



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

Processo nº 13952.000334/2004-16
Recurso nº 135.589 Voluntário
Matéria COMPENSAÇÕES - DIVERSAS
Acórdão nº 301-34.040
Sessão de 12 de setembro de 2007
Recorrente URATANI HIGAKI & CIA. LTDA.
Recorrida DRJ/CURITIBA/PR

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/10/2004

EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DE ENERGIA ELÉTRICA - O Sistema de Direito Positivo não estabelece vínculos legislativos que possibilite à Administração pública efetivar a compensação do empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica em favor da Eletrobrás com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

COMPENSAÇÃO. MULTA ISOLADA. O art. 18, da MP nº 135/2003 (convertida na Lei nº 10.833/03), posteriormente alterado pelo art. 25, da Lei nº 11.051/04, restringindo a aplicação do art. 90, da MP nº 2.158-35/2001 preceituou que os lançamentos de ofício deverão se limitar à imposição de multa isolada sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensações indevidas.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencidos os conselheiros, Luiz Roberto Domingo, relator, Patrícia Wanderkoke Gonçalves (Suplente), Luiz Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente), e Susy Gomes Hoffmann. Designada para redigir o acórdão a conselheira Irene Souza da Trindade Torres.

OTACÍLIO DANFAS CARTAXO - Presidente

Irene Souza da Trindade Torres

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES – Relatora Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente) e João Luiz Fregonazzi. Ausente o Conselheiro José Luiz Novo Rossari. Presente a Procuradora da Fazenda Nacional Diana Bastos Azevedo de Almeida Rosa.

Relatório

Trata-se Recurso Voluntário interposto pela contribuinte contra decisão prolatada pela DRJ-CURITIBA/PR, que não homologou o Pedido Compensação de Tributos Administrados pela Secretaria da Receita Federal com Títulos da Dívida Pública (ELETROBRÁS). A contribuinte informa como origem dos créditos a compensar o de Pedido de Restituição - PAF nº 13952.000029/2004-71, ainda em razão da anexação do PAF nº 10950.002391/2005-34 foi mantida a penalidade de multa de ofício aplicada isoladamente, com base nos fundamentos consubstanciados na seguinte ementa:

“CAUTELA DE OBRIGAÇÕES DA ELETROBRÁS. COMPENSAÇÃO COM TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES ADMINISTRADAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Por falta de previsão legal, não pode ser homologada a declaração de compensação de tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal com suposto crédito relativo a obrigações ao portador emitidas pela Eletrobrás. Compensação não homologada.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO DE NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. MULTA ISOLADA. APLICABILIDADE PERCENTUAL.

Constatada, em declaração prestada pelo sujeito passivo, a compensação indevida em face da pretensão de utilização de crédito de natureza não-tributária, cabível, por previsão legal, a exigência da multa isolada de 75%, sendo impingida a multa qualificada de 150% na hipótese de ser caracterizado o “evidente intuito de fraude” referido pela legislação.

Lançamento Procedente em parte”

Intimado da decisão de primeira instância, em 16/05/2006, a Recorrente interpôs tempestivo Recurso Voluntário, em 13/06/2006, no qual alega que:

-a exigência de depósito prévio, garantia ou arrolamento de bens subtrai o direito do contribuinte à ampla defesa e ao contraditório, de modo que deve ser processado o Recurso Voluntário sem que seja a Recorrente obrigada a recolher sem cumprir a exigência ilegal;

-as ações preferenciais da Eletrobrás têm inegável natureza jurídica tributária, haja vista serem uma modalidade de devolução do empréstimo compulsório sobre energia elétrica instituído pela lei 4.156/62;

-a lei 4.156/62, no seu art. 4º, § 3º estabelece a responsabilidade solidária quanto aos valores arrecadados, de modo que, a Recorrente pode receber ou da União ou da Eletrobrás;



- não é aplicável o Decreto 68.149/71, pois há responsabilidade solidária da União de modo que resta incompatível afirmar que a atribuição para a administração do tributo é exclusiva da Eletrobrás;

- inexistente dispositivo legal proibindo a compensação de tributos administrados pela SRF com créditos de natureza tributária (restituição de empréstimo compulsório) materializados em obrigações e/ou Cautelas da Eletrobras;

- a manutenção da multa de ofício não pode permanecer, uma vez que não existe intenção volitiva, comprovada nos autos, indicando que foi praticado ato fraudulento, pois a prova é indispensável à caracterização do dolo inerente a conduta;

- a penalidade imposta assume caráter confiscatório por agredir violentamente o patrimônio do contribuinte, inviabilizando a manutenção de sua atividade;

Em seu pedido requer seja homologada a compensação pleiteada e excluída a penalidade imposta, ainda requer seja deferido o pedido de compensação bem como a produção de todos os meios de provas em direito admitida.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro Luiz Roberto Domingo

Conheço do Recurso Voluntário por ser tempestivo, por atender aos requisitos regulamentares de admissão e por conter matéria de competência deste Conselho.

A questão já foi apreciada por esta Câmara com voto de escol dos Ilustres Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, José Luiz Novo Rossari, Irene Torres e Susy Hoffmann, cujo voto adoto como razões de decidir:

1. Recebimento do Recurso

Preliminarmente, recebe-se o presente processo por entender que cabe ao 3º Conselho de Contribuintes o deslinde deste processo administrativo, consoante indicado no artigo 9º, inciso XIX do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, eis que é órgão competente para apreciar matéria relacionada a empréstimo compulsório e assuntos correlatos, conforme se depreende do texto normativo:

Art. 9º Compete ao Terceiro Conselho de Contribuintes julgar os recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente a:

.....

XIX - tributos e empréstimos compulsórios e matéria correlata não incluídos na competência julgadora dos demais Conselhos ou de outros órgãos da Administração Federal. (Inciso incluído pelo art. 2º da Portaria MF nº 1.132, de 30/09/2002)

Outrossim, deve-se considerar que, nos dizeres do Prof. Heleno Taveira Torres: o Conselho de Contribuintes da Fazenda é órgão da Estrutura do Ministério da Fazenda e atua, dentro dos limites que lhe foram conferidos por lei (Dec. Nº 70.235/72), desde 1931 (Dec. Nº 20.350/31), com autonomia e independência, garantindo aos cidadãos-contribuintes apreciação mais justa e, independente e de resultados muito mais jurídicos, tendo em vista, principalmente, a sua composição paritária (igual número de representantes dos contribuintes e da Fazenda).¹

Assim, em que pese a alegação do Nobre Relator da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, aduzindo que a SRF só pode restituir tributos que por ela sejam administrados, não sendo possível entender a qualquer pedido administrativo de restituição ou compensação de tributos com supostos créditos oriundos de cautelas ao portador emitidas pela própria Eletrobrás em decorrência do empréstimo

¹ Direito Tributário e Processo Administrativo Aplicados”, Heleno Taveira Tôres e outros, Quartier Latin, pg. 86, 2005.

compulsório, anota-se, desde de já, que este argumento não será óbice para ampla manifestação do Conselho, órgão autônomo e independente, até em vista do disposto no já citado artigo 9º, inciso XIX do Regimento Interno.

