



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI**, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, inscrita no CNPJ sob o nº. 33.665.126/0001-34, com sede em Brasília/DF, no SBN, Quadra 1, Bloco C, Edifício Roberto Simonsen, por seus procuradores no fim assinados, vem, respeitosamente, forte nos artigos 102, I, "a" e "p", e 103, IX, da Constituição Federal, e no artigo 2º, IX, da Lei n. 9.868/99, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (com pedido de medida cautelar)

tendo por objeto os parágrafos 15 e 17 do artigo 74 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação introduzida pela Lei n.º 12.249, de 11 de junho de 2010, e, por arrastamento, os artigos 36, *caput* e 45, § 1.º, inciso I da Instrução Normativa RFB n.º 1.300, de 20 de novembro de 2012 - DOU 21.11.2012, retificada no DOU 05.12.2012.

Em síntese, esse conjunto de regras concebeu um complexo de normas punitivas, que estabelecem, ao contribuinte que age de boa-fé, multa de 50% do valor total do crédito objeto de declaração de compensação não homologada ou do valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido.

O que se ataca com esta ação, portanto, são normas que, sinteticamente, instituíram multa pela simples *conduta lícita* do contribuinte, dentro dos limites do regular exercício do seu direito, quando o seu pedido de ressarcimento ou de compensação vier a ser indeferido administrativamente.

1. ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

Os §§ 15 e 17 do art. 74 da Lei n.º 9.430/96, com as alterações introduzidas pelo artigo 62 da lei n.º 12.249/2010, estão assim redigidos:

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

(...)

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

§ 16. O percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% (cem por cento) na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

Por sua vez, os artigos 36, *caput* e 45, § 1.º, inciso I da Instrução Normativa RFB n.º 1.300, de 20 de novembro de 2012, (DOU de 21/11/2012) com retificações publicadas no DOU de 5/12/2012, estão assim redigidos:

Art. 36 . Será aplicada, mediante lançamento de ofício, multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido.

Art. 45 . O tributo objeto de compensação não homologada será exigido com os respectivos acréscimos legais.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, será exigida do sujeito passivo, mediante lançamento de ofício, multa isolada, nos seguintes percentuais:

I - de 50% (cinquenta por cento), sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada; ou

Cabe esclarecer que, apesar de não ser objeto de impugnação, aqui se fez a transcrição do § 16 do artigo 74 para, desde logo, deixar bem claro que os casos de má-fé e fraude têm no referido § 16 tipicidade e sanção próprias.

Portanto, as multas isoladas previstas nos §§ 15 e 17 da Lei 9.430/96 destinam-se aos casos em que o contribuinte exerce, de boa-fé, o seu direito de compensação e de pedir ressarcimento, sem abuso, burla ou fraude.

2. SÍNTESE INICIAL

O artigo 74 da Lei n.º 9.430/96 foi alterado em seus §§ 15 e 17 a fim de instituir multa isolada de 50% sobre o valor do crédito objeto do pedido de ressarcimento indeferido ou indevido e, ainda, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada.

Tais alterações tiveram o nítido propósito de, por meio de ameaça de penalização, desencorajar o cidadão-contribuinte a exercer seu constitucional direito de peticionar aos poderes públicos e de reaver valores recolhidos impropriamente.



Tratando-se da compensação ou restituição de indébitos de direito dos contribuintes, toda e qualquer resistência do Fisco ao exercício deste direito, por si só, é inconstitucional.

Com efeito, sancionar o simples exercício do direito do contribuinte de requerer seus créditos recolhidos indevidamente ou fruto de atividades que, legalmente, lhe garantem o direito a créditos tributários é contrariar os seus direitos fundamentais.

A imposição de multa nos termos constantes dos §§ 15 e 17 da Lei n.º 9.430/96 viola (i) o direito fundamental de petição aos poderes públicos (art. 5.º, XXXIV, a); (ii) o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (art. 5.º, LV); (iii) a vedação da utilização de tributos com efeito de confisco (art. 150, IV); (iv) além dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade; (v) resultando em verdadeira sanção política que este Supremo Tribunal Federal há tempos proíbe por inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE ATIVA, PERTINÊNCIA TEMÁTICA E OBJETO DA PRESENTE AÇÃO

A CNI é entidade sindical de grau superior, constituída com o propósito de representar os interesses do setor industrial do País, razão pela qual possui legitimidade ativa para a propositura da presente ação, nos termos do artigo 103, IX da Constituição Federal.

