficam com a exigibilidade suspensa até final decisão. É o caso dos autos.

Quanto à modulação das penalidades, a que se refere o art. 112, inciso II, do CTN, referida regra-se aplica-se “*em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato*”. E o fato que enseja a aplicação da penalidade em tela é a não homologação da compensação, independente dos motivos que levaram o administrador a não homologar a compensação declarada. O fato ensejou a penalidade, portanto, é cristalino e não há nenhuma dúvida sobre a sua existência, a sua natureza, as circunstâncias e extensão de seus efeitos.

Além das razões suscitadas na decisão recorrida, para o referido fato não existem “penalidades” (no plural) que podem ser aplicadas ao contribuinte, a que se refere o caput do art. 112, do CTN: existe tão somente uma penalidade a ser aplicada, não tendo o administrador opções de escolha.

Portanto, sem reformas a decisão recorrida, nesta parte.

É importante registrar que, sobre a tributação de suas receita pela Cofins dos períodos de apuração posteriores a dezembro de 2005, a Recorrente ajuizou Mandado de Segurança, autuado sob nº 2005.61.00.026014-8. O feito estava com Recurso Extraordinário do autor, que desistiu do mesmo para aderir aos benefícios do art. 39, I, da Lei nº 12.865/2013.

Por fim, ratifico e, **supletivamente**, adoto os fundamentos da decisão recorrida, que tenho por boa e conforme a lei (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999¹).

Por tais razões, e por tudo o mais que do processo consta, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Relator

¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

CÓPIA