



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 11065.000043/2005-70
Recurso nº 137.579 Voluntário
Matéria MULTA DIVERSA
Acórdão nº 303-35.316
Sessão de 19 de maio de 2008
Recorrente PLÁSTICOS SUZUKI LTDA.
Recorrida DRJ-PORTO ALEGRE/RS

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/08/2002, 28/02/2003, 31/07/2003, 30/09/2003, 30/04/2004, 30/09/2004

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS ADMINISTRADOS PELA SRF COM CRÉDITOS DE TÍTULOS DA ELETROBRÁS. MULTA ISOLADA. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE.

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito, quando ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. Aplicação do art. 106, II, "c" do CTN.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade do lançamento e da decisão recorrida. Por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa a 75%, nos termos do voto do relator. Os Conselheiros Nilton Luiz Bartoli, Heroldes Bahr Neto, Vanessa Albuquerque Valente e Nanci Gama votaram pela conclusão.


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente


CELSON LOPES PEREIRA NETO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário contra decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS – DRJ/POA, através do Acórdão nº 5.700 de 12 de maio de 2005.

Foi lavrado Auto de Infração para exigência de multa capitulada nos artigos 43, 44, §1º, inciso II e 61, §§1º e 2º, da Lei nº 9.430/96, decorrente de ação fiscal levada a efeito na empresa, na qual foram examinadas as compensações de débitos de PIS, COFINS, IPI, IRPJ e CSLL, efetuadas diretamente nas DCTFs, sem DARF, com créditos de natureza não tributária.

Conforme Relatório do Trabalho Fiscal de fls. 05/11, a recorrente entregou em 04/10/02, Declaração de Compensação de crédito seu, de natureza não tributária, originado de empréstimo compulsório sobre energia elétrica à Eletrobrás, com os débitos dos tributos por ela devidos, anexados ao processo administrativo nº 11065.003707/2002-18.

Apreciado o pedido, pela Delegacia da Receita Federal em Novo Hamburgo, foi emitido o Parecer DRF/NHO/Saort nº 242/2002 (fls. 18/19), que propôs o indeferimento total do pedido, por não constituir o empréstimo compulsório um tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal. Em Despacho Decisório de 13/09/2002 (fls. 20), foi denegado o pleito do contribuinte, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 e Instrução Normativa nº 21, de 10/03/97.

O contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 23/45, na qual aduz que:

- é empresa industrial dedicada a industrialização e comércio de sacos plásticos para embalagens e plásticos em geral e, em suas atividades empresariais, recebeu como forma de pagamento pela venda de seus produtos, os títulos oriundos do empréstimo compulsório à Eletrobrás;
- por ser legítima possuidora dos títulos em questão, e por ser a União Federal obrigada solidária da Eletrobrás na devolução do empréstimo compulsório sobre a energia elétrica, e, ainda, por ser o empréstimo compulsório uma espécie tributária, formalizou pedido de ressarcimento/compensação dos créditos da Eletrobrás com tributos administrados pela SRF;
- no entanto, a DRF/Novo Hamburgo entendeu por bem negar o pedido de ressarcimento, por entender que o empréstimo compulsório da Eletrobrás não constituía tributo, de forma que não caberia à Receita Federal ressarcir-lo;
- após a apresentação de Manifestação de Inconformidade, os autos foram encaminhados para DRJ/Porto Alegre, a qual entendeu por simplesmente devolver o processo, sem se manifestar sobre o mérito, alegando que não era competente para julgá-lo, em decorrência do pleito versar sobre empréstimo compulsório, o qual não configura tributo;
- apresentou, então, Recurso Voluntário, para o qual foi negado seguimento ao Conselho de Contribuintes, razão pela qual buscou guarida junto ao Poder

Judiciário, impetrando ação de mandado de segurança, objetivando o seguimento de seu recurso para aquele Conselho;