O recurso está processado regularmente, motivo pelo qual deve ser conhecido. No mérito, passo a decidir.

Há que se considerar para a análise da questão que, praticamente, todas as questões aventadas no presente recurso já foram decididas reiteradamente pelo Poder Judiciário, por meio de seus Tribunais Superiores, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

2. Natureza Jurídica do Empréstimo Compulsório

Notadamente, pode-se afirmar, sem maiores devaneios jurídicos, que o empréstimo compulsório é sim uma espécie de tributo, consoante anotado no próprio artigo 148 da Constituição Federal. Neste sentido:

“STF – “O empréstimo compulsório é espécie tributária” (STF – RE nº 148.956 – Rel. Ministro Celso de Mello – RDA 200/129).”

Esta tese foi acolhida por Amílcar de Araújo Falcão², Alfredo Augusto Becker³, Aliomar Baleeiro⁴ e Geraldo Ataliba⁵.

Portanto, completamente superada a discussão acerca da natureza tributária do empréstimo compulsório.

3. O Empréstimo Compulsório em favor da Eletrobrás – Breve Evolução Legislativa

No mais, sabe-se que a instituição de empréstimo compulsório em benefício da Eletrobrás surgiu com a Lei Ordinária nº 4.156 de 1962, anotado, especificamente, no 'caput' de seu artigo 4º.

Durante 5 (cinco) exercícios a partir de 1964, o consumidor de energia elétrica tomará obrigações da Eletrobrás, resgatáveis em 10 (dez) anos, a juros de 12% (doze por cento) ao ano, correspondente a 15% (quinze por cento) no primeiro exercício e 20% (vinte por cento) nos demais, sobre o valor de suas contas.

Tal Lei Ordinária asseverou ainda nos parágrafos 1º, 2º e 3º respectivamente que:

1º - “O distribuidor de energia fará cobrar ao consumidor, conjuntamente com suas contas, o empréstimo de que trata este artigo e o recolherá com o imposto único.”

² “Empréstimo Compulsório e Tributo Restituível – Sujeição ao Regime Jurídico Tributário”, in Revista de Direito Público, vol. 06, pp. 22 a 47.

³ Teoria Geral de Direito Tributário, 2ª ed., SP, Saraiva, 1972, pp. 357 a 359.

⁴ Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 3ª ed., Forense, RJ, 1974, pp. 297 a 308.

⁵ Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, SP, RT, 1966, p. 289.

2º - "O consumidor apresentará suas contas à Eletrobrás e receberá os títulos correspondentes ao valor das obrigações, acumulando-se as frações até totalizarem o valor de um título."

3º - "É assegurada a responsabilidade solidária da União, em qualquer hipótese, pelo valor nominal dos títulos de que trata este artigo."

A legislação reguladora do empréstimo compulsório da Eletrobrás estabeleceu, como se vê, que a restituição seria por meio de ações da própria Companhia, sendo solidariamente responsável a União.

Seguiu-se todo um histórico legislativo, sendo editadas as Leis nº 4.364/64, 4676/65 e 5.073/66, até a chegada da Constituição Federal de 1967. Sendo que, oportunamente, anota-se a inconstitucionalidade desta exação no período entre 1967 e 1972, posto que com o advento da Constituição Federal de 1967 foi determinado que os empréstimos compulsórios somente poderiam ser instituídos pela União e por intermédio de lei complementar, que só chegou em nosso ordenamento jurídico em 1972.

Assim, em 1972 foi promulgada a Lei Complementar nº 13, que autorizou a União, instituir na forma da lei ordinária (Lei 4.156/62), empréstimo compulsório em benefício das Centrais Elétricas Brasileiras S/A - Eletrobrás. Desse modo, considerando que a partir de 1967 a Constituição exigiu a lei complementar na instituição de empréstimos compulsórios e somente em 1972 foi promulgada a Lei Complementar que estabeleceu o empréstimo da Eletrobrás, conclui-se que a cobrança efetuada entre o período da vigência da Carta Magna de 1967 e a data que passou a vigorar a Lei Complementar 13/72 foi inconstitucional.

Posteriormente, a Lei nº 7.181/83 prorrogou a cobrança do empréstimo até 1993, preceituando ainda em seu art. 1º que:

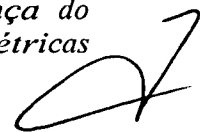
O empréstimo compulsório estabelecido na legislação em vigor em favor das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS, será cobrado até o exercício de 1993, inclusive, e será aplicado de acordo com a destinação prevista na Lei Complementar nº 13, de 11 de outubro de 1972.

A mesma Lei 7.181/83, determinou ainda, em seu artigo 4º que:

A conversão dos créditos do empréstimo compulsório em ações da Eletrobrás, na forma da legislação em vigor, poderá ser parcial ou total conforme deliberar sua Assembléia-Geral, e será efetuada pelo valor patrimonial das ações apurado em 31 de dezembro do ano anterior ao da conversão.

Atualmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi superada a crise de constitucionalidade de 1967 por este Poder Constituinte Originário, vez que se anotou em seu artigo 34 do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias, parágrafo 12, que:

A urgência prevista no art. 148, II, não prejudica a cobrança do empréstimo compulsório instituído em benefício das Centrais Elétricas



Brasileiras S.A. (Eletrobrás), pela Lei 4.156, de 28 de novembro de 1962, com as alterações posteriores." (grifo nosso)

Analisado o histórico legislativo verifica-se que desde o advento da Lei 4.156/62 e até o exercício de 1993, com exceção do período entre a Constituição de 1967 e o advento da Lei Complementar de 13/72, o empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás esteve vigente em nosso sistema positivo. Cabe agora analisar a sua constitucionalidade.

