



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.233.011 - PR (2011/0019271-5)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : FARMÁCIA E DROGARIA NISSEI LTDA
ADVOGADOS : FERNANDO TAKESHI ISHIKAWA E OUTRO(S)
SÉRGIO DE JESUS PEREIRA E OUTRO(S)
PATRICIA SUEMI ISHIKAWA E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 106 DO CTN. COMPENSAÇÃO INDEVIDA COM CRÉDITO DE TERCEIROS. ART. 18, § 4º, DA LEI 10.833/2003. PERSISTÊNCIA DA MULTA. RETROATIVIDADE DA LEI. NÃO CABIMENTO.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente.

2. Se a legislação vigente não deixou de punir, com multa isolada, a conduta praticada pela recorrente (compensação indevida com créditos de terceiros), não cabe falar em retroatividade de lei mais benéfica.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques. Sustentou oralmente o Dr. Sérgio De Jesus Pereira, pela parte RECORRENTE: FARMÁCIA E DROGARIA NISSEI LTDA

Brasília, 03 de maio de 2012(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.233.011 - PR (2011/0019271-5)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : FARMÁCIA E DROGARIA NISSEI LTDA
ADVOGADOS : FERNANDO TAKESHI ISHIKAWA E OUTRO(S)
SÉRGIO DE JESUS PEREIRA E OUTRO(S)
PATRICIA SUEMI ISHIKAWA E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): O recurso especial foi interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. MULTA ISOLADA. ART. 44, I, DA LEI 9.430/96. ART. 18 DA LEI 10.833/03 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/07. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA. IMPOSSIBILIDADE. PERCENTUAL DE 75%. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO.

1. A sentença de primeiro grau, nos termos em que lançada, aplicou, com perfeição, as regras que norteiam a aplicação da *lex mitior*. Com efeito, só seria de se afastar a multa se, o fato objetivamente considerado, ou seja, ontologicamente considerado, por força da nova regulamentação, não fosse sujeito à multa infligida anteriormente. No caso, o fato perpetrado pela recorrente (compensação indevida com créditos de terceiros), tanto na vigência da legislação revogada, quanto na atual, está subsumido à hipótese que se enseja a aplicação da multa de 75%, consoante se depreende do § 4º do art. 18 da Lei 11.488/2007.

2. Irrelevante, para fins de aplicação da multa, que, na vigência da legislação anterior, o fato perpetrado fosse qualificado como compensação não-homologada, e que, pela atual, seja qualificado como compensação não-declarada. O que importe, gize-se, é a sua conformação fática, ontologicamente considerada.

3. A multa imposta no percentual de 75%, com base no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, não tem caráter confiscatório, atendendo às suas finalidades educativas e de repressão da conduta infratora (e-STJ fl. 739).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 750-754).

A recorrente aponta, além de omissão do aresto recorrido, violação do art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN, sob os seguintes fundamentos:

(...) há (*sic*) época dos fatos, 2003, não existia qualquer previsão legal para a autuação da Recorrente com base no inciso II do § 12º do artigo 74 da Lei 9.430/1996, eis que referida previsão somente foi inserida em nosso ordenamento pela Lei 11.051/2004.

Assim, o enquadramento legal para o indeferimento dos pedidos de compensação e para a autuação foi o artigo 90 da Medida Provisória 2.158-35/01, sendo certo que o caso foi de NÃO HOMOLOGAÇÃO; situação diversa da prevista no § 12º do artigo 74 da Lei 9.430/1996, que assenta 'será considerada não declarada a compensação'.

A situação da Recorrente não pode ser equiparada a hipótese do § 12º supra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mencionado, eis que tal previsão não existia há época dos fatos. Note-se que o v. Acórdão recorrido, ao ratificar o contido na decisão de primeira instância, relega à mera 'técnica legislativa' a alusão ao inciso II do § 12º do art. 74. Entretanto, este ponto é fundamental para o deslinde da causa, uma vez que - como visto - não existia esta previsão há época dos fatos, sendo evidente que sua inexistência implica na impossibilidade de sua utilização como justificativa para a aplicação da sanção à Recorrente.

(...)

Ora, se a Lei trata das situações de NÃO HOMOLOGAÇÃO e NÃO DECLARAÇÃO de maneiras diversas, não poderia o Acórdão equipará-las e enxertar situação não prevista em lei para justificar a aplicação de multa à ora Recorrente.

