



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

Processo n° 16682.720152/2011-00
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-004.071 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2016
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF
Recorrente TERMOPERNAMBUCO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

AUSÊNCIA DE RETENÇÃO E/OU RECOLHIMENTO DE IRRF PELA FONTE PAGADORA. EXCLUSÃO DA MULTA PREVISTA PELO ART. 9º DA LEI Nº. 10.426/2002. ALTERAÇÃO PROMIDA PELA LEI Nº. 11.488/2007. A multa isolada prevista no art. 9º da Lei nº. 10.426/2002, com redação dada pela Lei nº. 11.488/2007, deixou de aplicar a multa isolada do inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430/96 aos casos de ausência de retenção de IRRF com posterior pagamento do tributo, por fazer menção expressa ao inciso I deste artigo, que trata somente da multa aplicada ao lançamento de ofício realizado nos casos de ausência de pagamento ou recolhimento, falta de declaração e declaração inexata.

AUSÊNCIA DE RETENÇÃO E/OU RECOLHIMENTO DE IRRF PELA FONTE PAGADORA. EXCLUSÃO DA MULTA PREVISTA PELO ART. 9º DA LEI Nº. 10.426/2002. FATOS GERADORES ANTERIORES À ALTERAÇÃO PROMIDA PELA LEI Nº. 11.488/2007. RETROATIVIDADE BENIGNA. ART. 106, II, *a*, DO CTN. Para os fatos geradores ocorridos anteriormente a alteração da redação do art. 9º da Lei nº. 10.426/2002, promovida pela Lei nº. 11.488/2007, aplica-se a retroatividade benigna prevista no art. 106, II, *a*, do Código Tributário Nacional, ante o fato de a referida alteração ter deixado de prever a aplicação da multa isolada do inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430/96.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. COMPETÊNCIA. Conforme Súmula CARF n. 02, este Conselho não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei.

DECADÊNCIA. No caso de lançamento sujeito a homologação, a não antecipação do imposto devido importa no prazo decadencial conforme o art. 173, I do CTN.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos na votação os conselheiros Maria Cleci Coti Martins, Arlindo da Costa e Silva e Miriam Denise Xavier Lazarini. Redação do voto vencedor a cargo do Conselheiro Carlos Alexandre Tortato.

Maria Cleci Coti Martins - Presidente Substituta e Relatora

Carlos Alexandre Tortato - Redator designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Maria Cleci Coti Martins, Carlos Alexandre Tortato, Miriam Denise Xavier Lazarini, Arlindo da Costa e Silva, Carlos Henrique de Oliveira, Luciana Matos Pereira Barbosa e Rayd Santana Ferreira.

Relatório

O Recurso Voluntário visa modificar a decisão proferida no Acórdão 11-35.783, da 3ª. Turma da DRJ/REC que julgou improcedente a impugnação do contribuinte para o crédito tributário lançado, objeto deste processo.

O crédito tributário lançado refere-se a multa e juros de mora exigidos isoladamente tendo em vista a falta de retenção na fonte dos valores pagos a título de juros sobre capital próprio a acionistas, para os anos-calendário 2005 a 2008, no valor de R\$ 11.972.925,00 (multa) e R\$ 349.803,74 (juros de mora), totalizando R\$ 12.322.728,74.

A seguir estão as razões do recorrente:

1. Decadência do direito de constituição do crédito tributário. O IRRF é tributo submetido ao lançamento por homologação e, portanto, aplica-se a norma contida no parágrafo 4. do art. 150 do CTN para efeitos de cálculo do prazo disponível para o fisco efetuar o lançamento de ofício. O termo inicial para a contagem do prazo decadencial de 5 anos dar-se-ia na data da ocorrência de cada fato gerador. Por exemplo, o pagamento de juros sobre capital próprio ocorreu em dezembro de 2005, enquanto que a recorrente fora intimada do auto de infração em 11/02/2011 depois da data máxima permitida ao fisco para a constituição do crédito (dezembro/2010). Cita jurisprudência desta Casa.