- através da sentença proferida nos autos do MS nº 2003.71.08.010487-8, o Juízo da 1ª Vara Federal de Novo Hamburgo, concedeu a segurança, determinando o seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes e determinando à DRF/Novo Hamburgo que se abstinhasse de proceder à cobrança dos débitos compensados até que seja proferida decisão definitiva acerca do pedido administrativo de ressarcimento/compensação;
- no entanto, foi lavrado o presente Auto de Infração e a DRF/Novo Hamburgo pretende cobrar a multa isolada de 150% sobre os valores compensados, cujos pedidos de ressarcimento/compensação ainda estão pendentes de julgamento;
- incluiu no PAES os valores compensados referentes à competência de agosto de 2002;
- a partir do auto de infração, o contribuinte não teve condições de precisar quais os fatos que motivaram a ação fiscal, visto que em nenhum momento a fiscalização descreveu, ainda que perfunctoriamente, os critérios utilizados para o cálculo do tributo, devendo, portanto, o lançamento ser considerado nulo por impedir o exercício do direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa, visto que não é possível defender-se adequadamente de uma acusação que não foi devidamente descrita;
- inexistente o fato típico que ensejaria a aplicação da norma penalizadora, pois as compensações efetuadas (ou o crédito utilizado) ainda está pendente de julgamento no processo administrativo nº 11065.003707/2002-18;
- tanto a impugnação, quanto o recurso, por força de previsão expressa do art. 74, §11 da Lei 9430/96 e inciso II do artigo 151 do CTN, têm efeito suspensivo, impossibilitando a administração de tomar qualquer medida para exigir o crédito, enquanto não apreciadas as razões do contribuinte;
- as Obrigações Eletrobrás não têm natureza jurídica de títulos públicos, como afirmado no auto de infração;
- não há como aplicar retroativamente a norma prevista no artigo 4º da Lei nº 11.051, de 29/12/2004, a fatos ocorridos de 31/08/2002 a 30/09/2004;
- a aplicação da pena, configurada numa multa de 150% do valor da obrigação principal, afronta ao princípio constitucional do não-confisco;
- a multa é inaplicável por ofensa ao princípio constitucional da dosimetria da pena conjugada com o da tipicidade cerrada, que leva à conclusão de que as penas administrativas mais graves devem ser atribuídas apenas àqueles contribuintes que efetivamente tenham agido com dolo, fraude ou simulação;
- o caso em tela reclama a observância do quanto disposto no artigo 112 do CTN, de modo que, em se cuidando da aplicação de norma punitiva, a lei deve ser interpretada de modo mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos (inciso II), ou, ainda, quanto à natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação (inciso IV);



Pelo exposto, requer seja observada a determinação disposta na sentença proferida em Mandado de Segurança nº 2003.71.08.010487-8, determinando à DRF/Novo Hamburgo que se absteresse de proceder à cobrança dos débitos compensados até que seja proferida decisão definitiva acerca do pedido administrativo de ressarcimento/compensação. Seja julgada procedente a Impugnação para o efeito de tornar exigível e indevida a imposição tributária apurada pela fiscalização.

A DRJ/Porto Alegre/RS não acolheu as alegações da autuada e considerou procedente o lançamento efetuado, através do referido Acórdão DRJ/POA nº 5.700, cuja ementa transcrevemos, *verbis*:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/08/2002, 28/02/2003, 31/07/2003, 30/09/2003, 30/04/2004, 30/09/2004

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Não se configurando nenhuma das hipóteses arroladas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 que rege o processo administrativo fiscal, não se pode admitir pedido de nulidade.

INCLUSÃO NO PAES DE PARTE DO TRIBUTO QUE SERVE DE BASE DE CÁLCULO PARA A APLICAÇÃO DE MULTA ISOLADA. FALTA DE PROVA DA DESISTÊNCIA EXPRESSA DE MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE SOB APRECIÇÃO PERANTE O CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

Ao teor do disposto no art. 4º da Lei no 10.684/2003, o parcelamento especial – PAES – somente alcançará débitos que se encontrarem com exigibilidade suspensa por força dos incisos III a V do art. 151 do CTN no caso de o sujeito passivo desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos relativamente à matéria cujo respectivo débito queira parcelar.