4. Da Constitucionalidade do Empréstimo Compulsório instituído em favor da Eletrobrás

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, destacado no Recurso Extraordinário RE 146615/PE- Pernambuco, , em julgamento feito pelo Pleno em 06/04/1995, entendeu, por julgamento da maioria dos seus Ministros, pela constitucionalidade do referido Empréstimo Compulsório nos seguintes termos:

Recurso Extraordinário. Constitucional. Empréstimo compulsório em favor das Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás. Lei n. 4.156/62. Incompatibilidade do tributo com o sistema constitucional introduzido pela Constituição Federal de 1988. Inexistência. Art. 34, par. 12, ADCT – CF/88. Recepção e manutenção do imposto compulsório sobre energia elétrica. Integrando o sistema tributário nacional, o empréstimo compulsório disciplinado no art. 148 da CF em vigor, desde logo, com a promulgação da CF/88, e não só a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte a sua promulgação. A regra constitucional transitória inserta no art. 34, par. 12, preservou a exigibilidade do empréstimo compulsório instituído pela Lei n. 4.156/62, com as alterações posteriores, até o exercício de 1993, como previsto no artigo 1 da Lei 7.181/83. Recurso Extraordinário não conhecido.

Assim, a constitucionalidade do Empréstimo Compulsório instituído em favor da Eletrobrás é questão já decidida pelo Supremo Tribunal Federal, pela decisão da recepção pela Constituição de 1988 de toda a legislação relativa a tal tributo.

Anota-se que este tema será retomado no próximo item, juntamente com a possibilidade de restituição dos valores pagos a título de empréstimo compulsório, bem como a forma pela qual se dará a devolução.

5. Da Restituição dos Valores pagos a título de empréstimo compulsório

Como se observa do próprio nome desta espécie tributária, que por si só é definida como empréstimo, por óbvio, conclui-se que o que for tomado por empréstimo deverá ser devolvido. Neste diapasão, discorre Roque Carrazza:

“Ainda a respeito da restituição da quantia arrecadada, o artigo 15, parágrafo único, do CTN prescreve: A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições do seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta lei”. “Se a lei que instituir o empréstimo compulsório não prever a devolução integral do produto de



*sua arrecadação, será inconstitucional, por ensejar um confisco, vedado pelo artigo 150, IV, do Texto Supremo.*⁶

A Professora Misabel Abreu Machado Derzi, juntamente com o Professor Sacha Calmon Navarro Coelho, também apontam entendimento no mesmo sentido, em brilhante parecer anotado na Revista Dialética de Direito Tributário, n. 53:

*O empréstimo compulsório pode, de conseguinte, ser definido como um tributo com cláusula de restituição. Seu esquema lógico é perfeitamente delineado por Alfredo Augusto Becker, que salienta existem duas relações jurídicas sucessivas, de natureza diversa. A primeira é tributária, e nasce quando se realiza a hipótese de incidência que faz surgir o dever do contribuinte de pagar a prestação e o correlativo direito do Estado de recebê-la. No momento em que o contribuinte satisfaz o seu dever, realiza a hipótese de incidência da segunda norma, que gera uma segunda relação jurídica, esta de natureza financeira, cujo conteúdo consiste no dever do Estado de efetuar a prestação em favor do particular. Na primeira relação jurídica (tributária), o sujeito passivo é o particular e o sujeito ativo o Estado. A segunda relação jurídica é de natureza administrativo-financeira: o sujeito ativo é o particular e o sujeito passivo é o Estado.*⁷

*Neste sentido, escreveu o mestre Alfredo Augusto Becker:*⁸

A primeira relação jurídica é de natureza tributária: o sujeito passivo é um determinado indivíduo e o sujeito ativo é o Estado. A segunda relação jurídica é de natureza administrativa: o sujeito ativo é aquele indivíduo e o sujeito passivo é o Estado. Note-se que a relação jurídica administrativa é um "posterius" e a relação jurídica tributária um "prius", isto é, a satisfação da prestação na reação jurídica de natureza tributária, irá constituir o núcleo da hipótese de incidência de outra regra jurídica (a que disciplina a relação do Estado restituir) que, incidindo sobre sua hipótese (o pagamento do tributo), determinará a irradiação de outra (a segunda) relação jurídica, esta de natureza administrativa. Não se deve cometer o erro elementar de não saber distinguir, numa única forma literal legislativa, duas ou mais relações jurídicas de natureza distinta.

Nesta esteira, será inconstitucional a interpretação da lei que instituir o empréstimo compulsório sem levar, direta ou indiretamente, à sua restituição. Por seu turno, a devolução do empréstimo compulsório é mera providência administrativa, que deve ser tomada após o pagamento do tributo. Sendo que, com o pagamento do tributo, desaparece a relação jurídica tributária, surgindo nova relação jurídica de cunho administrativo, que só vai extinguir-se com a devolução da quantia paga, nos termos definidos por lei.

Assim, pelo que consta dos autos, o objeto deste processo administrativo está na segunda relação jurídica, de natureza

⁶ Curso de Direito Constitucional Tributário. 19 ed., Malheiros, pg. 508.

⁷ Revista Dialética de Direito Tributário, n. 53, pg. 147, Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho.

⁸ Teoria Geral d Direito Tributário, Saraiva, 1963, pg. 358/359.

administrativo-financeira, em que o sujeito ativo é o contribuinte e o sujeito passivo é, em tese, a União, (representada por sua Secretaria da Receita Federal), que deverá ser compelida a cumprir com esta obrigação administrativo-financeira.

Ocorre que a legislação que originou o referido empréstimo compulsório determinou que a sua devolução fosse feita em obrigações da Eletrobrás, colocando a União apenas como responsável subsidiária pelo cumprimento dessa obrigação, nos seguintes termos:

Art. 4º Até 30 de junho de 1965, o consumidor de energia elétrica tomará obrigações da ELETROBRÁS, resgatáveis em 10 (dez) anos, a juros de 12% (doze por cento) ao ano, correspondentes a 20% (vinte por cento) do valor de suas contas. A partir de 1º de julho de 1965, e até o exercício de 1968, inclusive, o valor da tomada de tais obrigações será equivalente ao que fôr devido a título de imposto único sobre energia elétrica. (Redação dada pela Lei nº 4.676, de 16.6.1965)

§ 1º O distribuidor de energia elétrica promoverá a cobrança ao consumidor, conjuntamente com as suas contas, do empréstimo de que trata este artigo e mensalmente o recolherá, nos prazos, previstos para o imposto único e sob as mesmas penalidades, à ordem da Eletrobrás, em agência do Banco do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 4.364, de 22.7.1964)

§ 2º O consumidor apresentará as suas contas à Eletrobrás e receberá os títulos correspondentes ao valor das obrigações, acumulando-se as frações até totalizarem o valor de um título, cuja emissão poderá conter assinaturas em fac-simile. (Redação dada pela Lei nº 4.364, de 22.7.1964)

§ 3º É assegurada a responsabilidade solidária da União, em qualquer hipótese, pelo valor nominal dos títulos de que trata este artigo.

