



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº 11080.009040/2002-61
Recurso nº 159.580 Voluntário
Matéria IRF
Acórdão nº 104-23.402
Sessão de 07 de agosto de 2008
Recorrente EVELYN - INCORPORADORA E CONSTRUTORA DE IMÓVEIS LTDA
Recorrida 1ª. TURMA/DRJ-SANTA MARIA/RS

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

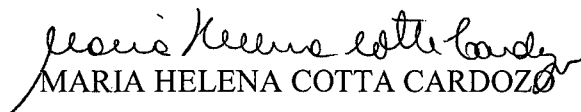
Ano-calendário: 1997

VALOR INFORMADO EM DCTF - NÃO RECOLHIDO - IMPOSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO - Incabível o lançamento para exigência de valor declarado em DCTF e não recolhido. O imposto e/ou saldo a pagar, apurado em DCTF, deve ser encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição na Dívida Ativa da União.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por EVELYN - INCORPORADORA E CONSTRUTORA DE IMÓVEIS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, DAR provimento ao recurso para considerar inadequada a exigência por meio de Auto de Infração, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Heloisa Guarita Souza, Pedro Anan Júnior, Marcelo Magalhães Peixoto (Suplente convocado) e Gustavo Lian Haddad, que admitiam a lavratura de Auto de Infração. Os Conselheiros Heloisa Guarita Souza e Gustavo Lian Haddad farão declaração de voto.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO


Presidente




ANTONIO LOPO MARTINEZ

Relator

FORMALIZADO EM: 20 OUT 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nelson Mallmann e Pedro Paulo Pereira Barbosa. Ausente justificadamente a Conselheira Rayana Alves de Oliveira França. 



Relatório

Em desfavor da contribuinte, EVELYN - INCORPORADORA E CONSTRUTORA DE IMÓVEIS LTDA, foi lavrado o auto de infração decorrente de irregularidades verificadas na Declaração de Contribuições e Tributos Federais - DCTF, no 3º e 4º trimestre de 1997, exigindo-se recolhimento de imposto, no valor de R\$ 17.923,58, acrescidos da multa de ofício e dos juros de mora.

De acordo com a descrição dos fatos (fls. 16), ocorreu a falta de recolhimento ou pagamento do principal, conforme demonstrativos de fls. 17-19 - períodos de apuração 05-09/1997 a 05-12/1997. O enquadramento legal está citado às fls. 16 e 19.

Cientificada e não concordando com a exigência, a autuada apresentou, tempestivamente (fls. 49), a impugnação de fls. 01-13 e documentos de fls. 23-47, alegando, em síntese, o seguinte:

- A aplicação da taxa SELIC como juros de mora é inconstitucional e ilegal.

- As normas criadoras da referida taxa de juros - Lei nº 8.177, de 1991; Circular BACEN nº 466, de 1979, posteriormente revogada pelas Circulares nºs 1.594, de 1990, 2.311, de 1993 e 2.671 de 1996 - foram claras no sentido de conferirem às mesmas a natureza remuneratória e, assim, caracterizando-as como autênticos meios de remuneração do capital.

- O fisco não pode reclamar o pagamento de juros de mora sobre tributos vencidos, calculados por taxas de juros de natureza remuneratória, sob pena de ofensa ao conceito jurídico e econômico de juros moratórios e de ferir os mandamentos contidos no § 1º do art. 161 do CTN e no § 3º do art. 192 da Constituição Federal.

- Os juros de mora, no âmbito do Direito Tributário, são devidos quando do retardamento de uma obrigação tributária e agem como complemento indenizatório da obrigação principal, destinando-se a apenar a mora.

- O cálculo da taxa de juros SELIC é um meio de remuneração e não de indenização. Resta cabível a taxa de juros de 1 % ao mês no cálculo dos débitos tributários, de acordo com o CTN.

