



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n.º : 10840.000613/2003-60
Recurso n.º : 136.385
Matéria : IRF – ANOS: 2000 a 2002.
Recorrente : SMAR EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.
Recorrida : 3.ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP
Sessão de : 10 DE NOVEMBRO DE 2004
Acórdão .n.º : 102-46.534

ILEGITIMIDADE PASSIVA - RENDIMENTOS TRIBUTADOS NA FONTE E NA DECLARAÇÃO - Válidas as normas que determinam a obrigação à fonte pagadora e ao beneficiário, no tempo de ocorrência dos fatos, possível a exigência do tributo de qualquer das pessoas obrigadas, desde que se comprove não ter havido o correspondente pagamento.

MULTA DE OFÍCIO - Nos procedimentos de ofício as normas punitivas às infrações por declaração inexata e falta de pagamento do Imposto de Renda decorrem do artigo 44, da lei n.º 9.430, de 1996.

INCONSTITUCIONALIDADE - Em respeito à separação de poderes, os aspectos de inconstitucionalidade não devem ser objeto de análise na esfera administrativa, pois adstritos ao Judiciário.

Preliminar rejeitada.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SMAR EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de ilegitimidade passiva, e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 10840.000613/2003-60
Acórdão nº. : 102-46.534

ANTONIO DE FREITAS DUTRA
PRESIDENTE

NAURY FRAGOSO TANAKA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 03 DEZ 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, JOSÉ OLESKOVICZ, EZIO GIOBATTÀ BERNARDINIS, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS e GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ. Ausente, justificadamente, a Conselheira MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO.



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

Processo nº. : 10840.000613/2003-60

Acórdão nº. : 102-46.534

Recurso nº. : 136.385

Recorrente : SMAR EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA

RELATÓRIO

Litígio decorrente do inconformismo dos representantes legais dessa pessoa jurídica – Rodrigo Hamamura Bidurin – OAB/SP 198.301 e Ricardo Conceição de Souza – OAB/SP 118.679 - com a decisão de primeira instância, na qual considerada procedente a exigência tributária.

Formalizado por Auto de Infração, de 27 de fevereiro de 2003, o crédito tributário de R\$ 3.800.893,33 (três milhões, oitocentos mil e oitocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), fls. 7 a 83, teve origem no Imposto de Renda incidente sobre pagamentos de aluguéis, serviços prestados por pessoas jurídicas, adiantamento de salários, salários e 13.º salário, nos meses de maio a dezembro de 2000, em todos os meses do ano de 2001, e de janeiro a outubro de 2002.

Ressalte-se que o tributo foi devidamente descontado e escriturado, mas não informado à Administração Tributária, via DCTF, nem recolhido aos cofres da União, conforme indicado na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fl. 8.

A fundamentação legal para a exigência do tributo encontra-se indicada à fl. 17, enquanto a multa de ofício (normal) e os juros tem suporte na legislação constante da fl. 62.

Tanto na peça recursal, quanto na impugnatória, posição contrária à exigência do tributo da dita pessoa jurídica em razão do entendimento de que o efetivo sujeito passivo é representado pelas pessoas dos beneficiários. Compôs a justificativa a posição da DRJ/RPO, da lavra da Dr.^a Marizete Marques Pavan, não completamente identificada.



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

Processo nº. : 10840.000613/2003-60

Acórdão nº. : 102-46.534

Ainda, protesto contra a aplicação de juros de mora com suporte na taxa SELIC, pela falta de respaldo constitucional.

A posição foi robustecida com a doutrina de Maria Helena Diniz¹ a respeito das espécies de juros, de Sacha Calmon Navarro Coelho², sobre o pressuposto para a multa e a função desta. Nesse entendimento, o juro é que tem a função de recompor o patrimônio estatal lesado pelo tributo não recebido a tempo.

Justificada a posição, com a argumentação de que a Taxa SELIC, foi regulamentada pelas Circulares BACEN 1.594/90, 2.311/93 e 2.671/96, e resulta das negociações dos títulos públicos e da variação de seus valores de mercado, do cálculo efetuado pelo BACEN para a variação do custo do dinheiro e da flutuação desse custo no mercado financeiro. Dessa forma, ela espelharia a remuneração do capital e lhe imporia a mesma característica.

Sendo esta última distinta daquela aplicável aos juros cobrados pelo Poder Público – moratórios – fica impedida sua utilização para compor o crédito tributário.

Em outra linha de protesto contra os juros de mora, argumentos contrários à fundamentação legal dada pela lei n.º 9.065, de 1995, artigo 13, que não estaria obediente à norma contida no artigo 161, § 1.º do CTN, porque neste há exigência de que os juros sejam “de mora”. Também, haveria ofensa a essa norma, em razão daquela que determina a cobrança dos juros não conter o percentual a ser cobrado, mas deixá-lo para fixação pelo próprio Poder Executivo, por meio do Banco Central.