2. No mérito- falta de retenção e recolhimento do IRRF sobre a distribuição de juros sobre o capital próprio - multa isolada - à empresa controladora Neoenergia S/A. Argumenta que embora não tenha feito o recolhimento do tributo, a empresa Neoenergia (beneficiária) ofereceu tais rendimentos à tributação. Por esta razão, entende que inexistente a figura do não recolhimento da obrigação principal. Mais ainda, a recorrente efetuou o recolhimento da multa de mora devida em razão da falta de retenção e recolhimento do IR/Fonte. Por esse motivo, entende também que estaria beneficiado pela denúncia espontânea (art. 138 CTN), pois os tributos foram quitados espontaneamente, antes da instauração de qualquer procedimento fiscal. Cita doutrina e também decisões deste CARF sobre o assunto e também o Parecer Normativo CGT 1/2002.

3. A nova legislação que rege a matéria - Lei 11.488/2007 extinguiu a multa de ofício da fonte pagadora dos rendimentos após o recolhimento do tributo pelo beneficiário. Entende que está revogado, pelo art. 14 da Medida Provisória 351/2007, o dispositivo legal relativo à hipótese de lançamento de multa isolada pelo não recolhimento de IRRF. A Turma julgadora do Acórdão guerreado deveria ter declarado a inconstitucionalidade do dispositivo legal ou verificar a afronta a princípios constitucionais. A Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda já se manifestou sobre o assunto, determinando que princípios constitucionais devem ser aplicados pelos membros dos órgãos administrativos de julgamento.

4. O art. 9º. da Lei 10.426/2002 somente poderia ser aplicado com imposição de multa de ofício, quando verificada a falta de recolhimento de IR, quando então deveria ser exigida a multa de ofício, juntamente com o principal e os juros moratórios. Contudo, conforme o parecer COSIT 01/02, a exigência do principal, multa de ofício e juros da fonte pagadora somente se aplica quando apurado o não-recolhimento do IRRF sujeito à tributação

definitiva, ou antes de encerrado o período de apuração do beneficiário dos rendimentos, no caso de IRRF considerado como antecipação do imposto por ele devido.

5. Em havendo dúvida quanto à capitulação legal do fato, ou à natureza da penalidade aplicável, ou a sua graduação, deve ser aplicado o disposto no art. 112 do CTN, que determina seja adotada a interpretação mais benéfica ao contribuinte.

6. Inexiste base de cálculo a sustentar a cobrança da referida multa. Afirma que após a Lei 11488/2007, as multas somente podem ser cobradas à razão de 50% do valor do imposto, no caso do recolhimento mensal/estimativa, e não 75% conforme o caso dos autos. Cita julgados desta casa, em sua maioria ocorridos no ano 2007.

7. Pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da vedação ao confisco, argumenta que uma mera irregularidade formal deve ser relevada ante a ausência de lesão ao erário, pois não há interesse público que justifique a cobrança da multa pretendida. O Estado não poderia impor obrigações, vedações ou sansões aos administrados em medida superior ao necessário para atender o interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins constitucionalmente estabelecidos. Tal princípio está expresso na Lei 9784/99 que regula o processo administrativo federal.

8. Não é razoável a recorrente ser compelida ao pagamento de multa de mora calculada desde a data em que deveria ter sido efetuada a retenção do Imposto sobre a Renda. Isso causa o enriquecimento sem causa do Poder Público às custas do patrimônio da recorrente. Desta forma, foi ferido o princípio da razoabilidade.

