

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo n° 11610.000736/2002-96
Recurso n° 140.871 De Ofício
Matéria Cofins
Acórdão n° 201-81.273
Sessão de 03 de julho de 2008
Recorrente ELDORADO S/A
Interessado DRJ em São Paulo - SP

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Data do fato gerador: 31/01/1997, 28/02/1997, 31/03/1997,
30/04/1997, 31/05/1997, 30/06/1997

**COFINS. RECOLHIMENTO APÓS O VENCIMENTO SEM
PAGAMENTO DE MULTA DE MORA. MULTA ISOLADA.
RETROATIVIDADE BENIGNA. CANCELAMENTO.**

Deve ser cancelada a multa isolada, em face da nova redação do
art. 44 da Lei nº 9.430/96 dada pela Medida Provisória nº
351/2007 e do disposto no art. 106, II, do CTN.

Recurso de ofício negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

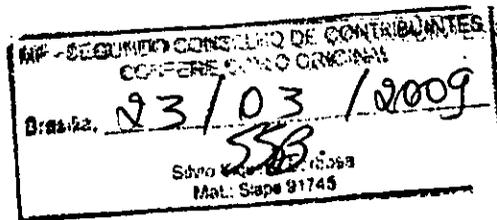
ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao
recurso de ofício. Estiveram presentes ao julgamento os advogados da recorrente, Drs. Carlos
Marcelo Gouveia, OAB/SP 222.429, e Selmo Augusto Campos Mesquita, OAB/SP 119.076.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça
FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da
Silva, Ivan Allegretti (Suplente), Maurício Taveira e Silva, José Antonio Francisco, Alexandre
Gomes e Gileno Gurjão Barreto.



Relatório

Trata-se de recurso de ofício (fl. 82) contra o v. Acórdão DRJ/SPOI n° 16-13.550, de 10/11/2005, constante de fls. 186/192, exarado pela 9ª Turma da DRJ em São Paulo - SP, que, por unanimidade de votos, houve por bem julgar improcedente o lançamento original de multa isolada no valor total de R\$ 3.198.390,16, consubstanciado no auto de infração eletrônico n° 0028191 - Cofins (fls. 20/30), notificado em 06/11/2001 (fl. 30), que acusou a ora recorrente de falta ou insuficiência de recolhimento de acréscimos legais e entrega de declarações da Cofins no período de 01/01/97 a 05/06/98.

Por seu turno, a r. Decisão de fls. 186/192, exarada pela 9ª Turma da DRJ em São Paulo - SP, houve por bem julgar improcedente o lançamento original de multa isolada no valor total de R\$ 3.198.390,16, aos fundamentos sintetizados em sua ementa nos seguintes termos:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/1997, 28/02/1997, 31/03/1997, 30/04/1997, 31/05/1997, 30/06/1997

RECOLHIMENTO APÓS VENCIMENTO SEM PAGAMENTO DE MULTA DE MORA - MULTA ISOLADA - RETROATIVIDADE BENIGNA - CANCELAMENTO

Deve ser cancelada a multa isolada em face da nova redação do art. 44 da Lei n° 9.430/96, dada pela Medida Provisória n° 351/2007, e do disposto no art. 106, II do CTN.

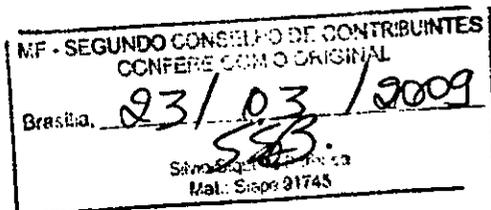
Lançamento Improcedente”.

Tendo havido sucumbência parcial da Fazenda Pública, o d. Presidente da Colenda 9ª Turma da DRJ em São Paulo - SP recorreu de ofício (fl. 82) a este Egrégio Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 34 do Decreto n° 70.235/72 (com as alterações das Leis n°s 8.748/93 e 9.532/97) e do art. 2º da Portaria MF n° 375/2001.

