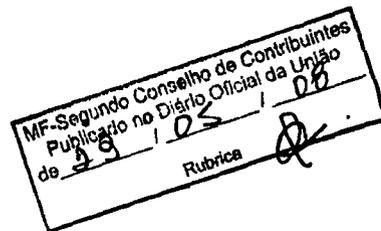




**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº 13056.000261/2001-15
Recurso nº 138.365 Voluntário
Matéria IPI
Acórdão nº 202-18.729
Sessão de 13 de fevereiro de 2008
Recorrente AGRO LATINA LTDA.
Recorrida DRJ em Santa Maria - RS



ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI

Exercício: 2000

**RESSARCIMENTO. CRÉDITO PRESUMIDO. PERDA DE
INCENTIVOS FISCAIS**

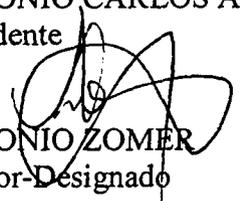
A prática de atos que configurem crime contra a ordem tributária acarreta a perda de incentivos fiscais no respectivo ano-calendário.

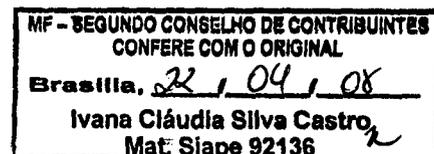
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

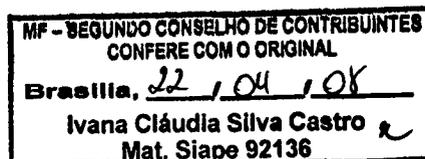
ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Gustavo Kelly Alencar (Relator), Ivan Allegretti (Suplente), Antônio Lisboa Cardoso e Maria Teresa Martínez López. Designado o Conselheiro Antonio Zomer para redigir o voto vencedor.


ANTONIO CARLOS ATULIM
Presidente


ANTONIO ZOMER
Relator-Designado



Participaram, ainda, do presente julgamento, as Conselheiras Maria Cristina Roza da Costa e Nadja Rodrigues Romero.



Relatório

Por bem descrever os fatos, transcrevo abaixo o relatório do acórdão da DRJ em Santa Maria – RS:

O contribuinte efetuou pedido de ressarcimento de Crédito de Presumido do IPI, conforme folha 01, totalizando o valor de R\$ 675.779,68, relativo ao ano de 2000, com fundamento na Portaria MF nº 38, de 27 de fevereiro de 1997. Cumulativamente, formulou o pedido da folha 2, para compensar o crédito pleiteado com débitos próprios, objeto dos processos 11065.001431/00-56, 11065.001432/00-19 e 11065.001433/00-81.

1.1 A DRF de Novo Hamburgo/RS indeferiu o pedido de ressarcimento em atenção ao disposto no art. 59 da Lei nº 9.069, de 20 de junho de 1995, sob a consideração de que o requerente havia sofrido ação fiscal, no curso da qual foram constatadas práticas que em tese configurariam os delitos penais que ensejaram a lavratura de Representação Fiscal para Fins Penais, nos termos do Relatório de Verificação Fiscal, acostado aos autos nas folhas 204 a 206 (fls. 140).

2. Regularmente intimado do Despacho Decisório da folha 228 (ciência, folha 228), mas irresignado, o requerente formulou a reclamação das folhas 230 a 249, subscrita por procurador devidamente habilitado nos autos (instrumento de mandato nas folhas 250 a 262) e instruída com os documentos das folhas 263 a 286. Após sintetizar a demanda, combate o indeferimento total de seu pleito, conforme relatado acima, com os seguintes argumentos:

a) de que a perda do direito ao aproveitamento do CP não poderia ser decidida administrativamente, requerendo-se condenação judicial para que se configure crime tributário;

b) de que a decisão da DRF-NHO viola diversos princípios da CF/88, como o devido processo legal, do contraditório, do juiz natural etc.;