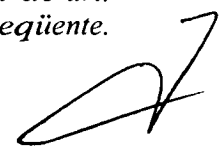
§ 4º O empréstimo referido neste artigo não poderá ser exigido dos consumidores discriminados no § 5º do artigo 4º, da Lei nº 2.308 de 31 de agosto de 1954 e dos consumidores rurais. (Parágrafo incluído pela Lei nº 4.364, de 22.7.1964)

~~§ 5º (Parágrafo revogado pela Lei nº 5.824, de 14.11.1972)~~

~~§ 6º. (Parágrafo incluído pela Lei nº 4.364, de 22.7.1964) e (Revogado pela Lei nº 5.073, de 18.8.1966)~~

§ 7º As obrigações a que se refere o presente artigo serão exigíveis pelos titulares das contas de energia elétrica, devidamente quitadas, permitindo-se a estes, até 31 de dezembro de 1969, apresentarem à ELETROBRÁS contas relativas a até mais de duas ligações, independentemente da identificação dos respectivos titulares. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 644, de 23.6.1969)

§ 8º Aos débitos resultantes do não recolhimento, do empréstimo referido neste artigo, aplica-se a correção monetária na forma do art. 7º da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964 e legislação subsequente. (Parágrafo incluído pelo Decreto-lei nº 644, de 23.6.1969)



§ 9º A ELETROBRÁS será facultado proceder à troca das contas quitadas de energia elétrica, nas quais figure o empréstimo de que trata este artigo, por ações preferenciais, sem direito a voto. (Parágrafo incluído pelo Decreto-lei nº 644, de 23.6.1969)

§ 10. A faculdade conferida à ELETROBRÁS no parágrafo anterior poderá ser exercida com relação às obrigações por ela emitidas em decorrência do empréstimo referido neste artigo, na ocasião do resgate dos títulos por sorteio ou no seu vencimento. (Parágrafo incluído pelo Decreto-lei nº 644, de 23.6.1969)

§ 11. Será de 5 (cinco) anos o prazo máximo para o consumidor de energia elétrica apresentar os originais de suas contas, devidamente quitadas, à ELETROBRÁS, para receber as obrigações relativas ao empréstimo referido neste artigo, prazo este que também se aplicará, contado da data do sorteio ou do vencimento das obrigações, para o seu resgate em dinheiro. (Parágrafo incluído pelo Decreto-lei nº 644, de 23.6.1969)

Art. 5º Os 4% (quatro por cento) dos recursos provenientes da arrecadação do imposto de consumo, vinculados ao Fundo Federal de Eletrificação, passarão a ser recolhidos mensalmente pelas repartições arrecadadoras, mediante guias específicas, ao Banco do Brasil, a crédito do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico. (Redação dada pela Lei nº 5.073, de 18.8.1966)

Parágrafo único. Os recursos referidos neste artigo serão creditados pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico em conta de movimento à ordem do Fundo Federal de Eletrificação (Redação dada pela Lei nº 5.073, de 18.8.1966)

Todavia, há que ser observado que a doutrina, em parte, não admite a constitucionalidade de tal forma de devolução que não em dinheiro.

Nesse sentido, entre tantos, citamos o Mestre Carrazza: “a restituição do empréstimo compulsório há de ser feita em moeda corrente, já que em moeda corrente é exigido. É, pois, um tributo restituível em dinheiro. A União deve restituir a mesma coisa emprestada compulsoriamente: dinheiro. Não pode a União tomar dinheiro emprestado do contribuinte, devolvendo-lhe outras coisas (bens, serviços, quotas etc.). Quer-nos parecer que a devolução só é integral se recompuser o poder aquisitivo da moeda paga pelo contribuinte.

Numa época de inflação galopante, restituir-lhe a mesma quantidade numérica em dinheiro, após dois, três, cinco anos, é, em termos práticos, nada restituir. Para que não reste burlada a ratio iuris deste tributo, sua devolução deve ser feita, no mínimo, com correção monetária. É ela que vai garantir o mesmo poder de compra da quantia paga a título de empréstimo compulsório.”⁹

Nessa linha, teríamos, evidentemente, a necessidade da devolução do empréstimo compulsório outrora arrecadado em dinheiro. Entretanto, tal matéria já foi objeto de decisão dos Tribunais Superiores, observe-se as ementas a seguir.

⁹ Idem.

Primeiro destaca-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 146.615-4, reconheceu que o empréstimo compulsório, instituído pela Lei nº 7.181/83, cobrado dos consumidores de energia elétrica, foi recepcionado pela nova Constituição Federal, na forma do art. 34, par. 12, do ADCT. Se a Corte concluiu que a referida disposição transitória preservou a exigibilidade do empréstimo compulsório com toda a legislação que o regia, no momento da entrada em vigor da Carta Federal, evidentemente também acolheu a forma de devolução relativa a esse empréstimo compulsório imposta pela legislação acolhida, que a agravante insiste em afirmar ser inconstitucional." (fonte: AI 287229 AgR/SP - São Paulo, Ag. Reg. no Agravo de Instrumento, Relator: Ministro Sydney Sanches, Julgamento: 19/03/2002.)"

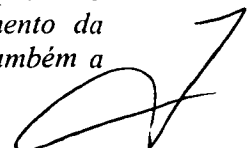
Há que se destacar ainda, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça por meio de duas Ementas a seguir colacionadas:

"Tributário. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica instituído pela Lei n. 4156/62 declarado constitucional pelo STF – devolução através de ações da Eletrobrás e não em dinheiro. 1. Precedente do STF e desta Corte no sentido de que a devolução do empréstimo compulsório, uma vez declarado constitucional pela Suprema Corte, deve ser feita na sistemática em que foi concebido: através de ações da Eletrobrás e não em dinheiro. 2. Recurso Especial improvido."

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Min. da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. "Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins votam com a Sra. Ministra Relatora. (Resp 561792/DF, 2002/0060622-2, Ministra Eliana Calmon, T2 – Segunda Turma, 17/06/04)."