COMPENSAÇÃO DE TÍTULOS PÚBLICOS COM CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. PROCEDÊNCIA.

É procedente a imposição de multa de ofício qualificada nos casos em que a compensação efetivada pela contribuinte caracteriza evidente intuito de fraude.

Lançamento Procedente"

Seguiu-se recurso voluntário, de fls. 117/151, em que a recorrente reitera os argumentos de sua peça impugnatória e acrescenta, resumidamente, que:

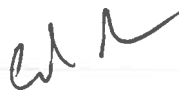
- a decisão recorrida não se manifestou sobre o mérito da questão no que se refere à inconstitucionalidade da aplicação da multa com caráter confiscatório,

assim como, ao fato de ser inaplicável a multa por ofensa ao princípio constitucional da dosimetria da pena, alegando que estas teses envolviam aspectos constitucionais, devendo ser apreciadas pelo Poder Judiciário e não por órgão administrativo;

- a autoridade administrativa não pode ficar adstrita a apenas aplicar a lei, deverá emitir sempre juízo valorativo, mesmo no tocante a legalidade, ou ainda, da constitucionalidade das normas.

Reitera o pedido de que seja observada a determinação disposta na sentença proferida em Mandado de Segurança nº 2003.71.08.010487-8, determinando à DRF/Novo Hamburgo que se absteresse de proceder à cobrança dos débitos compensados até que seja proferida decisão definitiva acerca do pedido administrativo de ressarcimento/compensação. Seja julgada procedente a Impugnação para o efeito de tornar exigível e indevida a imposição tributária apurada pela fiscalização.

É o relatório.



Voto

Conselheiro CELSO LOPES PEREIRA NETO, Relator

A recorrente tomou ciência da decisão recorrida em 08/06/2005 (AR de fls. 116), e interpôs seu recurso em 06/07/2005, sendo o mesmo tempestivo e por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes, dele tomo conhecimento.

Preliminares

Inicialmente, cumpre apreciar as preliminares levantadas pela ora Recorrente.

Da inclusão do tributo de competência 08/2002 no PAES

A recorrente alega ter incluído no PAES os valores compensados referentes à competência de agosto de 2002.

Conforme consulta feita ao sistema DECLARAÇÃO PAES (fls. 90/91) débitos relativos ao período de apuração agosto de 2002 foram incluídos no pedido de parcelamento. No entanto, não foi realizada a prova da desistência expressa da manifestação de inconformidade relativa ao processo administrativo nº 11065.003707/2002-18, que, inclusive, foi levado a julgamento do Terceiro Conselho de Contribuintes.

Como já havia sido ressaltado pelo julgador *a quo*, este requisito é obrigatório para o deferimento válido do PAES, segundo o disposto no art. 4º da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003:

Art. 4º O parcelamento a que se refere o art. 1º:

.....

II – somente alcançará débitos que se encontrarem com exigibilidade suspensa por força dos incisos III a V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 6, no caso de o sujeito passivo desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial proposta, e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais, relativamente à matéria cujo respectivo débito queira parcelar; (grifei)

Sem ter havido tal desistência, pois o processo foi julgado pelo Conselho de Contribuintes em 18/10/2005, tendo a recorrente apresentado, inclusive, embargos de declaração, julgados em 23/05/2007, o pedido de inclusão no PAES do valor correspondente à competência 08/2002 carece do atendimento de requisito indispensável ao seu deferimento. Portanto tal pedido não influencia, em absoluto, o lançamento efetuado.

Também foram levantadas preliminares de nulidade, pelo fato de que a fiscalização não teria efetuado a perfeita descrição da matéria tributável, como requisito de

cel

validade do auto de lançamento e de que a DRJ/Porto Alegre não teria analisado o mérito da questão, por não ter apreciado os aspectos constitucionais invocados.

Entendo não haver omissão na descrição da matéria tributável. O Relatório do Trabalho Fiscal (fls. 05/11) descreve os fatos que ensejaram a autuação. E a recorrente, claramente, compreendeu os fatos que lhe foram imputados tanto que preparou uma impugnação e recurso minuciosos para atacar todos os pontos do Auto lavrado, e.g., quando discorre sobre a “inexistência de infração à legislação tributária”, em seu recurso às fls. 125/131 e afirma que “o presente auto de infração pretende aplicar multa isolada pelo fato do contribuinte ter pretensamente efetuado compensação indevida”.

