



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10980.010561/2003-35
Recurso nº 236.326 Especial do Procurador
Acórdão nº **9303-01.683 – 3ª Turma**
Sessão de 05 de outubro de 2011
Matéria Multa - retroatividade
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TRANS IGUAÇU EMPRESA DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/2000 a 31/08/2003

MULTA DE OFÍCIO. LANÇAMENTO DECORRENTE DE COMPENSAÇÃO DECLARADA EM DCTF E NÃO HOMOLOGADA. DOLO NÃO CARACTERIZADO. Art. 90 da MP nº2.158-35. LEI Nº 11.051, DE 30/12/2004. RETROATIVIDADE BENIGNA. CANCELAMENTO DA PENALIDADE. Nos termos do art. 18, caput e § 2º da Lei nº 10.833, de 29/12/2003, com a redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.051, de 29/12/2004, a multa de ofício sobre o valor de débito compensado indevidamente só se aplica na hipótese de infração dolosa, no percentual qualificado de cento e cinquenta por cento. Na situação em que a compensação é declarada em DCTF com base em ação judicial, não resta caracterizado dolo e por isto a multa de ofício é cancelada.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso especial.

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

Maria Teresa Martínez López - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Luis Eduardo Garrossino Barbieri, Rodrigo Cardozo Miranda, Júlio César

Alves Ramos, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Gileno Gurjão Barreto e Otacílio Dantas Cartaxo.

Relatório

Trata-se de análise de recurso especial apresentado pela Fazenda nacional.

Em 30 de outubro de 2003 a interessada foi intimada da lavratura do Auto de Infração em tela, onde foram apuradas débitos de PIS relativos ao período de 02/1999 a 08/2003. Segundo a autoridade fiscal autuante, a interessada teria adotado os seguintes procedimentos, em virtude dos quais não houve recolhimento do PIS:

1º) Ter excluído da base de cálculo do PIS a despesa relativa ao ICM em operações ocorridas no Estado de São Paulo;

2º) Deixou de considerar, para efeitos de cálculo das incidências referentes a correções monetárias ativas e ou cambiais, e aluguéis, na forma do art. 3º da Lei 9.718;

3º) Efetuou compensação referente às competências junho/julho/2003, lançada em DCTF, conforme pedido de restituição no Proc. nº 10980.005080/00-11, o qual teria sido indeferido, ao fundamento de que o direito de pedir restituição extingui-se uma vez decorridos cinco anos da data da extinção do crédito tributário, estando, portanto, prescrito o objeto do pedido compensatório. Tendo em vista que os recolhimentos ocorreram em 30/04/91, 30/04/92, 29/05/92 e 30/06/92, o pedido foi indeferido, considerando-se por isso, como não recolhido o PIS.

4º) A autuação, se verificou com a multa de 75%.

Inconformada, apresentou impugnação contra a integralidade da autuação. A DRJ proferiu decisão onde os membros da 3ª Turma de Julgamento mantiveram, por unanimidade de votos, o débito de R\$ 63.155,69 (valor original). Dessa decisão houve recurso ao então Conselho de Contribuintes. Ao julgar mencionado recurso, a Colenda 3ª Câmara do E. 2º Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, houve por bem dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para "cancelar parte da multa de ofício" no período de apuração de 06/2000 e 07/2000 (fl. 253).

A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

Assunto: Contribuição para o Pis/Pasep

Ano-calendário: 01/08/2000 a 31/08/2003

NORMAS PROCESSUAIS OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. DESISTÊNCIA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. SÚMULA Nº 1/2007. Nos termos da Súmula nº 1/2007, do Segundo Conselho de Contribuintes, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO DE VALOR NÃO CONFESSADO. PROCESSO DE

*COMPENSAÇÃO ANTERIOR À MP Nº 135/2003 EM CURSO.
INDEPENDÊNCIA. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA.*

Não é nulo o Auto de Infração lavrado para constituir crédito tributário objeto de compensação indeferida e cujo processo, ainda em curso, foi iniciado antes da Medida Provisória nº 135, de 30/10/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, quando pedido de restituição e compensação não implicava em confissão de débito e a DCTF só tinha confessado o valor do saldo a pagar.

