



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

Processo n° 17883.000097/2006-69
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.704 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de junho de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente BARRA SUL METAIS LTDA
Recorrida 4ª Turma da DRJ/RJ01

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004

PRELIMINAR. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO NÃO ADMINISTRADO PELA RFB. INADMISSIBILIDADE. CONEXAO. JULGAMENTO SIMULTANEO.

Não merecem ser conhecidas as razões recursais que versem sobre a (im)procedência de compensação de débitos de tributos federais com créditos de tributos não administrados pela Receita Federal do Brasil. Nesse caso, não é possível o julgamento simultâneo da manifestação de inconformidade com a impugnação contra a respectiva multa, nos moldes do que determina o § 3º do art. 18 da Lei nº. 10.833/03.

MULTA ISOLADA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO E DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. OBRIGAÇÕES DA ELETROBRÁS. COMPENSAÇÃO CONSIDERADA NÃO DECLARADA.

Obrigações da Eletrobrás não possuem natureza tributária e não são administradas pela Receita Federal do Brasil. A utilização de crédito dessa natureza na compensação com débitos relativos a tributos ou contribuições federais, até o advento da Lei nº 11.051/2004, era considerada infração punível com multa isolada de 75% ou de 150% sobre o valor dos débitos indevidamente compensados, conforme fosse verificada, ou não, a prática de sonegação, fraude ou conluio. A partir de 30/12/2004, data da publicação da referida Lei nº 11.051, a compensação de crédito que não tenha origem em tributo ou contribuição administrado pela RFB passou a ser punível apenas quando verificada a prática de sonegação, fraude ou conluio, com incidência da multa isolada de 150%. Essa norma, por deixar de definir como infração a compensação quando não verificada a prática de sonegação, fraude ou conluio, e tendo em conta o disposto no art. 106, II, "a", do CTN, retroage para excluir a incidência da multa isolada de 75% aos casos ainda não definitivamente julgados. A compensação de crédito que não tenha origem em tributo ou contribuição administrado pela RFB, ainda quando não

verificada a prática de sonegação, fraude ou conluio, voltou a ser considerada infração punível com multa isolada de 75%, a partir, inclusive, do dia 14/10/2005, por força do art. 117 combinado com o art. art. 132, II, "d", ambos da Lei nº 11.196/2005.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCOMPETÊNCIA DO CARF. SÚMULA 2.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão integrante da estrutura administrativa da União, não é competente para enfrentar argüições acerca de inconstitucionalidade de lei tributária.

COMPETÊNCIA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. OBRIGAÇÕES ELETROBRÁS. SÚMULA 24 DO CARF.

Não compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil promover a restituição de obrigações da Eletrobrás nem sua compensação com débitos tributários.

Recurso voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Carlos Pelá.

Relatório

Em 28/05/2004, a Contribuinte protocolou Pedido de Restituição de valores entregues à Eletrobrás a título de empréstimo compulsório, bem assim como diversas Declarações de Compensação (DCOMP's – fls. 35/40) que utilizam o crédito pleiteado no referido Pedido de Restituição para compensação com os diversos débitos.

Em 20/07/05, nos autos dos processos nº. 10073.001380/2004-31 e 10073.001208/2004-88, foram exarados os despachos decisórios (fls. 10/20 e 21/34), considerando não formulado o pedido de restituição e não declaradas as compensações dos débitos relacionadas nas DCOMP's, uma vez que o crédito pleiteado – empréstimo compulsório à Eletrobrás – não havia sido recolhido através de DARF, tampouco a favor do Tesouro Nacional, mas diretamente à Eletrobrás, juntamente com a conta/recibo de pagamento do consumo de energia elétrica e, portanto, não era crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal. Determinou, ainda, a cobrança dos débitos indicados nas declarações de compensação.

Em 09/08/05, visando o cumprimento das determinações dos despachos em referência, a SAORT determinou a cobrança dos débitos indicados nas DCOMP's, observados os valores confessados em DCTF e eventuais divergências, bem assim como determinou a aplicação da multa do § 4º do art. 18 da Lei nº. 10.833/03, relativamente aos débitos indevidamente compensados (fl. 41).