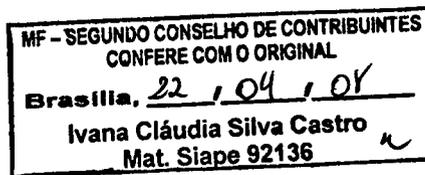
c) de que não há processo criminal contra o requerente, quanto menos trânsito em julgado de decisão condenatória;

d) de que a autoridade administrativa não tem função jurisdicional, conforme doutrina de Carrazza, Arruda Alvim, Mirabete e Damásio de Jesus e jurisprudência do Conselho de Contribuintes;

e) de que parcelou os valores lançados nos autos de infração que originaram a Representação Fiscal, extinguindo-se a punibilidade (cita Mirabete, Luiz Emudgio da Rosa, Ives Gandra e ementa de julgado do STJ);

f) de que não há relação de causalidade entre as infrações que resultaram nas autuações e o crédito ora pleiteado;

g) de que o art. 59 da Lei nº 9.069, de 1995, não se aplica ao caso do CP, já que este não é benefício de redução, nem de isenção, e que, pela



interpretação sistemática do direito, o dispositivo só é aplicável ao Imposto de Renda;

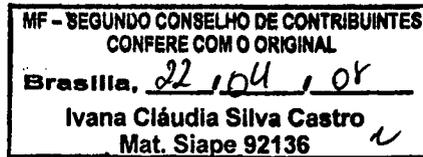
h) de que cabe a restituição dos valores indevidamente glosados, corrigidos e com abono de juros Selic, conforme jurisprudência citada e transcrita.

2.1 Em conclusão, requer o provimento de sua reclamação, a fim de que se reforma o Despacho Decisório da DRF-NHO, com o conseqüente deferimento de seu pleito, devidamente atualizado pela taxa Selic, desde a data do pedido até sua efetiva liquidação.”

Remetidos os autos à DRJ em Santa Maria - RS, foi o indeferimento mantido, com base no art. 59 da Lei nº 9.069/95 e outros dispositivos legais aplicáveis à espécie. Por fim, foi o pedido relativo à correção dos créditos com base na taxa Selic indeferido por falta de previsão legal.

Recorre a contribuinte essencialmente repisando os argumentos de sua manifestação de inconformidade.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro GUSTAVO KELLY ALENCAR, Relator

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, do recurso conheço.

A questão não é nova para este Colegiado. Existem inúmeros julgados sobre a mesma.

Em se tratando de interpretação do art. 59 da Lei nº 9.069/95, o Acórdão nº 201-73.880, relatado pelo ilustre Conselheiro Jorge Freire, nos fornece valiosos subsídios, os quais adoto para fundamentar este voto, *verbis*:

“No que se relaciona a perda do benefício em relação às demais notas fiscais, cuja idoneidade não se contesta, tratou o auto de infração em exame de impor à recorrente a penalidade prevista no artigo no artigo 59 da Lei nº 9.069/95, isto é, impondo-lhe a perda do benefício previsto na Lei nº 9.363/96, no ano-calendário em tela (1996), por entender que a inidoneidade dos quatro documentos fiscais apontados caracterizaria ‘em tese’ crime previsto na Lei nº 8.137/90. Tenho, entretanto, que não se configura, no caso, a hipótese de incidência da norma. Assim dispõe o mencionado art. 59 da Lei nº 9.069/95:

‘Art. 59 – A prática de atos que configurem crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990), bem assim a falta de emissão de notas fiscais, nos termos da Lei nº 8.846, de 21 de janeiro de 1994, acarretarão à pessoa jurídica infratora a perda, no ano-calendário correspondente, dos incentivos e benefícios de redução ou isenção previstos na legislação tributária’.

A hipótese de incidência prevista é exatamente a prática, pelo contribuinte de ‘atos que configurem crimes contra a ordem tributária’. Assim, somente aquele que cometer os crimes definidos na Lei nº 8.137/90 estarão sujeitos à perda dos benefícios fiscais.