A pertinência temática advém da inequívoca subordinação do setor industrial às disposições da Lei n.º 9.430/96, em especial ao constante no seu artigo 74, que é fonte importante das normas que regem os pedidos administrativos de ressarcimento ou de restituição de créditos de tributos e de contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, bem como das compensações de créditos de quaisquer tributos ou contribuições também por ela administrados.

4. CONTEXTO

Podem ser restituídas pela RFB (art. 165 do CTN) ou compensadas pelo sujeito passivo (art. 170 do CTN) as quantias recolhidas ao Tesouro Nacional a título de tributo ou de contribuição, em algumas hipóteses legais, especialmente:

- a) cobrança ou pagamento espontâneo, indevido ou maior que o devido;
- b) erro na identificação do contribuinte, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
- c) reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória;
- d) no caso de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) resultante do exercício da atividade econômica.¹

A restituição ou a compensação devem ser requeridas administrativamente pelo sujeito passivo da obrigação tributária, mediante utilização do programa Pedido Eletrônico de Ressarcimento, Restituição ou Reembolso e Declaração de Compensação (PER/DCOMP), disponível no site da RFB na Internet (<http://www.receita.fazenda.gov.br>) ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante o formulário Pedido de Restituição ou Declaração de Compensação aos quais deverão ser anexados documentos comprobatórios do direito ao crédito, conforme o disposto no artigo 113 da Instrução Normativa 1.300/2012 e seus anexos,

Em breve retomada histórica da aplicação das multas isoladas em caso de pedido de restituição e compensação de tributos e contribuições federais, cumpre esclarecer que a Lei n.º 10.833, de 31 de dezembro de 2003, em seu artigo 18,

previa a aplicação de multa isolada sobre o valor total do débito compensado nos seguintes percentuais: (i) 150%, no caso de não homologação de pedido de compensação quando comprovada falsidade da declaração apresentada pelo contribuinte e (ii) 75%, no caso de compensação considerada não declarada² (majorada para 150% se comprovada falsidade na declaração).

A Medida Provisória n.º 472, em 15 de dezembro de 2009, alterou o artigo 18, § 2.º da Lei n.º 10.833/03, de modo a incluir uma terceira hipótese: multa isolada de 75% quando não confirmada a legitimidade ou suficiência do crédito informado na declaração de compensação.

A MPV n.º 472/09 foi então convertida na Lei n.º 12.249/10 e, em sua redação final, foi excluída a multa de 75% no caso de ilegitimidade ou suficiência do crédito, mas, por outro lado, foi instituída **a multa isolada de 50%** sobre o valor do crédito no caso de declaração de compensação não homologada, por meio da inserção do § 17 ao artigo 74, objeto desta ação.

Além disso, a Lei n.º 12.249/10 modificou a redação dos §§ 15 e 16 do artigo 74 da Lei n.º 9.430/96 para prever a aplicação de (i) multa isolada também nos

¹ Créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins apurados na forma do art. 3º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e do art. 3º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003

² “compensação não declarada”, os termos do § 12 do artigo 74 da lei n.º 9.430/96:

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

I - previstas no § 3º deste artigo

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros;

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei n.º 491, de 5 de março de 1969;

c) refira-se a título público;

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF.

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei:

1 – tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade;

2 – tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

3 – tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou

4 – seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal.

casos de ressarcimento indeferido ou indevido e de (ii) multa isolada de 100%, no caso de ressarcimento obtido com falsidade.

Assim, a novel normatização passou a penalizar o simples exercício do direito de petição aos órgãos públicos, sem a existência e comprovação da má-fé do contribuinte, tendo a mídia noticiado que os pedidos de compensação diminuíram aproximadamente 50% (cinquenta por cento)³ e, em pouco mais de 8 (oito) meses de vigência, arrecadou-se mais de R\$ 148,94 milhões aos cofres públicos.

Em que pese o caráter arrecadatário das proposições constantes dos §§ 15 e 17 do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 e, a despeito da complexidade e das diversas alterações das normas tributárias sobre o tema restituição/compensação, a imposição de multa isolada fere frontalmente a Constituição Federal.

5. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS

5.1. Da inconstitucionalidade dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996, pela violação ao direito de petição – artigo 5.º XXXIV

É fato notório é que os contribuintes nacionais encontram-se inibidos na busca de ressarcimentos e compensações, ante a “automaticidade” da imposição da multa isolada pelo simples indeferimento de seu pedido, em vista do disposto nos §§15 e 17 do art. 74 da Lei 9.430/96.

E isso porque, em razão do princípio da legalidade, expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, os servidores públicos, *in casu* os fiscais fazendários, não podem se desincumbir do ônus de agir em razão da lei, que ora impõe a abusiva penalidade e cria obstáculos inconstitucionais ao exercício do direito de petição do contribuinte.

³ Em <http://www.classecontabil.com.br/noticias/ver/14918>

Com efeito, vê-se maltratado o artigo 5.º, inciso XXXIV, “a” da Constituição Federal que assegura ao contribuinte, independentemente do pagamento de taxas, *“direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.”*

O agravo ocasionado pelas normas aqui atacadas amplifica-se diante do quadro de complexidade e de subjetividade das normas tributárias que, não raro, dificultam e até impedem o contribuinte de estabelecer e de entender, com precisão, os limites ou as interpretações de um direito seu, *ex vi*, as inúmeras discussões acerca dos insumos que podem ser considerados para fins de apuração de PIS/COFINS das quais os exportadores têm o direito de restituição/compensação, entre tantos outros assuntos que se fazem presentes no âmbito da própria administração tributária, no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e no Judiciário.

O direito de petição justamente alberga a garantia de apresentação de qualquer pedido que represente defesa do direito ou contrariedade de ilegalidade em favor do cidadão perante o Estado. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴:

Consiste o direito de petição no poder de dirigir a uma autoridade um pedido de providências ou mesmo de intervenção, em defesa de seus direito ou de interesses, próprios ou coletivos. Ou, como está no texto constitucional, ‘em defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou abuso de poder’. É sinônimo de direito de representação, como aliás é chamado nalgumas constituições, como a Carta de 1937 (art. 122, 7.º) e a Lei Magna de 1967 (Emenda 1/69, art. 153, § 30).

Dentre as conseqüências do direito constitucional de petição, inclui-se o dever da administração pública de responder à petição em tempo razoável, pois de

⁴ Direitos Humanos Fundamentais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 146

que serviria um direito a pedido sem que lhe fosse dada resposta devidamente motivada?

Portanto, compete à Fazenda Pública apreciar o pleito do contribuinte e proferir decisão motivada, pelo seu deferimento ou indeferimento, somente se justificando eventual punição se a má-fé for concretamente aferida, certamente no âmbito do devido processo legal.

Nesse contexto, a punição automática pelo exercício do pedido de ressarcimento, compensação ou repetição de indébitos tributários constitui-se em lamentável arbítrio, na medida em que a norma peca por presumir a má-fé do contribuinte, a ponto de justificar a sua automática punição em virtude do simples exercício de um direito constitucionalmente a ele assegurado.

A toda evidência, tal previsão legal negligencia com o fundamental direito do contribuinte de peticionar perante o Poder Público, sem o pagamento de taxa ou de qualquer outra exação, na busca de um crédito que defende ser seu.

Em questões similares, na quais se onerava financeira ou economicamente o contribuinte como condição para o exercício do direito de petição, esse Supremo Tribunal já declarou a inconstitucionalidade de norma que exigia o depósito prévio de parte do crédito tributário questionado administrativamente, como requisito de admissibilidade de recurso administrativo, justamente por considerar que tal exigência, dentre outras inconstitucionalidade, vulnerava o direito de petição do contribuinte:

EMENTA: EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRABILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO PRÉVIO DE 30% DO VALOR DO DÉBITO. LIMINAR DEFERIDA.

1. A exigência de depósito prévio de 30% do valor do débito como condição de admissibilidade de recurso administrativo, caracteriza

desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa e obsta o exercício do direito de petição. Precedentes.

2. Liminar referendada. (AC-MC 1887 – Carmen Lúcia, STF, DJU 01.08.2008)

Na ADI 1976⁵, também de autoria da CNI, esse Supremo Tribunal decidiu que a "exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV)", além de considerar tal conduta violadora de outros princípios e regras constitucionais.