O auto de infração descreve o cálculo da multa isolada (fls. 10/11) (não há exigência de tributo), e cita a base legal da mesma, ou seja, não restou caracterizada nenhuma omissão que pudesse levar à decretação de nulidade do lançamento efetuado.

No que diz respeito à pretensa omissão da DRJ/Porto Alegre, quando não analisou as arguições de inconstitucionalidade, quanto a (1) ser confiscatória a multa aplicada e (2) ser inaplicável a multa por ofensa ao princípio constitucional da dosimetria da pena conjugada com o da tipicidade cerrada, por dizerem respeito ao controle de constitucionalidade, entendo não ser este controle de constitucionalidade atribuição dos órgãos administrativos, mas sim do Poder Judiciário e, excepcionalmente, do Poder Legislativo.

Somente excepcionalmente, é autorizado à Administração Pública a negativa de vigência à lei. De acordo com o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, “as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação de texto constitucional, deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta”. O que não se aplica às questões levantadas pela recorrente, pois a expressão “de forma inequívoca e definitiva” segundo o Parecer PGFN/CRE/Nº 948/98 (item 4 “c”), corresponde a:

- decisão, mesmo que única, se a norma cuja inconstitucionalidade for ali declarada tenha sua execução suspensa por ato do Senado Federal;
- decisão Plenária transitada em julgado, ainda que única e mesmo quando decidida por maioria de votos, se nela foi expressamente conhecido e julgado o mérito da questão em tela.

Por sua vez, o Regimento do Conselho de Contribuintes dispõe, em seu art. 49, que:

“Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002;

el n
7

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993."

As arguições feitas pela recorrente não se enquadram em nenhuma das hipóteses de exceção, anteriormente citadas.

Finalmente, já se assentou, no âmbito deste Conselho, que as instâncias administrativas, de 1º ou 2º grau, carecem de competência para apreciar inconstitucionalidade de lei, de forma que não existe nulidade da decisão da DRJ/Porto Alegre por não julgar os incidentes de inconstitucionalidade levantados, com também não cabe a este Conselho fazê-lo.

Voto, portanto, por rejeitar as preliminares argüidas.

Do Mérito

Consoante se observa dos autos, a lide restringe-se à discussão do cabimento da aplicação da multa isolada prevista nos artigos 43, 44, §1º, inciso II e 61, §§1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

Inicialmente, defende a Recorrente que inexistente fato típico a ensejar a aplicação de norma penalizadora, pois as compensações efetuadas estão pendentes de julgamento nos autos do processo administrativo nº 11065.003707/2002-18.

Observe-se que o processo administrativo nº 11065.003707/2002-18 não se encontra mais pendente de julgamento, conforme se pode extrair do *site* dos Conselhos de Contribuintes (www.conselhos.fazenda.gov.br). Vejamos:

Número do Recurso: 129760

Câmara: SEGUNDA CÂMARA

Número do Processo: 11065.003707/2002-18

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

Recorrida/Interessado: DRF-NOVO HAMBURGO/RS

Data da Sessão: 18/10/2005 09:00:00

Relator: PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES

Decisão: Acórdão 302-37081

Resultado: NCM - NÃO CONHECIDO POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, acolheu-se a preliminar de não conhecer do recurso, nos termos do voto do Conselheiro relator. Vencidos os Conselheiros Luis Antonio Flora, Daniele Stromeyer Gomes e Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente) que a rejeitavam.

Ementa: RESTITUIÇÃO - EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA - PROCESSUAL - JULGAMENTO. COMPETÊNCIA REGIMENTAL.