Protesto, também, contra a multa de ofício, em percentual de 75% (setenta e cinco por cento) do valor do tributo não pago, sendo considerada

¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, 6.ª Ed. 2.º V., pág. 307.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 10840.000613/2003-60
Acórdão nº. : 102-46.534

incorreta essa aplicação da norma porque não houve o cotejamento da contabilidade da empresa, não foi descaracterizada sua escrita fiscal, nem apontado indício de erro ou fraude. No entender da defesa, o percentual corresponde a uma punição por conduta dolosa, não caracterizada no processo.

Em adição à posição contra a penalidade, argüido sobre a presença de caráter confiscatório, em razão desse percentual ser elevado. Reforçada a posição com alguns julgados do TRF 1.ª Região.

Finalizada a argumentação com pedido de exclusão da penalidade ou redução ao percentual de 20% (vinte por cento), aplicável nas situações de atraso nos recolhimentos, sem o apontamento de conduta dolosa do contribuinte.

Esclareça-se que a pessoa jurídica foi representada por Luís Gustavo de Castro Mendes, OAB/SP 170.183, e Alexandre Rego, OAB/SP 165.345, que apresentaram a peça impugnatória, localizada às fls. 170 a 180.

Julgada em primeira instância, a exigência tributária foi considerada pela Terceira Turma da DRJ/Ribeirão Preto, por unanimidade de votos, procedente, conforme Acórdão DRJ/RPO n.º 3.691, de 8 de maio de 2003, fls. 216 a 223.

Nessa decisão, informado sobre a incompetência do julgador administrativo para decidir aspectos de inconstitucionalidade de leis, em razão de sua obrigatória obediência à norma posta, e a atribuição ser exclusiva do Poder Judiciário, pela norma contida no artigo 102, da CF/88.

Quanto ao erro na identificação do sujeito passivo, utilizou das normas contidas nos artigos 121, do CTN, 103, do DL n.º 5844/43, e da orientação contida no Parecer Normativo n.º 353, de 1971, para manter a responsabilidade do tributo descontado e não pago, com a fonte pagadora.

² COELHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria e Prática das Multas Tributárias, RJ, Forense, 2.ª Ed., 1992, págs. 71 e 72.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 10840.000613/2003-60
Acórdão nº. : 102-46.534

A imposição dos juros de mora foi mantida com suporte na norma contida no artigo 13, da lei n.º 9.065, de 1995, e na lei n.º 9430, de 1996, artigo 61, § 3.º. Esclarecido que a taxa SELIC não é fixada pelo Poder Executivo mas determinada pelo mercado de títulos federais registrados no SELIC, e que o caráter remuneratório depende da natureza do fato jurídico que provoca sua incidência.

A multa de ofício foi mantida com suporte na origem do crédito tributário que foi proveniente de um lançamento efetuado por representante da Administração Tributária, e não de uma conduta saneadora efetivada pelo próprio contribuinte.

Finalizado o voto com a rejeição da preliminar arguida e com posição concordante com a procedência do feito.

Arrolamento de bens no processo 10840.002.136/2003-77, conforme informado no despacho de fl. 267.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 10840.000613/2003-60
Acórdão nº. : 102-46.534

VOTO

Conselheiro NAURY FRAGOSO TANAKA, Relator

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e profiro voto.

O pólo negativo destas relações jurídicas tributárias não pode ser outro senão esta pessoa jurídica.

Trata-se de imposição legal de responsabilidade por tributos de terceiros decorrente do artigo 121, II, do CTN, que foi parcialmente cumprida pela pessoa jurídica, com o cálculo e desconto dos pagamentos efetuados, subsumindo-se as transações econômicas de fundo às diversas modalidades de incidência e de base de cálculo. No entanto, incorreram os responsáveis pela pessoa jurídica em infração *dolosa* à norma tributária em razão de permanecer, ilegalmente, com o produto dessas diversas incidências.

A justificar essa posição, o fato de a empresa ter calculado e descontado o tributo incidente sobre cada uma das transações econômicas indicadas no Auto de Infração, mas não informado essa operação à Administração Tributária, via DCTF, e nem ter recolhido tais importâncias aos cofres da União, conforme consta da parte do Auto de Infração denominada "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal", fl. 008⁽³⁾.

Infrações de característica *dolosa* porque não se pode alegar o desconhecimento da regra tributária de recolher o tributo descontado de terceiros

³ "Em decorrência das análises efetuadas, constatamos que a empresa não declarou em DCTF's nem recolheu quaisquer valores do referido imposto, retidos dos beneficiários nas operações de pagamentos de: aluguéis; serviços prestados por Pessoas Jurídicas à empresa; adiantamento de salários; e décimo-terceiro salário." Excerto da Descrição dos Fatos, fl. 008.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 10840.000613/2003-60

Acórdão nº. : 102-46.534

aos cofres da União, nem tampouco eventual “esquecimento” ou “engano” na expressiva quantidade de transações apuradas pelas Autoridades Fiscais.