5.2. Da inconstitucionalidade dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 pela violação às garantias ao devido processo legal – art. 5.º, LIV – e à ampla defesa e ao contraditório – art. 5.º, LV

A Constituição Federal consagrou a garantia ao devido processo legal e à ampla defesa e ao contraditório, conforme anunciam os incisos LIV e LV do seu artigo 5º. Com efeito, nenhum cidadão ou contribuinte poderá ser punido ou sofrer restrição de seus bens e direitos sem que ato sancionatório observe um processo definido em lei, respeitando os limites instituídos pela própria Constituição Federal.

Assim, o processo administrativo que se inicia com o pedido de restituição ou compensação deve tramitar de acordo com as disposições relacionadas ao Processo Administrativo Fiscal, devendo ser oportunizado ao contribuinte o direito de apresentar suas razões fáticas e jurídicas em defesa de seus direitos, de modo a contraditar a negativa da Administração Fiscal a seu requerimento.

⁵ Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28.3.2007, DJ 18.5.2007, unânime.

Tais garantias constitucionais, em que o direito de defesa e contraditório devem ser exercidos dentro de regras que asseguram o devido tramite e a devida apreciação ponderada dos fatos, antes de qualquer cidadão ser alijado de sua liberdade, direitos e bens pelo Estado, têm suas razões anunciadas por Celso Antônio Bandeira de Mello⁶:

Estão ai consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e defesa ampla, no que se inclui o direito de recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender o contínuo nos mencionados versículos constitucionais.

Note-se que "privar" da liberdade ou da propriedade não é simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma ou a outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal. Assim, para desencadear consequência desta ordem, a Administração Pública terá que obedecer a um processo regular (o devido processo legal), o qual, evidentemente, como resulta o inciso LV do art. 5º, demanda contraditório e ampla defesa.

As normas constantes dos §§ 15 e 17 do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996, conforme postas, instituíram punição sumária e automática, sem oportunizar ao contribuinte o processo legal administrativo com ampla defesa e contraditório, ainda que o pedido seja idôneo. O contribuinte é punido pela prática do ato como se ilícito fora.

A Instrução Normativa n.º 1.300/2012 da Receita Federal do Brasil, até prevê, para o caso de pedidos de restituição indeferidos, a possibilidade de oposição de manifestação de inconformidade, mas somente após a aplicação da multa de 50% por meio de lançamento de ofício (art. 36 c/c art. 77 e parágrafos)⁷. Contudo,

⁶ Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros Editores, 22.ª ed, 2007, p. 115

veda a apresentação de recurso administrativo para o caso de compensação não considerada declarada (§ 8º do referido artigo 77)⁸.

Assim, a multa é aplicada sem qualquer possibilidade de exercício das garantias do devido processo legal administrativo, consubstanciadas na ampla defesa e no contraditório, a despeito das incontáveis decisões indeferitórias de pedidos de restituição que são objeto de reforma na própria esfera administrativa.

Com a interpretação literal que tem sido atribuída aos dispositivos constantes dos §§ 15 e 17 do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996, qual seja, a imposição de multa independentemente de má-fé ou mesmo de prejuízo ao Erário, haja vista a previsão do § 16 do mesmo artigo, há evidente afronta às disposições dos incisos LIV e LV, do artigo 5.º da Constituição Federal.

⁸ Art. 77 . É facultado ao sujeito passivo, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da ciência da decisão que indeferiu seu pedido de restituição, ressarcimento ou reembolso ou, ainda, da data da ciência do despacho que não homologou a compensação por ele efetuada, apresentar manifestação de inconformidade contra o não reconhecimento do direito creditório ou a não homologação da compensação.

§ 1º A autoridade administrativa competente para decidir sobre o pedido de restituição, de ressarcimento, de reembolso ou a compensação deverá se pronunciar quanto ao atendimento dos requisitos de admissibilidade da manifestação de inconformidade nos termos do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

§ 2º A competência para julgar manifestação de inconformidade é da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em cuja circunscrição territorial se inclua a unidade da RFB que indeferiu o pedido de restituição, reembolso ou ressarcimento ou não homologou a compensação, observada a competência material em razão da natureza do direito creditório em litígio.

§ 3º Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade, caberá recurso ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

§ 4º A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam o caput e o § 3º obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 1972.