Não se inclui na competência regimental dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda o julgamento de Recurso Voluntário que verse sobre pedido de restituição de valores pagos a título de EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

No mesmo site, pode-se obter a informação de que os Embargos de Declaração apresentados pela Recorrente foram rejeitados, através do acórdão 302-38668, mantendo-se o que antes fora:

Número do Recurso: 129760

Câmara: SEGUNDA CÂMARA

Número do Processo: 11065.003707/2002-18

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO

Recorrida/Interessado: DRF-NOVO HAMBURGO/RS

Data da Sessão: 23/05/2007 09:00:00

Relator: MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM

Decisão: Acórdão 302-38668

Resultado: EDR - EMBARGOS REJEITADOS

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, conhecidos e negado provimento aos Embargos de Declaração, nos termos do voto da relatora

Inteiro Teor do Acórdão

Ementa: Assunto: Empréstimo Compulsório

Data do fato gerador: 31/07/2002

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A não constatação da configuração das hipóteses previstas no art. 27 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes impede o provimento dos embargos de declaração.

EMBARGOS REJEITADOS.

O que permanece pendente de julgamento, é a apelação da União contra a segurança obtida pela recorrente no Mandado de Segurança nº 2003.71.08.010487-8, conforme informações obtidas no site da Justiça Federal da 4ª Região (www.trf4.gov.br):

"APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2003.71.08.010487-8 (TRF)

Originário: MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2003.71.08.010487-8 (RS)

Data de autuação: 14/10/2004

Relator: Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK - 1ª TURMA



Órgão Julgador: 1ª TURMA

Órgão Atual: GAB. Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK

Localizador: 36B

Situação: MOVIMENTO

Assuntos:

1. Energia Elétrica
2. Cofins
3. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
4. PIS
5. Compensação

APELANTE: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Advogado: Simone Anacleto Lopes

APELADO: PLASTICOS SUZUKI LTDA/

Advogado: Paulo Ricardo Franceschetto Junqueira e outros

REMETENTE: JUÍZO SUBSTITUTO DA 01A VF DE NOVO HAMBURGO

MANDADO DE SEGURANCA Nº 2003.71.08.010487-8 (RS)

16/02/2007 15:40 Recebimento GUIA NR.: 70021739 ORIGEM :
SECRETARIA DA 1A. TURMA

15/02/2007 14:54 Remessa Interna GUIA NR.: 070021739 DESTINO: GAB.
Des. Federal JOEL ILAN PACIORNIK

15/02/2007 14:22 Recebimento GUIA NR.: 70021605 ORIGEM : GAB. DES.
FEDERAL JOEL ILAN PACIORNIK

15/02/2007 14:19 Remessa Interna GUIA NR.: 070021605 DESTINO:
SECRETARIA DA 1a. TURMA

21/07/2006 16:11 Atribuição - Sucessão - n. 41060 Motivo:
APOSENTADORIA

17/11/2004 13:41 PROCESSO RECEBIDO NO GABINETE GUIA NR. :
40161876 ORIGEM : SECRETARIA DA 1A. TURMA

16/11/2004 16:32 CONCLUSAO AO RELATOR COM PARECER DO
MINISTERIO PUBLICO GUIA NR.: 040161876 DESTINO: GAB. Des.
Federal WELLINGTON MENDES DE ALMEIDA

16/11/2004 16:12 PROCESSO RECEBIDO DO MINISTERIO PUBLICO
FEDERAL

08/11/2004 09:56 PROCESSO REMETIDO AO MINISTERIO PUBLICO
FEDERAL GUIA NR.: 040156661 DESTINO: MINISTERIO PÚBLICO
FEDERAL

05/11/2004 12:58 DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO Distribuição por
prevenção a órgão (2003.04.01.033617-6) normal do dia 05.11.2004 - n.
31304"

Ressalte-se que o objeto do Mandado de Segurança, no qual a recorrente obteve segurança, era o seguimento de Recurso ao Conselho de Contribuintes no mencionado processo administrativo nº 11065.003707/2002-18, e que a Delegacia da Receita Federal de

Novo Hamburgo se abstivesse de proceder à cobrança dos débitos compensados até que fosse proferida decisão definitiva acerca do pedido administrativo de ressarcimento/compensação.