Nesta ordem de ideias, o v. Acórdão, além de haver negado a aplicação da retroatividade da lei mais benéfica, foi além aplicando ao caso concreto a retroatividade da legislação 'maléfica', eis que a situação de fato 'NÃO HOMOLOGAÇÃO' restou equiparada a hipótese de compensação não declarada, o que não pode prevalecer, pois, além de ensejar retroatividade prejudicial à Recorrente, estampa o cerceamento de defesa e o arripio do devido processo legal e a segurança jurídica.

(...)

Ocorre que, atualmente não há previsão legal para a imposição da referida penalidade. Com efeito, a Lei 11.488/2007, alterando o art. 18 da Lei 10.833/2003 - fundamento legal para o lançamento das multas isoladas previstas no art. 90 da MP 2.158-35/2001-, deixou de considerar infração a COMPENSAÇÃO INDEVIDA, limitando tal imposição somente às hipóteses em que ficar comprovada a falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo - o que não se vislumbra no caso presente.

(...)

Desta feita, revogada pela nova lei (Lei 11.488/2007) a cominação de penalidade para a conduta descrita no art. 18 da Lei 10.833/2003, não é mais considerada infração, não podendo, a teor do art. 106, II, do CTN, subsistir a punição (multa de ofício aplicada isoladamente), tal como permitido pelo Acórdão recorrido (e-STJ fls. 768-772).

Contrarrazões ofertadas às e-STJ fls. 783-786.

Admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 787-788), os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.233.011 - PR (2011/0019271-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 106 DO CTN. COMPENSAÇÃO INDEVIDA COM CRÉDITO DE TERCEIROS. ART. 18, § 4º, DA LEI 10.833/2003. PERSISTÊNCIA DA MULTA. RETROATIVIDADE DA LEI. NÃO CABIMENTO.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente.

2. Se a legislação vigente não deixou de punir, com multa isolada, a conduta praticada pela recorrente (compensação indevida com créditos de terceiros), não cabe falar em retroatividade de lei mais benéfica.

3. Recurso especial não provido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Inicialmente, importa ressaltar que o acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

Com efeito, o Tribunal de origem manifestou-se de maneira clara e fundamentada sobre as questões postas a julgamento. Ainda que tenha decidido em sentido contrário ao posicionamento defendido pela ora recorrente, não foi omissor, pois enfrentou os argumentos apresentados pela ora recorrente.

No mérito, a contribuinte foi autuada, com a aplicação de multa isolada, nos termos do art. 90 da MP 2.158-35/2001, em decorrência de compensação indevida com créditos de terceiros, na forma do art. 74 da Lei 9.430/96, com a redação dada pelo art. 49 da Lei 10.637/2002, regulamentado pela IN SRF 210/2002, arts. 21 e 30.

Administrativamente, logrou êxito na redução do percentual da multa, uma vez que não foi caracterizada a prática de fraude.

Na via judicial, a autora, que agora recorre extraordinariamente, porque mantida a sentença de improcedência do pedido, busca fazer valer o princípio da retroatividade benigna, ao argumento de que a Lei 11.488/2007 deixou de aplicar penalidade à compensação indevida, salvo quando se comprovar falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

Respondendo às decisões atacadas, ainda assevera que a espécie dos autos não pode ser enquadrada na previsão do inciso II do § 12 do art. 74 da Lei 9.430/96, porquanto incluída no ordenamento jurídico somente em 2004, pela Lei 11.051, e os fatos datam de 2003.

A propósito, trago à baila o teor da sentença:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FARMÁCIA E DROGARIA NISSEI LTDA., pessoa jurídica de direito privado, representada por advogados constituídos, ajuizou ação, pelo rito ordinário, em face da UNIÃO (Fazenda Nacional), pedindo a desconstituição dos autos de infração n.º 10980.011173/2005-3 e 10980.011182/2005-24.

Como causa de pedir, narrou, em síntese, que foi autuada, com a aplicação de multa isolada de ofício de 150%, prevista no art. 44, II, da Lei 9.430/1996, em decorrência de suposta compensação indevida com créditos de terceiros, conforme art. 90 da MP n.º 2.158-35/2001; após impugnação administrativa, obteve o reconhecimento de ausência de fraude na compensação, reduzindo a multa para 75%, conforme previsão do art. 44, II, da Lei 9.430/1996. Acontece que a Lei 11.488/2007 alterou o art. 18 da Lei 10.833/2003, que é o fundamento legal para o lançamento das multas isoladas previstas no art. 90 da MP 2.158-35/2001, limitando tal imposição às hipóteses em que ficar comprovada a fraude; portanto, havendo lei posterior mais benéfica ao contribuinte, deve retroagir, pelo que as multas isoladas não poderiam mais ser cobradas, ensejando a anulação dos respectivos autos de infração...