Em decorrência, em 18/08/2006, foi lavrado o presente auto de infração (fl. 53/57), com ciência em 28/08/2006, para exigência da multa isolada, capitulada no artigo 18 da Lei nº. 10.833/03, § 4º, artigo 25 da Lei nº. 11.051/04 e artigo 30 da IN SRF 460/04, com a redação dada pelo artigo 1º da IN SRF 534/05. O presente auto de infração também deu ensejo à representação fiscal para fins penais, objeto do processo 17883.000098/2006-11.

Em 21/10/2005, a Contribuinte protocolou manifestação de inconformidade nos autos dos processos nº. 10073.001380/2004-31 e 10073.001208/2004-88 (fls. 253/366 e 140/251, respectivamente), que não foram analisadas. Os débitos indevidamente compensados na DCOMP's foram encaminhados para cobrança e inscrição em Dívida Ativa da União (fl. 375,376).

Nos presentes autos, a Contribuinte apresentou impugnação (fls. 63/92), instruída com os documentos de fls. 93/366, aduzindo, em resumo:

(i) a nulidade do auto de infração, em razão do crédito reclamado pelo fisco fazer parte da manifestação de inconformidade dos processos 10073.001380/2004-31 e 10073.001208/2004-88. Caso superada a nulidade do auto de infração, deve ser sobrestada a análise do presente feito até o julgamento final das manifestações de inconformidade apresentadas nos processos 10073.001380/2004-31 e 10073.001208/2004-88, ou, quando menos, apensado este processo aqueles;

(ii) os despachos decisórios também deverão ser anulados ou julgados improcedentes, para homologação expressa das compensações, haja vista que o crédito objeto do Pedido de Restituição, empregado nas declarações de compensação, possui natureza tributária, tratando-se de empréstimo compulsório instituído pela Lei nº. 4156/62 e recepcionado pela Constituição Federal através do art. 32, § 12º do ADCT. Nesse sentido já decidiu o E. STF;

(iii) a multa isolada aplicada é confiscatória;

(iv) não foram obedecidos os artigos 10 do Decreto 70.235/72 e o art. 142 do CTN;

(v) a autoridade fiscal afirmara que apenas os créditos tributários administrados pela SRF, pela SPU e pelo INSS é que poderiam ser compensados com débitos de tributos também administrados por estes órgãos;

(vi) o fisco não poderia ter inscrito em dívida ativa os valores, antes de analisar as manifestações de inconformidade dos processos 10073.001380/2004-31 e 10073.002108/2004-88;

(vii) o fisco deveria ter observado qual a legislação vigente na data em que foram protocolizadas as DCOMP's;

(viii) a multa isolada imposta com base no artigo 18 da Lei nº. 10.833/03 só poderia ter sido aplicada se a Contribuinte não tivesse apresentado manifestação de inconformidade nos processos 10073.001380/2004-31 e 10073.001208/2004-88. Aplicar tal multa de forma qualificada antes do julgamento das manifestações de inconformidade configura abuso de poder e cerceamento do direito de defesa da Contribuinte, equivalendo a condenar a Contribuinte antes do julgamento do mérito daqueles processos.

(ix) o Conselho de Contribuintes tem entendido que a Secretaria da Receita Federal é competente para apreciar pedido de restituição de empréstimo compulsório, instituído pelo Decreto nº. 2288/86, que não foi arrecadado mediante DARF, como é o caso do empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás.

Através do despacho de fl. 62, a Delegacia da Receita Federal em Volta Redonda determinou, em cumprimento ao § 3º do art. 18 da Lei nº. 10.833/03, que fossem tomadas as devidas providências para que esse processo fosse julgado simultaneamente com as manifestações de inconformidade apresentadas nos processos nº. 10073.001380/2004-31 e 10073.001208/2004-88.

No entanto, consignou o despacho às fls. 375/376 que as citadas manifestações de inconformidade foram desconsideradas pelo fato de os pedidos de compensação de referirem a crédito não administrado pela SRF, nos termos do que dispõe o artigo 74 e parágrafos da Lei nº. 9430/96. Assim, considerando que os processo originários do lançamento objeto do presente se encontravam, inclusive, já inscritos em Dívida Ativa (fl. 367 e seguintes), os autos foram encaminhados à DRJ/RJOI para julgamento da impugnação.

