



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

Processo nº 13401.000178/2007-64
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-01.349 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de outubro de 2011
Matéria IRRF
Recorrente TERMOPERNAMBUCO S/A
Recorrida DRJ-RECIFE/PE

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2004, 2005

Ementa: FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IRRF - MULTA EXIGIDA ISOLADAMENTE - LEI Nº 11.488, DE 2007 – RETROATIVIDADE BENIGNA - Aplica-se ao ato ou fato pretérito, não definitivamente julgado, a legislação que deixe de defini-lo como infração ou que lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Assinatura digital
Francisco Assis de Oliveira Júnior – Presidente

Assinatura digital
Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator

EDITADO EM: 28/10/2011

Participaram da sessão: Francisco Assis Oliveira Júnior (Presidente), Pedro Paulo Pereira Barbosa (Relator), Eduardo Tadeu Farah, Rodrigo Santos Masset Lacombe, Gustavo Lian Haddad e Rayana Alves de Oliveira França.

Relatório

TERMOPERNAMBUCO S/A interpôs recurso voluntário contra acórdão da DRJ-RECIFE/PE (fls. 325) que julgou procedente lançamento, formalizado por meio do auto de infração de fls. 03/38, para exigência de multa isolada, referentes aos períodos de 30/11/2004 e 31/12/2005, nos valores, respectivamente, de R\$ 2.681.250,00 e 3.623.535,00.

A infração está assim descrita no auto de infração:

Multa devida pela falta de retenção do IRRF incidente sobre os juros sobre o capital próprio creditados pela empresa à pessoa jurídica Neoenergia S/A,- CNPJ 01.083.020/0001-18 EM 30/11/2004 E 20/12/2005, CONFORME RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO QUE PARA TODOS OS JURÍDICOS E LEGAIS EFEITOS É PARTE INTEGRANTE E INSEPARÁVEL DESTA AUTO DE INFRAÇÃO.

O relatório fiscal detalha os critérios de apuração da multa da seguinte forma:

Bem, agora passemos à determinação do quantum devido. Como tanto os JCPs de 2004 quanto aqueles referentes a 2005 foram de (valores em R\$) 32.500.000,00 e o IRRF incidente é de 15%, então o IRRF que deixou de ser retido foi de 15% x 32.500.000,00 = 4.875.000,00.

O valor do IRRF que deixou de ser retido pela fonte pagadora é, conforme o parágrafo único do art. 9º da Lei nº 10.426/2002, a base de cálculo para lançamento da multa de ofício isolada a que se refere o caput desse dispositivo legal combinado com o art. 16 da Medida Provisória nº 351/2007.

A multa é de 75% x 4.875.000,00 = 3.656.250,00. Esta é a penalidade lançada de ofício pela Fazenda Nacional tanto para a não retenção do IRRF incidente sobre os JCPs creditados em 2004 quanto para aqueles creditados em 2005, ambos deduzidos pelo contribuinte da apuração do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido dos respectivos anos.

Os juros sobre capital próprio foram creditados e pagos pelo contribuinte fiscalizado a Neoenergia — CNPJ 01.083.200/0001-18, consoante informação daquele em correspondência datada de 06/02/2007 dirigida à Fiscalização.

Entretanto, deduz-se aqui o valor de R\$ 32.715,00 pago em 06/01/2006 pelo contribuinte cujo código foi o 6380 (multa isolada — IRRF — art. 43 da Lei nº 9.430/96). No DARF consta como vencimento o dia 04/01/2006 e período de apuração 31/12/2005. Na realidade, verifica-se que se trata dos JCPs do ano de 2005 creditados, conforme livro Razão, em 20/12/2005 cujo vencimento do IRRF foi em 28/12/2005 (terceiro dia Mil da semana subsequente) e não em 04/01/2006. Pois bem, como o contribuinte julgou estar 2 dias atrasado, recolheu a multa de

lançamento de ofício como se multa de mora fosse, calculando da seguinte forma:

2 (dias de atraso) x 0,33% (ao dia) x 4.875.000,00 (IRRF que não foi retido) = 32.715,00. Assim, 3.656.250,00 — 32.715,00 = 3.623.535,00, diferença a ser lançada no auto de infração referente à multa pela não retenção do IRRF incidente sobre os JCPs creditados em 20/12/2005.

No que se refere aos JCPs creditados em 30/11/2004 cujo vencimento do IRRF foi em 08/12/2004, o sujeito passivo fiscalizado apresentou em 08/11/2006 as Declarações de Compensação (DCOMPs) de números 21794.18724.081106.1.3.04-2393 e 11115.84393.081106.1.3.04-3798. Nestas DCOMPs constam, respectivamente, confissão dos débitos da multa de lançamento de ofício sobre IRRF (código 6380) no valor (R\$) de 675.000,00 e de 300.000,00, totalizando 975.000,00 que corresponde exatamente a 20% do IRRF que deixou de ser retido (4.875.000,00).

Logo, 3.656.250 — 975.000,00 = 2.681.250,00 diferença a ser lançada no auto de infração referente à multa pela não retenção do IRRF incidente sobre os JCPs creditados em 30/11/2004.

De acordo com os lançamentos nas contas de passivo circulante (2.1.1.49.0.0.001) e de despesa (6.3.5.01.1.9.00) do livro Razão, ambas de mesmo nome — JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO, os JCPs de 2004 foram creditados em 30/11/2004, portanto, o vencimento foi no terceiro dia útil da semana seguinte, ou seja, 08/12/2004.

O encerramento do período de apuração no qual o rendimento deva ser tributado pelo beneficiário ocorreu em 31/12/2004.

Como entre o dia do vencimento e o, término do período de apuração em que o rendimento deva ser tributado não houve mudança de mês, então não há que se falar em juros de mora.

Quanto aos JCPs do ano de 2005, verifica-se no livro Razão que o crédito ocorreu em 20/12/2005. O vencimento se deu em 28/12/2005.

Como o encerramento do período de apuração no qual o rendimento deva ser tributado pelo beneficiário ocorreu em 31/12/2005, então também não houve mudança de mês entre o do vencimento e o do término do período de apuração, portanto, não há que se falar em juros de mora.

A Contribuinte impugnou o lançamento e alegou, em síntese, que o rendimento em questão foi oferecido à tributação pelo beneficiário e que embora não tenha efetuado a retenção na fonte procedeu ao recolhimento de multa de mora de 0,33% por dia de atraso no recolhimento. Utilizou o código de multa isolada porque não havia código específico para o recolhimento em questão, procedimento realizado antes do início da ação fiscal, nos termos do art. 138 do CTN. Discorreu sobre responsabilidade tributária, afirma que no caso de

IRRF a fonte pagadora assume a condição de responsável substituto nos termos dos artigos 121 e 128 do CTN e Parecer Normativo COSIT nº 1 de 08/08/1995.

Argumentou que, no que concerne à falta de retenção do imposto devido, verificada após o término do período base, como no caso, há duas possibilidades de tratamento tributário: a primeira, quando a fonte pagadora deixa de reter o imposto porque o rendimento já foi incluído na declaração da beneficiária, hipótese em que não há infração; e a segunda, quando a fonte deixa de reter o imposto, sem que tenha havido prévia inclusão do rendimento na declaração, hipótese, em que há incidência de multa e de juros. Diz que este é o entendimento esposado pelo Parecer Normativo CGT nº 1, de 24/09/2002. Argumenta também que não há incidência da multa prevista no art. 9º da Lei nº 10.426/2002 c/c Medida Provisória nº 351/2007 porque esta só seria aplicável nos casos em que não houve recolhimento do imposto pelo beneficiário do rendimento ou o recolhimento foi extemporâneo.

Disse que mesmo não estando obrigada à retenção, visando evitar qualquer dano ao erário público, recolheu multa de mora pela não retenção, nos termos do art. 138 do CTN restando configurado o instituto da denúncia espontânea.

Afirmou que a autuação ofende os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao confisco; argumenta que a mera irregularidade formal deve ser relevada ante a ausência de lesão ao erário, visto não haver interesse público na cobrança da multa lançada.

A DRJ-RECIFE/PE julgou procedente o lançamento com base nas considerações a seguir resumidas.

Sustenta a DRJ que a exigência da multa tem respaldo legal, pois não teria havido a retenção e o recolhimento do imposto pela fonte pagadora, conforme exige a legislação, e o fato de a autuação ocorrer após o oferecimento dos rendimentos à tributação pela fonte pagadora não afasta a infração, o que muda é que, neste caso, exige-se apenas a multa isolada e não mais o imposto. Interpreta de outra forma o Parecer Normativo Cosit nº 1, de 24/09/2002. Entende que o parecer refere-se à exigibilidade do recolhimento do imposto, que após o período de apuração dos rendimentos, é do beneficiário deste, mas que permanece a aplicabilidade da multa.

Sustenta ser inaplicável ao caso o art. 138 do CTN, pois a infração, no caso, foi a falta de retenção e recolhimento do imposto, e que para se caracterizar a denúncia espontânea a Contribuinte teria que ter retido e recolhido o imposto, antes do início de procedimento fiscal, o que não ocorreu, e não apenas recolher multa de mora.

A Contribuinte tomou ciência da decisão de primeira instância em 10/11/2008 (fls. 337) e, em 08/12/2008, interpôs o recurso voluntário de fls. 338/363, que ora se examina, e no qual reproduz, em síntese, as alegações e argumentos da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa – Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Fundamentação

Como se colhe do relatório, cuida-se de exigência de multa de ofício, isoladamente, sobre valores pagos a título de juros sobre o capital próprio.

De início, independentemente de qualquer conclusão sobre a incidência do imposto nas operações realizadas pela Recorrente, é de se afastar a exigência em relação à multa isolada. É que legislação superveniente deixou de definir como hipótese de aplicação da multa isolada a falta de retenção e/ou recolhimento do imposto pela fonte pagadora.

Inicialmente, foi a Medida Provisória nº 303, de 29/06/2006, que perdeu eficácia, e, pouco tempo depois, foi a Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007 e que reproduz o mesmo dispositivo da Medida Provisória nº 303. Essas normas alteraram o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. Eis a nova redação introduzida pelo art. 14 da referida Medida Provisória e da Lei nº 11.488, de 2007:

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III.

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

I - de 75% (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;

- de 50% (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 deste artigo será duplicado nos casos previstos 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.

I- (revogado);

II - (revogado);

III- (revogado);

IV - (revogado);

V- (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998).

§ 2o Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1 o deste artigo 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 desta " (NR)

Registre-se que a multa isolada pela falta de recolhimento ou recolhimento fora do prazo, sem a multa de mora, de rendimentos retidos na fonte foi introduzida pela Medida Provisória nº 16, de 27/12/2001, posteriormente convertida na Lei nº 10.426, de 2002. Eis o teor do art. 9º dessa Lei:

Art. 9º. Sujeita-se às multas de que tratam os inciso I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Pois bem, esse dispositivo também foi alterado pela Medida Provisória nº 321, de 2007, convertida na Lei nº 11.488, de 2007, que passou a ter a seguinte redação:

Lei nº 11.488, de 2007:

Art. 16. O art. 9º da Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 9º. Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis"

Ora, como se vê, na sua nova redação, o art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002 prevê apenas a aplicação da multa a que se refere o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, aplicada juntamente com o imposto. Portanto, não prevê a hipótese de incidência da multa isolada de que trata o inciso II, isolada e no percentual de 50%.

Não é sem razão, aliás, que o novo texto excluiu a hipótese de incidência da multa no caso de recolhimento do imposto com atraso sem a multa de mora.

Não resta dúvida, portanto, de que não há possibilidade de incidência da multa de que trata o inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, no caso de falta de pagamento

ou recolhimento do IRRF ou de pagamento com atraso sem a multa de mora. Restaria examinar se é devida a exigência da multa do inciso I, isoladamente.

Ora, como observou a própria autoridade lançadora neste caso, com base no Parecer Normativo COSIT nº 1, de 24/09/2002, após o prazo de entrega da declaração de rendimentos pelo beneficiário dos rendimentos, não mais é exigível o imposto incidente sobre rendimentos sujeitos ao ajuste anual, que deixou de ser retido. Ora, se não é devida a exigência do imposto que deixou de ser retido, resta, então para ser respondida a seguinte questão: se não é mais exigível o imposto à fonte pagadora, é possível a aplicação da multa de ofício isoladamente?

A resposta é negativa. Primeiramente, porque, claramente, o referido inciso trata de multa exigida juntamente com o imposto, portanto, no caso de falta de retenção e recolhimento do imposto, porém, no caso de falta de recolhimento apenas quando o imposto for exigível da fonte pagadora.

Ainda que se admitisse a possibilidade de se interpretar as normas pertinentes no sentido da possibilidade de tal incidência, essa interpretação não estaria autorizada pelo princípio da tipicidade cerrada que informa a legislação, que trata de penalidades, com reforço no artigo 112 do CTN que recomenda a interpretação mais favorável ao acusado.

Penso, portanto, em conclusão, que não há previsão legal para incidência da multa isolada pela falta de retenção do imposto de renda retido na fonte exigível sobre os juros sobre o capital próprio pagos pela Recorrente.

Como se trata de processo ainda não definitivamente julgado, é o caso de se aplicar a retroatividade benigna a que se refere o art. 106, II "a", do CTN, *verbis*:

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

[...]

II — tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

É de se afastar, portanto, a exigência da multa isolada.

Conclusão

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Assinatura digital
Pedro Paulo Pereira Barbosa



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
2ª CAMARA/2ª SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº: 13401.000178/2007-64

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intima-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do **Acórdão nº. 2201-01.349**.

Brasília/DF, 28 de outubro de 2011.

FRANCISCO ASSIS DE OLIVEIRA JÚNIOR
Presidente da Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- () Apenas com Ciência
- () Com Recurso Especial
- () Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----
Procurador(a) da Fazenda Nacional