Ocorre que, somente se configura crime aqueles atos que, pela lei penal, sejam assim definidos, sendo necessária a presença de todos os elementos do tipo penal. A respeito, assim leciona DAMASIO DE JESUS:

‘Para que haja crime é preciso, em primeiro lugar, uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão). Mas nem todo o comportamento do homem constitui delito. Em face do princípio da reserva legal, somente os descritos pela lei penal podem assim ser considerados... Desta forma, somente o fato típico, i.e., o fato que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, é penalmente. Não basta, porém, que o fato seja típico para que exista crime. É preciso que seja contrário ao direito, antijurídico... Resulta que são características do crime sob o aspecto formal: 1º o fato típico e 2º) a antijuricidade.’ (Código Penal anotado, 1997, SP, Saraiva, p.30)

Veja-se, portanto, que para que determinado ato seja tido como criminoso, mesmo para os efeitos da perda dos benefícios fiscais do art. 59 da Lei nº 9.069/95, é necessário que seja ato tipificado em lei penal e, ainda, que tal ato típico seja ainda antijurídico, isto é, que não haja a concorrência de qualquer causa excludente de antijuridicidade prevista no artigo 23 do Código Penal. Assim, mesmo que tenha sido cometida conduta prevista na norma penal, a existência de excludentes de ilicitude previstas no diploma penal, como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, ou exercício regular de direito, excluem o próprio crime. O próprio art. 23 do CP determina que, na ocorrência das hipóteses mencionadas 'Não há crime...'

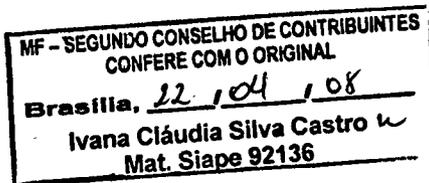
Mas, além da inexistência de excludentes de antijuridicidade, exige-se, ainda, para que determinada conduta se configure crime, a sua tipicidade. Para que seja a tipicidade tida como ocorrida, exige-se mais do que a mera previsão da conduta em normas penais.

Exige-se que a conduta descrita na norma penal seja ainda informada de seu elemento subjetivo – o dolo ou a culpa. Assim é pelo fato de que a tipicidade é constituída de um elemento objetivo – a descrição pormenorizada do comportamento na norma penal, e outro elemento subjetivo – o dolo ou a culpa. Constitui-se o dolo na vontade de o agente concretizar as características objetiva do tipo, isto é, em conduzir-se exatamente de acordo com a descrição normativa, sendo necessário que possua a perfeita consciência da conduta e do resultado, da relação causal objetiva entre a conduta e resultado e, finalmente, a vontade de realizar a conduta e de produzir o resultado.

Quanto à sua natureza jurídica, o dolo é elemento integrante do tipo (implícito), conforme já exhaustivamente reconhecido na doutrina e na jurisprudência das mais altas Cortes do País (STF, Inq. 380, rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 18.12.92, p. 24373, e STJ, RHC 1.914, DJU 26.4.93, p. 7222). Assim, ausente o dolo, ausente a própria tipicidade da conduta. Noto que as decisões judiciais reconhecendo a ausência de dolo na conduta do agente, absolvem-no com base na atipicidade do fato (TJSP, Acrim 155.802, RT 728:522).

Portanto, quanto aos fatos em tela e à pretensa aplicação das penas do art. 59 da Lei nº 9.069/95, entendo que apenas as condutas que configurem crime, tal como o ordenamento jurídico pátrio entende o que seja crime, podem dar ensejo à perda dos benefícios fiscais. Não considero razoável pretender que o legislador tenha querido, com a norma em exame, conceituar uma nova modalidade de crime: aquela a ser utilizada apenas para efeitos fiscais ou administrativos. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico determina a necessidade de que se conjugue, à hipótese de incidência do mencionado art. 59 – atos que configurem crime – o conceito do mesmo tal como entendido pelo legislador penal, pena de se ver criada modalidade administrativa de crime, o que não pode ser aceito.