§ 5º A manifestação de inconformidade contra a não homologação da compensação, bem como o recurso contra a decisão que julgou improcedente essa manifestação de inconformidade, enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 do CTN relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 6º Ocorrendo manifestação de inconformidade contra a não homologação da compensação, e impugnação da multa a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 45, as peças serão reunidas em um único processo para serem decididas simultaneamente.

§ 7º O disposto no caput e nos §§ 2º, 3º e 4º aplica-se, também, ao indeferimento de pedido de reconhecimento de direito creditório decorrente de retificação de DI.

§ 8º Não cabe manifestação de inconformidade contra a decisão que considerou não declarada a compensação, sem prejuízo da aplicação do art. 56 da Lei nº 9.784, de 1999

5.3. Da inconstitucionalidade dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 pela violação às garantias a vedação da utilização de tributos com efeito de confisco (art. 150, IV)

Manter os §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 no ordenamento jurídico pátrio é o mesmo que permitir o confisco, efeito este sabiamente vedado pelo art. 150, IV, da Carta Política.

O efeito confiscatório no âmbito tributário ocorre justamente quando a aplicação de uma norma tributária excede o limite racional, econômico e moral da fonte de arrecadação, a ponto de colocar a sobrevivência do cidadão-contribuinte em risco, ou quando a sua aplicação não se justifica moralmente.

Autores como o professor argentino José Otávio Casas⁹ traduziram tal vedação ao confisco a partir da proteção constitucional à propriedade e seus fins econômicos sociais, como base do disposto na Constituição Federal da República Argentina:

Nuestra Constitución consagra en su art. 14 el derecho de usar y disponer de la propiedad, levantando una verdadera ciudadela de protección del mismo por el art. 17, el cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad.

En tales condiciones, de nada valdría que la Constitución garantizara la propiedad privada, su uso y disposición, mientras, por vía indirecta, la tributación vaciara de contenido efectivo el apuntado derecho, lo cual ha permitido a nuestro Alto Tribunal descalificar aquellos gravámenes, con efectos o alcances confiscatorios que absorban una parte sustancial de la renta o del capital, más allá que la prohibición de La confiscación de bienes, tal cual se la refiere en el Estatuto

⁹ CASÁS, José Osvaldo. Los principios Del derecho tributário, *in* VETTORATO, Gustavo. A inconstitucionalidade de aplicação de multas ao indeferimento de pedidos de restituição/ressarcimento/compensação de créditos tributários administrados pela Receita Federal do Brasil, - FISCOSOFT: Artigo - Federal - 2010/1968

Supremo, se halle vinculada únicamente a las sanciones de tipo penal que persigan tales fines.

Essas considerações são plenamente aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo certo, ainda, que tal vedação ao confisco se estende às multas tributárias exorbitantes.

No caso presente, as sanções atacadas são o claro exercício do confisco estatal, pois, além de ter que pleitear um direito creditório, o contribuinte corre o risco de, ao ter seu pedido indeferido, ser apenado de multa que excede em muito qualquer custo que se possa apurar.

Esse Supremo Tribunal Federal, em análise de casos em que o contribuinte incorreu em irregularidades ou inadimplências, já julgou confiscatória a imposição de multas em patamares semelhantes aos instituídos pelos dispositivos ora questionados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MULTA. VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO. APLICABILIDADE. RAZÕES RECURSAIS PELA MANUTENÇÃO DA MULTA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO PRECISA DE PECULIARIDADE DA INFRAÇÃO A JUSTIFICAR A GRAVIDADE DA PUNIÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

1. Conforme orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas.
2. Esta Corte já teve a oportunidade de considerar multas de 20% a 30% do valor do débito como adequadas à luz do princípio da vedação do confisco. Caso em que o Tribunal de origem reduziu a multa de 60% para 30%.
3. A mera alusão à mora, pontual e isoladamente considerada, é insuficiente para estabelecer a relação de calibração e ponderação necessárias entre a gravidade da conduta e o peso da punição. É ônus da parte interessada apontar peculiaridades e idiosincrasias do quadro que permitiriam sustentar a proporcionalidade da pena

almejada. Agravo regimental ao qual se nega provimento (RE-AgR 523471, JOAQUIM BARBOSA, STF, DJU 24.04.2010).

