



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

Processo n° 10240.001098/2008-17
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 3201-001.099 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2012
Matéria MULTA ISOLADA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MELT METAIS E LIGAS S/A

Assunto:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

COMPENSAÇÃO NÃO-HOMOLOGADA. NÃO DECLARADA. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. MULTA ISOLADA. INAPLICABILIDADE.

A FUNDAMENTAÇÃO DO Auto de Infração para aplicação da multa isolada, no caso, foi com base em crédito de decisão judicial não transitada em julgado e restou comprovado. Logo, não há possibilidade de aplicação da multa por falta de subsunção da situação à norma.

RECURSO DE OFÍCIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício. O Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão acompanhou a relatora pelas conclusões.

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO- Presidente.

MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Marcelo Ribeiro Nogueira, Paulo Sérgio Celani, Daniel Mariz Gudiño e Luciano Lopes de Almeida Moraes.

Relatório

A DRJ de Belo Horizonte/MG recorre de ofício a este Conselho, tendo em vista recurso de ofício, nos termos do art. 34, do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/97 e Portaria MF nº 3, de 03/01/2008.

“Versa o presente processo sobre auto de infração (fls.222/226) para exigência de multa isolada em decorrência de compensação indevida. O valor da multa aplicada importa em R\$ 2.522.348,80.

Segundo relatado no auto de infração, o contribuinte efetuou compensação indevida de valores em declaração prestada, conforme Representação Fiscal de 27/07/2007, identificada pelo número de processo 10240.001381/2006-79, contendo o Parecer SAORT/DRF/PVO N° 064/2007 e Despacho Decisório de 16/05/2007, em relação às declarações de compensação – DCOMP's apresentadas pelo contribuinte em 20/05/2003, 10/06/2003, 15/07/2003, 14/08/2003, 15/09/2003, 15/12/2003, 15/01/2004, 13/02/2004, 09/03/2004, 15/03/2004, 15/04/2004, 14/05/2004, 31/05/2004, 15/06/2004, 30/06/2004, 15/07/2004, 30/07/2004, 06/08/2004, 13/08/2004, 08/09/2004 e 23/02/2005. Em relação às DCOMP's apresentadas anteriormente a 30/12/2003, a autoridade fiscal afirma não existir previsão legal para aplicação da multa isolada, pois esta previsão adveio somente com a edição da Lei 10.833/2003. O enquadramento legal aplicado foi o art.18 da Lei nº 10.833/2003, em sua redação original, bem como a mesma norma com a redação dada pela Lei nº 11.051/2004.

Todo o procedimento de análise efetuado pela autoridade fiscal está consubstanciado no Termo de Constatação e Verificação Fiscal (fls.227/234).

Tendo tomado ciência do lançamento em 30/04/2008 (fl.237), o contribuinte apresentou impugnação em 14/05/2008 (fls.243/256), via representante legal (fls.260 e 285), alegando em síntese que:

A empresa impugnante realizou no decorrer dos últimos anos operações referentes ao aproveitamento de créditos, tudo conforme preceitua a legislação aplicável à espécie;

Os citados créditos judiciais foram reconhecidos através de decisões judiciais devidamente transitadas em julgado, nas quais houve o expreso reconhecimento do direito aos créditos-prêmio de IPI e a possibilidade de compensação desses valores, nos termos dos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 491/69;

Valendo-se dos permissivos legais constantes da legislação brasileira, a ora impugnante adquiriu direitos creditórios concedidos em longínquas ações ordinárias e aproveitou os créditos mediante a apresentação de declaração de compensação via internet;

Foram consideradas não-homologadas as compensações informadas através dos PER/DCOMP transmitidos entre 20/05/2003 e 08/09/2004, como não-

declaradas as compensações referentes aos PER/DCOMP de 18/02/2005 e 23/02/2005;

Foi aplicada multa isolada com base no art.18 da Lei nº 10.833/2003, com base no errôneo argumento de que a ação judicial que deu origem ao crédito utilizado no mencionado procedimento compensatório não estava transitada em julgado no momento da transmissão dos PER/DCOMP;

A ação judicial nº 89.00.13622-4/RS transitou em julgado em 04/06/1996;