Em 21/11/2006, os membros da 4ª Turma da DRJ/RJOI rejeitaram a preliminar de nulidade suscitada pela Contribuinte e, no mérito, deram parcial provimento ao lançamento, para reduzir a multa proporcional de ofício de 150% para 75%, por entenderem que o fisco não logrou demonstrar o dolo e o evidente intuito de fraude, conforme exigia a legislação mais atual sobre a matéria, invocada por ser mais benéfica à Contribuinte, aplicando ao caso o art. 106 do CTN (fls. 377/389).

Inconformada, a Contribuinte apresenta recurso voluntário (fls. 375/471), acompanhado dos documentos de fls. 472/524 e 529/545, repisando os argumentos de sua peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro CARLOS PELÁ, Relator

O recurso atende os pressupostos de admissibilidade. Deve, pois, ser conhecido.

Preliminar

Não merece razão o apelo da Recorrente no sentido de que os estaria eivado de nulidade o lançamento da multa isolada em exame, mesmo que realizado antes de proferida decisão acerca das manifestações de inconformidade apresentadas no bojo do Pedido de Restituição de Declarações de Compensação de que tratam os processos 10073.001380/2004-31 e 10073.001208/2004-88.

Nesse sentido, o § 3º do art. 18 da Lei nº. 10.833/03, prescreve que:

Art. 18.

§ 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.

Da atenta leitura, verifica-se que a norma estabelece que a manifestação de inconformidade apresentada contra a não-homologação da compensação e a impugnação ao lançamento da respectiva multa isolada serão decididas simultaneamente. Ou seja, a norma não só autoriza, como impõe que seja que a autoridade administrativa, quando cabível, lavre auto de infração para a cobrança de multa isolada tão logo seja exarado o despacho decisório que não homologou a compensação, pois só assim será possível que o julgamento de ambas seja simultâneo.

Não é necessário, portanto, aguardar a decisão definitiva sobre a não homologação do pleito de compensação, para que seja realizado o lançamento da multa isolada.

Seria o caso, como demonstrou o dispositivo transcrito, de anexar os processos para julgá-los simultaneamente. Portanto, nesse ponto, merece atenção o pleito da Recorrente no sentido de que o presente processo seja apensado aos processos 10073.001380/2004-31 e 10073.001208/2004-88 ou sobrestado até o seu julgamento.

No entanto, conforme consignou o despacho de fl. 62, a Delegacia da Receita Federal em Volta Redonda determinou, em cumprimento ao § 3º do art. 18 da Lei nº. 10.833/03, que fossem tomadas as devidas providências para que este processo fosse julgado simultaneamente com as manifestações de inconformidade apresentadas nos processos nº. 10073.001380/2004-31 e 10073.001208/2004-88. Contudo, as citadas manifestações de inconformidade não foram conhecidas pelo fato de os pedidos de compensação se referirem a

crédito não administrado pela SRF, nos termos do que dispõe o artigo 74 e parágrafos da Lei nº. 9430/96. Leia-se:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

....

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 2003)

....

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

....

II - em que o crédito: (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

...

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF. (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

...

§ 13. O disposto nos §§ 2º e 5º a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

Assim, considerando que os processo originários do lançamento objeto do presente se encontravam, inclusive, já inscritos em Dívida Ativa (fl. 367 e seguintes), o despacho de fls. 375/376 determinou que os autos fossem encaminhados à DRJ/RJOI para julgamento da impugnação.

Considerando que foi encerrada a discussão na esfera administrativa com relação ao referido pedido de restituição e compensação, não há mais a possibilidade de reunião dos processos para julgamento simultâneo.

Logo, correto o procedimento adotado, devendo ser afastadas as preliminares argüidas e as alegações de nulidade.

Mérito

A validade das declarações de compensação protocoladas pela Recorrente em 2004, pressuposto para a aplicação da multa isolada que ora se discute, não pode ser admitida.

Esta matéria já foi apreciada nos autos dos processos 10073.001380/2004-31 e 10073.001208/2004-88, quando a autoridade administrativa consignou que os créditos pleiteados – empréstimos compulsórios à Eletrobrás – não possuem natureza tributária, não se tratando de tributo ou contribuição administrado pela Receita Federal para que pudessem ser, com estes, compensados.