BASE DE CÁLCULO. ICMS DEVIDO PELO PRESTADOR DE SERVIÇOS E COBRADO DO TOMADOR MEDIANTE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INCLUSÃO NO FATURAMENTO DO SUBSTITUÍDO.

A base de cálculo da Cofins e do Pis é o faturamento ou receita bruta, sem exclusão do valor do ICMS devido, sendo que no regime de substituição tributária o substituído, contribuinte originário do imposto estadual, não pode proceder à exclusão admitida tão-somente ao substituto.

MULTA DE OFÍCIO. LANÇAMENTO DECORRENTE DE COMPENSAÇÃO DECLARADA EM DCTF E NÃO HOMOLOGADA. DOLO NÃO CARACTERIZADO. LEI Nº 11.051, DE 30/12/2004. RETROATIVIDADE BENIGNA. CANCELAMENTO DA PENALIDADE.

Nos termos do art. 18, caput e § 2º da Lei nº 10.833, de 29/12/2003, com a redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.051, de 29/12/2004, a multa de ofício sobre o valor de débito compensado indevidamente só se aplica na hipótese de infração dolosa, no percentual qualificado de cento e cinquenta por cento. Na situação em que a compensação é declarada em DCTF com base em ação judicial, não resta caracterizado dolo e por isto a multa de ofício é cancelada.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE DEPÓSITO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

É cabível o lançamento de juros de mora na constituição do crédito tributário de ofício, exceto quando haja depósito do seu montante integral ou processo de consulta à legislação tributária pendente de apreciação.

Recurso não conhecido em parte, face à opção pela via judicial, e dado provimento parcial na parte conhecida.

Inconformada com a decisão, na parte em que foi excluída a multa de ofício de 75%, a Recorrente, com fulcro no inciso II, do art. 56 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes c/c inciso II, do artigo 7º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovado pela Portaria nº 147/2007, interpôs Recurso Especial, sustentando no r. Acórdão que:

Data máxima vênua, o acórdão recorrido incorre em equívoco manifesto ao pressupor a retroatividade benéfica do art. 18 da Lei nº 10.833/2003, tendo em vista que a situação prevista no

referido dispositivo de lei não é a mesma que fundamentou a exigência da multa de ofício no presente caso, deixando a referida decisão ainda de fazer incidir, na espécie, o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, legítimo e correto do auto de infração.

Por meio do Despacho nº 400-415/2009, de fls 300/301, sob o entendimento de terem sido observados os requisitos legais deu-se seguimento ao recurso. Consta do referido despacho os excertos a seguir transcritos:

Neste sentido, há que se observar que no caso concreto o contribuinte havia feito compensações em DCTF nos meses de junho e julho de 2000, vinculando créditos oriundos de indébito tributário pleiteado no processo nº 10980.005080/00-11, que foi indeferido pela autoridade administrativa, em razão da decadência. A compensação não foi homologada e o lançamento de ofício, com base nos valores existentes nas DCTF, foi notificado ao contribuinte em 30/10/2003, quando ainda vigorava a redação original do art. 90 da MP nº 2.158-35.

Por outro lado, o inteiro teor do paradigma nº 204-02.808 revela que em hipótese semelhante, a multa de ofício que havia sido exonerada pela DRJ, foi restabelecida no acórdão que deu provimento ao recurso de ofício. Conquanto se possa alegar dessemelhança entre as situações fáticas deste paradigma e do acórdão recorrido, pelo fato de o paradigma versar sobre compensação de crédito de origem não tributária, a análise do voto condutor (fls.285) revela que essa diferença não teve influência sobre a decisão do relator em manter a multa de ofício.

Desse modo, considerando que restou configurado o dissídio jurisprudencial, DOU SEGUIMENTO ao recurso, quanto à aplicação do princípio da retroatividade benéfica ao art. 18 da Lei nº 10.833/2003.