A aplicação da multa isolada não se revela razoável visto que o dispositivo legal que confere respaldo à sua imposição (§4º do art.18 da Lei 10.833/2003) é taxativo ao dispor sobre a incidência de multa apenas e tão somente sobre as compensações consideradas não declaradas, razão pela qual as compensações não homologadas pela autoridade administrativa competente jamais poderiam ser objeto de sanção;

Mesmo que fosse possível considerar legal a aplicação do supracitado dispositivo legal sobre as compensações não homologadas, ele jamais poderia, sob pena de estar legislando fatos jurídicos pretéritos, retroagir e atingir operações de compensação realizadas anteriormente à vigência do comando normativo que o regulamentou (Lei 11.051/2004);

Utilizando-se dos meios legais cabíveis a ora impugnante adquiriu parte dos créditos da empresa autora mediante instrumento público de cessão de direitos creditórios e notificou à União a respeito da operação efetivada;

Qualquer obstáculo administrativo à compensação estará ferindo o princípio constitucional de respeito à coisa julgada, o que impede a subsistência do auto de infração em exame;

A ação judicial citada, conforme se comprova por meio da certidão extraída do sítio eletrônico do TRF4, transitou em julgado em 1996;

A decisão judicial transitada em julgado impede que qualquer norma legal ou infra-legal venha restringir a soberania da coisa julgada;

Se a própria SRF fez constar no despacho decisório no qual se funda o auto de infração ora hostilizado, em razão de as compensações serem vedadas por expressa disposição legal contida no art.170-A da Lei nº 5.172/66 ou por serem consideradas não declaradas por terem como crédito ação judicial sem trânsito em julgado, não há razão que justifique a aplicação da referida penalidade, visto que a decisão judicial que reconheceu o crédito cedido transitou em julgado muito tempo antes da empresa Melt Metais dar início ao procedimento compensatório;

Há impropriedade técnica acerca aplicação dos dispositivos da Lei nº 11.051/2004, no que tange à incidência de multa isolada em razão de compensação reconhecida “indevida” pela SRF;

Não se pode pretender aplicar os preceitos, quanto mais uma sanção, prevista em instrumento legislativo posterior aos fatos referentes às operações de compensação realizadas;

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da irretroatividade relativa da lei ao determinar que esta não atingirá o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e coisa julgada (art.5º, XXXVI) ou quando prevê que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art.5º, XXXIX);

A constituição proíbe a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (art.150, III, "a"). Já o art.106 do CTN diz que a lei aplica-se ao ato ou fato pretérito, quando seja expressamente interpretativa, ressalvada a aplicação de penalidade pela infração dos dispositivos interpretados; (transcreve a norma)

O princípio da irretroatividade das leis tem por intento evitar a surpresa fiscal do contribuinte, sendo manifestação do princípio da segurança jurídica;

O direito positivo brasileiro permite que algumas leis tributárias possam retroagir, desde que beneficiem o contribuinte;

Só existe base legal para aplicação da multa em discussão, no caso das infrações cometidas a partir da vigência da Lei nº 11.051/2004, publicada no DOU de 30/12/2004;

No entanto, a esmagadora maioria das operações de compensação realizadas pela empresa foram efetuadas antes desta data. Assim, não há que se falar na aplicação da multa isolada constante sobre os dispositivos da Lei 11.051/2004, sobre os PER/DCOMP's transmitidos entre 20/05/2003 e 08/09/2004;

A multa só pode incidir sobre as compensações consideradas não declaradas; (transcreve o §4º do art.18 da Lei 11.051/2004 e trecho do Termo de Constatação e Verificação Fiscal);

A multa jamais poderia incidir sobre as compensações consideradas não homologadas pela autoridade administrativa;

Imperioso tecer breves considerações acerca da evolução legislativa que caracteriza a situação em exame; (o contribuinte discorre sobre a evolução legislativa)

A interpretação dada pela SRF ao §4º do art.18 da Lei 10.833/2003 revela-se totalmente distante do real interesse do legislador e só tem o objetivo de aumentar o seu já enorme poder arrecadatório;

Traz à baila recentes decisões do Egrégio Conselho de Contribuintes acerca da irretroatividade dos efeitos da Lei nº 11.051/2004 e da impossibilidade de aplicação da multa sobre as compensações consideradas não homologadas; (transcreve três ementas de acórdãos)

Requer seja cancelado o auto de infração.

Constam ainda dos autos os seguintes documentos que merecem destaque: demonstrativo consolidado do crédito tributário (fl.1), Representação (fl.2), cópia do processo administrativo 10240.001381/2006-79 (fls.3/186).