9. Ilegalidade da utilização da taxa SELIC como juros de mora. A taxa SELIC foi criada pela Resolução 1.124/96 do Conselho Monetário Nacional e pela Resolução 2.868/99 do Banco Central do Brasil para remunerar o capital investido em títulos públicos da dívida pública federal. A referida taxa não foi criada por lei e, por isso, ofende o princípio da legalidade, conforme disposto no art. 161, par. 1º. do CTN.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Maria Cleci Coti Martins - Relatora

O lançamento decorre do não recolhimento da antecipação do imposto de renda da beneficiária. O valor lançado refere-se à multa isolada conforme art. 9º. da Lei 10.426/2002, a seguir transcrito, que continua vigente no direito brasileiro. Conforme mencionado no Acórdão de Impugnação, os valores devidos de Imposto de Renda não teriam sido pagos em moeda, mas compensados com saldo negativo de IRPJ.

*Art. 9º **Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430**, 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. [\(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007\)](#)*

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.

O artigo 44 da Lei 9430 foi alterado pelo art. 14 da Lei 11.488/2007, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“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;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

...

§ 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.

Enfatizo que o comando legal relativo à multa pelo não recolhimento do tributo IRRF menciona **apenas** o inciso I do art. 44 da Lei 9430/96, da multa. O fato da lei não ter expressamente utilizado o termo "multa isolada", não significa que não exista. Pelo entendimento do contribuinte, a lei que penaliza a não retenção na fonte nunca deveria ser aplicada, o qual discordo. Se assim fosse, teríamos uma lei tributária inócua, que, se não cumprida dentro de um curto espaço de tempo (menor que um ano), não mais precisaria ser. Tal entendimento, se aplicado, seria nefasto para o fisco, pois dificilmente seria aplicada

penalidade pelo descumprimento do comando legal. Uma afronta, inclusive, ao prazo legal para a decadência do direito do fisco fazer o lançamento tributário de ofício, de 5(cinco) anos.

Observa-se que o citado PARECER COSIT 01/2002 (a seguir transcrito no que se refere ao mencionado pelo recorrente) refere-se à responsabilidade pelo recolhimento do IRRF. No caso dos autos, não foi lançado o tributo, mas a multa isolada pelo não recolhimento do mesmo. Nem teria sentido lançar o tributo, pois o contribuinte já havia feito a compensação do mesmo com o saldo negativo de IRPJ.

IRRF. ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO APURADO PELO CONTRIBUINTE. RESPONSABILIDADE.

Quando a incidência na fonte tiver a natureza de antecipação do imposto a ser apurado pelo contribuinte, a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção e recolhimento do imposto extingue-se, no caso de pessoa física, no prazo fixado para a entrega da declaração de ajuste anual, e, no caso de pessoa jurídica, na data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual. (grifei)

Na sequência, o Parecer esclarece o procedimento relativo ao não pagamento do IRRF pela fonte pagadora

IRRF. ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO APURADO PELO CONTRIBUINTE.

Constatada a falta de retenção do imposto, que tiver a natureza de antecipação, antes da data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, no caso de pessoa física, e, antes da data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica, serão exigidos da fonte pagadora o imposto, a multa de ofício e os juros de mora.

Verificada a falta de retenção após as datas referidas acima serão exigidos da fonte pagadora a multa de ofício e os juros de mora isolados, calculados desde a data prevista para recolhimento do imposto que deveria ter sido retido até a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, no caso de pessoa física, ou, até a data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica; exigindo-se do contribuinte o imposto, a multa de ofício e os juros de mora, caso este não tenha submetido os rendimentos à tributação.(grifei)

Entendo que não assiste razão ao contribuinte, pois caso não houvesse penalidade, não haveria efetividade na cobrança do IRRF após o período de apuração do resultado (pessoa jurídica) ou da entrega da declaração anual (pessoa física) mencionado no Parecer CST 01/2002.