"Processo Civil Tributário – Empréstimo Compulsório sobre energia elétrica – Legitimidade da cobrança reconhecida pelo plenário do STF (RE146.615-4) – Devolução mediante ação da Eletrobrás – Possibilidade – Violação do artigo 535 do CPC não configurada – Divergência jurisprudencial não comprovada. – Não se configura violação ao 535 do CPC se o julgador, ao decidir a lide, deixou de apreciar qualquer dos artigos citados pela recorrente, por isto que não está obrigado a examinar todos os argumentos trazidos pela parte, quando apenas um deles é suficiente para decidir a controvérsia, sendo prejudicial dos demais. – Não se comprova o dissídio jurisprudencial se os arestos paradigmas trazidos a confronto analisaram hipóteses distintas daquela tratadas nos autos. – O STF no julgamento do RE 146.615-4, reconheceu a recepção e manutenção da cobrança do empréstimo compulsório sobre energia elétrica, pela nova ordem constitucional. – Preservada a exigibilidade do empréstimo compulsório com toda a legislação que o regia, no momento da entrada em vigor da Carta Magna, o benefício se estende também a



forma de devolução desta exação, mediante ação, como imposta pela ação acolhida. – Recurso Especial não conhecido.

Acórdão

Vistos, relatos e discutidos estes autos, acórdão os Ministros da Segunda Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti. (Resp 117369/DF, Recurso Especial 1997/0005831-0, Ministro Francisco Peçanha Martins, T2, Segunda Turma, 19/09/00).”

Além do mais o julgado juntado na íntegra pelo Recorrente RE 173266-SC (fls. 153 e seguintes) também indica no mesmo sentido.

Assim, ainda que respeitável doutrina entenda inconstitucional a legislação que institua empréstimo compulsório cuja forma de devolução não seja em dinheiro, entendo que uma vez que a questão já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça não possui esse Órgão Julgador competência para decidir de forma diversa sobre a constitucionalidade da referida lei.

Portanto, no mérito não há como conhecer o pedido do Recorrente, visto que forma de devolução dos valores somente poderá ser na forma previsto na legislação, de tal forma que não possibilidade de pedido de restituição em dinheiro dos valores pagos a título de empréstimo compulsório e, por conseqüência, não há que sequer aventar a hipótese de compensação.

Todavia, passo a seguir a fazer algumas breves considerações sobre as demais questões suscitadas de interesse para a conclusão do presente voto.

6. Do dever solidário da União em ressarcir os valores pagos a título de empréstimo compulsório

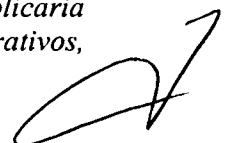
Como se pôde observar, a Lei nº 4.156 de 1962, anotou no 'caput' de seu artigo 4º que:

Durante 5 (cinco) exercícios a partir de 1964, o consumidor de energia elétrica tomará obrigações da Eletrobrás, resgatáveis em 10 (dez) anos, a juros de 12% (doze por cento) ao ano, correspondente a 15% (quinze por cento) no primeiro exercício e 20% (vinte por cento) nos demais, sobre o valor de suas contas.

E seu parágrafo 3º:

3º - "É assegurada a responsabilidade solidária da União, em qualquer hipótese, pelo valor nominal dos títulos de que trata este artigo."

Não resta dúvida que a União responde solidariamente pela devolução do empréstimo compulsório na forma prevista na lei, o que implicaria em sua legitimidade passiva nos processos judiciais e administrativos, nesse sentido:



“Tributário e processo civil. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Inocorrência de prescrição. Legitimidade passiva da União. Correção monetária. Aplicação de expurgos inflacionários. Incidência de juros de mora. Precedentes. 1. Há total interesse da União nas causas em que se discute o empréstimo compulsório sobre energia elétrica instituído pela Lei n. 4.156/62, visto que a Eletrobrás agiu na qualidade de delegada da União.....(Resp, 525403/RS, Rel. Min. José Delgado, 1T, 02/09/03).”

E ainda:

Empréstimo compulsório instituído em favor da Eletrobrás. A União Federal é litisconsorte nas causas em que se discute o empréstimo compulsório instituído pela Lei nº 4.156, de 1962, que por isso devem ser processadas e julgadas perante a Justiça Federal.” (fonte: DJ: 18/11/1996, p. 44862, Acórdão: RESP 39919/PR - 199300293710 - , 138700 Recurso Especial, decisão: 24/10/1996, Relator: Ministro Ari Pargendler.)

Aqui, há que se considerar que a própria lei fez constar a responsabilidade da União pela devolução dos valores arrecadados a título de empréstimo compulsório. Todavia, tal responsabilidade, deve-se limitar a devolução dos valores do empréstimo compulsório em ações, impedindo que este ente político seja compelido a devolver em dinheiro, mas para tanto, deverá ser provado pelo contribuinte que a Eletrobrás não devolveu os valores na forma prevista na lei, o que não é o caso objeto do presente processo administrativo.

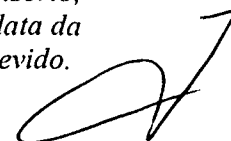
7. Da prescrição do pedido de ressarcimento.

A Lei n. 4.156/62 estabeleceu o resgate sobre o aludido empréstimo compulsório a favor da Eletrobrás, em 20 (vinte) anos de prazo, admitindo ainda prazo de carência em até 07 (sete) anos, conforme artigo 20, parágrafo 1, com redação dada pela Lei n. 4.676/65. Assim, conclui-se que a contagem do prazo prescricional tem seu início a partir de 20 anos após a aquisição compulsória das obrigações emitidas em favor do contribuinte. Este entendimento está praticamente pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça.

“Tributário e Processo Civil. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Inocorrência de Prescrição. Correção Monetária Plena. Aplicação de Expurgos Inflacionários. Incidência de Juros de Mora. Precedentes. O STJ firmou entendimento que o prazo prescricional das ações que objetivam a restituição do empréstimo compulsório incidente sobre energia elétrica é vintenário...” (Resp. 587.052/SC, Rel. Min. José Delgado, 02/12/2003, Primeira Turma).

8. Da correção monetária e juros incidentes sobre os valores ressarcidos e da não incidência da SELIC

Entende-se também ser legítima a aplicação de correção monetária e juros sobre os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório, sendo certo que deverão incidir desde o seu recolhimento até a data da efetiva devolução, sob pena de ocorrência de enriquecimento indevido.



“O resgate das obrigações do portador, decorrentes do empréstimo compulsório à Eletrobrás deve ser feito com correção monetária correspondente ao índice de” (fonte: DJ 08/06/1998, p. 65: AGA 175289/RJ - 199800045848 - , 214036 Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, decisão: 21/05/1998, Relator: Ministro José Delgado.)”

“Tributário. Consumo de energia elétrica. Empréstimo compulsório. Restituição. Correção Monetária. Incidência. Sendo a correção monetária simples fator de atualização – e não propriamente acréscimo – incide até o pagamento do débito.” (RESP n. 86226/RJ, 2T, Rel. Min. Hélio Mosimann).