Em primeiro lugar, o recurso teve seguimento e foi julgado pelo Conselho de Contribuintes, como se viu anteriormente, e a determinação era para que a DRF/ Novo Hamburgo não procedesse à cobrança dos débitos compensados até que fosse proferida decisão definitiva acerca do pedido administrativo de ressarcimento/compensação, o que não se confunde com o lançamento, que pode ser efetuado, mesmo quando a exibibilidade do crédito está suspensa, pois são institutos distintos a constituição do crédito e a sua cobrança.

Apenas se encontrava sustada a cobrança dos créditos confessados até que fosse proferida decisão administrativa definitiva acerca do pedido de compensação, o que, ressalte-se, já aconteceu, com decisão desfavorável à recorrente. Nenhum impedimento havia concernente à constituição do crédito tributário em questão.

Portanto, a pendência de julgamento da apelação no Mandado de Segurança não é impedimento ao lançamento efetuado para a imposição de multa isolada em relação à pretensa infração tributária.

Analisemos a legislação que fundamentava, à época dos fatos ocorridos, a cobrança da multa isolada, os arts. 43 e 44, da Lei nº 9.430/96.

O *caput* do artigo 43 da Lei nº 9.430/96 prevê a possibilidade de exigência de multa isolada:

“Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.” (grifei)

Na mesma Lei nº 9.430/96, a redação do artigo 44 dispunha que poderiam ser aplicadas as multas, nos casos de falta de pagamento, no percentual de setenta e cinco por cento ou, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, no percentual de cento e cinquenta por cento:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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.

(...)”

O Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 17/2002 dispôs sobre as hipóteses de evidente intuito de fraude praticada em pedidos ou declarações de compensação, que incluíam expressamente as hipóteses em que o crédito oferecido à compensação fossem de natureza não-tributária, *verbis*:

*"Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 17, de 2 de outubro de 2002
DOU de 4.10.2002*

Dispõe sobre hipóteses de evidente intuito de fraude praticada em pedidos ou declarações de compensação.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, declara:

Artigo único. Os lançamentos de ofício relativos a pedidos ou declarações de compensação indevidos sujeitar-se-ão à multa de que trata o inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, por caracterizarem evidente intuito de fraude, nas hipóteses em que o crédito oferecido à compensação seja:

I – de natureza não-tributária;

II – inexistente de fato;

III – não passível de compensação por expressa disposição de lei;

IV – baseado em documentação falsa.

Parágrafo único. O disposto nos incisos I a III deste artigo não se aplica às hipóteses em que o pedido ou a declaração tenha sido apresentado com base em decisão judicial".(grifei)

Por entender que o referido Ato Declaratório Interpretativo tratava-se apenas de interpretação autêntica da legislação e não inovava no ordenamento jurídico, julgo que a multa agravada foi corretamente aplicada.

No entanto, a legislação que trata da matéria foi alterada pela Lei nº 11.488/2007, que deu nova redação ao parágrafo 4º do art 18. da Lei nº 10.833/2003, *verbis*:

"Lei 10833/2003

Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão de não-homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

§§ 1º ao 3º (omissis)

§ 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 (omissis)”(grifei)

E o caso discutido no presente processo enquadra-se nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em que a compensação considera-se não-declarada. Vejamos:

“Lei 9.430/96

Art. 74.

(omissis)

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

I – (omissis);

II – em que o crédito: (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

a) a d) (omissis)

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

Portanto, a penalidade **hoje** aplicável à infração cometida pela recorrente é aquela prevista no inciso I do caput do art. 44 da Lei no 9.430, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

De se aplicar, neste caso, a regra insculpida no art. 106, II, “c”, do CTN, transcrita a seguir, por tratar-se de ato não definitivamente julgado, aplicando-se a atual legislação, mais benéfica à recorrente:

“Lei nº 5.172/66 (CTN)

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”(grifei)

WV

Diante do exposto, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, para determinar a aplicação retroativa da multa menos severa, prevista no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27.12.1996, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento).

Sala das Sessões, em 19 de maio de 2008


CELSON LOPES PEREIRA NETO - Relator