



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

Processo n° 19515.001779/2007-93
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1402-001.597 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2013
Matéria MULTA DE OFÍCIO ISOLADA DECORRENTE DE COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA
Recorrentes SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.
 FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 30/06/2007

RECURSO DE OFÍCIO

BASE DE CÁLCULO. EQUÍVOCOS NA SOMA DA APURAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO.

Exonera-se da base de cálculo os valores somados em duplicidade e o informado em declaração de compensação posteriormente retificada, quando o valor da retificadora foi considerado na apuração da multa isolada.

RECURSO VOLUNTÁRIO

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. CAPITULAÇÃO LEGAL. DESCRIÇÃO DOS FATOS. LOCAL DA LAVRATURA.

O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa. Ademais, se o contribuinte revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante impugnação, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

NULIDADE DO PROCESSO FISCAL. MOMENTO DA INSTAURAÇÃO DO LITÍGIO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, podendo-se, então, falar em ampla defesa ou cerceamento dela, sendo improcedente a preliminar de cerceamento do direito de defesa quando concedida, na fase de impugnação, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE

Somente à inexistência de exame de argumentos apresentados pelo contribuinte, em sua impugnação, cuja aceitação ou não implicaria no rumo da decisão a ser dada ao caso concreto é que acarreta cerceamento do direito de defesa do impugnante.

COMPENSAÇÃO COM CRÉDITO QUE NÃO SE REFERE A TRIBUTO OU CONTRIBUIÇÃO ADMINISTRADO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEGALIDADE.

Verificando-se que o ato administrativo foi editado por servidor competente, fundou-se em motivos evidenciados nos autos e previstos em lei como ensejadores da não-declaração da compensação, nada há que o macule, mormente ante sua regular ciência ao sujeito passivo.

MULTA ISOLADA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA VEDADA. COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA. CRÉDITO QUE NÃO SE REFERE A TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS DE TERCEIROS E DE ORIGEM NÃO TRIBUTÁRIA. APLICAÇÃO. CABIMENTO.

Tem cabimento que a multa de ofício isolada decorrente de compensação não declarada no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) seja aplicada sobre o montante dos débitos indevidamente compensados, em face de DCOMPs consideradas não declaradas, por veicularem a utilização de créditos que não se referem a tributos ou contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO ISOLADA. CARÁTER DE CONFISCO. INOCORRÊNCIA.

A multa de lançamento de ofício isolada é devida em face da infração às regras instituídas pelo Direito Fiscal e, por não constituir tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei é inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V, do art. 150 da Constituição Federal

INCONSTITUCIONALIDADE.

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

ACRÉSCIMOS LEGAIS. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

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

Recurso de Ofício Negado.

Preliminares Rejeitadas.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO: por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. QUANTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO: Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas pela Recorrente e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Carlos Pelá e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

O Presidente da 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo - SP recorre de ofício, nos termos do artigo 34, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 1972, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, da decisão prolatada de fls. 634/659, que deu provimento parcial à impugnação, interposta pelo contribuinte, declarando parcialmente insubsistente o crédito tributário constituído pelo Auto de Infração de fls. 585/586.

Por sua vez, a empresa SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., contribuinte inscrita na CNPJ/MF sob nº 02.293.852/0001-40, com domicílio fiscal na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Av. Queiroz Filho nº 767 B, Bairro Vila Boaçava, jurisdicionada a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - SP, inconformada com a decisão de Primeira Instância de fls. 634/659, prolatada pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo - SP, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 668/686.

Contra a contribuinte, acima identificada, foi lavrado, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo - SP, em 02/07/2007, o Auto de Infração para exigência de multa isolada cuja ciência se deu via AR, em 13/07/2007 (fl. 589), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 7.803.323,66, a título de multa isolada de 75% sobre o valor do crédito tributário compensado de forma indevida, cujo fato gerador tomado foi de 30/06/2007.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização onde a autoridade fiscal lançadora constatou que a contribuinte efetuou compensação indevida de valores em declaração prestada, conforme Termo de Verificação Fiscal que é parte integrante e indissociável deste auto de infração. Infração capitulada no art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003 com redação dada pelas Leis nºs 11.051, de 2004 e 11.196, de 2005; art.18 da MP nº 351, de 2007 e art. 106, inc. II, alínea 'c' da Lei 5.172, de 1966 (CTN).

A Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário esclarece, ainda, através do Termo de Verificação Fiscal, entre outros, os seguintes aspectos:

- que no exercício das funções de Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, efetuou-se diligência relativa ao contribuinte acima identificado, originada a partir de Representação DERAT/DIORT/ECRER/SPO controlada pelos processos, nas quais foi solicitado o lançamento de ofício de multa isolada por compensação indevida tendo em vista despacho decisório proferido nos autos dos processos relacionados como processo de origem que consideraram não declaradas as compensações protocolizadas;

- que o contribuinte pleiteou em todos os processos a compensação de débitos tributários com suposto crédito oferecido oriundo de ações judiciais relacionadas à posse de terras denominadas Apertados;

- que as compensações anteriores à 30/12/2004 foram consideradas ineficazes e às posteriores a esta data foram consideradas não declaradas por tratar-se de crédito de terceiros e não referirem-se à tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal;

- que no dia 18/04/2007 foi entregue pessoalmente o termo de início de diligência juntamente com intimação solicitando esclarecimentos ao contribuinte versando sobre a compensação solicitada. Em resposta a intimação foi protocolado documento 11/05/2007;

- que a intimação feita em 18/04/2007 em relação à ação judicial utilizada na compensação solicitava ao contribuinte esclarecimentos e documentos hábeis que comprovassem que o crédito pleiteado pelo contribuinte referia-se a tributo ou contribuição administrado pela SRF, além de comprovar ser o contribuinte parte legítima para utilizar-se de efeitos da ação judicial por ele informada nas Declarações/Pedidos de Compensação;

- que como esclarecimento à intimação de 18/04/2007 através do documento protocolado em 11/05/2007 o contribuinte nos itens 2 e 3 do documento afirma que houve desistência dos procedimentos administrativos onde o contribuinte reconheceu que de forma errônea efetivou alguns procedimentos referentes à declaração de compensação e fez sua confissão espontânea, apresentando cópias de documentos e impresso obtido do sítio da SRF;

- que intimamos o contribuinte a apresentar a cópia de petição protocolada com pedido de desistência solicitada em 27/08/2004 recepcionada no Ministério da Fazenda sob o nº 10166.010734/2004-08, tendo o pedido originário o nº de processo 12100.005385/2004.000.000 onde supostamente fora requerido a desistência em 10/01/2005 dos processos administrativos originados da ação de atentado nº 1059/57;

- que o contribuinte apresentou cópia de documento referente ao processo nº12100.005385/2004.000.000 protocolado em 10/01/2005 onde consta do requerimento desistência do pedido pleiteado, não sendo informado qual seria o pedido pleiteado;

- que o contribuinte afirma que houve desistência dos procedimentos administrativos onde o mesmo reconheceu que de forma errônea efetivou alguns procedimentos referentes à declaração de compensação, além disso, no item 4 da relação de documentos apresentados pelo contribuinte afirma que a desistência foi anterior ao despacho decisório;

- que verificamos que os processos de representação/origem listados abaixo não continham análise da petição de desistência protocolada em 13/10/2006 também foi apurado que os despachos decisórios foram posteriores a esta data;

- que quanto à afirmação de existência de reconhecimento pela SRF de confissão espontânea, ela só é válida para o reconhecimento de que os débitos objeto de compensação foram declarados espontaneamente questão esta não questionada pela DERAT/DIORT/ECRER ao encaminhar a representação que deu origem ao presente procedimento fiscal. Todavia a questão que se impõe deriva de tentativa de compensação através de utilização de crédito cuja utilização é vedada nos procedimentos de compensação nos termos da legislação vigente, irregularidade que só poderia ter sido sanada mediante desistência eficaz da compensação o que como já foi verificado não ocorreu para o processo nº10880.720136/2005-48;

- que sendo assim por ter sido considerada ineficazes desde a origem as compensações cujos créditos são considerados de terceiros, de natureza não tributária e não se refiram a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e por ter sido considerada não declarada as compensações efetuadas após 30/12/2004 e ineficazes as

anteriores a esta data objeto da representação DERAT/SPO proveniente do processo nº 10880-721.232/2006-94 aplica-se a multa isolada por compensação indevida;

- que as compensações vinculadas ao processo de origem nº10880.720136/2005-48 estão listadas na planilha consolidação das compensações. Não constam na planilha as PERDCOMP'S consideradas canceladas e àquelas retificadoras não admitidas conforme Despacho Decisório DERAT/EQITD;