Contudo, o mesmo não se aplica à incidência da SELIC:

“TRIBUTÁRIO – EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DA ELETROBRÁS – INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC. 1. O empréstimo compulsório em favor da ELETROBRÁS, criado pela Lei 4.156/62, até a EC 1/69 era considerado espécie de contrato coativo (Súmula 418/STF). 2. A EC 01/69 alterou a espécie para dar natureza tributária ao empréstimo compulsório, o que foi mantido com a CF/88. 3. No empréstimo compulsório estabelecem-se duas relações: a existente entre o Estado e o contribuinte, regida por normas de direito tributário e a existente entre o contribuinte e o Poder Público com vista à devolução do que foi desembolsado, a qual nada tem de tributário, por tratar-se de crédito comum. 4. Nesse caso, não tem aplicação o teor do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, que determina a incidência da Taxa SELIC tão-somente na compensação e restituição de tributos federais. 5. Recurso especial improvido. REsp 694051 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2004/0144413-6, Ministra ELIANA CALMON (1114), DJ 09.05.2005 p. 363.

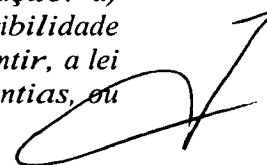
Cabe destacar que a correção monetária e juros aplicados na devolução dos valores arrecadados a título de empréstimo compulsório deverá surtir efeitos no momento da devolução das respectivas ações, nos termos do artigo 4, parágrafo 2, da Lei 4156/62.

9. Considerações acerca da impossibilidade da compensação dos valores pagos a título de empréstimo compulsório com outros tributos por falta de previsão legal

A compensação, conceituada pelo direito privado (CC, art. 1009), tem aplicação nos casos em que a lei expressamente a preveja, consoante artigo 170 do Código Tributário Nacional.

Tal instituto ocorre no instante em que duas pessoas forem ao mesmo tempo credora e devedora uma da outra, ocasionando a extinção das duas obrigações até o montante da compensação. No caso em tela não se tem lei tratando do assunto, razão pela qual a extinção do crédito não poderá ocorrer por este dispositivo legal.

Ademais, quatro são os requisitos necessários à compensação: a) reciprocidade das obrigações, b) liquidez das dívidas, c) exigibilidade das prestações, e d) fungibilidade das coisas devidas. Nesse sentir, a lei que autoriza a compensação pode estipular condições e garantias, ou



instituir os limites para que a autoridade administrativa o faça. Quer isso significa que, num outro caso, a atividade é vinculada, não sobrando ao agente público qualquer campo de discricionariedade, antagônico ao estilo de reserva legal estrita que preside toda normalização dos momentos importantes da existência das relações jurídicas tributárias.¹⁰

Desta forma, a compensação é uma das formas das extinções das obrigações tributárias que, ao contrário do que ocorre no âmbito das relações jurídicas regradas pelo Direito Civil, não se opera automaticamente, pois se subordina à autorização legal. Repita-se a lei pode autorizar a compensação, não o fazendo, não poderá o contribuinte compensar tributos com outros créditos que possua contra a Fazenda respectiva.

Acrescenta-se ainda que, conforme julgados do STF e STJ, restou impossível a realização da devolução dos valores pagos a título do citado empréstimo compulsório por compensação com tributos federais, visto que tal exação se vinculou desde do seu início à forma de devolução previamente estipulada em lei. Ou seja, a devolução do valor pago a título de empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás deve ser feita na forma prevista na legislação, ou seja, por meio de ações.

Por seu turno não que se cogitar em compensar o valor dessas ações com tributos federais, por expressa falta de previsão legal. Ademais, como já explanado nesse voto, a devolução dos valores pagos a título de empréstimo compulsório não tem natureza tributária, de tal forma que não podem ser compensados com outros tributos sob o manto da previsão genérica da Lei.

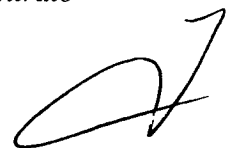
Para corroborar tal posicionamento cita-se o Acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, que teve por Relatora a Ministra Eliana Calmon, no EDcl no REsp 603215 / PR; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2003/0197791-4 , Julgado em 22/03/2005 e publicado no DJ de 09.05.2005, p. 339, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO - EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DA ELETROBRÁS - TAXA SELIC.

1. É contraditório o julgado que determina a incidência da Taxa SELIC devolução do empréstimo compulsório sobre energia elétrica, partindo-se do pressuposto de que a hipótese constitui repetição de indébito tributário, quando, na verdade, a referida devolução não tem natureza tributária, sendo inaplicável a norma do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95 .

2. O empréstimo compulsório em favor da ELETROBRÁS, criado pela Lei 4.156/62, até a EC 1/69 era considerado espécie de contrato coativo (Súmula 418/STF).

¹⁰ Curso de Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, 14 ed., Saraiva, pg. 457.



3. Contudo, a referida emenda alterou a espécie para dar natureza tributária ao **empréstimo compulsório**, o que foi mantido com a CF/88.

4. No **empréstimo compulsório** estabelecem-se duas relações: a existente entre o Estado e o contribuinte, regida por normas de direito tributário, e a existente entre o contribuinte e o Poder Público, com vista à devolução do que foi desembolsado, a qual nada tem de tributário, por tratar-se de crédito comum.

5. Nesse caso, não tem aplicação o teor do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, que determina a incidência da Taxa SELIC tão-somente na **compensação** e restituição de tributos federais.

6. Embargos declaratório providos, com efeitos modificativos.

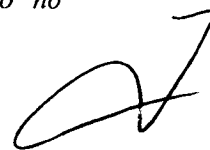
Portanto, seja por falta de previsão legal, seja em vista dos julgados do STF e STJ não é possível o reconhecimento do direito à compensação pelo Recorrente.

Assim constata-se que a compensação efetuada pelo Recorrente e noticiada nos autos foi feita ao arrepio da lei e, como se verifica pelo documento juntado, com informações falsas, pois indica que já houve o trânsito em julgado de processo judicial, quando não há notícias da propositura da ação judicial. Na verdade, a inclusão de tais dados teve por único objetivo possibilitar que o Recorrente pudesse preencher os dados da Per/Dcomp. E, o que ainda torna pior a situação do Recorrente é que consta dos dados ad Per/Dcomp que a empresa é optante do PAES, e por força da lei que rege tal parcelamento, não pode ficar inadimplente dos tributos correntes, de tal modo que se feita a compensação de forma irregular, há que observar que o Recorrente, por consequência do inadimplemento deverá ser excluído do PAES.