Essa Egrégia Corte entendeu que, nos casos de inadimplemento, multas no patamar de 30% (trinta por cento) seriam razoáveis. A partir desse raciocínio, questiona-se qual seria a multa razoável e não confiscatória aplicável ao contribuinte que, em dia com suas obrigações tributárias, de boa-fé, simplesmente pede o reconhecimento administrativo de um direito seu? Certamente, não será a multa de 50% prevista nas normas ora impugnadas!

5.4. Da inconstitucionalidade dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 pela violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Se a intenção do legislador era dar celeridade ao processo de ressarcimento ou de compensação na via administrativa, mostra-se desproporcional, não razoável e inadequado coagir, com a ameaça de multa, o contribuinte que, de boa-fé, busca exercer tais direitos e alcançar a finalidade prática da lei.

Ademais, se o indeferimento do pedido não causa prejuízo ao fisco, a multa é inadequada e desnecessária, caracterizando-se como uma norma enviesada que tem por objetivo, por via reflexa, constranger o contribuinte a não reaver o seu crédito.

Nessa hipótese, a doutrina acena para a necessidade de se prestigiar a máxima da proibição do excesso. Humberto Ávila comenta que quando o encargo é tão alto que o direito do contribuinte não possui mais um mínimo de eficácia, será ele - o encargo - inconstitucional. Na sua visão, a aplicação da proibição do excesso está afinada com a necessidade de se compatibilizar os direitos de liberdade com o

interesse público, de modo que a restrição estatal não vá tão longe a ponto de aniquilar os direitos fundamentais do contribuinte¹⁰.

A necessidade de se prestigiar o equilíbrio dos direitos na confecção das leis tributárias não é novidade e já foi objeto de declaração expressa pelo Supremo Tribunal Federal. Convém, pois pertinente e oportuno, trazer à colação passagens da recente decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, relator do **RE 666.405/RS** (DJe nº 169, de 27.8.2012), acerca das sanções em direito tributário, à luz do princípio da proporcionalidade:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do 'substantive due process of law' (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 - RTJ 178/22-24, v.g.):

'O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua

¹⁰ Sistema Constitucional Tributário, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 158/9

dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.' (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em suma: a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos por este editados.

Esses argumentos e a mesma conclusão igualmente poderão ser encontrados nos autos do **RE 374.981/RS**, na decisão também proferida pelo Min. Celso de Mello (j. 28.3.2005, DJ 8.4.2005).

O legislador infraconstitucional, quem sabe premido pela falta de estrutura da Receita Federal do Brasil para satisfatoriamente analisar todos os pedidos de ressarcimento e de compensação que chegam aos seus órgãos, talvez tenha procurado obstaculizar, por via oblíqua, o direito de cada contribuinte de pleitear o indébito tributário.

Ao invés de aparelhar devidamente os órgãos administrativos responsáveis pela análise e deferimento dos pedidos de ressarcimento ou homologação de compensação, decidiu o legislador, por meio das normas aqui atacadas, abusar do seu direito de legislar, criando barreiras capazes de, indiretamente, forçar o contribuinte a somente requerer aquilo que se mostra conveniente à Administração Pública.

A toda evidência, e por mais que não existam direitos absolutos, o direito de petição concebido pelo constituinte originário não pode sofrer limitações dessa ordem, principalmente por obra do legislador derivado.

5.5. Da sanção política decorrente da aplicação dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996 pela violação aos princípios do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade

As normas constitucionais acima mencionadas também têm a função de impedir o legislador ordinário de criar regras que constringam o contribuinte e lhe tolham o constitucional direito de agir na *busca legítima* de ser ressarcido ou restituído ou compensado pelo Fisco.

Dessa feita, os §§ 15 e 17 do seu artigo 74, quando estabelecem multa isolada de 50% pelo simples indeferimento de pedidos de ressarcimento/compensação ou não homologação de compensação, relegam a segundo plano as garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos contribuintes, permitindo que o Estado, por meio transversos, possa coagir os seus contribuintes com o óbvio objetivo de impedi-los de exercer os seus direitos.

Esse lamentável e inconstitucional episódio é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como sanção política.

As sanções políticas podem assumir formatos diversos, não obstante seja mais comum associá-las a episódios em que o Poder Público busca o pagamento do tributo, sem observância do devido processo legal, a partir de meios impróprios, tais como a interdição do estabelecimento e a apreensão de

mercadorias. Tanto é assim que os verbetes sumulados 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal apenas exemplificam algumas dessas coações políticas¹¹.