- que a aplicação de multa isolada por compensação indevida conforme tipificado no art. 18, caput e §2º, da Lei 10.833/2003 crédito de natureza não tributária (texto original) para as compensações transmitidas até 30/12/2004;

- que para as PERDCOMP'S transmitidas após esta data aplica-se art. 18, caput e §2º e §4, da Lei 10.833/2003 com alterações dadas pela Lei 11.051 de 2004, (crédito de terceiros e não administrados pela SRF);

- que, ainda hoje, com o texto legal da Lei 10.833/2003 alterado pela Lei 11.196/2005 e pela MP 351/2007, permanece o cabimento de aplicação de multa isolada para o caso sob análise, tendo em vista tratar-se de compensação através da utilização de créditos de terceiros e que não se refere a tributos e contribuições administrados pela Receita Federal;

- que a base de cálculo para a multa isolada ora lançada são os valores correspondentes às diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida, consolidados nas datas de transmissão das PERDCOMP'S conforme planilha de consolidação de compensação que passa a fazer parte integrante do presente Termo de Verificação Fiscal e, por conseguinte, do auto de infração aqui lavrado;

- que de acordo com a "Planilha de Consolidação de Compensação", o valor indevidamente compensado perfaz o montante de R\$ 10.404.431,54, sendo a multa aplicável no percentual de 75%. Assim, tem-se: Base de Cálculo da Multa: R\$ 10.404.431,54 - Alíquota da Multa: 75% - Valor da Multa Isolada: R\$ 7.803.323,66. Portanto, a multa isolada aplicável ao presente caso totaliza o montante de R\$ 7.803.323,66.

Em sua peça impugnatória de fls. 593/618, instruída pelos documentos de fls. 619/634, apresentada, tempestivamente, em 13/08/2007, a autuada se indispõe contra a exigência fiscal, solicitando que seja acolhida à impugnação para declarar a insubsistência do Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que a Auditora-Fiscal entendeu que qualquer manifestação no sentido de desistir dos pedidos de compensação presentes no processo administrativo nº 10880.720136/2005 só ocorreu após a ciência do despacho decisório que considerou não declaradas as compensações pelos motivos já afirmados, sendo, portanto, completamente ineficazes referidos pedidos de desistência visto que já havia sido proferida decisão administrativa frente ao pleito;

- que já no que diz respeito ao reconhecimento da Confissão Espontânea por parte da Receita Federal, a Auditora-Fiscal confirma tal fato alegando que o Fisco sequer discutiu acerca disso;

- que, todavia, complementa afirmando que reconhecimento pela SRF de confissão espontânea, só é válido para o reconhecimento de que os débitos objeto de compensação foram declarados espontaneamente pelo Contribuinte;

- que preliminarmente a defesa requer seja declarada a nulidade do presente feito, uma vez que o mesmo possui erros materiais, traduzidos na utilização em duplicidade, ou até em quadruplicidade de eventuais débitos na base de cálculo utilizada para a aplicação da multa;

- que nítida é a nulidade, uma vez que fora reconhecido que fora pelo próprio despacho decisório emanado nos autos do processo administrativo nº. 10880.720136/2005-48 que algumas declarações de compensação foram efetivadas em duplicidade, como o caso das DCOMP's abaixo enumeradas;

- que a legislação é clara ao mencionar que o percentual deve ser aplicado "sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição" e, ao invés disso, verifica-se que está sendo utilizado o valor abrangido nas compensações como base de cálculo para a aplicação da multa e não o valor do imposto ou contribuição como pré-determina a Lei;

- que não se pode concordar com um processo administrativo que se manifesta claramente INJUSTO, ABUSIVO, ILEGAL e TOTALMENTE IMORAL, motivo pelo qual se espera a decretação da nulidade do impugnado auto de infração, aceitando as comprovadas assertivas acima apresentadas, ou seja, modificando a decisão prolatada, livre de sugestão de qualquer natureza, mais sim com a Justiça dos Homens Justos, facultando o retorno deste procedimento, ao status quo, pois entendeu a ilustre auditora-fiscal que era mais fácil punir do que analisar e julgar com a devida justiça, o que se comprova pelos valores indevidamente utilizados na base de cálculo para a aplicação da multa ora impugnada;

- que a aplicação da multa ora impugnada, essa não é a verdade que extrai da análise da situação fática, como restará devidamente comprovado ao final desta;

- que o Auto de Infração engloba valores que foram trazidos ao processo nº. 10880.720136/2005-48, posteriormente ao despacho decisório em que a ilustre representante da Receita Federal embasa a suposta legalidade da aplicação da multa isolada;

- que os procedimentos listados em conjunto com o processo nº. 10880.720136/2005 apenas foram a ele juntados em data posterior ao pedido de desistência. Assim, verifica-se totalmente inviável que um despacho decisório seja válido à julgar fatos juntados ao processo posteriormente a sua expedição, seria como se juntar à um processo-criminal, após a prolação da sentença, inclusive após ter transcorrido o prazo para interposição dos recursos cabíveis, a acusação de um novo delito não apontado na peça de acusação, porém que à vista do Promotor guarde semelhança com àquele que já fora julgado, ou seja, um total absurdo;

- que fere diretamente o princípio da legalidade, da ampla defesa e do contraditório, pois sequer fora oportunizado à Peticionaria impugnar tais procedimentos administrativos, uma vez que foram juntados à um procedimento que já havia sido julgado;

- que contribuinte apresentou as documentações requeridas e principalmente aquelas que nortearam o processo administrativo, e em especial os protocolos de desistência não só o de 13/10/2006, como aqueles efetivados anteriormente, ora senhores julgadores, o erro se deu por única culpa dos agentes fiscais da SRF que não analisaram o pedido pleiteado, achando menos trabalhoso decidir a posteriori para que o contribuinte fosse punido da forma mais injusta possível, na condição de agente fiscal é mais fácil CONDENAR o contribuinte do que analisar os documentos;

- que o procedimento decisório deste órgão fiscal, sem sombra de dúvidas, se não modificado, além da injustiça praticada, trará prejuízos incalculáveis para o requerente, porém espera, que o seja, na esfera administrativa;

- que da vedação ao tributo com efeito de confisco ou princípio da proporcionalidade razoável. Sendo assim, a multa aplicada no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) possui caráter confiscatório, o que é vedado pela Legislação Pátria;

- que a multa que ora está sendo aplicada não possui na sua natureza mensagem e sentido punitivo nem pedagógico, ultrapassando estes critérios para violentar a integridade dos direitos da requerente, pois viola e confisca;

- que ela deixa de punir e educar para confiscar, ou seja, verifica-se como de caráter confiscatório, o tributo que consome grande parte da propriedade ou inviabiliza o exercício da atividade lícita, exatamente como é demonstrado "in casu";

- que, assim, como é garantia de todos do direito a ampla defesa, o equilíbrio entre os sujeitos, o tratamento desigual aos desiguais, a paridade das armas e o auxílio à decisão tomada parametrada pela legalidade e justiça, necessário torna-se a apreciação exata de todos os documentos juntados ao processo da referência, bem como o direito ao contraditório e à ampla defesa em todos os termos.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, os membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP, concluíram pela procedência parcial da impugnação mantendo em parte o crédito tributário lançado com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que pelo relatado, tem-se que a Impugnante apresentou DCOMP cujas compensações foram considerados ineficazes (as efetuadas até 30/12/2004) e não declaradas (as realizadas após esta data) em razão do crédito não ser passível de compensação (visto tratar-se de crédito de terceiros, de natureza não tributária e não se referir a tributos administrados pela RPB - Secretaria da Receita Federal do Brasil), motivo pelo qual o autuante aplicou multa isolada de 75% sobre as diferenças apuradas decorrentes das compensações indevidas;

- que por sua vez, a defesa apresentada pugna, preliminarmente: (i) pela nulidade do Auto de Infração, uma vez que o mesmo possui erros materiais, traduzidos na utilização em duplicidade de débitos na base de cálculo utilizada para a aplicação da multa; quanto ao **mérito**: (ii) que o Auto de Infração engloba valores que foram trazidos ao processo nº 10880.720136/2005-48 posteriormente ao despacho decisório, em data posterior ao pedido de desistência; (iii) que apresentou as documentações requeridas, em especial os protocolos de desistência não só o de 13/10/2006, como aqueles efetivados anteriormente; (iv) que a multa de 75% possui caráter confiscatório e afronta princípios constitucionais; e (v) é ilegal a utilização da taxa SELIC para atualização do valor supostamente devido. Requer ainda seja concedido direito de defesa, para que possam ser providenciadas provas periciais;