Assim, para que seja dada aplicação ao art. 59 da Lei nº 9.060/95, é necessário que os atos cometidos pelo contribuinte sejam típicos (objetiva e subjetivamente) e antijurídicos. Sem tais pressupostos, inexistem atos que configurem crime. Desse modo, à vista de que a Lei



nº 8.137/90 não prevê a modalidade culposa dos tipos que descreve, apenas aqueles atos que, além de serem objetivamente descritos na norma penal, sejam informados pelo dolo do autor e, ainda, que não sejam acobertados por nenhuma das hipóteses de exclusão da antijuridicidade previstas no art. 23 do CP, podem dar ensejo à aplicação das penalidades descritas na norma em exame. E, para comprovação do elemento subjetivo do tipo, a norma processual penal prevê um longo caminho a ser trilhado, de modo que fique aquele cabalmente demonstrado na instrução, caso contrário será o denunciado absolvido por ausência de prova.

Em arremate, não incumbe ao Poder Executivo, através da Administração Tributária, considerar determinado fato como se crime fosse. Apenas a manifestação do poder Judiciário através de sentença penal condenatória dará ensejo à aplicação da penalidades do artigo 59 da Lei nº 9.069/95. A partir daí sim, poderá dar ensejo a aplicação da aludida norma no que se refere à perda de benefícios fiscais.

Assim, a mencionada perda dos benefícios e incentivos constitui-se inequívoca consequência de sentença penal, não cabendo à SRF, desprezando os dispositivos constitucionais do devido processo legal, da universalidade da jurisdição exclusivamente através do Poder Judiciário e da presunção de inocência criminal (CF, art. 5º, incisos XXXV, LIII, LIV, LV, LVII), impor ao contribuinte a pena típica de condenação penal sem que a mesma se tenha verificado no caso."

Face ao exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida neste aspecto.

Quanto à correção monetária, entendo-a aplicável a partir da data do pedido de ressarcimento. Tenho que até o advento da Lei nº 9.250/95, ou até o exercício de 1995, inclusive, não obstante a inexistência de expressa disposição legal neste sentido, que os créditos incentivados de IPI deveriam ser corrigidos monetariamente pelos mesmos índices até então utilizados pela Fazenda Nacional para atualização de seus créditos tributários. Tal direito, como visto, foi reconhecido por aplicação analógica do disposto no § 3º do art. 66 da Lei nº 8.383/91.

Todavia, com a (pretensa) desindexação da economia, realizada pelo Plano Real, e com o advento da citada Lei nº 9.250/95, que acabou com a correção monetária dos créditos dos contribuintes contra a Fazenda Nacional, havidos em decorrência do pagamento indevido de tributos, prevaleceu o entendimento de que a partir de então não haveria mais direito à atualização monetária, e de que não se poderia aplicar a taxa Selic para tal fim, pois teria a mesma natureza jurídica de taxa de juros, o que impediria sua aplicação como índice de correção monetária.

Tal entendimento, com a devida vênia dos ilustres Conselheiros que o adotam, penso merecer uma maior reflexão. Tal necessidade, decorre, ao meu ver, de um equívoco no exame da natureza jurídica da denominada taxa Selic. Isto porque, conforme argutamente percebeu o ilustre Ministro Domingos Franciulli Netto, do Superior Tribunal de Justiça, no melhor e mais aprofundado estudo já publicado sobre a matéria¹, a referida taxa se destina

¹ In, *Da Inconstitucionalidade da Taxa Selic para fins tributários*, RT 33-59.

também a afastar os efeitos da inflação, tal qual reconhecido pelo próprio Banco Central do Brasil:

“Entre os objetivos da taxa Selic encarta-se o de neutralizar os efeitos da inflação. A correção monetária, ainda que aplicada de forma senão disfarçada, no mínimo obscura, é mera cláusula de readaptação do valor da moeda corroída pelos efeitos da inflação. O índice que procura reajustar esse valor imiscui-se no principal e passa, uma vez feita a operação, a exteriorizar novo valor. Isso quer dizer que o índice corretivo não é um plus, como, por exemplo, ocorre com os juros, que são adicionais, adventícios, adjacentes ao principal, com o qual não se confundem.

Sabe-se, segundo a mesma consulta, que a ‘a taxa Selic reflete, basicamente, as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário (oferta versus demanda por recursos financeiros). Finalmente, ressalte-se que a taxa Selic acumulada para determinado período de tempo correlaciona-se positivamente com a taxa de inflação acumulada ex post, embora a sua fórmula de cálculo não contemple a participação expressa de índices de preços’.

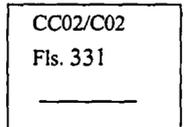
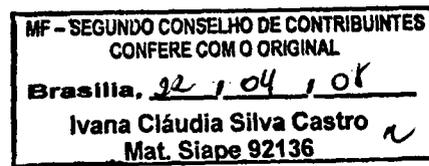
A correlação entre a taxa Selic e a correção monetária, na hipótese supra, é admitida pelo próprio Banco Central.”

Por outro lado, cumpre salientar, a utilização da taxa Selic para fins tributários pela Fazenda Nacional, em que pese esta sua natureza híbrida – juros de mora e correção monetária –, e o fato de a correção monetária ter sido extinta pela Lei nº 9.249/95, por seu art. 36, II, se dá exclusivamente a título de juros de mora (art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96).

Ou seja, o fato de a atualização monetária ter sido expressamente banida de nosso ordenamento não impediu o Governo Federal de, por via transversa, garantir o valor real de seus créditos tributários através da utilização de uma taxa de juros que traz em si embutido e escamoteado índice de correção monetária.

Ora, diante de tais considerações, por imposição dos princípios constitucionais da isonomia e da moralidade, nada mais justo que ao contribuinte titular de crédito de IPI, a quem, antes desta pseudo extinção da correção monetária, se garantia, por aplicação analógica do art. 66, § 3º, da Lei nº 8.383/91, conforme autorizado pelo art. 108, I, do Código Tributário Nacional, direito à correção monetária – note-se, por oportuno, que jamais existiu disposição expressa neste sentido com relação aos créditos incentivados sob exame –, se garanta agora direito à aplicação da denominada taxa Selic sobre seu crédito, também por aplicação analógica de dispositivo da legislação tributária, desta feita o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95 – que determina a incidência da mencionada taxa sobre indébitos tributários a partir do pagamento indevido –, crédito este que em caso contrário restará grandemente minorado pelos efeitos de uma inflação enfraquecida, mas ainda sabidamente danosa e que continua a corroer o valor da moeda.

Tal convicção resta ainda mais arraigada quando se percebe que a incidência de juros sobre indébitos tributários a partir do pagamento indevido, nasceu, dê-se destaque, exatamente com o advento do citado art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, pois, antes disso, a incidência dos mesmos, segundo o parágrafo único do art. 167 do Código Tributário Nacional, só ocorria “a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva” que determinasse a sua

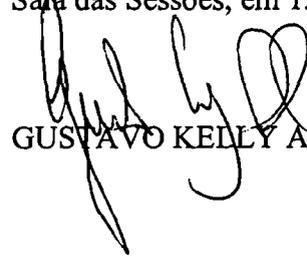


restituição, sendo, inclusive, este o teor do Enunciado 188 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Percebe-se, assim, fato raro, que o Governo Federal, neste particular, foi extremamente isonômico, pois adotou a mesma sistemática para os créditos fazendários e os dos contribuintes, quando decorrentes do pagamento indevido de tributos.