Regularmente intimada da r. decisão em 19/06/2007 (fl. 104), a atuada deixou de apresentar contra-razões ao recurso de ofício.

É o Relatório. *Jan*

Sec 4



Voto

Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, Relator

Como resulta claro do relatório, remanesce em discussão apenas a questão relativa à multa de ofício excluída pela r. decisão e objeto no recurso de ofício (fl. 186) oportunamente interposto a este Egrégio Conselho de Contribuintes, vez que, embora regularmente intimada, a autuada deixou de apresentar recurso voluntário.

Nesse particular, entendo que a r. decisão recorrida não merece reparos, eis que, aplicando o princípio da retroatividade benigna, deu correta interpretação à lei complementar, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, que, por amor à brevidade transcrevo e adoto como razões de decidir:

"8. A multa isolada foi lançada com base nos arts. 43 e 44, da Lei n° 9.430/96, que transcrevo abaixo:

'Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3° do art. 5° a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

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 cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n° 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 1° As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

(...)

FLU

FLU



Verifica-se, assim, que a presente exação fiscal decorre diretamente da aplicação do art. 44, inciso I c/c o § 1º, inciso II do mesmo artigo da Lei nº 9.430/96, pois decorre de pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória.

9. Ocorre, entretanto, que posteriormente foi editada a Medida Provisória nº 351/2007, publicada no DOU em 22/01/2007 - edição extra, que alterou o art. 44 da Lei nº 9.430/96 nos seguintes termos:

'Art. 14. O art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de setenta e cinco por cento sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de cinquenta por cento, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal.

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para.

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991,

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38.

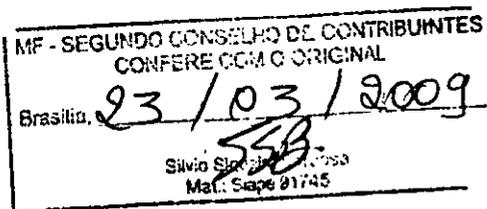
(...)'

Note-se que, pela nova redação dada ao aludido art. 44 foi extinta a multa isolada decorrente de pagamento ou recolhimento após o vencimento, sem o acréscimo de multa moratória, ou sei a, tal conduta deixou de ser considerada infração passível de multa punitiva de 75%.

Assim dispõe o art. 106 do CTN:

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



'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.'

Logo, com a nova redação do art. 44 da Lei n° 9.430/96, resta claro que a multa de 75% anteriormente aplicada em razão de pagamento ou recolhimento após o vencimento, sem o acréscimo de multa moratória, deve ser cancelada por aplicação retroativa da nova norma, que excluiu tal hipótese de multa de ofício, nos termos do art. 106 do CTN.

10. Cabe lembrar que, anteriormente à MP n° 351/2007, o Poder Executivo já havia editado, em 29/06/2006, a MP n° 303 que promovia idêntica alteração do art. 44 da Lei n° 9.430/96. Entretanto, essa MP perdeu vigência conforme o Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n° 57, de 31/10/2006."

Nesse sentido, entendendo que não subsiste a referida multa, aplicando-se o princípio da retroatividade benigna, tem reiteradamente decidido esta Colenda Câmara, com base no d. entendimento do d. Conselheiro José Antonio Francisco (cf. Acórdão n° 201-79.622 da 1ª Câmara do 2º CC, Recurso n° 134.938, Processo n° 13881.000144/2004-71, em sessão de 21/09/2006), que, por amor à brevidade, permito-me transcrever e que adoto como razões de decidir:

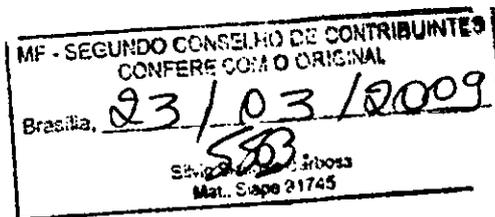
"Anteriormente, a referida MP previa a necessidade de lançamento de ofício, com aplicação de multa de ofício, simples ou qualificada, a todos os casos em que houvesse vinculação indevida a débitos declarados em DCTF.