O papel essencial desses vetustos verbetes é o de tornar pública a intolerância dessa Corte Constitucional com normas, utilizadas em favor da Administração Pública, que se propõem a coagir o particular à prática de condutas que deveriam ser obtidas no âmbito do devido processo legal, no qual tanto o Estado quanto o particular possuem armas suficientes para equilibrar a disputa.

Dito de outra forma: qualquer restrição que implique cerceamento da liberdade de exercer uma conduta lícita é inconstitucional, porque, além de contrariar o devido processo legal substantivo e adjetivo, estará desconectada dos princípios insculpidos no art. 170 da CF.

Na ADI 173/DF, de autoria da própria CNI, e na ADI 294/DF, por exemplo, esse entendimento restou mais uma vez consignado¹²:

Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição.

¹¹ Súmula nº 70: é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Súmula nº 323: é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Súmula nº 547: não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

¹² STF, Pleno, ADI 173 e ADI 294, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 26/9/2008, DJ-e de 15/10/2008

Nesse mesmo sentido, reconhecendo a incompatibilidade das sanções políticas com os direitos fundamentais, vide os julgados no RE-EDiv. 115.452, rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 16/11/1990; no RE 413.782, rel. Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 3/6/2005; no RE 424.061, rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 31/8/2004; no RE 409.956, rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 31/8/2004; no RE 414.714, rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 11/11/2004; e no RE 409.958, rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 5/11/2004, dentre outros.

A partir dessas posições jurisprudenciais, pode-se tranquilamente concluir que a aplicação das aludidas multas constantes dos §§ 15 e 17 do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996, que não se assentam em condita ilícita objetivamente considerada, constitui, claramente, espécie de sanção política, na medida em que os contribuintes, de boa-fé, buscam, simplesmente, o reconhecimento de seu direito creditório frente a Administração Fiscal.

5.6. Da argüição de inconstitucionalidade dos §§ 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430/1996, acolhida pela Corte Especial do TRF da 4ª Região, nos autos do processo 5007416-62.2012.404.0000

As normas aqui questionadas também o foram perante a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que acolheu a Argüição de Inconstitucionalidade nº 5007416-62.2012.404.0000, considerando violados o direito de petição assegurado pelo inciso XXXIV, letra "a" do art. 5º da Constituição Federal e o princípio da proporcionalidade, conforme evidencia a ementa a seguir transcrita:

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 74 DA LEI N. 9.430/96, PARÁGRAFOS 15 E 17. AFRONTA AO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

O artigo 5º, inciso XXXIV, 'a', da Constituição Federal dá conta de que 'são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em

repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal'.

A multa prevista nos parágrafos 15 e 17 do art. 74 da Lei 9.430/96, ainda que não obste totalmente a realização do pedido de compensação, cria obstáculos, com certeza, ao direito de petição do contribuinte, pois, diante da possibilidade de lhe ser aplicada a pena pecuniária, produz justo receio, a ponto de desestimulá-lo a efetivar o pedido da compensação a que teria direito.

Portanto, os parágrafos 15 e 17 do artigo 74 da Lei n. 9.430/96 conflitam com o disposto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea 'a' da Constituição Federal.

Além disso, a aplicação da multa com base apenas no indeferimento ou na não homologação da declaração de compensação afronta o princípio da proporcionalidade.

A decisão acima foi proferida no ano passado, em meados de 2012, evidenciando que, não obstante o fato de as normas atacadas estarem vigentes desde 2010, é agora que a discussão acerca da validade de ambas vem sendo travada no âmbito do Judiciário, o que justifica, inclusive, a imediata suspensão dos seus efeitos, porquanto presentes, conforma a seguir restará melhor exposto, os pressupostos autorizadores da concessão de medida cautelar.

6. A NECESSIDADE DE MEDIDA CAUTELAR

A concessão de medida cautelar, em sede de controle normativo abstrato, pressupõe a concomitância dos requisitos concernentes ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, ambos presentes no caso em apreço. Exige-se, além deles, a presença de outras duas condições consideradas essenciais pelo Supremo Tribunal Federal para a concessão da medida cautelar em ação direta: a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes do ato impugnado e a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.