Além disso, sobre o tema já consignou o E. STJ, que, muito embora a entrega dos recursos pela Recorrente à Eletrobrás configure relação jurídica tributária, mais especificamente, de empréstimo compulsório, a devolução dos recursos, denominados Obrigações da Eletrobrás, configuram relação jurídica de direito administrativo. Vejamos:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA - RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES AO PORTADOR EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - PRESCRIÇÃO - APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL DO DECRETO 20.910/32 DEPOIS DE TRANSCORRIDO O PRAZO PREVISTO PARA O RESGATE - MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. A Primeira Seção, ao analisar o empréstimo compulsório sobre energia elétrica instituído pela Lei n. 4.156/62, com alterações do Decreto-Lei n. 644/69, firmou o entendimento de que "as OBRIGAÇÕES AO PORTADOR emitidas pela ELETROBRÁS em razão do empréstimo compulsório instituído pela Lei 4.156/62 não se confundem com as DEBÊNTURES e, portanto, não se aplica a regra do art. 442 do CCom, segundo o qual prescrevem em 20 anos as ações fundadas em obrigações comerciais contraídas por escritura pública ou particular. Não se trata de obrigação de natureza comercial, mas de relação de direito administrativo estabelecida entre a ELETROBRÁS (delegada da União) e o titular do crédito, aplicando-se, em tese, a regra do Decreto 20.910/32". Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1149542 / PR, 2ª Turma, j. em 11/05/2010)

No que toca à alegada competência da Receita Federal do Brasil para restituir as Obrigações da Eletrobrás, ou para compensá-las com tributos e contribuições federais, este Conselho já firmou entendimento majoritário e pacífico, representado pelo enunciado da Súmula CARF nº. 24:

Não compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil promover a restituição de obrigações da Eletrobrás nem sua compensação com débitos tributários.

Por tudo isso, consideradas não declaradas as compensações que utilizavam o suposto crédito oriundo das Obrigações da Eletrobrás, mostra-se correto o lançamento da multa isolada.

Adiante, a Recorrente aduz que a multa isolada aplicada viola os princípios da capacidade contributiva e do não confisco. Entretanto, este órgão não é competente para se manifestar sobre o tema, conforme enunciado da Súmula CARF nº. 2:

Súmula CARF Nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária.

Avançando, considerando a lavratura do presente auto de infração em 18/08/2006 (fl. 53/57), com ciência em 28/08/2006, temos a seguinte redação para o dispositivo legal que determina a aplicação de multa isolada:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

...

§ 4º Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado, 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, aplicando-se os percentuais previstos: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - no inciso II do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos 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. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 5º Aplica-se o disposto no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, às hipóteses previstas no § 4º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Verifica-se que, por ocasião da lavratura do presente auto de infração, já vigiam as alterações introduzidas pelo artigo 25 da Lei nº. 11.051/04 e pelo artigo 117 da Lei nº. 11.96/05.

A decisão recorrida esclarece que o agente fiscal autuante aplicou a legislação vigente à época do protocolo da declaração de compensação (28/05/2004), redação anterior às alterações da Lei nº. 11.051, de 29/12/2004. Segundo ele, na época, existia entendimento expresso na IN SRF nº. 226/2002 e no ADI SRF nº. 17/2002, que estabelecia como fraudulenta a compensação indevida com crédito de natureza não tributária. Vale à pena transcrever as citadas normas:

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.

....
§ 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.

IN SRF 226/2002

Art. 1º Será liminarmente indeferido:

I - o pedido de restituição ou ressarcimento cujo direito creditório alegado tenha por base o "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969;

II - o pedido ou a declaração de compensação cujo direito creditório alegado tenha por base:

a) o "crédito-prêmio", referido no inciso I;

b) título público;

c) crédito de terceiros, cujo pedido ou declaração tenha sido protocolizado a partir de 10 de abril de 2000.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, deverá ser observado o disposto no ADI SRF nº 17, de 3 de outubro de 2002 .

ADI SRF 17/2002

Artigo único. Os lançamentos de ofício relativos a pedidos ou declarações de compensação indevidos sujeitar-se-ão à multa de que trata o inciso II do art. 44 da Lei n º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, por caracterizarem evidente intuito de fraude, nas hipóteses em que o crédito oferecido à compensação seja:

I – de natureza não-tributária;

II – inexistente de fato;

III – não passível de compensação por expressa disposição de lei;

IV – baseado em documentação falsa.

Parágrafo único. O disposto nos incisos I a III deste artigo não se aplica às hipóteses em que o pedido ou a declaração tenha sido apresentado com base em decisão judicial.