O contribuinte juntou os seguintes documentos à impugnação: Execução de Sentença (fl.257), Certidão (fl.258), Estatuto Social (fls.271/277) e requerimento (fl.293).

É o relatório.”

O pleito foi deferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/BEL nº 01-17.016, de 08/04/2010, proferida pelos membros da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte/SP, cuja ementa dispõe, *verbis*:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

COMPENSAÇÃO NÃO-HOMOLOGADA. NÃO DECLARADA. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. MULTA ISOLADA. INAPLICABILIDADE.

Tendo a autoridade fiscal fundamentado a aplicação de multa isolada sobre os débitos com compensação não-homologada ou não-declarada pelo fato do contribuinte ter informado como crédito decisão judicial não transitada em julgado e considerando que o sujeito passivo comprovou o trânsito em julgado da decisão, resta inaplicável a multa isolada.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado”

O julgamento foi no sentido de exonerar a autuada o crédito tributário exigido.

Assim sendo, a DRJ recorreu de ofício a este Conselho, tendo em vista recurso de ofício, nos termos do art. 34, do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/97 e Portaria MF nº 3, de 03/01/2008.

O processo digitalizado foi distribuído e encaminhado a esta Conselheira.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Mércia Helena Trajano D'Amorim

Versa o presente recurso de ofício a discussão sobre a pertinência da multa isolada, exigida no percentual de 75% sobre o valor das compensações tidas como "não homologadas/declaradas", relativas às DCOMP's transmitidas nos anos-calendários de 2004 e 2005.

Multa que foi aplicada por meio de Auto de Infração e Termo de Constatação e Verificação Fiscal, lavrado em 28/04/2008, nos seguintes termos:

Enquadramento legal:

Art. 18 da Lei nº 10.833/03;

Art. 18 da Lei nº 10.833/03, com redação dada pela Lei nº 11.051/04.

.....

O contribuinte efetuou compensação indevida de valores em declaração prestada, conforme Representação Fiscal de 27 de julho de 2007, identificada pelo número de processo 10240.001121/2007 - 84, contendo o Parecer SAORT/DRF/PVO Nº 064/2007 e o Despacho Decisório de 16/05/2007, em relação às Declarações de Compensação - DCOMPS apresentadas pelo contribuinte em 20/05/2003, 10/06/2003, 15/07/2003, 14/08/2003, 15/09/2003, 15/12/2003, 15/01/2004, 13/02/2004, 09/03/2004, 15/03/2004, 15/04/2004, 14/05/2004, 31/05/2004, 15/06/2004, 30/06/2004, 15/07/2004, 30/07/2004, 06/08/2004, 13/08/2004, 08/09/2004 e 23/02/2005.

Em relação às DCOMPS apresentadas anteriormente à 30/12/2003, não há previsão legal para aplicação da multa isolada, pois esta previsão adveio somente com a edição Lei 10.833 de 29 de dezembro de 2003.

.....

Analizamos o Parecer e o Despacho Decisório da Seção de Orientação e Análise Tributária - SAORT, e constatamos que o contribuinte efetuou compensações indevidas de valores em declarações prestadas, desejando compensar supostos créditos provenientes da ação judicial nº 8900136224, com débitos dos tributos de códigos 2172, 5856, 2089, 2372, 8109, dos períodos de apuração dos anos-calendário de 2000, 2001, 2003 e 2004. Sendo assim, fica cabível a aplicação de multa isolada, pois o referido Parecer e o Despacho Decisório consideraram as DCOMPS apresentadas como não homologadas ou não declaradas, em razão de os créditos se referirem a Ação Judicial sem trânsito em julgado.

Constam os valores às fls. 231 a 234.

No primeiro prisma, tracemos o histórico da legislação da multa aplicada:

O artigo 90 da MP-2.158-35/2001 estabelece as regras para o lançamento de ofício nos casos de diferenças apuradas nas declarações prestadas pelo sujeito passivo:

“Art. 90. Serão objeto de lançamento de ofício as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Ou seja, o artigo refere-se ao lançamento do tributo indevidamente compensado. E, para o caso de lançamento de ofício, a fiscalização lançava também a multa prevista no art.44, I da Lei 9.430/96.

Este procedimento vigorou até a edição da MP-135/2003, DOU 31/10/2003, posteriormente convertida na Lei 10.833/2003 DOU 30/12/2003, cujo art.18 determinou:

“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 sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida e aplicar-se-á unicamente nas hipóteses de o crédito ou o débito não ser passível de compensação por expressa disposição legal, de o crédito ser de natureza não tributária, ou em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

§ 1º Nas hipóteses de que trata o caput, aplica-se ao débito indevidamente compensado o disposto nos §§ 6º a 11 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996.

§ 2º A multa isolada a que se refere o caput é a prevista nos incisos I e II ou no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, conforme o caso.

§ 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.”

O texto do art.18 da MP-135/2003 foi mantido na conversão para a Lei 10.833/2003.

O art.18 da Lei 10.833/2003 foi alterado pelo art.25 da Lei 11.051/2004, DOU 30/12/2004, que dispõe:

“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 da não-homologação de compensação declarada pelo sujeito passivo nas hipóteses em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

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

§ 4º A multa prevista no caput deste artigo também será aplicada 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."

Com nova alteração através da Lei 11.196/2005, DOU 22/11/2005, art.117, conforme:

"Art. 18.

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

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

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

§ 5º Aplica-se o disposto no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, às hipóteses previstas no § 4º deste artigo."

A vigência desse art.117 ocorreu a partir de 14/10/2005, nos termos do art.132, II da mesma lei.

Mais uma alteração foi procedida pelo art.18 da Lei 11.488/2007, DOU 15/06/2007, nos seguintes termos:

"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 4º deste artigo.”

se segue: Observa-se que o referido art. 18 é uma verdadeira colcha de retalhos, como

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 sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida e aplicar-se-á unicamente nas hipóteses de o crédito ou o débito não ser passível de compensação por expressa disposição legal, de o crédito ser de natureza não tributária, ou em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos ~~arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964~~.

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 da não-homologação de compensação declarada pelo sujeito passivo nas hipóteses em que ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos ~~arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964~~. ~~(Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)~~ ~~(Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)~~

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. ~~(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)~~

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 não confirmada a legitimidade ou suficiência do crédito informado ou quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. ~~(Redação dada pela Medida Provisória nº 472, de 2009)~~

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. ~~(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)~~

§ 1º Nas hipóteses de que trata o caput, aplica-se ao débito indevidamente compensado o disposto nos §§ 6º a 11 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

§ 2º A multa isolada a que se refere o caput é a prevista nos ~~incisos I e II ou no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996~~, conforme o caso.

~~§ 2º A multa isolada a que se refere o caput deste artigo será aplicada no percentual previsto no inciso II do caput ou no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, conforme o caso, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)~~

~~§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)~~

~~§ 2º A multa isolada a que se refere o caput deste artigo será aplicada sobre o total do débito indevidamente compensado, no percentual: (Redação dada pela Medida Provisória nº 472, de 2009)~~

~~I - previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na hipótese em que não for confirmada a legitimidade ou suficiência do crédito informado; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 472, de 2009)~~

~~II - 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 se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Incluído pela Medida Provisória nº 472, de 2009)~~

~~§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)~~

~~§ 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.~~

~~§ 4º A multa prevista no caput deste artigo também será aplicada 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. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)~~

~~§ 4º Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado, quando a compensação for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicando-se os percentuais previstos: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)~~

~~I - no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)~~

~~II - no inciso II do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades~~

~~administrativas ou criminais cabíveis. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)~~

~~11.196, de 2005)~~
~~§ 5º Aplica-se o disposto no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, às hipóteses previstas no § 4º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)~~

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 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 4º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Com razão a decisão recorrida, quando menciona em seu voto, que transcrevo:

No que se refere à fundamentação para a aplicação da multa isolada, a autoridade que lavrou o auto de infração (fl.223) entendeu que a multa era cabível em relação às DCOMP's apresentadas de janeiro/2004 a fevereiro/2005. Em relação às DCOMP's apresentadas anteriormente a 30/12/2003, a autoridade entendeu que não havia previsão legal para aplicação da multa isolada, pois esta previsão adveio somente com a edição da Lei 10.833/2003. No Termo de Constatação e Verificação Fiscal (fls.227/234), por sua vez, a autoridade afirma que o fundamento do lançamento se deveu à utilização de créditos provenientes do processo judicial nº 8900136224 e que referida ação judicial não teria transitado em julgado. Cita o artigo 170-A do CTN, o qual afirma que é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martinez Lopes (Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, 2ª edição, pp.167 a 170, Ed. Dialética, São Paulo – 2004) afirmam que por meio da descrição, informam-se os motivos que levaram à autuação, estabelecendo a conexão entre os meios de prova coletados e/ou produzidos e a conclusão chegada pela autoridade fiscal. Ainda, dizem que é elemento essencial à lavratura do auto de infração, porém, a jurisprudência administrativa tem admitido que eventuais incorreções no enquadramento legal no auto de infração podem ser superadas quando descritos com precisão quais os fatos que deram margem à tipificação legal e à autuação.

Moacyr Amaral Santos no sentido de que “a certeza não é suscetível de graduação”, concluindo com o entendimento de que se remanescer uma dúvida razoável da improcedência da exação, o julgador não poderá decidir contra o acusado.

No caso em tela, a descrição dos fatos está equivocada ao afirmar que a ação judicial nº 8900136224 não teria transitado em julgado. É que o contribuinte juntou à impugnação a listagem dos exequentes da sentença (fl.257), além de certidão (fl.258) declarando que a ação ordinária transitou em julgado em 04/06/1996.

Muito embora as cópias dos documentos citados sejam simples, efetuamos consulta ao site da Justiça Federal da 4ª Região (fls.295/296), ratificando a autenticidade daqueles documentos.

Assim, confirmado está o equívoco cometido pela autoridade autuante na descrição dos fatos (fls.223 e 227/234). Conseqüência disso, a multa isolada aplicada para as DCOMP's consideradas não-homologadas por expressa disposição legal (art.18, caput, da MP-135/2003 e Lei nº 10.833/2003) pelo fato da ação judicial não ter transitado em julgado não pode ser aplicada sob esse fundamento haja vista que houve o trânsito em julgado. Da mesma forma, a multa isolada aplicada para as DCOMP's consideradas não-declaradas (art.18, §4º da Lei nº 10.833/2003 com a redação dada pela Lei nº 11.051/2004 pelo fato da mesma ação judicial com decisão favorável não ter transitado em julgado. A esse respeito, cite-se o §12 do art.74 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei 11.051/2004:

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

I - previstas no § 3º deste artigo;

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros;

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

c) refira-se a título público;

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

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

Em assim sendo, percebe-se que a multa isolada poderia ser aplicada por outra motivação e não a motivação apontada- DCOMPS apresentadas como não homologadas ou não declaradas, em razão de os créditos se referirem a Ação Judicial sem trânsito em julgado.

Pois, a referida ação judicial de nº 8900136224 transitou em julgado em 04/06/1996, antes da transmissão dos PER/DCOMP. Consta listagem dos exequentes da sentença (fl.257), além de certidão (fl.258).

Ou seja, teria motivação para aplicação da multa isolada, por outra razão, mas a não indicada, poderia ser: para as DCOMP's não-homologadas como para as não-declaradas. Em relação às Dcomp não-homologadas, pela empresa se utilizar de crédito de terceiros, procedimento vedado implicitamente pelo caput do art.74 da Lei 9.430/96 e explicitamente em diversas instruções normativas da RFB (IN's 210/2002, 460/2004, 600/2005 e 900/2008); no que se refere às Dcomps não -declaradas, pelo fato do crédito se referir a "crédito-prêmio" e ser de terceiros.

Bem como, não procede a afirmação da fiscalização ao afirmar que em relação às DCOMP's apresentadas anteriormente à 30/12/2003 inexistia previsão legal para aplicação da multa isolada, o que somente teria ocorrido com a edição da Lei 10.833/2003. Conforme já ilustrado, o primeiro texto legal para fins de aplicação da multa isolada surgiu com a edição da Medida Provisória nº 135/2003, DOU 31/10/2003, art.18.

Portanto, não há possibilidade de aplicação da multa acima mencionada por falta de subsunção da situação à norma.

Pois, deve-se aplicar a penalidade em caso de estrita adequação entre a situação fática e a hipótese legal de incidência.

Logo, não cabe a cobrança da multa aplicada, pelos motivos apresentados, portanto; não merece reparo o voto da decisão de primeira instância.

À vista do exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

Mércia Helena Trajano D'Amorim- Relator