Deste modo, pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso da contribuinte para afastar a vedação do art. 59 da Lei nº 9.069/95, reconhecendo seu direito ao crédito presumido do IPI, que deve ser apurado pela autoridade competente, devendo ser atualizado segundo e por aplicação analógica do disposto no art. 66, § 3º, da Lei nº 8.383/91, observados os mesmos índices utilizados pela Fazenda Nacional para atualização de seus créditos tributários, até a sua revogação pelo art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, quando a partir de então deverão incidir juros calculados pela taxa Selic, segundo e por aplicação analógica do disposto neste último dispositivo legal.

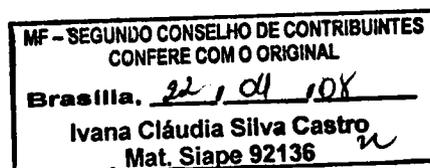
É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2008.



GUSTAVO KELLY ALENCAR





Voto Vencedor

Conselheiro ANTONIO ZOMER, Designado

A empresa foi autuada por ter declarado a menor os valores devidos de IRPJ, PIS e Cofins relativos aos primeiros meses do ano-calendário de 2000, ano ao qual se refere o pedido de ressarcimento que ora se analisa. A atitude da autuada foi considerada fraudulenta e a multa foi qualificada (150%).

A DRF e a DRJ indeferiram o pedido de ressarcimento de que trata o presente processo por conta do disposto no art. 59 da Lei nº 9.069/95, *verbis*:

"Art. 59. A prática de atos que configurem crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990), bem assim a falta de emissão de notas fiscais, nos termos da Lei nº 8.846, de 21 de janeiro de 1994, acarretarão à pessoa jurídica infratora a perda, no ano-calendário correspondente, dos incentivos e benefícios de redução ou isenção previstos na legislação tributária."

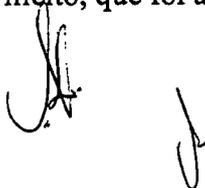
Alega a recorrente que os valores devidos foram parcelados antes de qualquer denúncia penal, de forma que não houve a decretação judicial do cometimento de qualquer crime contra a ordem tributária. Ademais, acrescenta, o ressarcimento de IPI não se enquadra entre aqueles citados no art. 59 da Lei nº 9.069/95.

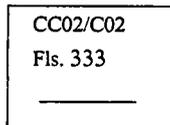
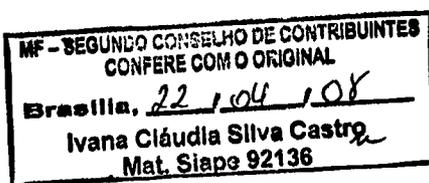
Em que pese a existência de decisões deste Segundo Conselho no sentido de que só a condenação judicial pode fazer incidir a vedação constante do art. 59, divirjo frontalmente deste entendimento, porque a referida lei não fala em **condenação** mas em **prática de atos que configurem crimes**.

Se o legislador pretendesse restringir a perda de incentivos à existência de condenação judicial transitada em julgado, certamente teria posto desta forma na redação do referido dispositivo. Mas ele não fez desta maneira, porque a punição administrativa perderia totalmente o sentido, uma vez que o trânsito em julgado de qualquer condenação judicial dificilmente ocorre dentro do prazo de decadência tributária, que é de cinco anos.

A perda dos incentivos é decretada pela autoridade administrativa no momento em que constata a prática de atos que configurem crimes contra a ordem tributária e não apenas quando o Poder Judiciário condenar o infrator.

Ademais, no presente caso, o pedido de parcelamento confirma a existência do crime detectado pelo Fisco, de forma que a consequência dele é a perda dos incentivos fiscais no ano em que ocorreu a prática do ato ilícito, que foi a declaração inexata inserida nas DCTF.





Por fim, julgo prejudicado o pedido de aplicação de juros Selic no ressarcimento, em face da negativa do direito ao crédito presumido, na análise de mérito.

Ante o exposto, não há reforma a se fazer na decisão recorrida, pelo que nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 13 de fevereiro de 2008.


ANTONIO ZOMER

J