Conforme destacou a decisão recorrida,

No que se refere à exigência de multa isolada, até a edição da Lei n.º 11.051, de 2004, vigia a redação original do "caput" e do parágrafo 2º do artigo 18 da Lei n.º 10.833, de 2003, que previam a imposição da multa isolada nos casos de compensação indevida; e da mesma forma, existia o entendimento expresso na IN/SRF n.º 226/2002 e no Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 17, de 2002, que estabelecia como fraudulenta a compensação indevida. Assim estavam expressas tais disposições legais:

LEI 10.833, DE 2003 (redação original)

Art. 18. O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória n- 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 n- 4.502, de 30 de novembro de

1964.

(...)

§ 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 n- 9.430, de 1996, conforme o caso.

IN/SRF n.º 226/2002

Art. 1º. Será liminarmente indeferido:

I - o pedido de restituição ou ressarcimento cujo direito creditório alegado tenha por base o "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-lei n.º 491, de 5 de março de 1969;

II - o pedido ou a declaração de compensação cujo direito creditório alegado tenha por base:

a) o "crédito-prêmio", referido no inciso I;

b) título público;

c) crédito de terceiros, cujo pedido ou declaração tenha sido protocolizado a partir de 10 de abril de 2000.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, deverá ser observado o disposto no ADISRF n.º 17, de 3 de outubro de 2002.

ADI SRF n.º 17/2002

Artigo único. Os lançamentos de ofício relativos a pedidos ou declarações de compensação indevidos sujeitar-se-ão à multa de que trata o inciso II do art

44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, por caracterizarem evidente intuito de fraude, nas hipóteses em que o crédito oferecido à compensação seja:

I - de natureza não-tributária; (grifos da Relatora)

II - inexistente de fato;

III - não passível de compensação por expressa disposição de lei;

IV - baseado em documentação falsa.

Parágrafo único. O disposto nos incisos I a III deste artigo não se aplica às hipóteses em que o pedido ou a declaração tenha sido apresentado com base em decisão judicial.

Como se vê, à época da vigência desses atos, conquanto a previsão legal, à luz do "caput" do art. 18 c/c o § 2º, da Lei nº 10.833, de 2003, era de aplicação da multa prevista ou no inciso I ou no II (respectivamente, multa normal de 75% ou qualificada de 150%, no caso de fraude), o ADI nº 17, de 2002, estabeleceu uma presunção de fraude, quando a compensação fosse negada, nas hipóteses de crédito de natureza não-tributária, inexistente de fato, não passível de compensação por lei ou baseado em documentação falsa.

No caso vertente, o crédito utilizado pelo interessado na pretendida compensação é oriundo de obrigações ao portador, título este emitido pelas Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS sob o número 064971, série A.

Portanto, trata-se de crédito de natureza não-tributária, que é de terceiros, não havendo decisão judicial transitada em julgado a ser cumprida pela Secretaria da Receita Federal - SRF.

É, notoriamente, o caso da presunção de fraude, conforme estabeleceu o referido ADI nº 17, de 2002, haja vista a origem não-tributária do crédito e que a Lei Complementar nº 104, de 2001, acrescentando o art. 170-A, no CTN, vedou expressamente a compensação de débitos por créditos objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva ação judicial.

Então, uma vez negada a compensação pelos referidos motivos, alternativa não restou ao Fisco senão a de lançar a multa isolada, de forma qualificada, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), conforme indicado no demonstrativo do cálculo da multa isolada por compensação indevida, de fls. 19.

Posteriormente, a Lei nº 11.051, de 2004, reafirmou, por seu artigo 25, a presunção de fraude acima referenciada, ao alterar as redações do caput e parágrafos 2º e 4º, do artigo 18 da Lei n.º 10.833/2003, que assim restaram redigidos:

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. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)."

Assim, com a Lei n.º 11.051, de 2004, a interpretação dada pelo ADI SRF n.º 17, de 2002, tornou-se corroborada por um ato legal.

Todavia, aconteceram mais alterações. Nesse sentido, a Secretaria da Receita

Federal fez editar a Instrução Normativa SRF n.º 534, de 05 de abril de 2005, que, ao alterar a redação do artigo 31 da Instrução Normativa SRF n.º 460, de 2004, trouxe importante mudança na posição da Administração Tributária acerca da aplicação da multa de ofício isolada. Por esta alteração, foi criado o parágrafo 5º no artigo 31 da IN n.º 460, de 2004, que assim dispõe:

Art. 31. [...]