Calcular e descontar o tributo devido em cada transação significa conhecimento da legislação tributária, e o fato de escriturá-las e permanecer com o produto dessa operação, que tinham vencimentos em cada mês, implica presença de subjetividade pois ato intencional de “retardar o conhecimento do fato gerador do tributo” por não declará-las em repetidas oportunidades à Administração Tributária, e de “apropriar-se do dinheiro público” em razão de possuir contabilidade e habitualmente permanecer com o dinheiro resultante da aplicabilidade da norma a que subsumido.

Não se trata de um ato infracional qualquer, esporádico, onde a ilegalidade ocorreu independente da vontade do sujeito passivo ou responsável, mas de ação voluntária no sentido de permanecer com o dinheiro público.

Quanto à sujeição passiva, importante esclarecer que, no tempo de ocorrência do fato gerador do tributo, eram **válidas** ambas as normas que determinavam a conduta de calcular e recolher o Imposto de Renda aos cofres da União, quando de tributação em dois tempos: na fonte e na declaração.

Assim, tanto pode a Autoridade Fiscal exigir o tributo não pago da fonte pagadora, quanto da beneficiária dos rendimentos, desde que esta última ainda não tenha efetuado o pagamento. Conclui-se, dessa realidade, pela não ocorrência de erro na identificação do sujeito passivo, motivo para que o protesto que integrou a peça recursal seja afastado.

Importante lembrar que a jurisprudência citada não produz efeitos contra a imposição tributária em razão de constituir norma individual e concreta válida entre as partes litigantes. Despida de efeitos *erga omnes* não se reveste dos requisitos legais para impor óbice à aplicação da norma posta.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 10840.000613/2003-60
Acórdão nº. : 102-46.534

A parte da peça recursal voltada contra a imposição dos juros de mora não pode ser objeto de análise neste voto em razão de estar centrada na ilegalidade da norma de referência.

Conforme esclarecido pelo colegiado *a quo* essa verificação não cabe à Autoridade Fiscal, nem aos órgãos julgadores administrativos, porque suas ações são vinculadas à lei posta, em decorrência da vinculação contida no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, bem assim, no artigo 5.º, II do mesmo diploma legal.

A análise de eventual extrapolação dos limites constitucionais compete exclusivamente ao Poder Judiciário.

Trago, então a este voto, o princípio da separação de poderes insculpido no artigo 2.º da CF/88, que impõe a independência harmônica entre os poderes da União.

Sendo a análise e decisão a respeito da constitucionalidade de leis atribuição restrita ao Judiciário, na forma do artigo 102, da CF/88, não cabe a qualquer outro manifestar-se sobre o assunto, sob pena de ofensa ao dito princípio.

Em contrário, uma ação do Poder Executivo no sentido de excluir a incidência de um determinativo legal, também constituiria invasão da competência atribuída ao Legislativo.

Caso o julgamento administrativo interpretasse no sentido de que a lei de fundo estaria afrontando as determinações constitucionais, equivaleria à criação de uma exclusão da incidência legal em vigor. Assim, o Poder Executivo "legislaria", sem ter a competência para esse fim, e em ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 10840.000613/2003-60
Acórdão nº. : 102-46.534

Lembro que o poder detentor da competência para legislar, ou seja, criar e aprovar novas leis é o Poder Legislativo. Ao Executivo cabe o cumprimento das leis postas.

Decorre, então, a impossibilidade de qualquer decisão sobre a legalidade da imposição fiscal relativa aos juros de mora com lastro na taxa SELIC.

Passando ao questionamento da penalidade de ofício, verifica-se que decorreu da norma contida no artigo 44, I, da lei n.º 9.430, de 1996, na qual obriga-se sua utilização em procedimentos executados pela Administração Tributária. Ressalte-se o teor do texto legal do *caput* desse artigo:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (...)” (Grifei).

Observe-se que a norma impõe a aplicação desse tipo de penalidade aos lançamentos de ofício e não contém autorização para que as Autoridades Fiscais, ou os julgadores possam excepcioná-la.

Ressalte-se que o percentual de 75% (setenta e cinco por cento) é de menor gravame que o aplicado às infrações nas quais não presente o “evidente intuito de fraudar o fisco”. Estas últimas, de maior ônus, pois percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), encontram-se sob norma contida no mesmo artigo, mas no inciso II.

Constata-se, portanto, inexistir alternativas para atender o pleito dos recorrentes, no sentido de reduzir a penalidade para 20% (vinte por cento).

Quanto à ofensa ao princípio do não confisco, válida a mesma argumentação posta para os juros de mora nos aspectos atinentes à inconstitucionalidade.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 10840.000613/2003-60

Acórdão nº. : 102-46.534

Isto posto, voto no sentido de afastar a preliminar de nulidade do feito por erro na identificação do sujeito e quanto ao mérito, para negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 10 de novembro de 2004.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Naury Frágoso Tanaka', written over a horizontal line.

NAURY FRAGOSO TANAKA