.....
.....

O pedido constitutivo-negativo não procede, estando a razão com a União.

Isso porque a própria Lei 11.488/2007, ao alterar o *caput* do art. 18 da Lei 10.833/2003, também modificou o respectivo parágrafo quarto, dotando-o da 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 o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicado na forma de seu § 1o, quando for o caso.

Ora, a norma do parágrafo se amolda à hipótese fática da autora, autorizando a aplicação da multa isolada, pois a compensação por ela realizada se encaixa no inciso II do § 12 do art. 74 da Lei 9.430/1996, uma vez que houve compensação com créditos de terceiros (fls. 04 e 82-83).

Apesar da autora não mencionar na petição inicial a existência desse parágrafo quarto do art. 18, que obsta a sua pretensão, o fez quando do recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão que indeferiu a tutela antecipada. Aqui, defendeu que tal previsão não pode ser aplicada ao caso, pois, à época dos fatos geradores (2003), não havia o inciso II do § 12 do artigo 74 da Lei 9.430/1996, encartado na lei apenas com a edição da Lei 11.051/2004. Essa tese convenceu em parte a ilustre juíza federal que proferiu, no agravo, a decisão monocrática de fls. 569-570.

Não me convence, porém.

Isso porque, ao mesmo tempo que o novo *caput* do art. 18 da Lei 10.833/2003 limita a aplicação da multa às hipóteses de comprovada falsidade na declaração do sujeito passivo, em situação mais benéfica ao contribuinte, mantém a possibilidade da multa quanto às hipóteses de compensação considerada não declarada, por ser o crédito de terceiro. A alusão ao inciso II do § 12 do art. 74 da Lei 9.430/1996 é apenas questão de técnica legislativa. O que interessa é o conteúdo da norma: a multa isolada também é aplicável às hipóteses de compensação considerada não declarada, por ser o crédito de terceiro. Como o parágrafo estabelece que será **também** exigida a multa, entendo que ela criou hipótese nova, diversa da prevista no *caput*, de maneira que, para ela incidir, é irrelevante a caracterização ou não de fraude.

A empresa autora realizou compensação indevida com créditos de terceiros. Não houve fraude. A multa isolada, à época, era devida. Mas não deixou de ser, em função do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caput do art. 18, porque o respectivo parágrafo quarto manteve a punição a quem, como a autora, realizou compensação indevida com créditos de terceiro. Não importa se a compensação foi considerada não homologada ou não declarada, pois a finalidade da lei é impedir a compensação indevida com créditos de terceiro.

Em outras palavras, o alegado benefício da lei posterior é apenas aparente, pelo que o pedido deve ser julgado improcedente (e-STJ fls. 684-686).

No mesmo passo, a Corte de origem afirmou que, independente da existência de fraude, o caso dos autos subsumiria ao § 4º do art. 18 da Lei 10.833/2003, alterado pela Lei 11.488/2007. Concluiu:

A sentença de primeiro grau, nos termos em que lançada, não merece reparo algum, pois aplicou, com perfeição, as regras que norteiam a aplicação da *lex mitior*.

Com efeito, só seria de se afastar a multa se, o fato objetivamente considerado, ou seja, ontologicamente considerado, por força da nova regulamentação, não fosse sujeito à multa infligida anteriormente. No caso, o fato perpetrado pela recorrente (compensação indevida com créditos de terceiros), tanto na vigência da legislação revogada, quanto na atual, está subsumido à hipótese que se enseja a aplicação da multa de 75%, consoante se depreende do § 4º do art. 18 da Lei 11.488/2007.

Irrelevante, para fins de aplicação da multa, que, na vigência da legislação anterior, o fato perpetrado fosse qualificado como compensação não-homologada, e que, pela atual, seja qualificado como compensação não-declarada. O que importe, gize-se, é a sua conformação fática, ontologicamente considerada.