O art. 150 da Lei 5172/66 estabelece o prazo limite para a fazenda lançar o tributo cujo lançamento é por homologação, conforme a seguir.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de

antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Observa-se, contudo, que não houve qualquer pagamento do tributo, o que nos remete ao art. 173 do mesmo diploma legal, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrita.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ARTS. 150, § 4º, E 173 DO CTN. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

*1. Nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que não ocorre pagamento antecipado, o prazo decadencial rege-se pelas disposições do art. 173, inciso I, do CTN, ou seja, será de 5 anos, **contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.***

2. Não cabe ao STJ a análise acerca da ocorrência de dolo ou fraude, pois tal apreciação requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, em recurso especial, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 616.398/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015)(grifei)

CTN, Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver **anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.***

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O prazo decadencial para os fatos geradores relativos ao ano 2005 inicia-se em 01/01/2006 e tem seu término em 31/12/2010. Desta forma, entendo que os lançamentos relativos aos fatos geradores do ano calendário 2005 encontram-se fulminados pela decadência.

A Súmula CARF n. 4, a seguir transcrita, sumariza o entendimento deste Conselho sobre a utilização da taxa SELIC como indexadora dos créditos tributários devidos.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Este Conselho não possui competência para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei, conforme entendimento já sumulado (Súmula CARF n. 02)

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Dado o exposto, voto por afastar as preliminares e prover parcialmente o recurso para exonerar do crédito tributário os valores relativos aos fatos geradores ocorridos no ano 2005.

Maria Cleci Coti Martins.

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Alexandre Tortato – Redator Designado

Em que pese os argumentos lançados pela ilustre relatora no presente voto, divirjo quanto à aplicação, no caso concreto, da multa aplicada pela autoridade fiscal, prevista no art. 9º da Lei nº. 10.426/2002.

No presente processo, depreende-se que a multa aplicada, isoladamente, se dá única e exclusivamente pela falta de retenção do IRRF, posto que como mencionado pela própria relatora, o tributo devido (IRPJ) foi compensado (via saldo negativo de IRPJ) pela empresa beneficiária dos pagamentos de juros sobre capital próprio realizados pela ora recorrente.

Assim, não restando dúvidas quanto ao pagamento do tributo e, conseqüentemente, de que o presente lançamento se dá única e exclusivamente pela ausência de retenção do IRRF, vejamos o arcabouço legal que fundamenta o lançamento e sua inaplicabilidade do presente caso. Eis a redação do artigo 9º da Lei nº. 10.426, já com a alteração produzida pela MP nº. 351/2007, convertida na Lei nº. 11.488/2007:

Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.

De dicção bastante clara, conclui-se que incide a referida penalidade nos casos em que a “fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição” deixe de assim proceder, sujeitando-se “à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996”.

Veja-se que a redação acima reproduzida do dispositivo aplicado à recorrente é dada pela Lei nº. 11.488, de 15 de junho de 2007. Os fatos geradores relacionados no presente processo administrativo fiscal remetem-se aos anos-calendário de 2005 a 2008. O lançamento se concretizou em 11/02/2011.

O mencionado artigo dispõe que, incorrendo o contribuinte na conduta de não realizar a retenção do imposto ou contribuição, será aplicada a multa **de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº. 9.430/96**.

Quando da edição da redação do art. 9º acima reproduzido dada pela Lei nº. 11.488/2007, essa foi a redação dada ao inciso I do art. 44 da Lei nº. 9.430/96 (**também alterada pela MP nº. 351/2007, posteriormente convertida na lei nº. 11.488/2007**):

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;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

Antes de promovida a referida alteração, esta era a redação do art. 44 da Lei nº. 9.430/96 a que se referia o art. 9º da Lei nº. 9.426/2002 antes da alteração já mencionada:

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.

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas: (Vide Medida Provisória nº 303, de 2006)

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

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

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

Em que pese a menção feita pelo art. 9º da Lei nº. 10.426/2002 ao artigo 44, inciso I, da Lei nº. 9.430/96, tratam-se de multas de natureza absolutamente distintas, sendo totalmente inócua a aplicação deste (art. 44) mediante a conjugação dos dois artigos.

Qual é a multa que trata o inciso I do art. 44 da Lei nº. 9430/96?

Trata-se da multa de 75% (setenta e cinco por cento) nos casos de **lançamento de ofício, sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.**

Importante destacar que a redação do art. 9º da Lei nº. 10.426/2006 acima reproduzida é a verificada após a alteração introduzida pela Lei nº. 11.488/2007. Para que se entenda a alteração realizada, eis a redação original do art. 9º:

Art. 9º Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro 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. (grifamos)

À época desta redação, o artigo 44 da Lei nº. 9.430/96 previa a aplicação das multas de 75% (inciso I) e 150% (inciso II). Contudo, vieram as alterações promovidas pela Lei nº. 11.488/2007, tanto no artigo 9º da Lei nº. 10.426/2002, quanto no artigo 44 da Lei nº. 9.430/96.

E, ora, ao se alterarem ambos os dispositivos legais ao mesmo tempo, com a nova redação do artigo 9º da Lei nº. 10.426/2002 ficou clara a revogação tácita da previsão de aplicação de multa de ofício na modalidade isolada, posto que o mencionado dispositivo fez menção somente ao inciso I do art. 44 da Lei nº. 9.430/96.

Destaca-se que, como visto acima, a alteração promovida pela Lei nº. 11.488/2007 no artigo 44 da Lei nº. 9.430/96 previu, expressamente, a aplicação da multa isolada e no percentual de 50%, em seu inciso II. Porém, o artigo 9º da Lei nº. 9426/2007 não previu a incidência dessa multa (inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430/2007) nos casos de ausência de retenção ou recolhimento.

Assim, somente cabe a aplicação do art. 9º da Lei nº. 9.426/2002 mediante a incidência da multa prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº. 9.430/96, se verificada na situação em concreto a ausência de recolhimento do imposto, na declaração da pessoa jurídica beneficiária dos juros sobre capital próprio, que deixou de ser retido pela recorrente. E, nos termos das informações da própria autoridade fiscal e da nobre relatora, houve o recolhimento via compensação de saldo negativo.

Portanto, se não há imposto a ser exigido, inaplicável é o artigo 9º da Lei nº. 10.426/2002 que prevê a aplicação da multa de 75% do inciso I do art. 44 da Lei nº. 9.430/96, esta última aplicável aos casos em que verificada a ausência de recolhimento do tributo.

As alegações de que o mencionado artigo 9º se tornaria letra morta ou de difícil aplicação, em prejuízo ao Fisco, não devem servir de fundamento para manutenção da autuação, posto que não há previsão legal que assim determine e, nitidamente, tratar-se de afronta ao princípio da legalidade. Se o legislador “pecou” em mal redigir determinado dispositivo, ou mesmo sua “intenção” fosse diferente da disposta no ordenamento, que faça as

alterações devidas via o devido processo legal, não podendo ser admitidas correções legais por meio de lançamentos realizados com base em legislação que não se aplique ao caso concreto.

Utilizo-me, também, do artigo 112 do Código Tributário Nacional, que dispõe acerca da interpretação da lei tributária que comine infrações, nitidamente aplicável ao presente caso ante as disposições legais acima reproduzidas, :

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Portanto, para os fatos geradores ocorridos a partir da vigência da MP nº. 351/2007 (22/01/2007) não há embasamento legal para a aplicação da multa prevista no art. 9º da Lei nº. 9.426/2002, conforme fundamentação acima.

Para os fatos geradores anteriores à edição da MP nº. 351/2007, por se tratar de atos ainda não definitivamente julgados, aplica-se a retroatividade benigna prevista no art. 106 do CTN e, assim, afasta-se o lançamento nos termos do inciso II, *a*, do referido artigo:

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

Assim, nos termos da fundamentação acima, dirijo das razões da nobre relatora para o fim de dar integral provimento ao recurso voluntário e julgar improcedente o lançamento das multas de ofício aplicadas isoladamente com fulcro no art. 9º da Lei nº. 10.426/2002, com redação dada pela Lei nº. 11.488/2007.

Carlos Alexandre Tortato.