- que quanto à preliminar que solicita seja declarada a nulidade do presente Auto de Infração em face de possível erro na base de cálculo da multa isolada, tem-se a dizer que este assunto será apreciado quando da análise do mérito, não sendo caso de nulidade;

- que não tendo ocorrido nenhuma das situações previstas na legislação de regência, não há que se falar em nulidade;

- que em relação ao pedido de desistência, é de se notar que todos os PER/DCOMP sob análise referenciam o processo administrativo nº 10880.720136/2005-48 (fls. 150 a 278), que foi objeto de Despacho Decisório (fls. 413 a 417) em **15/02/2006** (portanto, os demais processos de origem referenciados no subitem 3.1. não se referem à presente autuação). A Impugnante alega dele ter sido cientificada, tendo apresentado Manifestação de Inconformidade em **22/03/2006** (fls. 419 a 434);

- que o autuante informa que a desistência do processo administrativo nº 10880.720136/2005-48 foi protocolada em **13/10/2006**, após, portanto, a ciência do respectivo Despacho Decisório - fato não contestado pela Impugnante ao perguntar: "qual a pertinência dessa entrega, uma vez que realmente o pedido de desistência fora protocolado em 13/10/2006?" (subitem 4.2.3.) -, o que a torna ineficaz;

- que, neste ponto, releva notar que a Impugnante - em relação ao alegado pedido de desistência referente ao processo nº 12100.005385/2004.000.000 protocolado em 10/01/2005 - apenas reproduziu parte do informado pelo autuante ("onde constatou que realmente há o requerimento de desistência do pedido pleiteado"), suprimindo: "não sendo informado qual seria este pedido";

- que note-se que nada foi trazido na impugnação - além de alegações genéricas - que pudesse esclarecer qual seria o pedido ali formulado, de modo a infirmar a conclusão do autuante;

- que a Impugnante novamente suscita confusão ao reproduzir afirmação da autuante, quando diz que: "a própria Auditora-Fiscal alega que verificou que os processos de representação/origem listados abaixo não continham análise da petição de desistência protocolada em 13/10/2006, bem como apurou que realmente os despachos decisórios foram posteriores a esta data" (subitem 4.2.2.);

- que ocorre que os processos listados (subitem 3.10.) não englobam o de nº 10880.720136/2005-48 (objeto do presente Auto de Infração), sendo irrelevante, para o caso sob análise, a data da ciência dos Despachos Decisórios referentes aos processos listados, sendo certo que a ciência do Despacho Decisório do processo objeto de análise, como visto, aconteceu antes do pedido de desistência;

- que, assim, não restou comprovada a existência de desistência eficaz em relação às compensações sob exame;

- que, do acima exposto, extrai-se que o Auto de Infração cobra multa isolada em decorrência da Impugnante ter entregue declarações de compensação consideradas ineficazes/não declaradas em face de tratar-se de crédito de terceiros, de natureza não tributária e não se referir a tributo administrado pela RFB. Assim, resta inequívoca a procedência de lançamento de ofício de multa isolada de 75%, conforme se verá a seguir, devendo-se analisar se a base de cálculo utilizada está correta;

- que à época da apresentação dos PER/DCOMP sob análise (**29/04/2004 a 15/02/2005**), havia vedação expressa, bem como previsão de penalidade específica, para os casos de compensação de débitos relativos a tributos administrados pela RFB com créditos de natureza não-tributária, como *in casu*;

- que, desse modo, tendo sido entregues declarações de compensação (consideradas "inefcazes" ou "não declaradas") em que utilizado crédito de natureza não tributária (hipótese de incidência), devida é a multa isolada de 75%. visto que a partir da vigência da MP nº 135, de **30/10/2003**, em nenhum momento deixou de haver previsão para o lançamento, se ocorrido este fato (conforme no presente caso);

- que quanto à base de cálculo da multa isolada, assiste razão em parte à impugnante, já que observa-se que a Impugnante transmitiu 26 (vinte e seis) PER/DCOMP (fls. 150 a 278), sendo um retificador e os demais originais. A planilha elaborada pelo autuante em que apurada a base de cálculo de R\$ 10.404.431,54 (fl. 583) somou os valores informados nos vinte e seis PER/DCOMP (incluindo o retificador) e repetiu os indicados em dois PER/DCOMP, totalizando vinte e oito valores, conforme explicitado a seguir;

- que foi transmitido em 18/05/2004 o PER/DCOMP original nº 36010.27929.180504.1.3.57-9340 (fls. 159 a 162) apontando débitos no total de R\$ 282.865,37. Este PER/DCOMP foi retificado em 13/08/2004 pelo de nº 34629.34513.130804.1.7.57-5089 (fls. 179 a 182) apontando débitos no mesmo valor. Assim, verifica-se que foi indevidamente somado o valor de R\$ 282.865,37 na base de cálculo, razão pela qual ele deve ser excluído;

- que foram somados duas vezes os valores correspondentes aos PER/DCOMP de nº 02115.698.300804.1.3.57-3187 (valor total dos débitos R\$ 1.019.671,63; fls. 187 a 194) e o de nº 39528.73505.010904.1.3.57-2985 (valor total dos débitos R\$ 1.019.671,63; fls. 195 a 202). Assim, deve ser excluído o montante de R\$ 2.039.343,26;

- que, portanto, o valor correto da base de cálculo é R\$ 8.082.222,91 (R\$ 10.404.431,54 - R\$ 282.865,37 - R\$ 2.039.343,26);

- que, assim, o valor correto da multa isolada é de R\$ 6.061.667,18 (75% X R\$ 8.082.222,91);

- que os valores informados pela Impugnante nos PER/DCOMP sob análise representam confissão de dívida, sendo que os considerados como indevidamente compensados e previstos nas hipóteses de incidência informadas acima compõem a base de cálculo da multa isolada;

- que não assiste razão à Impugnante quando afirma que foram trazidos valores ao processo nº 10880.720136/2005-48 posteriormente ao Despacho Decisório/pedido de desistência, visto que os PERD/COMP considerados foram por ela transmitidos entre 29/04/2004 e 15/02/2005, antes, portanto, de referidas datas;

- que em relação à afirmação de existência de reconhecimento pela RFB de confissão espontânea, ela só é válida para o reconhecimento de que os débitos objeto de compensação foram declarados espontaneamente, como corretamente afirmou a autuante;

- que no que diz respeito aos juros moratórios com base na Taxa Selic o legislador, ao redigir o artigo 161 do CTN, não determinou outros requisitos para a fixação dos juros moratórios, restando improfícua, assim, a discussão quanto à natureza da taxa Selic utilizada para calculá-los;

- que cabia à Impugnante instruir seu recurso com: (i) todos os documentos de prova, "precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual", caso não tivesse ocorrido nenhuma das hipóteses previstas nas alíneas "a", "b" ou "c" do § 4º do artigo 16, acima reproduzido, sendo ônus do interessado juntar aos autos os elementos de prova que

possui; assim como (ii) o pedido deve ser considerado não formulado, nos termos do § 1º, do art. 16, por não atender ao requisito de "formulação de quesitos" previsto no inciso IV do mesmo artigo.

- que, assim, indefere-se o pedido de perícia formulado, nos termos dos artigos 18, *caput* e 28 do Decreto 70.235/1972, sem que, com isso, reste configurado qualquer tipo de cerceamento de defesa.

A presente decisão esta consubstanciada nas seguintes ementas:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 30/06/2007

MULTA DE OFICÍO ISOLADA CABIMENTO.

A multa isolada, de que trata o art. 18 da Lei nº 10.833/2003 e alterações, é aplicável aos casos de compensação indevida com crédito de natureza não tributária.

BASE DE CÁLCULO.

Exonera-se da base de cálculo os valores somados em duplicidade e o informado em declaração de compensação posteriormente retificada, quando o valor da retificadora foi considerado na apuração da multa isolada.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Deste ato, por força do recurso necessário, a Presidência da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP, recorre de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em conformidade com o art. 3º inciso II, da Lei nº 8.748, de 1993, com nova redação dada pelo art. 67, da Lei nº 9.532, de 1997 e da Portaria MF nº 03, de 2008.