10. Da conclusão

Nesta esteira, pode-se depreender e concluir que:

- a) possui natureza tributária o empréstimo compulsório;
- b) há responsabilidade solidária da União pela restituição do empréstimo compulsório vinculada tão somente a devolução dos valores em ações;
- c) a prescrição para restituição do empréstimo compulsório é "vintenária";
- d) há direito à correção monetária e juros de mora, não se aplicando a SELIC e, por fim;
- e) fixou-se a impossibilidade da compensação dos valores pagos a título de empréstimo compulsório com tributos federais, em vista da falta de previsão legal, restando claro que a devolução do empréstimo se fará tão somente por meio de ações, conforme pacificado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.



Outrossim, como a eventual restituição dos valores postulados neste processo somente se dará por meio de ações, não há como ser atendido o pedido de restituição do contribuinte por esta via processual, muito menos, realizar a tão buscada compensação.

Lembra-se que a lei da pessoa competente para instituir o tributo molda o instituto e lhe fixa a oportunidade e as condições. Como define o Código Tributário Nacional no artigo 170.¹¹ Nesse sentido pronunciou-se acertadamente a DRJ, devendo ser acolhido por completo a sua orientação."

Quanto a multa aplicada isoladamente, em razão do lançamento de ofício, não resta comprovado nos autos o inequívoco intuito de fraude, de modo que não pode ser mantida a penalidade.

Trata-se de lançamento de multa com base no art. 18 da Medida Provisória nº. 135/2003, convertida na Lei nº. 10.833/2003, que ao derrogar o art. 90 da Medida Provisória nº. 2.158-35/2001, previu que:

"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 sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida e aplicar-se-á unicamente nas 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 ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964.

§ 1o Nas hipóteses de que trata o caput, aplica-se ao débito indevidamente compensado o disposto nos §§ 6o a 11 do art. 74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

§ 2o A multa isolada a que se refere o caput é a prevista nos incisos I e II ou no § 2o do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, conforme o caso.

§ 3o Ocorrendo manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação e impugnação quanto ao lançamento das multas a que se refere este artigo, as peças serão reunidas em um único processo para serem decididas simultaneamente."

Ocorreu que a Lei nº. 10.833/2003 foi alterada pelo art. 25 da Lei nº. 11.051/2004, com a seguinte redação, incluindo o § 4º para açambarcar os casos de compensação considerada não declarada que não estava amparada pela redação anterior:

"Art. 25. Os arts. 10, 18, 51 e 58 da Lei no 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação: Art. 25. Os arts. 10, 18, 51 e 58 da Lei no 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação:

...

¹¹ Direito Tributário Brasileiro. Aliomar Balleiro, 11ª edição, ed. Forense, pg. 900.



'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 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 no 4.502, de 30 de novembro de 1964.

.....
§ 2º A multa isolada a que se refere o caput deste artigo será aplicada no percentual previsto no inciso II do caput ou no § 2o do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, conforme o caso, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado.

.....
§ 4º 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.' (NR)''

A questão é que a alteração não se limitou a incluir o § 4º, mas promoveu, também, alteração do § 2º, limitando a pena àquela prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430/1996, ou seja, apenas a penalidade de 150%:

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

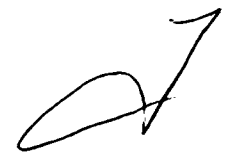
I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

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.”

Note-se que apenas o inciso II é aplicável como sanção para o ato de compensação punível.

Pois bem, no que concerne ao § 4º do art. 18 da Lei nº. 10.833/2003 (incluído pelo art. 25 da Lei nº. 11.051/2004), ressalte-se que para o “tipo” descrito nesse dispositivo considera, também, aplicável a penalidade do art. 44, inciso II, da Lei 9.430/1996, ou seja, para aqueles casos em que for considerada não declarada nas hipóteses do inciso II do § 12 do art. 64 da Lei nº. 9.430/1996. A hipótese de “compensação não declarada” prevista por esse dispositivo, por sua vez, foi introduzida, também, pela Lei nº. 11.051/2004.

A penalidade aplicável à conduta punível de requerer a compensação “considerada não declarada” é vigente a partir de 30/12/2004.



As alterações legislativas não pararam por aí. Em 30/06/2006 foi publicada a Medida Provisória nº. 303, cujo art. 18 alterou o art. 44 da Lei nº. 9.430/1996, nos seguintes termos:

"Art. 18. 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 tributo, 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.

....." (NR)

Desta forma a penalidade indicada como aplicável pelo ato punível de requerer a compensação "considerada não declarada", ou seja, a prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430/1996, passou de 150% para 50% (II - de cinquenta por cento, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:).

Impende colacionar o art. 106 do Código Tributário Nacional:

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

...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:



...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática."

Note-se que a penalidade foi reduzida de 150% para 50%, não pela alteração do art. 18 da lei nº. 10.833/2003 (reconheça-se), mas sim pela alteração da disposição legal indicada nesse artigo como pena aplicável (inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430/1996).

Às penalidades, em direito tributário, aplicam-se os mesmos princípios de Direito Penal, seja em relação ao fato típico, seja em relação à *retroatividade benigna*, com a aplicação da lei mais favorável (menos gravosa). Aplica-se ao lançamento da multa a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato típico, tenha reduzido sanção pela transgressão ou excluído a pena.

Nesse sentido é que tenho convicção de que não há supedâneo legal para aplicação da penalidade de 75%, pois não se confundem os incisos I e II do art. 9.430/1996, tanto que a Lei nº. 11.051/2004 excluiu da redação do § 2º do art. 18 da lei nº. 10.833/2003 a previsão de aplicação do inciso I para aplicação EXCLUSIVAMENTE do inciso II.

Ora, se a Lei exclui a penalidade de 75% (inciso I do art. 44 da lei nº. 9.430/1996), não pode o julgador aplicá-la ao arrepio da lei *sponte sua*, sob pena de ofensa ao princípio da estrita legalidade.

Assim, deve prevalecer apenas a penalidade prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430/1996, com a redução trazida pela Medida Provisória nº. 303/2006, como sanção do caso em apreço.

Cito os precedentes: Acórdão n.ºs. 101-95986, de 26/01/2007 e Acórdão 101-95.820, de 19/10/2006:

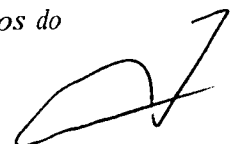
Acórdão 101-95986

"IRPJ – MULTA ISOLADA – RECOLHIMENTO A MENOR DAS PARCELAS MENSAIS – A falta de recolhimento de antecipações de tributo ou a sua insuficiência, impõe a cobrança de multa de lançamento de ofício isolada.