A MP n° 135, de 2003, convertida na Lei n° 10.833, de 2003, limitou o lançamento à multa isolada e aos casos de compensação indevida em que houvesse '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 ficasse 'caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei n° 4.502, de 30 de novembro de 1964'.

A Lei n° 11.051, de 2004, limitou ainda mais a aplicação de multa, agora somente 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 n° 4.502, de 30 de novembro de 1964.'

SM

SM



Dessa forma, somente nos casos de sonegação, fraude ou conluio, poderia ser aplicada a multa isolada qualificada, situação que somente se alterou com a Lei nº 11.196, de 2005.

Ademais, a multa somente poderia ser aplicada nas hipóteses de declaração de compensação considerada não apresentada e em que houvesse expressa vedação legal à compensação.

Considerou o Acórdão de primeira instância que, no caso, não haveria expressa vedação legal, situação que, em face das disposições do CTN a respeito da interpretação da norma cominadora de infrações, levaria a concluir não ser cabível a aplicação da multa no caso dos autos.

De fato, o § 12 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, foi introduzido pela própria Lei nº 11.051, de 2004, e previu, no inciso II, b, a impossibilidade de compensação de créditos decorrentes do crédito-prêmio de IPI.

À época da lavratura do auto de infração, entretanto, vigorava a redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003, que apenas referia-se a hipóteses previstas em legislação específica de cada tributo ou contribuição e a três outras hipóteses que não abrangiam, expressamente, a questão do crédito-prêmio.

De fato, o caput do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, era explícito ao mencionar a natureza dos créditos, que teriam que ter origem em direito a restituição ou ressarcimento relativo a tributo ou contribuição administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Entretanto, originalmente, a lei que previu a imposição da multa (art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003) preferiu adotar o critério de expressa previsão legal da vedação à compensação.

A redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004, foi ainda mais restritiva, ao adotar o critério de referência direta às hipóteses dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, e ainda aos casos de compensação considerada não declarada.

Conforme já esclarecido, a figura jurídica da compensação considerada não declarada foi criada pela própria Lei nº 11.051, de 2004.

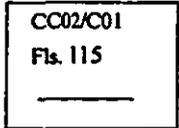
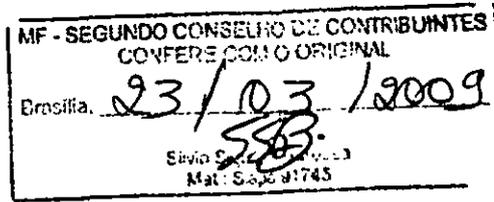
Nesse contexto, o caput do dispositivo determinava a aplicação da multa isolada qualificada, nas hipóteses mencionadas da Lei nº 4.502, de 1964.

O § 4º determinava que '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'.

Dai resultariam duas possíveis interpretações a respeito do § 4º: 1) nas hipóteses em que a compensação é considerada não declarada, sempre incide a multa isolada qualificada, por sempre ocorrer dolo, fraude ou conluio; ou 2) a multa somente é aplicada nas hipóteses de compensação considerada não declarada, se houver sonegação, dolo ou conluio.

SFB

SFB



A primeira interpretação é insustentável, uma vez que a lei não pode estabelecer presunções absolutas a respeito da ocorrência de dolo para uma conduta específica que não necessariamente comporta a hipótese de dolo.

Tanto é assim que a Lei nº 11.196, de 2005, passou a admitir, para a hipótese, a aplicação de multa simples ou qualificada.

Conseqüentemente, nem sempre que a declaração seja considerada não declarada e ainda que se trate de créditos não tributários ocorre dolo.

Inexistindo, nos autos, justificativa a embasar a qualificação da multa, não se pode considerar ter ocorrido dolo.

Quanto à multa, determina o art. 106 do 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'."*

Isto posto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso de ofício para manter a r. decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, conforme proclamado na jurisprudência citada.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 03 de julho de 2008.

Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça

FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

[assinatura]