A plausibilidade jurídica do tema versado na presente ação direta (*fumus boni iuris*) resta configurada mediante a demonstração de que a imposição de multa isolada aos contribuintes que simplesmente pleiteiam à Administração Pública seus direitos creditórios contraria a Constituição, ao violar, flagrantemente, o direito de petição, a garantia ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que normas como essa, que coagem o particular em benefício desproporcional do Estado, funcionam como sanções políticas e, como tais, violam preceitos fundamentais.

Afigura-se também evidente o prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*), em face das conseqüências advindas da continuidade da imposição de vultosas penalidades ao contribuinte de boa-fé, que sem concorrer para qualquer dano ao erário, constituem-se excesso indevido, criando constrangimentos de ordem patrimonial sérios à empresa industrial que peticiona seus direitos aos órgãos públicos.

Neste tópico em particular, convém ressaltar que o tempo de vigência da lei impugnada não desnatura a presença do *periculum in mora*. A argüição de inconstitucionalidade acolhida pelo TRF da 4ª Região no ano passado firma tal evidência. Em outras situações em que o ato normativo estava vigente por tempo considerável antes da propositura da ação direta, o Supremo Tribunal Federal analisou esse critério sob a ótica da conveniência, ponderando o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo. No caso, a manutenção com plena eficácia da norma, sem manifestação quanto à sua interpretação constitucional, causa transtornos econômicos gravíssimos.

De fato, trata-se de questão que merece pronunciamento urgente desse Egrégio Tribunal, haja vista a extensão nacional do conflito, o prejuízo ao

desenvolvimento do setor industrial decorrente da insegurança jurídica, o ajuizamento de demandas concretas acerca do mesmo problema, a imposição de vultosas penalidades, isso tudo somado às já conhecidas e, agora, agravadas dificuldades de restituição do indébito.

Tal situação consiste em verdadeira afronta ao desenvolvimento do setor industrial, premindo o exercício regular de seu direito de petição, ocasionando sério desequilíbrio nas finanças empresárias, repercutindo na criação de empregos e no próprio exercício de sua atividade produtiva.

Diante da pendência de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal quanto à validade do conjunto normativo ora impugnado, as empresas industriais serão forçadas a ajuizar demandas individuais para afastar a aplicação inconstitucional da multas em comento.

Todas essas demandas judiciais, que poderão ter resultados divergentes e gerar insegurança jurídica, seriam evitadas com a concessão da medida cautelar pleiteada. Ora, nesse contexto, ficam evidentes os danos emergentes da manutenção do constante nos §§ 15 e 17 do artigo 74, da Lei n.º 9.430/1996, com as alterações propostas pelo artigo 62 da Lei n.º 12.429/2010.

7. OS PEDIDOS

EM VISTA DO EXPOSTO, distribuída e autuada a presente ação, a autora, respeitosamente, requer a essa Excelsa Corte que, depois de concedida a medida liminar suspendendo a eficácia dos dispositivos impugnados, sejam solicitadas informações às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo citado o Advogado Geral da União, ouvido o Procurador Geral da República e, afinal, sejam julgados, em caráter definitivo, os pedidos formulados na presente ação, a fim de declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos 15 e 17, do artigo 74 da Lei n.º 9.430, de de 27 de dezembro de 1996 - com a redação introduzida pela



Lei n.º 12.249, de 11 de junho de 2010 e, por arrastamento, os artigos 36, *caput* e 45, § 1.º, inciso I da Instrução Normativa RFB n.º 1.300/ 2012 - confirmando a liminar que, como se espera, haverá de ser deferida.

Protesta, desde logo, pela juntada dos documentos anexados e pela realização de sustentação oral na sessão de julgamento, o que faz com fundamento no art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, informa que os advogados que subscrevem esta petição deverão ser intimados no SBN, quadra 1, bloco C, ed. Roberto Simonsen, Brasília/DF, ao mesmo tempo em que requer que as publicações sejam realizadas em nome do advogado Cassio Augusto Borges, inscrito na OAB/RJ sob o nº 91.152 e na OAB/DF sob o nº 20.016-A.

E. Deferimento.

Brasília, 24 de janeiro de 2013

CASSIO AUGUSTO BORGES
OAB/RJ 91.152 E OAB/DF 20.016-A

PATRÍCIA DA SILVA
OAB/SP 136.154