MULTA ISOLADA – REDUÇÃO DA MULTA PARA 50% - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 351, DE 22/01/2007 – RETROATIVIDADE BENIGNA - Aplica-se a fato pretérito a legislação que deixa de considerar o fato como infração, consoante dispõe o artigo 106, inciso II, "a", do Código Tributário Nacional.

Acórdão 101-95820

MULTA DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA – Verificada a falta de pagamento do imposto por estimativa, após o término do ano-calendário, o lançamento de ofício abrangerá a multa de ofício sobre os valores devidos por estimativa e não recolhidos e o imposto devido com base no lucro real apurado em 31 de dezembro, caso não recolhido, acrescido de multa de ofício e juros de mora contados do vencimento da quota única do imposto.



MULTA ISOLADA – REDUÇÃO DA MULTA PARA 50% - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 303, DE 29/06/2006 – RETROATIVIDADE BENIGNA - Aplica-se a fato pretérito a legislação que deixa de considerar o fato como infração, consoante dispõe o artigo 106, inciso II, "a", do Código Tributário Nacional.

No Recurso Voluntário 134.410, entendi que a multa deveria ser reduzida para 50%, por aplicação do princípio da retroatividade benigna disposta no artigo 106, II, "c", do CTN, aplicando-se, então, a Medida Provisória 303/2006.

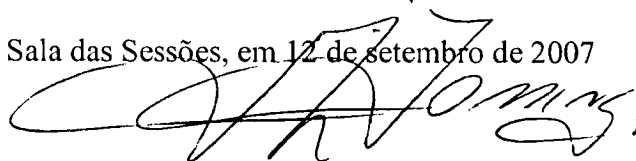
Ocorre que a Medida Provisória 303/2006 foi rejeitada pelo Congresso Nacional o que importou a retomada de vigência da redação anterior da Lei 9.430/96, com a penalidade de 150%. Tal penalidade não pode mais ser aplicada por conta do princípio de que a penalidade não pode ser majorada após ter sido reduzida.

Como a norma que reduziu a penalidade para o patamar de 50% perdeu eficácia, e seus efeitos não foram disciplinados pelo Congresso Nacional no tempo de sua vigência, não há como preencher o conseqüente do ilícito tipificado pelo art. 18 da Lei nº. 10.833/2003, com a penalidade majorada, como é o caso.

O que se verifica do exposto é que o Sistema de Direito Positivo não contempla normas jurídicas que possibilitem à Administração Pública Federal, que deve agir de modo vinculado, proceder à compensação pretendida pela Recorrente.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para excluir a multa isolada.

Sala das Sessões, em 12 de setembro de 2007



LUIZ ROBERTO DOMINGO – Conselheiro

Voto Vencedor

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora Designada

Trata-se de discussão acerca da aplicação de multa isolada decorrente de compensação indevida.

A aplicação da penalidade da multa isolada somente surgiu com a edição da MP nº. 135, de 30 de outubro de 2003, posteriormente convertida na Lei nº. 10.833, que estabelecia em seu art. 18, *verbis*:

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 sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida e aplicar-se-á unicamente nas 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 ficar caracterizada a prática das infrações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Cumpre mencionar que, até então, vigorava a MP nº. 2.158-35, de 2001, a qual previa que, na hipótese de o sujeito passivo informar em declaração a extinção de débito decorrente de compensação indevida ou não comprovada, cabia a constituição do crédito tributário relativo aos tributos administrados pela SRF mediante lançamento de ofício, mas sem prever a imposição de multa isolada. Era o que estabelecia o art. 90 abaixo transcrito:

Art.90.Serão objeto de lançamento de ofício as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrentes de pagamento, parcelamento, compensação ou suspensão de exigibilidade, indevidos ou não comprovados, relativamente aos tributos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Como visto, com a MP nº. 135, apenas a multa isolada passou a ser objeto do lançamento de ofício, e, ainda assim, somente nas hipóteses taxativamente elencadas nesse art. 18. Apenas a partir da edição desta MP, em 31/10/2003, é que a conduta em apreço foi tipificada como infração e penalizada na forma do mencionado artigo.

Compulsando os autos, verifica-se que a multa aplicada diz respeito à data posterior à vigência da predita MP. Contudo, antes de adentrarmos nesta questão, cumpre, primeiramente, fazer uma breve análise das alterações introduzidas na Lei nº. 10.833/2003, quanto ao percentual a ser aplicado.

Inicialmente, a Lei nº. 10.833/2003, em seu § 2º, definia que a multa isolada era aquela prevista nos incisos I e II, bem como no § 2º do art. 44 da Lei nº. 9.430. Essa era a redação dada ao art. §2º do art. 18:

§ 2º A multa isolada a que se refere o caput é a prevista nos incisos I e II ou no § 2º do art. 44 da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, conforme o caso. (grifo nosso)

Posteriormente, em 29 de dezembro de 2004, a Lei nº. 11.051, em seu art. 25, deu nova redação ao art. 18 da Lei 10.833/03, modificando o § 2º e acrescentando o § 4º:

Art. 25. Os arts. 10, 18, 51 e 58 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação:

"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 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 nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

§ 2º A multa isolada a que se refere o caput deste artigo será aplicada no percentual previsto no inciso II do caput ou no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, conforme o caso, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado.

§ 4º 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." (NR)

Como se pode ver, a redação dada ao §2º tão-somente excluiu a aplicação do percentual do inciso I do art. 44 da Lei nº. 9.430/96. Note-se que o legislador não restringiu as hipóteses da aplicação da multa a uma única hipótese, qual seja, a do inciso II; o que ele fez foi unificar o **percentual** aplicado, mantendo, entretanto, todas as **hipóteses** que davam ensejo à multa, previstas no *caput* do art. 18 da Lei nº. 10.833/03.

A multa isolada continuou sendo aquela prevista nos incisos I e II e no § 2º do art. 44 da Lei nº. 9.430/96, conforme determinava a Lei nº. 10.833/03, tendo sofrido apenas alteração de seus percentuais, em razão da Lei nº. 11.051/04.

Assim, não vislumbro fundamentos para não aplicação da multa isolada às compensações indevidas realizadas em data posterior à edição da MP 135/2003.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, para que seja mantida a aplicação da multa isolada.

É como voto.

Sala das Sessões, em 12 de setembro de 2007


IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES - Relatora Designada