Às fls. 332 a 344 contrarrazões apresentadas pela contribuinte onde em apertada síntese requer o não conhecimento do recurso, e no mérito, a manutenção da decisão recorrida. Traz julgados administrativos e judiciais em seu favor.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Teresa Martínez López, Relatora

O recurso atende as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Decidiu a Câmara, por unanimidade de votos, excluir a multa de ofício aplicada sobre os valores principais de R\$ 9.613,84 e R\$ 12.749,95, períodos de apuração 06/2000 e 07/2000.

Para melhor compreensão da matéria, tomo a liberdade de reproduzir excertos do voto recorrido, da autoria do ilustre Conselheiro EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS:

Em relação à parte conhecida, deve ser excluída a multa de ofício aplicada sobre os valores principais de R\$ 9.613,84 e R\$ 12.749,95, períodos de apuração 06/2000 e 07/2000.

No mais, não cabe dar razão à Recorrente.

Tal como na primeira instância, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento, que se fez necessário em virtude de a compensação declarada em DCTF implicar em não confissão de dívida.

A fiscalização, ao considerar não recolhida a parcela da Contribuição cuja compensação foi indeferida no Processo nº 10980.005080/00-11, aplicou da melhor forma a legislação da época, segundo a qual constituía confissão de dívida apenas o saldo a pagar informado em DCTF. Não havendo tal confissão, se não houvesse o lançamento sobreviria a decadência.

Quanto à possibilidade de dupla cobrança, inexistente na situação dos autos porque com base tão-somente no indeferimento do pedido de restituição/compensação objeto do Processo nº 10980.005080/00-11 o valor do débito compensado não podia ser exigido. Tal possibilidade só surgiu com a MP nº 135, de 30/10/2003 e convertida na Lei nº 10.833/2003.

Referida MP introduziu o § 6º no art. 74 da Lei nº 9.430/96, a determinar que "A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados."

Aquele processo, embora tendo relação indireta com este ora apreciado – porque se ao final houvesse sido deferida a compensação caberia reduzir o débito lançado, na proporção do crédito lá reconhecido –, era independente. Enquanto lá o cerne da discussão era o direito (ou não) ao crédito cuja repetição foi solicitada, aqui o litígio versa sobre a procedência (ou não) do débito. O fato de que esse débito até poderia ser extinto mediante a compensação daquele, não impede o lançamento nem suspende a exigibilidade do valor decorrente da compensação indeferida.

Dada a relação indireta acima delineada, no geral é conveniente que se aguarde o término do processo onde se discute o crédito, visando eliminar contradição entre as duas decisões. Aqui, todavia, não se faz necessária qualquer delonga no julgamento em curso porque o sistema "comprot" da RFB, disponível na internet, dá conta do encerramento do processo nº 10980.005080/00-11, que foi arquivado em 20/05/2008 sem que haja notícia de ingresso nos Conselhos de Contribuintes (consultei, também, o sítio dos CC). Assim, pode-se dar como certo o indeferimento dos créditos de ILL em face da decadência, nos termos do Acórdão nº 5.240, de 18 de dezembro de 2003, proferido pela Iª Turma de Julgamento da DRJ Curitiba naqueles autos (cópia às fls. 163/170). O direito à compensação encontra-se julgado em definitivo, não cabendo aqui apreciar qualquer alegação que lhe diga respeito, como o de que a

Recorrente obteve sentença judicial favorável à repetição do indébito de ILL.

A referendar a rejeição da preliminar de nulidade, observo que o Auto de infração atende ao disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, identifica a matéria tributada e contém a fundamentação legal correlata, não podendo ser acoimado de nulo apenas porque o processo relativo à compensação do valor lançado ainda estava em trâmite, após o indeferimento pelo órgão de origem. Se aquele processo foi iniciado antes da Medida Provisória nº 135, de 30/10/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, quando pedido de restituição e compensação não implicava em confissão de débito e a DCTF só tinha como confessado o valor do saldo a pagar, o lançamento se fazia necessário, sob pena de decadência.

No que declarados em DCTF, os valores de R\$ 9.613,84 e R\$ 12.749,95 devem ser mantidos apenas no principal, para serem exigidos com a multa de mora e os juros respectivos. Embora correto e necessário o lançamento de ofício, no tocante à multa que os acompanha o art. 18 da Lei nº 10.833, de 29/12/2003 (conversão da MP nº 135, de 30/10/2003, publicada em 31/10/2003), com a redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.051, de 29/12/2004, publicada em 30/12/2004, trouxe modificações que determinam a exclusão da penalidade.