Da mesma forma, após ser cientificado da decisão de Primeira Instância, em 06/10/2010, conforme Termo constante às fls. 661/662, e, com ela não se conformando a autuada interpôs, em tempo hábil (05/11/2010), o recurso voluntário de fls. 668/686, no qual demonstra irrisignação contra a parte mantida pela decisão, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que antes de adentrar propriamente no mérito da defesa correlata ao v. Acórdão ora guerreado, faz-se necessário apontar-se as preliminares que o antecedem, de sorte a implicarem na sua nulidade absoluta ou parcial, o que doravante se faz com base nos fundamentos de direito abaixo colacionados;

- que, no que diz respeito da nulidade por omissão, é de se dizer que com a confecção do v. acórdão ora impugnado, a douta 4ª Turma da DRJ/SP1 tenta justificar a existência de erros materiais do presente feito;

- que em que pese o entendimento do ilustre julgador, o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972 não pode e nem deve ser utilizado de forma tão limitada, vez que, sem sombra de dúvidas, não foi essa a vontade do legislador;

- que para efeito de argumentação, caso a utilização do citado artigo fosse conforme o entendimento do nobre julgador bastaria que pessoa competente praticasse os atos da administração, para validar todo e qualquer procedimento, entendemos que não seja essa a melhor interpretação;

- que ao julgar a impugnação da ora recorrente, deixou-se de analisar as questões suscitadas, com base num entendimento baseado nos princípios norteadores da Administração Pública, impedindo, novamente seu direito constitucional da ampla defesa;

- que, dessa forma, a falta de apreciação das matérias levantadas pela defesa em 1ª instância, acaba por gerar nulidades que a prejudicam sobremaneira;

- que, ocorre que, no v. Acórdão omitiu-se em sua fundamentação, em relação às teses demonstradas na impugnação, cerceando assim o direito de defesa da Peticionária, o que se espera tornar referida decisão nula;

- que, assim, a ora Recorrente reitera as teses de nulidade devidamente apresentadas com a defesa inaugural, requerendo sua devida apreciação, de modo que quer seja reformada a decisão em 1º Instancia, anulando os autos de infração impugnados;

- que da nulidade em caso de superação da preliminar supra, o que não se vislumbra em face de nosso Estado Democrático de Direito, o v. Acórdão e o correlato Auto de Infração não merecem prosperar devido à atipicidade da conduta praticada com a previsão da sanção que lhe está sendo imputada pela Administração;

- que, assim, resta nítido que a conduta praticada pelo Contribuinte não se adéqua à atitude que ensejaria, em tese, a aplicação da multa isolada, devendo ser cancelada a autuação;

- que, mesmo na remota possibilidade de superação das preliminares, os Autos de Infração ora impugnados não merecem ser convalidados, o que restará devidamente comprovado ao final;

- que as prerrogativas constitucionais de defender-se inclusive da Administração Pública, caso as questões preliminares não sejam suficientes à convencê-los da necessidade de reformulação de decisão de 1º instância;

- que da impossibilidade de bi-autuação, ou seja, diferentemente do sustentado no v. Acórdão, os valores apontados na impugnação e que estão em duplicidade, ainda que sejam alvo de D`Comps distintas, referem-se ao mesmo tributo e ao mesmo período de apuração/vencimento, ou seja, refere-se à tributação de um mesmo fato gerador;

- que, por conseguinte, os valores em duplicidade não podem compor a base de cálculo da autuação e deverão ser excluídos nos moldes em que apontados no quadro reproduzido logo depois do item 27 da impugnação e repetido logo após o item 4.4. do v. Acórdão ora recorrido, reduzindo-se ainda mais a referida base de cálculo, evitando o bis in idem;

- que a necessidade de redução do percentual da multa isolada, portanto, na remota possibilidade de persistir-se a aplicação de multa isolada à Peticionaria, a mesma não

poderá se efetivar com o percentual de 75% sobre o tributo devido que ora lhe é aplicado, pois caracteriza desvio de finalidade da sanção afrontando nitidamente a vedação constitucional do confisco;

- que a necessidade de redução da multa para o percentual de 20% (vinte por cento) em caso de manutenção de sua aplicação;

- que da necessidade de afastamento da aplicação da Taxa Selic, assim sendo, com relação à aplicação da SELIC, não acredita-se na validade da impossibilidade de apreciação de sua inconstitucionalidade pelo Fisco, como pretende consignar o v. Acórdão ora recorrido;

- que dessa maneira verifica-se que a taxa SELIC é nada mais que um instrumento arrecadatório que fere diretamente o princípio da estrita legalidade tributaria, visto que os tributos poderão ser majorados por mera manipulação de índices, não devendo assim ser aplicada na cobrança de tributos em atraso ou multas, ainda que punitivas;

- que, nesse diapasão deve se afastar a aplicação da taxa SELIC para a atualização do valor supostamente devido deve ser afastada face à sua ilegalidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Roberto Cortez, Relator

= QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO =

O presente recurso de ofício reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Da análise, dos autos do processo, se verifica que o Colegiado em Primeira Instância decidiu tomar conhecimento da impugnação por apresentação tempestiva para, no mérito deferi-la, em parte, determinando a exclusão do valor de R\$ 1.741.656,15 sob o argumento de que exonera-se da base de cálculo os valores somados em duplicidade e o informado em declaração de compensação posteriormente retificada, quando o valor da retificadora foi considerado na apuração da multa isolada.

Do reexame necessário, verifico que deve ser confirmada a exoneração processada pelos membros da decisão recorrida, não merecendo reparos a sua decisão, visto que assentada em interpretação da legislação tributária perfeitamente aplicável à hipótese submetida à sua apreciação.

Ora, vivemos em um Estado de Direito, onde deve imperar a lei, de tal sorte que o indivíduo só se sentirá forçado a fazer ou não alguma coisa, compelido pela lei. Daí porque o lançamento ser previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional como atividade plenamente vinculada, isto é, sem possibilidade de a cobrança se firmar em ato discricionário, e, por outro lado, obrigatória, isto é o órgão da administração não pode deixar de cobrar o tributo previsto em lei.

Nesta linha de pensamento passo a analisar as infrações que a decisão de Primeira Instância acolheu os argumentos da autuada.

De fato, quanto à base de cálculo da multa isolada, assiste razão a decisão recorrida, já que observa-se que a autuada transmitiu 26 (vinte e seis) PER/DCOMP (fls. 150 a 278), sendo um retificador e os demais originais. A planilha elaborada pelo autuante em que apurada a base de cálculo de R\$ 10.404.431,54 (fls. 583) somou os valores informados nos vinte e seis PER/DCOMP (incluindo o retificador) e repetiu os indicados em dois PER/DCOMP, totalizando vinte e oito valores, conforme explicitado nas fls. 641/642.

Observa-se que foi transmitido em 18/05/2004 o PER/DCOMP original nº 36010.27929.180504.1.3.57-9340 (fls. 159 a 162) apontando débitos no total de R\$ 282.865,37. Este PER/DCOMP foi retificado em 13/08/2004 pelo de nº 34629.34513.130804.1.7.57-5089 (fls. 179 a 182) apontando débitos no mesmo valor. Assim, verifica-se que foi indevidamente somado o valor de R\$ 282.865,37 na base de cálculo, razão pela qual ele deve ser excluído.

Observa-se, também, que foram somados duas vezes os valores correspondentes aos PER/DCOMP de nº 02115.698.300804.1.3.57-3187 (valor total dos débitos R\$ 1.019.671,63; fls. 187 a 194) e o de nº 39528.73505.010904.1.3.57-2985 (valor

Processo nº 19515.001779/2007-93
Acórdão n.º 1402-001.597

S1-C4T2
Fl. 9

total dos débitos R\$ 1.019.671,63; fls. 195 a 202). Assim, deve ser excluído o montante de R\$ 2.039.343,26.

Portanto, correto a base de cálculo de R\$ 8.082.222,91 (R\$ 10.404.431,54 - R\$ 282.865,37 - R\$ 2.039.343,26). Assim, correto está a decisão recorrida em estabelecer a multa isolada no patamar de R\$ 6.061.667,18 (75% x R\$ 8.082.222,91).

Assim sendo e considerando que todos os elementos de prova que compõe a presente lide foram objeto de cuidadoso exame por parte da autoridade julgadora de Primeira Instância e que a mesma deu correta solução à demanda, aplicando a legislação de regência à época da ocorrência do fato gerador, fazendo prevalecer à justiça tributária, VOTO pelo conhecimento do presente recurso de ofício, e, no mérito, NEGO provimento.

= RECURSO VOLUNTÁRIO =

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Trata-se de auto de infração mediante o qual foi lançado contra a recorrente o crédito tributário de R\$ 7.803.323,66 a título de Multa Isolada de 75%, calculado sobre o valor dos tributos compensados indevidamente, relativo aos anos-calendário de 2004 a 2006, no valor de R\$ 10.404.431,54, em razão terem sido consideradas ineficazes as compensações cujos créditos são oriundos de terceiros, de natureza não tributária e não se refiram a tributos administrados pela SRF, e por terem sido consideradas não declaradas as compensações efetuadas após 30/12/2004 e ineficazes as anteriores a esta data objeto da representação DERAT/SPO proveniente do processo 10880.721232/2006-94. Infração capitulada no art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, com redação dada pelas Leis nºs 11.051, de 2004 e 11.196, de 2005 e pelo art. 18 da Lei nº 11.488, de 2007 (MP 351, de 2007).

Resta claro pelo relatado que a recorrente apresentou DCOMP cujas compensações foram consideradas ineficazes (as efetuadas até 30/12/2004) e não declaradas (as realizadas após esta data) em razão do crédito não ser passível de compensação (visto tratar-se de crédito de terceiros, de natureza não tributária e não se referir a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil), motivo pelo qual o autuante aplicou multa isolada de 75% sobre as diferenças apuradas decorrentes das compensações indevidas.

A decisão recorrida entendeu que a multa isolada, de que trata o art. 18 da Lei nº 10.833/2003 e alterações, é aplicável aos casos de compensação indevida com crédito de natureza não tributária.

Inconformada, em virtude de não ter logrando êxito total na instância inicial, a contribuinte apresenta a sua peça recursal a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pleiteando a reforma da decisão prolatada na Primeira Instância onde, em sua defesa, pugna **preliminarmente:** (i) pela nulidade do Auto de Infração, uma vez que entende que o mesmo possui erros de capitulação legal; (ii) pela nulidade da decisão de primeira instância em razão da falta de manifestação sobre aspectos levantados na peça impugnatória; quanto ao **mérito:** (iii) que o Auto de Infração engloba valores que foram trazidos ao processo nº 10880.720136/2005-48 posteriormente ao despacho decisório, em data posterior ao pedido de desistência; (iv) que apresentou as documentações requeridas, em especial os protocolos de desistência não só o de 13/10/2006, como aqueles efetivados anteriormente; (v) que a multa de 75% possui caráter confiscatório e afronta princípios constitucionais; e (vi) é ilegal a utilização a taxa SELIC para atualização do valor supostamente devido.

Quanto às preliminares de nulidade do lançamento argüidas pela suplicante, sob o entendimento de que tenha ocorrido ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, entendendo que a autoridade lançadora feriu diversos princípios fundamentais, não devem ser acolhidas pelos motivos abaixo.

Da análise da defesa da recorrente observa-se que a mesma alega que a conduta do contribuinte tem que se enquadrar na previsão legal para viabilizar o lançamento, o que não ocorreu no presente caso.

Verifica-se, assim, que a contribuinte teve conhecimento do inteiro teor do processo, sendo-lhe concedido prazo para apresentar impugnação escrita, instruída com os

documentos que entendesse necessários, respeitando-se, assim, o direito ao contraditório e a ampla defesa.

É importante registrar que a contribuinte teve conhecimento do procedimento fiscal contra ela dirigido, pois, ainda durante a fiscalização, foi intimada a prestar esclarecimentos e fazer comprovações, tendo se manifestado e apresentado os documentos que julgou serem pertinentes.

Entendo que o procedimento fiscal realizado pelos agentes do fisco foi efetuado dentro da estrita legalidade, com total observância ao Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, não se vislumbrando, no caso sob análise, qualquer ato ou procedimento que tenha violado ou subvertido o princípio do devido processo legal.

O princípio da verdade material tem por escopo, como a própria expressão indica a busca da verdade real, verdadeira, e consagra, na realidade, a liberdade da prova, no sentido de que a Administração possa valer-se de qualquer meio de prova que a autoridade processante ou julgadora tome conhecimento, levando-as aos autos, naturalmente, e desde que, obviamente dela dê conhecimento às partes; ao mesmo tempo em que deva reconhecer ao contribuinte o direito de juntar provas ao processo até a fase de interposição do recurso voluntário.

O Decreto nº 70.235, de 1972, em seu artigo 9º, define o auto de infração e a notificação de lançamento como instrumentos de formalização da exigência do crédito tributário, quando afirma:

A exigência do crédito tributário será formalizado em auto de infração ou notificação de lançamento distinto para cada tributo.

Com nova redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993:

A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

O auto de infração e a notificação de lançamento por constituírem peças básicas na sistemática processual tributária, a lei estabeleceu requisitos específicos para a sua lavratura e expedição, sendo que a sua lavratura tem por fim deixar consignado a ocorrência de uma ou mais infrações à legislação tributária, seja para o fim de apuração de um crédito fiscal, seja com o objetivo de neutralizar, no todo ou em parte, os efeitos da compensação de prejuízos a que o contribuinte tenha direito, e a falta do cumprimento de forma estabelecida em lei torna inexistente o ato, sejam os atos formais ou solenes. Se houver vício na forma, o ato pode invalidar-se.

Ademais, a jurisprudência é mansa e pacífica no sentido de que quando o contribuinte revela conhecer as acusações que lhe foram impostas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa impugnação, abrangendo não só as questões preliminares como também as razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

Da mesma forma, não procede à nulidade do lançamento argüida sob os argumentos de que o auto de infração não foi lavrado dentro dos parâmetros exigidos pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, ou seja, erro de capitulação legal, descrição confusa dos fatos, falta de autenticidade, bem como não houve a devida descrição e capitulação da infração cometida pela recorrente.

Inicialmente, verifica-se que para a contribuinte foi concedido o prazo legal de 30(trinta) dias, a contar da ciência do auto de infração, para apresentar a impugnação, sendo-lhe assegurado vista ao processo, bem como a extração de cópias das peças necessárias a sua defesa, caso quisesse, garantindo-se desta forma o contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao procedimento fiscal realizado pela agente do fisco, verifica-se que foi efetuado dentro da estrita legalidade, com total observância ao Decreto nº 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, não se vislumbrando, no caso sob análise, qualquer ato ou procedimento que tenha violado ou subvertido o princípio do devido processo legal.

Verifica-se, ainda, que o Auto de Infração às fls. 585/586, bem como o Termo de Verificação Fiscal de fls. 579/582, identifica por nome e CNPJ a autuada, esclarece que foi lavrado na Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo - SP, cuja ciência foi através de AR e descreve as irregularidades praticadas e o seu enquadramento legal assinado pela Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil, cumprindo o disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, ou seja, o ato é próprio do agente administrativo investido no cargo de Auditor-Fiscal.

Não restam dúvidas de que o lançamento se deu em razão da constatação das irregularidades apontadas no Auto de Infração lavrado sem que a recorrente comprovasse efetivamente as suas alegações. Constatam dos autos diversos chamados ao sujeito passivo para que esse apresentasse as justificativas acerca das irregularidades apontadas.

O enquadramento legal e a narrativa dos fatos envolvidos permitem à perfeita compreensão do procedimento fiscal adotado, da base tributável apurada e do cálculo do imposto resultante, permitindo a interessada o pleno exercício do seu direito de defesa.

Ora, o lançamento, como ato administrativo vinculado, celebra-se com estrita observância dos pressupostos estabelecidos pelo art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, cuja motivação deve estar apoiada estritamente na lei, sem a possibilidade de realização de um juízo de oportunidade e conveniência pela autoridade fiscal. O ato administrativo deve estar consubstanciado por instrumentos capazes de demonstrar, com segurança e certeza, os legítimos fundamentos reveladores da ocorrência do fato jurídico tributário. Isso tudo foi observado quando da determinação do tributo devido, através do Auto de Infração lavrado. Assim, não há como pretender premissas de nulidade do auto de infração, nas formas propostas pela recorrente, neste processo, já que o mesmo preenche todos os requisitos legais necessários.

Da análise dos autos, constata-se que a autuação é plenamente válida.

Faz-se necessário esclarecer, que a Secretaria da Receita Federal é um órgão apolítico, destinada a prestar serviços ao Estado, na condição de Instituição e não a um Governo específico dando conta de seus trabalhos à população em geral na forma prescrita na legislação. Neste diapasão, deve agir com imparcialidade e justiça, mas, também, com absoluto rigor, buscando e exigindo o cumprimento das normas por parte daqueles que faltam com seu dever de participação.

Ademais, o Processo Administrativo Fiscal - Decreto n.º 70.235, de 1972 manifesta-se da seguinte forma:

Art. 59 - São nulos:

I - Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - Os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Como se verifica do dispositivo legal, não ocorreu, no caso do presente processo, a nulidade. O auto de infração foi lavrado e a decisão foi proferida por funcionários ocupantes de cargo no Ministério da Fazenda, que são as pessoas, legalmente, instituídas para lavrar e para decidir sobre o lançamento. Igualmente, todos os atos e termos foram lavrados por funcionários com competência para tal.

Ora, a autoridade lançadora cumpriu todos os preceitos estabelecidos na legislação em vigor e o lançamento foi efetuado com base em dados reais sobre a suplicante, conforme se constata nos autos, com perfeito embasamento legal e tipificação da infração cometida. Como se vê, não procede à situação conflitante alegada pela recorrente, ou seja, não se verificam, por isso, os pressupostos exigidos que permitam a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Haveria possibilidade de se admitir a nulidade por falta de conteúdo ou objeto, quando o lançamento que, embora tenha sido efetuado com atenção aos requisitos de forma e às formalidades requeridas para a sua feitura, ainda assim, quer pela insuficiência na descrição dos fatos, quer pela contradição entre seus elementos, efetivamente não permitir ao sujeito passivo conhecer com nitidez a acusação que lhe é imputada, ou seja, não restou provada a materialização da hipótese de incidência e/ou o ilícito cometido. Entretanto, não é o caso em questão, pois a discussão se prende a interpretação de normas legais de regência sobre o assunto, bem como a matéria de prova.

É de se esclarecer, que os vícios formais são aqueles que não interferem no litígio propriamente dito, ou seja, correspondem a elementos cuja ausência não impede a compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas. Circunscrevem-se a exigências legais para garantia da integridade do lançamento como ato de ofício, mas não pertencem ao seu conteúdo material. Por outro lado, quando a descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por consequência, das infrações correspondentes, tem-se o vício material. No presente caso, houve o perfeito conhecimento dos fatos descritos e das infrações imputadas.

Além disso, o art. 60 do Decreto n.º 70.235, de 1972, prevê que as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no art. 59 do mesmo Decreto não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Quanto à preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, argüida pela suplicante, sob o entendimento de que tenha ocorrido ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, já que a autoridade julgadora teria deixado de se manifestar sobre todas as questões suscitadas no recurso de primeira instância, sou pela rejeição pelos motivos abaixo expostos.

Como se vê do relatório, no entendimento da suplicante a decisão de Primeira Instância teria deixado de se manifestar sobre pontos questionados na peça impugnatória, em razão disso, entende ser nula a decisão recorrida, eis que atenta contra a garantia do devido processo legal e o direito de ampla defesa do contribuinte.

Da análise dos autos, verifica-se que o ponto central do litígio está restrito ao fato de que a recorrente apresentou DCOMP cujas compensações foram consideradas ineficazes (as efetuadas até 30/12/2004) e não declaradas (as realizadas após esta data) em razão do crédito não ser passível de compensação (visto tratar-se de crédito de terceiros, de natureza não tributária e não se referir a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil), motivo pelo qual o autuante aplicou multa isolada de 75% sobre as diferenças apuradas decorrentes das compensações indevidas.

Resta claro, na decisão, que a discussão principal estava vinculada a Lei nº 11.488, de 15/06/2007, que em seu artigo 18, veio modificar o previsto no artigo 18, da Lei 10.833/2003, a saber:

Art. 18. Os arts. 3º e 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passam 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 27 de dezembro de 1996, aplicando-se o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro 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 27 de dezembro de 1996, às hipóteses previstas nos §§ 2º e 4a deste artigo.

Ora, com todas as vênias, por qual razão se deveria analisar uma legislação tributária que nada tem haver com a discussão em questão.

Não restam dúvidas, nos autos, que a discussão se restringe sobre a possibilidade de se realizar compensações com créditos de natureza não tributária, de terceiros e/ou que não se refiram a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Por via de consequência em razão de terem sido consideradas ineficazes as compensações cujos créditos são considerados de terceiros, de natureza não tributária e não se refiram a tributos administrados pela SRF, e por terem sido consideradas não declaradas as compensações efetuadas após 30/12/2004 e ineficazes as anteriores a esta data objeto da representação DERAT/SPO proveniente do processo 10880.721232/2006-94, aplicou-se a multa isolada por compensação indevida. Esta é a discussão neste processo.

Ora, da análise da comparação entre os fundamentos constantes da peça impugnatória e os fundamentos constantes da peça decisória, não vislumbro nenhuma desconsideração ou inovação, por parte da autoridade julgadora, do conteúdo fundamental pela qual foi considerada improcedente a impugnação apresentada.

A preliminar levantada pela suplicante, data vênia, não tem nenhum cabimento, por qualquer ângulo que se pretende analisá-la. Acolher da forma como foi suscitada, seria atrelar o julgador à estrita vontade da autoridade lançadora, autoridade administrativa ou à vontade da autuada. Ou seja, a autoridade julgadora seria obstada de fundamentar a sua própria decisão com base em textos legais ou de emitir juízo próprio, deste que, evidentemente, não contrário à lei.

Assim sendo, entendo que não se deva dar razão a suplicante, já que a decisão de Primeira Instância apreciou de forma circunstancial todos os fatos e desdobramentos contidos na imputação feita e objeto de resistência pela recorrente, com argumentos equivalentes de modo a embasar a manutenção da pretensão tributária.

Somente a inexistência de exame de algum argumento apresentado pela suplicante, na fase impugnatória, cuja aceitação ou não implicaria no rumo da decisão a ser dada ao caso concreto é que acarreta cerceamento do direito de defesa da impugnante, ou o acréscimo de algum argumento que acarretasse mudança radical na decisão é que constituiria nulidade da decisão singular.

Ora, os autos demonstram claramente que a decisão de Primeira Instância é cristalina, e se manifesta sobre os principais argumentos apresentados pela suplicante em sua peça de manifestação de inconformidade. Estes são os principais fatos do processo em questão, e estes foram longamente debatidos pela decisão de Primeira Instância, talvez, não a contento da suplicante, ou seja, o resultado não foi como a suplicante gostaria que fosse.

No meu entender, não faz nenhum sentido a autoridade julgadora ficar rebatendo argumento por argumento, embasando a sua opinião em teorias jurídicas, textos legais e jurisprudenciais, principalmente, os que não teriam o poder de modificar a decisão da questão discutida, qual seja, a possibilidade de se aplicar a multa isolada nos casos em que ficar caracterizada a compensação indevida de tributos e/ou contribuições com créditos não tributários.

Restou claro que a suplicante pleiteou em todos os processos a compensação de débitos tributários com suposto crédito oferecido oriundo de ações judiciais relacionadas à posse de terras denominadas Apertados.

É evidente, que o artigo 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, arrola a incompetência do agente e a preterição do direito de defesa, como hipóteses de nulidades dos atos praticados no curso do processo fiscal.

Da mesma forma, é evidente, que a obediência plena ao direito de defesa, igualmente prescrito no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, exige o atendimento concomitante aos princípios do contraditório e do devido processo legal.

Não obstante, a infinidade de situações suscetíveis de ser compreendida no significado da expressão preterição do direito de defesa, ou do direito de ampla defesa é de tal amplitude que se faz necessário distinguir quando existe a falta de apreciação de prova ou

argumento de defesa, bem como quando existe inovação no fundamento do lançamento, seja por inovação dos fundamentos legais, seja por alteração dos valores lançados.

Os artigos 29 e 30, do Decreto n.º 70.235, de 1972, dizem respeito à liberdade da autoridade julgadora na apreciação das provas, respectivamente. É claro, que essa liberdade, no entanto, não autoriza o julgador, ao seu talante, deixar de apreciá-las, pois isso certamente acarretará cerceamento do direito de defesa.

Por outro lado, deve-se ter presente, no entanto, que, o não enfrentamento de alguma questão levantada pela impugnante, não necessariamente dá origem à preterição do direito de defesa, e por via de consequência, o nascimento do cerceamento do direito de defesa. Para que flore o cerceamento do direito de defesa, que seria uma condicionante para a nulidade da decisão de Primeira Instância, se faz necessário que esta questão tenha relevância, ou seja, tenha o poder de modificar algum item do decisório, não pode ser alegação por alegação, sem nenhuma importância no fato discutido. Como da mesma forma, o acréscimo de algum esclarecimento sem prejudicar a discussão, não torna, necessariamente, nula a decisão recorrida.

Assim sendo, rejeito a preliminar de nulidade da decisão de Primeira Instância, baseado no entendimento que a mesma foi proferida dentro dos parâmetros legais, abrangendo os fatos importantes relatados pela suplicante.

Por fim, é de se dizer, que quanto à alegação da regularidade da compensação promovida e considerada não declarada, cumpre esclarecer que, nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430, de 1996, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.051, de 2004, os atos de não-declaração não são passíveis de discussão no âmbito das Delegacias de Julgamento e dos Conselhos de Contribuintes (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais). Isto porque, o § 13 do referido dispositivo expressamente excepciona o cabimento de manifestação de inconformidade e recurso voluntário em tais circunstâncias:

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 n.º 10.637, de 2002)

(...).

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

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses: (Redação dada pela Lei n.º 11.051, de 2004)

I - previstas no § 3º deste artigo; (Incluído pela Lei n.º 11.051, de 2004);

II - em que o crédito: (Incluído pela Lei n.º 11.051, de 2004).

a) seja de terceiros; (Incluída pela Lei n.º 11.051, de 2004);

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969; (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004);

c) refira-se a título público; (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004);

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004);

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF. (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004).

§ 13. O disposto nos §§ 2º e 5º a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004).

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto a fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004).

Nada mais há para se discutir sobre a matéria constante do processo original.

No mérito, conforme relatado, a lide objeto dos autos trata da exigência de crédito tributário, relativamente à multa isolada de 75% aplicada, em concreto, por auto de infração, sobre os tributos indevidamente compensados por DCOMP julgada "não declarada" nos autos do processo de compensação nº 10880.720136/2005-48, em face de utilização de direito creditório adquirido de terceiros e de natureza não tributária (direito creditório não administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil).

Vale dizer, a legislação tributária federal, atinente ao instituto da compensação tributária de débitos e créditos, veda expressamente a utilização de direito creditório adquirido de terceiros e/ou de origem não tributária.

No caso de utilização de crédito de terceiros e/ou de origem não tributária, a legislação de regência da compensação tributária:

a) considera, de pleno direito, a compensação "não declarada", por força do art. 74, § 12, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, redação dada pelo art. 4º da Lei nº 11.051, de 2004;

b) afasta, de forma expressa, o rito processual do Decreto nº 70.235, de 1972, para compensação "não declarada" (art. 74, § 13, da Lei nº 9.430, de 1996, redação dada pelo art. 4º da Lei nº 11.051, de 2004);

c) afasta os efeitos estatuídos nos § 2º, 5º e 11 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, por força do art. 4º da Lei nº 11.051, de 2004;

d) comina penalidade (multa isolada) para compensação "não declarada" (art. 18, § 4º, da Lei nº 10.833/03, instituído pelo art. 25 da Lei 11.051/04, com redação dada pelo art. 18 da 11.488, de 2007 (MP nº 351, de 2007)).

Portanto, uma vez considerada não declarada a compensação tributária por despacho decisório naquele processo, de imediato, incontinenti, houve a abertura de procedimento de fiscalização interna pela unidade de origem, para exigência da respectiva multa isolada por auto de infração, em face da infração compensação indevida, ou seja, compensação não declarada.

Diversamente do alegado pela recorrente, a exigência do valor da multa pecuniária isolada de 75% sobre o valor dos tributos compensados indevidamente, em face de compensação não declarada, cuja infração foi apurada, ou seja, restou configurada, nos autos do processo de compensação nº 10880.720136/2005-48, está perfeitamente subsumida ao comando legal aplicado, vigente na data da transmissão da DCOMP (data da ocorrência da infração imputada).

No caso, a multa exigida no percentual de 75% foi aplicada, justamente, por compensação julgada não declarada, prevista na Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, na hipótese de inexistência de fraude ou falsificação de que tratam os arts. 71 a 73, da Lei nº 4.502/64. Se houvesse a caracterização de fraude ou falsidade na compensação, o percentual da multa isolada seria diverso, ou seja, 150%, que não é o caso.

A propósito, quanto à fundamentação legal da multa pecuniária de 75% aplicada, em concreto, no caso, consta do Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do auto de infração (fls. 579/582), que na data da transmissão da DCOMP já estava em vigência à figura da compensação tributária não declarada (arts. 4º e 25 da Lei 11.051/2004) e respectiva multa isolada (art. 18 da Lei 10.833/03, c/redação do art. 18 da Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007).

Resta claro, na decisão, que a discussão principal estava vinculada a Lei nº 11.488, de 15/06/2007, que em seu artigo 18, veio modificar o previsto no artigo 18, da Lei 10.833/2003, a saber:

Art. 18. Os arts. 3º e 18 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passam 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 27 de dezembro de 1996, aplicando-se o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro 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 27 de dezembro de 1996, às hipóteses previstas nos §§ 2º e 4a deste artigo.

Note-se que a condição necessária e suficiente para o lançamento é que o procedimento adotado pelo contribuinte se subsuma à hipótese de incidência prevista na norma, o que ocorreu no presente caso.

Como demonstrado, diversamente do alegado pela recorrente, a multa isolada de 75% foi aplicada em consonância com os fatos imputados e legislação de regência transcrita acima vigente na data da ocorrência da infração (compensação tributária indevida, considerada não declarada por utilização de direito creditório de terceiros e de origem não tributária).

Porém, se a contribuinte tivesse efetuado tal compensação, além da utilização de crédito de terceiros e de origem não tributária, valendo-se ainda de fraude ou falsificação, a multa não seria de 75%, mas sim de 150%, que não é o caso.

Por fim, vale esclarecer que é considerada não declarada a compensação em que o crédito seja um título público e não se refira a tributos administrados pela RFB. Nesse sentido, tem cabimento que a multa de ofício isolada em decorrência de compensação não declarada no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) seja aplicada sobre o montante dos débitos indevidamente compensados, pela utilização de crédito de título público e que não se refere a tributos administrados pela RFB.

Por conseguinte, não há reparo a fazer na decisão recorrida, pois a exigência do crédito tributário está em perfeita consonância com a legislação de regência vigente na data da ocorrência da infração, ou seja, na data de transmissão do PER/DCOMP.

Em relação ao pedido de desistência, é de se notar que todos os PER/DCOMP sob análise referenciam o processo administrativo nº 10880.720136/2005-48 (fls. 150 a 278), que foi objeto de Despacho Decisório (fls. 413 a 417) em 15/02/2006 (portanto, os demais processos de origem referenciados no subitem 3.1. não se referem à presente autuação). A recorrente alega dele ter sido cientificada, tendo apresentado Manifestação de Inconformidade em 22/03/2006 (fls. 419 a 434).

Ora, o autuante informa que a desistência do processo administrativo nº 10880.720136/2005-48 foi protocolada em 13/10/2006, após, portanto, a ciência do respectivo Despacho Decisório - fato não contestado pela recorrente ao perguntar: "qual a pertinência dessa entrega, uma vez que realmente o pedido de desistência fora protocolado em 13/10/2006?" (subitem 4.2.3.) -, o que a torna ineficaz.

Neste ponto, releva notar que a recorrente - em relação ao alegado pedido de desistência referente ao processo nº 12100.005385/2004.000.000 protocolado em 10/01/2005 - apenas reproduziu parte do informado pelo autuante ("onde constatou que realmente há o requerimento de desistência do pedido pleiteado"), suprimindo: "não sendo informado qual seria este pedido".

Note-se que nada foi trazido no recurso voluntário - além de alegações genéricas - que pudesse esclarecer qual seria o pedido ali formulado, de modo a infirmar a conclusão do autuante.

Da mesma forma, não cabe razão a recorrente no que tange a alegação de confisco, ilegalidade e ofensa a princípios constitucionais (ilegalidade e inconstitucionalidade), Taxa Selic, o exame das mesmas escapa à competência da autoridade administrativa julgadora.

Há que se destacar que à autoridade fiscal cabe verificar o fiel cumprimento da legislação em vigor, independentemente de questões de discordância, pelos contribuintes, acerca de alegadas ilegalidades/inconstitucionalidades, sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, como previsto no art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Não há dúvidas de que se entende como procedimento fiscal à ação fiscal para apuração de infrações e que se concretize com a lavratura do ato cabível, assim considerado o termo de início de fiscalização, termo de apreensão, auto de infração, notificação, representação fiscal ou qualquer ato escrito dos agentes do fisco, no exercício de suas funções inerentes ao cargo. Tais atos excluirão a espontaneidade se o contribuinte deles tomar conhecimento pela intimação.

Os atos que formalizam o início do procedimento fiscal encontram-se elencados no artigo 7º do Decreto n.º 70.235, de 1972. Em sintonia com o disposto no artigo 138, parágrafo único do Código Tributário Nacional, esses atos têm o condão de excluir a espontaneidade do sujeito passivo e de todos os demais envolvidos nas infrações que vierem a ser verificadas.

Em outras palavras, deflagrada a ação fiscal, qualquer providência do sujeito passivo, ou de terceiros relacionados com o ato, no sentido de repararem a falta cometida não exclui suas responsabilidades, sujeitando-os às penalidades próprias dos procedimentos de ofício. Além disso, o ato inaugural obsta qualquer retificação, por iniciativa do contribuinte e torna ineficaz consulta formulada sobre a matéria alcançada pela fiscalização.

Ressalte-se, com efeito, que o emprego da alternativa “ou” na redação dada pelo legislador ao artigo 138, do Código Tributário Nacional, denota que não apenas a medida de fiscalização tem o condão de constituir-se em marco inicial da ação fiscal, mas, também, consoante reza o mencionado dispositivo legal, “qualquer procedimento administrativo” relacionado com a infração é fato deflagrador do processo administrativo tributário e da conseqüente exclusão de espontaneidade do sujeito passivo pelo prazo de 60 dias, prorrogável sucessivamente com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos, na forma do parágrafo 2º, do art. 7º, do Dec. nº 70.235, de 1972.

O entendimento, aqui esposado, é doutrina consagrada, conforme ensina o mestre FABIO FANUCCHI em “Prática de Direito Tributário”, pág. 220:

O processo contencioso administrativo terá início por uma das seguintes formas:

1. pedido de esclarecimentos sobre situação jurídico-tributária do sujeito passivo, através de intimação a esse;

2. representação ou denúncia de agente fiscal ou terceiro, a respeito de circunstâncias capazes de conduzir o sujeito passivo à assunção de responsabilidades tributárias;

3 - autodenúncia do sujeito passivo sobre sua situação irregular perante a legislação tributária;

4. inconformismo expressamente manifestado pelo sujeito passivo, insurgindo-se ele contra lançamento efetuado.

(...).

A representação e a denúncia produzirão os mesmos efeitos da intimação para esclarecimentos, sendo peças iniciais do processo que irá se estender até a solução final, através de uma decisão que as julguem procedentes ou improcedentes, com os efeitos naturais que possam produzir tais conclusões.

No mesmo sentido, transcrevo comentário de A.A. CONTREIRAS DE CARVALHO em “Processo Administrativo Tributário”, 2ª Edição, págs. 88/89 e 90, tratando de Atos e Termos Processuais:

Mas é dos atos processuais que cogitamos, nestes comentários. São atos processuais os que se realizam conforme as regras do processo, visando dar existência à relação jurídico-processual. Também participa dessa natureza o que se pratica à parte, mas em razão de outro processo, do qual depende. No processo administrativo tributário, integram essa categoria, entre outros: a) o auto de infração; b) a representação; c) a intimação e d) a notificação

(...).

Mas, retornando a nossa referência aos atos processuais, é de assinalar que, se o auto de infração é peça que deve ser lavrada, privativamente, por agentes fiscais, em fiscalização externa, já no que concerne às faltas apuradas em serviço interno da Repartição fiscal, a peça que as documenta é a representação. Note-se que esta, como aquele, é peça básica do processo fiscal
(...).

Portanto, o Auto de Infração deverá conter, entre outros requisitos formais, a penalidade aplicável, a sua ausência implicará na invalidade do lançamento. A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto dá causa a lançamento de ofício, para exigi-lo com acréscimos e penalidades legais.

É de se esclarecer, que a infração fiscal independe da boa fé do contribuinte, entretanto, a penalidade deve ser aplicada, sempre, levando-se em conta a ausência de má-fé, de dolo, e antecedentes do contribuinte. A multa que excede o montante do próprio crédito tributário, somente pode ser admitida se, em processo regular, nos casos de minuciosa comprovação, em contraditório pleno e amplo, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, restar provado um prejuízo para fazenda Pública, decorrente de ato praticado pelo contribuinte.

Por outro lado, a vedação de confisco estabelecida na Constituição Federal de 1988, é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observado esse princípio, a lei deixa de integrar o mundo jurídico por inconstitucional. Além disso, é de se ressaltar, mais uma vez, que a multa de ofício é devida em face da infração às regras instituídas pelo Direito Fiscal e, por não constituir tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei, é

inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V, do art. 150 da Constituição Federal, não cabendo às autoridades administrativas estendê-lo.

Assim, as multas são devidas, no lançamento de ofício, em face da infração às regras instituídas pela legislação fiscal não declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja matéria não constitui tributo, e sim de penalidade pecuniária prevista em lei, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no art. 150, IV da CF., não conflitando com o estatuído no art. 5º, XXII da CF., que se refere à garantia do direito de propriedade. Desta forma, o percentual de multa aplicado está de acordo com a legislação de regência.

Ora, os mecanismos de controle de legalidade / constitucionalidade regulados pela própria Constituição Federal passam, necessariamente, pelo Poder Judiciário que detém, com exclusividade, tal prerrogativa. É inócuo, portanto, suscitar tais alegações na esfera administrativa.

De qualquer forma, há que se esclarecer que o imposto de renda é um tributo calculado sobre a renda tributável auferida. Ou seja, é calculado levando-se em consideração aos rendimentos ou receitas tributáveis auferidas e em razão do valor é enquadrada dentro de uma alíquota, não estando o seu valor limitado à capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária.

Ademais, os princípios constitucionais têm como destinatário o legislador na elaboração da norma, como é o caso, por exemplo, do princípio da Vedação ao Confisco, que orienta a feitura da lei, a qual deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco, cabendo à autoridade fiscal apenas executar as leis.

Assim sendo, não vejo como se poderia acolher o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade formal.

É entendimento, neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que à discussão sobre a inconstitucionalidade de normas legais é inócua, já que os órgãos administrativos judicantes estão impedidos de declarar a inconstitucionalidade de lei ou regulamento, face à inexistência de previsão constitucional.

No sistema jurídico brasileiro, somente o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, através do chamado controle incidental e do controle pela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No caso de lei sancionada pelo Presidente da República é que dito controle seria mesmo incabível, por ilógico, pois se o Chefe Supremo da Administração Federal já fizera o controle preventivo da constitucionalidade e da conveniência, para poder promulgar a lei, não seria razoável que subordinados na escala hierárquica administrativa, considerasse inconstitucional lei ou dispositivo legal que aquele houvesse considerado constitucional.

Exercendo a jurisdição no limite de sua competência, o julgador administrativo não pode nunca ferir o princípio de ampla defesa, já que esta só pode ser apreciada no foro próprio.

Se verdade fosse, que o Poder Executivo deva deixar aplicar lei que entenda inconstitucional, maior insegurança teriam os cidadãos, por ficarem à mercê do alvedrio do Executivo.

O poder Executivo haverá de cumprir o que emana da lei, ainda que materialmente possa ela ser inconstitucional. A sanção da lei pelo Chefe do Poder Executivo

afasta - sob o ponto de vista formal - a possibilidade da arguição de inconstitucionalidade, no seu âmbito interno. Se assim entendesse, o chefe de Governo vetá-la-ia, nos termos do artigo 66, § 1º da Constituição. Rejeitado o veto, ao teor do § 4º do mesmo artigo constitucional, promulgue-a ou não o Presidente da República, a lei haverá de ser executada na sua inteireza, não podendo ficar exposta ao capricho ou à conveniência do Poder Executivo. Faculta-se-lhe, tão-somente, a propositura da ação própria perante o órgão jurisdicional e, enquanto pendente a decisão, continuará o Poder Executivo a lhe dar execução. Imagine-se se assim não fosse, facultando-se ao Poder Executivo, através de seus diversos departamentos, desconhecer a norma legislativa ou simplesmente negar-lhe executoriedade por entendê-la, unilateralmente, inconstitucional.

A evolução do direito, como quer o suplicante, não deve pôr em risco toda uma construção sistêmica baseada na independência e na harmonia dos Poderes, e em cujos princípios repousa o estado democrático.

Não se deve a pretexto de negar validade a uma lei pretensamente inconstitucional, praticar-se inconstitucionalidade ainda maior consubstanciada no exercício de competência de que este Colegiado não dispõe, pois que deferida a outro Poder.

Ademais, matéria já pacificada no âmbito administrativo, razão pela qual o Presidente do então Primeiro Conselho de Contribuintes, objetivando a condensação da jurisprudência predominante neste Conselho, conforme o que prescreve o art. 30 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (RICC), aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, providenciou a edição e aprovação de diversas súmulas, que foram publicadas no DOU, Seção I, dos dias 26, 27 e 28 de junho de 2006, vigorando para as decisões proferidas a partir de 28 de julho de 2006.

Atualmente estas súmulas foram convertidas para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, pela Portaria CARF nº 106, de 2009 (publicadas no DOU de 22/12/2009), assim redigidas: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2)” e “A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).”

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez

CÓPIA