Mutatis mutantis, um exemplo extraído da seara penal bem ilustra o acerto da decisão do togado singular. Imaginemos que lei nova venha revogar o crime de infanticídio, e passe a incluí-lo como uma espécie de homicídio privilegiado, mantendo, porém, a mesma descrição normativa, assim como a pena anteriormente prevista. Indaga-se: a mulher que estivesse sendo processada pelo crime de infanticídio estaria indene do processo e da pena? É evidente que não, pois a conduta, o fato perpetrado, continuou a ser definida como crime, porém com outro *nomem iuris*. Não existe mais como infanticídio, mas como homicídio privilegiado, com a mesma pena e a mesma descrição normativa. A situação, no exemplo dado, mostrar-se-ia, do ponto de vista prático e jurídico, no que diz respeito à pena, igual à situação anterior.

É o caso dos autos, em que a lei anterior previa, para o fato perpetrado pela recorrente uma multa de 75%, e a lei atual, para o mesmo fato, também prevê a mesma multa. A questão de, na vigência da anterior lei, ser o fato considerado como compensação não-homologada, e, na atual, como compensação não-declarada, é irrelevante, pois, tanto na situação pretérita, quanto na situação presente, o fato, ontologicamente considerado, está sujeito à reprimenda, que é idêntica.

Não assiste, pois, razão à apelante, nesse ponto do recurso (e-STJ fls. 735-736).

Incensuráveis a sentença e o acórdão recorrido.

Para melhor elucidação, cito os dispositivos federais atinentes à espécie:

MP 2.158-35/2001:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Receita Federal.

Lei 11.488/2007:

Art. 18. Os arts. 3º e 18 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 de não-homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

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

...
§ 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 o percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicado na forma de seu § 1º, quando for o caso.**

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

Lei 9.430/96:

Art.

74.....
§ 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)

a) seja de terceiros; (Incluída pela Lei nº 11.051, de 2004)

Consoante se vê, a Lei 11.488/2007, alterando a redação do art. 18 da Lei 10.833/2003, passou a prescrever que o lançamento de que trata o art. 90 da MP 2.158-35/2001 limita-se à imposição de multa isolada em razão de não homologação da compensação quando se comprovar falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo (*caput*), o que não é o caso dos autos.

Todavia, não há falar em retroatividade de lei mais benéfica, na medida em que, aos olhos da legislação vigente, a conduta praticada pela recorrente (compensação indevida com créditos de terceiros) sujeita-se à multa isolada, nos termos do art. 18, § 4º, da Lei 10.833/2003 (redação dada pela Lei 11.488/2007) c/c o art. 74, § 12, inciso II, da Lei 9.430/96 (incluído pela Lei 11.051/2004), o qual contempla, na sua alínea "a", justamente a hipótese em que não será declarada a compensação quando o crédito for de terceiros.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pretendida leitura destacada da lei - aplicação somente da hipótese prevista no *caput* do art. 18 - mostra-se incabível, sendo desimportante, como assentado na sentença e no aresto atacado, para fins de aplicação da multa, se a compensação é considerada não homologada ou não declarada. Numa frase: o legislador não deixou de punir a compensação indevida com créditos de terceiros.

Por isso mesmo, realizado o **suporte fático** de que cuida o § 4º do art. 18 da Lei 10.833/2003, a incidência da multa é medida imperativa, independentemente da distinção temporal de os fatos terem ocorrido em 2003, antes da qualificação jurídica arrolada, desde então, no inciso II do § 12 do art. 74 da Lei 9.430/96, acrescida pela Lei 11.051, de 2004. Nesse ponto, ressalte-se que a Instrução Normativa SRF 210, **de 2002**, art. 30, já prescrevia: "É vedada a compensação de débitos do sujeito passivo, relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF, com créditos de terceiros", motivação utilizada pela autoridade administrativa ao não homologar a compensação (e-STJ fls. 79-80).

Por fim, os arrolados precedentes do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda referem-se a hipóteses diversas, a exemplo de compensação indevida com crédito de natureza não tributária.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso especial**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0019271-5

PROCESSO ELETRÔNICO **Resp 1.233.011 / PR**

Números Origem: 200870000305973 305977120084047000

PAUTA: 03/05/2012

JULGADO: 03/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FARMÁCIA E DROGARIA NISSEI LTDA
ADVOGADOS : FERNANDO TAKESHI ISHIKAWA E OUTRO(S)
SÉRGIO DE JESUS PEREIRA E OUTRO(S)
PATRICIA SUEMI ISHIKAWA E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **SÉRGIO DE JESUS PEREIRA**, pela parte RECORRENTE: FARMÁCIA E DROGARIA NISSEI LTDA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.