Segundo a nova redação, na hipótese de diferenças apuradas em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, só se aplica a multa isolada de 150%, própria das hipóteses de sonegação, fraude e conluio previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

A Lei nº 11.051/2004 extinguiu a multa de 75% para as compensações sem dolo, mantendo somente a multa qualificada para as hipóteses de sonegação, fraude ou conluio. Deixou-se de definir como infração, punível com a multa de 75%, a compensação indevida sem dolo. Assim permaneceu até 22/11/2005, data de publicação da Lei nº 11.196/2005, cujo art. 117 alterou novamente o art. 74 da Lei nº 9.430/96, restabelecendo infrações não dolosas.

(...)

E mais adiante, continua o relator:

Por oportuno, observo que neste processo descabe cogitar da nova alteração na redação do art. 18 da Lei nº 10.833/2003, estabelecida pelo art. 117 da Lei nº 11.196, de 21/11/2005, e que só possui efeitos a partir de 22/11/2005 (data da publicação da Lei nº 11.196). Referido art. 117, que alterou a redação do § 4º do art. 74 da Lei nº 9.430/96 para restabelecer a multa de 75% nas compensações sem dolo, constou da MP nº 252, de 15/06/2005, que todavia não foi convertida em lei e por isto só teve eficácia até 13/10/2005.

Assim, e apesar do art. 132, II, "d", da Lei nº 11.196/2005, segundo o qual o art. 117 da mesma Lei teria efeitos a partir de 14/10/2005 (imediatamente após o fim da eficácia da MP nº

252/2005), a melhor interpretação recomenda não admitir a retroatividade das penalidades restauradas. Daí ser mais correto considerar a eficácia do art. 117 em comento a partir de 22/11/2005.

Segundo essa nova redação do art. 18 da Lei nº 10.833/2003, a multa de ofício, no percentual básico ou qualificado, também se aplica nas hipóteses previstas no inciso II do § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, ou seja, nas seguintes hipóteses em que a compensação é considerada não declarada: a) crédito de terceiros; b) crédito referente ao crédito-prêmio instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969; c) crédito referente a título público; d) crédito decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; e) crédito não referente a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF.

Como o lançamento em é anterior a 22/11/2005 e não se verifica nenhuma das hipóteses que ensejam a aplicação da penalidade qualificada prevista no art. 18 da Lei nº 10.833/2003, com a redação dada pelo art. 25 da Lei nº 11.051/2004 — tanto assim que foi aplicada a multa básica de 75%, em vez da multa qualificada —, cabe invocar o art. 106, inciso II do CTN, que prevê a retroatividade da lei a ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

A confirmar a aplicação da retroatividade benigna, o entendimento manifestado pela Coordenação-Geral do Sistema de Tributação — Cosit, por meio da Solução de Consulta Interna nº 3, de 8 de janeiro de 2004 (que se refere apenas ao caput do art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, por haver sido expedida antes das modificações introduzidas pela Lei nº 11.051, de 2004):

EMENTA: (...)

No julgamento dos processos pendentes, cujo crédito tributário tenha sido constituído com base no art. 90 da MP nº 2.158-35, as multas de ofício exigidas juntamente com as diferenças lançadas devem ser exoneradas pela aplicação retroativa do caput do art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, desde que essas penalidades não tenham sido fundamentadas nas hipóteses versadas no "caput" desse artigo.

No mais, tendo em vista que a própria Administração já reconhece a retroatividade benigna (veja-se Solução de Consulta Interna nº 03, de 08 de janeiro de 2004, proferida pela Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal, que em seus itens 13 a 22 aborda o assunto de forma completa e exaustiva, manifestando-se sobre a exclusão da multa) nenhum reparo há de se fazer na decisão recorrida.

CONCLUSÃO:

Diante do acima exposto voto no sentido de negar provimento ao recurso apresentado pela Fazenda Nacional.

Maria Teresa Martínez López

CÓPIA