- Não há que se falar em cobrança de multa no presente caso, posto que se cuida de crédito tributário baseado nas DCTFs apresentadas pela empresa, gerando, pois, efeitos de denúncia espontânea, nos termos do art. 138 do CTN. Está transcrita ementa de acórdão do STJ sobre a matéria em discussão.

- Acrescenta, a título de argumentação, que a multa excede o limite legal, representando confisco, o que é vedado pelo art. 150, IV, da Constituição Federal.

- A alíquota de 75% do valor dos tributos é abusiva e inconstitucional.

Em 14 de agosto de 2006, os membros da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Santa Maria/RS proferiram Acórdão que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares, e considerou procedente o lançamento.

Cientificada em 09/03/2007, a contribuinte, se mostrando irressignada, apresentou, em 26/09/2006, o Recurso Voluntário, de fls. 1432/1472, reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicitadas anteriormente que podem ser sintetizadas da seguinte forma:

- Da nulidade do auto de infração, por ter sido lavrado sem qualquer cuidado e diligência;

- Da natureza confiscatória da multa aplicada;

- Da inaplicabilidade da taxa de juros selic.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele conheço.

Em que pese a argumentação da contribuinte no tocante a nulidade do procedimento, multa confiscatória e inaplicabilidade da taxa selic, o lançamento deve ser cancelado, pois os valores informados em DCTF e não pagos, devem ser encaminhados à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição na Dívida Ativa da União, eis que exigíveis de imediato ante a declaração de dívida.

É o que se depreende do art. 18 da Lei nº.10.833, de 19/12/2003, que trouxe profundas mudanças ao artigo 90 da Medida Provisória nº.2.158-35:

Medida Provisória 2.158-35

“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.”

Lei nº.10.833/2003

“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).”

Logo, só é cabível o lançamento de ofício nos casos de dolo, fraude ou simulação e, ainda assim, deveria ser lançada apenas a multa, isoladamente. No presente caso, a acusação é somente de falta de pagamento.

Não sendo cabível o lançamento (eis que a dívida está declarada) também não são exigíveis, em sede administrativa, a multa e os juros, já que estes poderão ser cobrados diretamente em dívida ativa.

Outrossim, cumpre lembrar que caso tenha havido informação indevida na DCTF, cabe ao contribuinte procurar a Unidade da Secretaria da Receita Federal para proceder a competente retificação, se for o caso.

Nestes termos, posiciono-me no sentido de CONHECER do recurso e, DAR provimento ao recurso para considerar inadequada a exigência por meio de Auto de Infração.

É o meu voto.

Sala das Sessões - DF, em 07 de agosto de 2008


ANTONIO LOPO MARTINEZ

Declaração de Voto

Conselheira HELOÍSA GUARITA SOUZA

Com todo o respeito à posição do nobre Relator e à conclusão tomada por maioria de votos desta Colenda Câmara, divirjo do entendimento que prevaleceu. E, para que o contribuinte melhor possa compreender meu ponto de vista sobre a matéria, decidi fazer esta declaração de voto.

Com efeito.

Como visto pelo relatório supra, a autuação é decorrente de procedimento de auditoria interna nas DCTFs do ano-calendário de 1997. A autuação se deu no final de 2001.

Há uma discussão nessa Colenda Câmara quanto à validade de tal lançamento, em razão da superveniência do artigo 18, da Lei nº 10.833/2003, que limitou as hipóteses de lançamento de ofício de débitos declarados pelo contribuinte, a que se referia o artigo 90, da Medida Provisória nº 2.158-35, à multa isolada, em razão da não-homologação de compensação declarada pelo sujeito passivo. Entende a corrente majoritária que essa legislação superveniente aplica-se aos lançamentos passados, relativamente aos processos em curso, por se tratar de norma de caráter procedimental que teria, assim, efeito retroativo, devendo esses autos de infração serem cancelados com o encaminhamento dos débitos para inscrição em dívida ativa, momento no qual, então, o contribuinte se defenderá. Dessa forma, não se examina o mérito do lançamento, muito menos as provas apresentadas pelo contribuinte, considerando-se não se tratar de questão afeta ao procedimento administrativo. Esse, contudo, com todo respeito aos que têm posição diferente, não é o meu entendimento.

Tenho para mim que **o novo disciplinamento do artigo 18, da Lei nº 10.833, de 29.12.2003, fruto da conversão da Medida Provisória nº 135, de 30 de outubro de 2003, NÃO se aplica aos autos de infração já formalizados e que são objeto de processo administrativo em curso.**

No caso concreto, o auto de infração foi lavrado em 16 de junho de 2.003, em plena vigência do artigo 90, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001:

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



Não se nega que a DCTF é uma confissão feita pelo próprio contribuinte, que dispensa, como regra geral, um novo lançamento, a teor do artigo 5º, § 1º, do Decreto-Lei nº 2.124, de 13.06.1984:

“Art. 5º. O Ministro da Fazenda poderá eliminar ou instituir obrigações acessórias relativas a tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal.

§ 1º - O documento que formalizar o cumprimento de obrigação acessória, comunicando a existência de crédito tributário, constituirá confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito.

...”

É fato inegável, porém, que o auto de infração em questão foi lavrado em decorrência de comando legal expresso veiculado pelo artigo 90, da MP 2158-35, retro-transcrito, que expressamente exigia o lançamento de ofício nas hipóteses relativas à falta ou não comprovação do pagamento do tributo declarado. Vale, aqui, lembrar do princípio jurídico de que *“TEMPUS REGIT ACTUM”*, ou seja, o ato jurídico é regido pela lei vigente à época da sua constituição.

Nesse sentido, veja-se a interpretação do **Superior Tribunal de Justiça** à questão da aplicação do direito intertemporal:

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA. SENTENÇA DESFAVORÁVEL À FAZENDA PÚBLICA - PUBLICAÇÃO ANTERIOR À LEI 10.352/2001 - REMESSA NECESSÁRIA - CABIMENTO.

1. Tratando-se de sentença proferida anteriormente à reforma promovida pela Lei 10.352/2001, o cabimento da remessa oficial não se submete ao valor de alçada de 60 (sessenta salários mínimos).

2. O princípio tempus regit actum, adotado no nosso ordenamento processual, implica respeito aos atos praticados na vigência da lei revogada, bem como aos desdobramentos imediatos desses atos, não sendo possível a retroação da lei nova. Assim, a lei em vigor no momento da sentença regula os recursos cabíveis contra ela, bem como a sua sujeição ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

3. Precedentes da Corte: Resp. 576.698/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01/07/2004; REsp 605.296/SP, Quinta Turma Turma., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 05/04/2004; REsp 521.714/AL, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 22/03/2004; REsp 642838/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 08/11/2004)

4. Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos à instância de origem, para a apreciação da remessa ex officio.” (Resp 729.514/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 20/06/05 – grifou-se)

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. SENTENÇA DESFAVORÁVEL À FAZENDA PÚBLICA, PROFERIDA ANTES DA LEI 10.352/2001. REMESSA NECESSÁRIA. CABIMENTO.

1. *Tratando-se de sentença proferida anteriormente à reforma engendrada pela Lei 10.352/2001, época em que não havia limitação ao cabimento da remessa oficial, restava imperiosa a incidência do duplo grau de jurisdição obrigatório.*

2. *A adoção do princípio tempus regit actum pelo art. 1.211 do CPC, impõe o respeito aos atos praticados sob o pálio da lei revogada, bem como aos efeitos desses atos, impossibilitando a retroação da lei nova. Sob esse enfoque, a lei em vigor à data da sentença regula os recursos cabíveis contra o ato decisório e, a fortiori, a sua submissão ao duplo grau obrigatório de jurisdição.*

3. *Precedentes da Corte: REsp 576.698/RS, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01/07/2004; REsp 605.296/SP, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 05/04/2004; REsp 521.714/AL, 1ª T., desta relatoria, DJ 22/03/2004.*

4. *Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos à instância de origem, para a apreciação da remessa ex officio." (Resp 605.552/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 13/12/2004 – grifou-se)*

Sobre a mesma questão, a processualista **Teresa Arruda Alvim Wambier** apresenta as seguintes considerações ("Os Agravos no CPC Brasileiro", RT, 3ª ed., pp. 485/492), as quais devem ser bem sopesadas no estudo do tema:

"A incidência imediata das normas processuais, regra de que fala a doutrina e que consta do art. 1.211 do CPC, quer dizer, sem dúvida, que, havendo alteração de regra de natureza processual, a nova regra atinge os processos em curso.

A regra, porém, é equívoca, podendo ter vários significados. Sabe-se que as normas processuais têm incidência imediata. É necessário que se fixe o que se deve entender por aplicação imediata para que não se dê a essa expressão sentido que acabe resultando em verdadeira aplicação retroativa.

Importantíssimo observar-se o seguinte: à expressão "aplicação imediata" podem, de fato, ser atribuídos muitos sentidos.

Portanto, afirmar-se, laconicamente, que a incidência da norma processual nova se dá imediatamente, aplicando-se aos feitos pendentes, é o mesmo que nada. Este é o único ponto em que todos estão de acordo: a lei processual, alterando, incide nos feitos pendentes.

Cumpré, então, interpretá-la de modo harmônico com o sistema jurídico, à luz da inspiração do sistema político em que vivemos.

*Neste contexto, acreditamos que não se deve dar à expressão "incidência imediata" um tal alcance, de molde a que se trate de verdadeira aplicação retroativa da lei, fenômeno incompatível com os valores **SEGURANÇA** e **PREVISIBILIDADE**, que se querem ver preservados num Estado de Direito. Daí a nossa receptividade à noção*

de “**direito adquirido processual**” tão utilizada por Galeno Lacerda em seu primoroso trabalho sobre direito intertemporal.

Atentar-se aos princípios que inspiram a lei e ao sistema político em que vivemos é o único modo de o jurista não se tornar verdadeiro prisioneiro de jogos de palavras, em que vence o participante mais hábil.

...
*Transpondo este raciocínio para o plano do processo e especificamente dos recursos, pode-se dizer que **quem interpôs certo recurso sob determinado procedimento tem a legítima expectativa de vê-lo julgado naquele regime**. Até porque o fato de se ter alterado o regime do recurso pode, por exemplo, fazer desaparecer o interesse de agir para tê-lo interposto.*

*Clássica a lição de Galeno Lacerda, no sentido de que **lei processual nova não atinge situações já constituídas ou extintas sob a autoridade da lei antiga**. Portanto, não se aplica a lei nova aos recursos já interpostos, que devem seguir, até o seu julgamento, no sistema da lei vigente ao tempo de sua interposição. Galeno Lacerda invoca, em seu primoroso trabalho, a noção de direito adquirido que, embora, a nosso ver, não se aplique integralmente às situações processuais, decorre de princípio constitucional que, indubitavelmente, refere-se a todo o direito, cujo respeito tem em vista gerar segurança, previsibilidade e paz social.*

...
Galeno Lacerda diz expressamente que “os recursos interpostos pela lei antiga e ainda não julgados, deverão sê-lo, consoante as regras desta, embora abolidas ou modificadas”, pela nova lei.” (grifou-se)

Logo, adotando-se tais conclusões para o procedimento administrativo-fiscal, temos, como paralelo, que a lei procedimental nova - no caso o artigo 18, da Lei nº 10.833, de 29.12.2003 - não pode atingir situações já constituídas sob a égide da lei anterior - no caso, o artigo 90, da Medida Provisória nº 2158-35. E, mais, o contribuinte que teve um auto de infração contra si lavrado, oportunizando-se-lhe o direito do contraditório, e da ampla defesa, segundo as regras do contencioso administrativo, não pode, de uma hora para outra, no meio do caminho, ter frustrada essa sua expectativa, de solução da lide administrativamente. Data vênua dos que entendem de forma diferente, cancelar o auto de infração, pela aplicação da nável legislação, determinando-se o encaminhamento do débito para dívida ativa, é uma violenta restrição e violação ao amplo direito de defesa do contribuinte, que, muitas vezes, trouxe aos autos todas as provas concretas e necessárias à desconstituição daquele lançamento de ofício e um desprestígio ao procedimento administrativo-fiscal.

A mesma é a conclusão da própria hoje Secretaria da Receita Federal do Brasil. ao examinar especificamente a necessidade ou não de lançamento nos casos de declaração de compensação. Entendo que esse pronunciamento oficial em tudo se aplica aos débitos lançados em DCTF, já que, tanto a DCOMP, quanto a DCTF, têm a mesma natureza, qual seja, a de se constituírem em confissões de dívida do contribuinte e, originalmente, ambas as hipóteses estavam tratadas no artigo 90, da MP. 2158-35, já transcrito, que depois sofreu a limitação

imposto pelo artigo 18, da MP 135, de 30.10.2003, transformada na Lei nº 10.833, de 29.12.2003. Trata-se da **Solução de Consulta Interna, da Coordenação Geral de Tributação, nº 3, de 08.01.2004**, cujos principais excertos que interessam ao caso concreto são os seguintes:

"11: Quanto ao art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, assim dispõe referido dispositivo:

'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 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.

...

12. A legislação tributária a que se refere o art. 18 evoluiu da forma a seguir.

13. O art. 5º, § 1º do Decreto-lei nº 2.124, de 13 de junho de 1984, estabeleceu que o documento que formalizasse o cumprimento de obrigação acessória, comunicando a existência de crédito tributário (declaração de débitos), constituir-se-ia confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente à exigência do crédito tributário.

14. Referido crédito tributário, evidentemente, somente seria exigido caso não tivesse sido extinto nem estivesse com sua exigibilidade suspensa, circunstância essa por vezes apurada pela autoridade fazendária somente após revisão do documento encaminhado pelo sujeito passivo à Secretaria da Receita Federal (SRF).

15. É com espeque no aludido dispositivo legal que a SRF poderia cobrar o débito confessado, inclusive encaminhá-lo à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, sem a necessidade de lançamento de ofício do crédito tributário.

16. Contudo, o art. 90 da Medida Provisória (MP) nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, determinou que a SRF promovesse o lançamento de ofício de todas 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 pelo órgão.

17. Assim, não obstante o débito informado em documento encaminhado pelo sujeito passivo à SRF já estivesse por ele confessado - o art. 90 da MP nº 2.158-35, de 2001, não revogou o art. 5º do Decreto-lei nº 2.124, de 1984 -, fazia-se necessário, para dar cumprimento ao disposto no art. 90 da MP nº 2.158-35, de 2001, o lançamento de ofício do crédito tributário confessado pelo sujeito passivo em sua declaração encaminhada à SRF.



18. *Esclareça-se que o fato de um débito ter sido confessado não significa dizer que o mesmo não possa ser lançado de ofício; contudo, havendo referido lançamento, inclusive com a exigência da multa de lançamento de ofício, ficava sempre assegurado o direito de o sujeito passivo discuti-lo nas instâncias julgadoras administrativas previstas no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.*

19. *Tal sistemática perdurou até a edição da MP nº 135, de 30 de outubro de 2003, cujo art.18 derogou o art. 90 da MP nº 2-158-35, de 2001, estabelecendo que o lançamento de ofício de que trata esse artigo, 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.*

20. *Assim, com a edição da MP nº 135, de 2003, restabeleceu-se a sistemática de exigência dos débitos confessados exclusivamente com fundamento no documento que formaliza o cumprimento de obrigação acessória, comunicando a existência de crédito tributário (DCTF, DIRPF, etc.), sistemática essa que vinha sendo adotada, com espeque no art. 5º do Decreto-lei nº 2.124, de 1984, até a edição da MP nº 2.158-35, de 2001.*

21. *Muito embora a MP nº 135, de 2003, dispense referido lançamento inclusive em relação aos documentos apresentados nesse período, os lançamentos que foram efetuados, assim como eventuais impugnações ou recursos tempestivos apresentados pelo sujeito passivo no curso do processo administrativo fiscal, constituem-se atos perfeitos segundo a norma vigente à data em que foram, elaborados, motivo pelo qual devem ser apreciados pelas instâncias julgadoras administrativas previstas para o processo administrativo fiscal.*

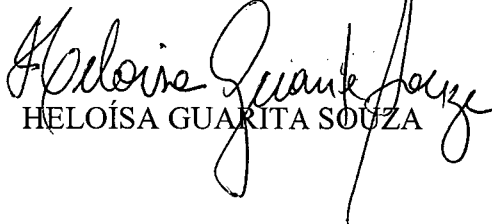
22. *Nesse julgamento, em face do princípio da retroatividade benigna, consagrado no art. 106, inciso II, alínea "c" da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, é cabível a exoneração da multa de lançamento de ofício sempre que não tenha sido verificada nenhuma das hipóteses previstas no art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, ou seja, que as diferenças apuradas tenham decorrido de compensação indevida em virtude 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 tenha ficado caracterizada a prática de sonegação, fraude ou conluio." (grifou-se)*

Dessa forma, então, vencido esse aspecto preliminar, essa Conselheira entraria no mérito da autuação, examinando todos os elementos de prova apresentados pelo contribuinte, e, sendo o caso, cancelando ou mantendo a autuação, mas pelos seus elementos de mérito, repita-se.

Contudo, como esse posicionamento é vencido, ficando-se na questão preliminar do não cabimento do lançamento em si, deixo de entrar no mérito da autuação.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 07 de agosto de 2008.


HELOÍSA GUARITA SOUZA

Declaração de Voto

Conselheiro GUSTAVO LIAN HADDAD

Verifico que a exigência nos presentes autos se refere a imposto declarado pela recorrente e informado em sua DCTF, cujo pagamento não foi identificado pela Receita Federal.

Nesse sentido, tem prevalecido, nesta C. Quarta Câmara, o entendimento de que é incabível o lançamento de ofício para exigência de tributo declarado em DCTF, constituído na vigência do art. 90 da Medida Provisória nº. 2.158-35, de 2001, por tal dispositivo ter perdido eficácia a partir da edição do art. 18 da Lei nº. 10.833, de 2003, que deve ser aplicado retroativamente.

Assim, estaria o débito declarado em DCTF já devidamente lançado, devendo ser encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança executiva, sendo desnecessária a lavratura de auto de infração.

Não compartilho desse entendimento e tenho para mim que ele aplica indevidamente a regra da retroatividade benigna, prevista no art. 106 do CTN para a hipótese de aplicação de penalidade, a questão relativa a procedimento fiscal, cuja norma de regência é sempre a do momento da prática do ato administrativo, salvo norma posterior expressamente retroativa.

O art. 90 da MP nº. 2.158-35, vigente a partir de 28 de agosto de 2001 e base legal da autuação, era bastante explícito:

“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.”

O argumento da tese vencedora na presente Câmara é o de que tal disposição perdeu eficácia com a edição do art. 18 da MP nº. 135, publicada em 31 de outubro de 2003 (posteriormente convertido no art. 18 da Lei nº. 10.833, de 2003). Referido dispositivo assim estabeleceu:

“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.”

De fato, é patente que a partir da entrada em vigor do dispositivo não mais se tornou necessário procedimento de ofício para constituição de crédito tributário declarado em DCTF mas não pago, salvo nas hipóteses nele previstas. Não obstante, entender que o dispositivo tornou nulos os atos praticados na vigência do art. 90 da MP nº. 2.158-35 é dar a ele extensão demasiada, incompatível com os cânones de interpretação.

Reporto-me à explicação constante do voto proferido pelo I. Conselheiro José Antônio Francisco, da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, formalizado no Acórdão 201-77.839:

“Em outubro de 2003, com a publicação da MP nº 135 (convertida na Lei nº. 10.833, de 2003), o lançamento anteriormente previsto no art. 90 da MP nº 2.158-35, de 2001, passou a ser cabível somente nas hipóteses de compensação indevida, em que houvesse dolo, fraude ou conluio, relativamente à multa de ofício qualificada, não havendo lançamento em relação aos débitos declarados em DCTF.

(...)

A primeira consequência das referidas alterações implicaram a restrição da aplicação da multa de ofício, no caso de débitos declarados em DCTF, nos termos do art. 106, II, “a”, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966), uma vez que a vinculação do débito em DCTF somente representa infração, segundo a nova legislação, nos casos em que tenha havido dolo.

A conclusão mencionada foi objeto da Solução de Consulta Interna nº 3, de 8 de janeiro de 2004, emitida pela Coordenação do Sistema de Tributação, que também concluiu que os lançamentos, nas hipóteses da antiga redação do art. 90 da MP nº 2.158-35, de 2001, e os recursos apresentados, entre a publicação daquela MP e a da MP nº 135, de 2003, seriam atos perfeitos, cabendo, portanto, a apreciação do recurso.

Ademais, ainda, concluiu que “no julgamento dos processos pendentes, cujo crédito tributário tenha sido constituído com base no art. 90 da MP nº 2.158-35, as multas de ofício exigidas juntamente com as diferenças lançadas devem ser exoneradas pela aplicação retroativa do ‘caput’ do art. 18 da Lei nº 10.833, de 2003, desde que essas penalidades não tenham sido fundamentadas nas hipóteses versadas no ‘caput’ desse artigo

A aplicação de tais conclusões não se restringe aos casos de apresentação de pedido de compensação válido formalmente, como se poderia supor, uma vez que a disposição da MP nº 135, de 2003, foi bastante clara em restringir o lançamento à aplicação da multa e somente nos casos em que tenha havido dolo, fraude, ou conluio.

Embora se concorde com o afastamento da aplicação da multa de ofício, aplicando-se, entretanto, a de mora, se for o caso, não se pode concordar com a conclusão de que o auto de infração seja considerado improcedente, relativamente ao lançamento da contribuição.

JUH

Se o auto de infração é um ato jurídico perfeito, por ter sido lavrado nos termos da legislação vigente, então passou a ser o meio adequado para cobrança dos valores lançados, ainda que a multa de ofício não seja aplicável.

Segundo o art. 144 do CTN, "O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada", de forma que o auto de infração foi regularmente lavrado, sob seus aspectos formais."

Em resumo, cabe aplicar a retroatividade benigna para afastar a exigência da multa de ofício, como muito bem concluiu a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação (COSIT) da Secretaria da Receita Federal na Solução Interna de Consulta nº. 3, de 2004. Não obstante, como também a afirma a referida solução de consulta o procedimento de lançamento foi efetuado segundo a norma procedimento de regência então vigente (art. 90 da MP nº. 2.158-35), sendo ato jurídico perfeito, não cabendo afastá-lo por norma posterior não expressamente retroativa.

A postura que vem sendo adotado por esta C. Câmara, se prevalecer, poderá dar ensejo a questionamentos em sede de embargos de execução fiscal quanto à inviabilidade de prosseguimento da cobrança, em face da ausência do instrumento apto ao lançamento.

Dessa forma, encaminho meu voto no sentido de ser correto o lançamento da exigência de valor declarado em DCTF e não recolhido, devendo-se apreciar as demais questões de mérito apresentadas pelo Recorrente.

Sala das Sessões - DF, em 07 de agosto de 2008


GUSTAVO LIAN HADDAD