§ 5º Nas hipóteses do inciso II do § 1º, será aplicada multa isolada nos percentuais previstos nos incisos I ou II do caput ou no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. [as hipóteses previstas no inciso I do § 1º são, justamente, os casos de compensação indevida, ou compensação não-declarada como passou a ser chamada, como tais a compensação efetuada: (a) com créditos de terceiros; (b) com o "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei no 491, de 5 de março de 1969; (c) com créditos ligados a título público; (d) com créditos decorrentes de decisão judicial não transitada em julgado; e (e) com créditos que não se refiram a tributos e contribuições administrados pela SRF]" (Grifou-se)

Como se vê, o transcrito ato normativo expurgou a presunção de fraude que existia no ADI SRF nº 17, de 2002, muito embora tal presunção remanescesse na redação dos §§ 2º e 4º, do art. 18, da Lei nº 10.833, de 2003 (com redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004). Contudo, tendo em vista, conforme reza o art. 7º, da Portaria MF nº 258, de 2001, a vinculação dos julgadores administrativos aos entendimentos expressos em atos normativos tributários, não se pode desprezar o conteúdo da IN/SRF nº 534, de 2005, que afasta a presunção de fraude.

51. Por sua vez, encerrando essa discussão, a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005 (oriunda da conversão em lei da MP nº 255, de 1º de julho de 2005), mais uma vez alterou a redação do art. 18, da Lei nº 10.833, de 2004, nos seguintes termos:

•LEI Nº 11.196, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2005.

Art. 117. O art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

(...)

§ 4º. Será também exigida multa isolada sobre o valor total do débito indevidamente compensado, 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, aplicando-se os percentuais previstos:

I- no inciso I do caput do art 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

II - no inciso II do caput do art 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 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.

§ 5º. Aplica-se o disposto no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, às hipóteses previstas no § 4º deste artigo." (Grifou-se)

Note-se que as hipóteses previstas no inciso II, do § 1º, do art. 31, da IN/SRF nº 460/2004, e no inciso II, do § 12, do art. 74, da Lei nº 9.430, de 1996, acima mencionadas são, justamente, os casos de compensação indevida, ou compensação não-declarada como passou a ser chamada, como tais a compensação efetuada: (a) com créditos de terceiros; (b) com o "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei no 491, de 5 de março de 1969; (c) com créditos ligados a título público; (d) com créditos decorrentes de decisão judicial não transitada em julgado; e (e) com créditos que não se refiram a tributos e contribuições administrados pela SRF.

Diante disso, fica evidente que a presunção de fraude não mais existe. Logo, o Fisco para aplicar a multa de ofício qualificada de 150% precisa demonstrar que o contribuinte, ao realizar a compensação indevida, ainda que nas hipóteses previstas no inciso II do § 12º do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, agiu de modo intencional e fraudulento, o que não aconteceu no caso concreto, pois a Fiscalização adotou a presunção legal de fraude, segundo as orientações do ADI SRF nº 17, de 2002.

Assim, no julgamento dessa lide, em vista do que prescreve a Lei nº 11.196, de

2005, bem como a IN/SRF nº 534, de 2005, o percentual da multa de ofício aplicado em 150% deve ser reduzido para 75%, indicado no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996. O que se faz em obediência ao princípio da retroatividade benigna, previsto na alínea "c" do inciso II do artigo 106 do CTN, "in verbis":

"Art. 106. A lei aplicase 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 de sua prática. " (Grifou-se)

Portanto, o lançamento deve sofrer esta alteração, tendo em vista que a legislação tributária de regência da matéria impõe a multa isolada, a qual terá o percentual normal, já que nos autos não se justificou nem se comprovou o intuito de fraude do Contribuinte.

Nestas condições, em face do princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106 do CTN, é cabível a penalidade no percentual de 75 %, indicado no inciso I do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, remanescendo um crédito tributário correspondente à multa isolada no montante de R\$ 475.725,12, conforme abaixo se demonstra.

Não tenho reparos a fazer nos fundamentos da decisão recorrida, que analisou com pertinência as normas aplicáveis ao presente caso.

Posto isso, encaminho meu voto no sentido negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá