



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 12448.728444/2011-02
Recurso nº 946.233 Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-003.354 – 2ª Turma
Sessão de 17 de setembro de 2014
Matéria Processo Administrativo Fiscal
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TELEMAR PARTICIPAÇÕES S.A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004

RECURSO ESPECIAL. SITUAÇÕES FÁTICAS DIVERSAS. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA.

Para que se configure a divergência jurisprudencial é indispensável que os julgados confrontados revelem soluções jurídicas distintas extraídas das mesmas premissas fáticas, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Os dois acórdão paradigmas cuidaram de situações em que existiam decisões judiciais que impediam o lançamento do tributo. Já no acórdão recorrido esta situação não se encontrava caracterizada, posto que a decisão judicial exarada em seu contexto impedia a realização atos tendentes a cobrança da dívida tributária, não vedando a promoção do lançamento tributário.

Recurso especial não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso. A Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo apresentará declaração de voto. Declarou-se impedido o Conselheiro Alexandre Naoki Nishioka.

(Assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

(Assinado digitalmente)

Elias Sampaio Freire – Relator

(Assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Declaração de voto

EDITADO EM: 06/10/2014

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Alexandre Naoki Nishioka, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Pedro Anan Junior (suplente convocado), Maria Helena Cotta Cardozo, Gustavo Lian Haddad e Elias Sampaio Freire.

Relatório

A Fazenda Nacional, inconformada com o decidido no Acórdão nº. 2202-02.079, proferido pela Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF em 20 de novembro de 2012, interpôs, dentro do prazo regimental, recurso especial de divergência à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

A decisão recorrida, por maioria de votos, negou provimento ao recurso de ofício e quanto ao recurso voluntário do contribuinte, por maioria de votos, rejeitou a preliminar de incompetência para o julgamento do referido recurso, suscitada pelo Conselheiro Relator; e acolheu a arguição de decadência suscitada, para declarar extinto o direito da Fazenda Nacional constituir o crédito tributário lançado. Seguem abaixo as suas ementas:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Anos-calendário: 2003, 2004 MULTA ISOLADA E JUROS ISOLADOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA PELA FONTE PAGADORA POR FORÇA DE MEDIDA JUDICIAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. Os processos que versem sobre o lançamento de Multa Isolada e Juros Isolados exigidos em razão da não retenção do imposto de renda pela fonte pagadora por força de decisão judicial, posteriormente revogada, que impedia a responsável tributária de reter o imposto devido, são de competência da Segunda Seção do CARF, visto que o lançamento das penalidades pela falta de retenção não se confunde com o lançamento do imposto propriamente dito.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS Anos-calendário: 2003, 2004 LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. O prazo para a Fazenda Pública constituir de ofício o crédito tributário decorrente da exigência de multa e juros isolados é o previsto no inciso I do art. 173 do CTN, ou seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Registre-se que as hipóteses do artigo 151 do CTN não suspendem o prazo decadencial, para efetivação do lançamento, mas tão somente o prazo prescricional, para a cobrança judicial do crédito tributário. Em outras palavras, o Fisco não poderá inscrever em dívida ativa ou ajuizar execução fiscal de crédito que esteja com sua exigibilidade suspensa, mas poderá efetuar o lançamento, exercendo o seu direito potestativo, nos termos do artigo 142 do CTN. Preliminar de incompetência rejeitada. Recurso de ofício negado. Arguição de decadência acolhida.

O apelo da Fazenda Nacional visa rediscutir a fluência do prazo decadencial quando existe decisão judicial favorável ao Contribuinte. Como paradigmas, indica os acórdãos 107-06.379 e CSRF/01-03.279, assim ementados:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPEDINDO A LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO — Não pode subsistir Auto de Infração lavrado na vigência de medida judicial que, expressamente, proibia essa providência da autoridade administrativa. Determinações judiciais da espécie, embora raras e inusitadas, devem ser revertidas com os remédios próprios, face à independência dos poderes da República.

DECADÊNCIA — A decadência se verifica quanto ao direito de lançar. O direito só pode ser exercido quando dele se dispõe. Se a administração pública está impedida de efetuar o lançamento não corre o prazo decadencial. Preliminar acolhida. (Acórdão 107-06.379)

DECADÊNCIA — IMPEDIMENTO PARA EFETUAR O LANÇAMENTO SUSPENSÃO DO PRAZO DECADENCIAL — LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. A existência de obstáculo judicial, legal, ou qualquer outro motivo de força maior, que impeça a ação das autoridades fiscais para a formalização da exigência fiscal, impedirá ou suspenderá (conforme já tenha ou não começado a fluir) o curso do prazo previsto para a prática do ato administrativo de lançamento (Lei nº. 3.470, art. 23 e RIR/80, art. 715). (Acórdão CSRF/01-03.279).

Ressalta a divergência jurisprudencial entre os julgados dos acórdãos recorrido e paradigma: enquanto o acórdão recorrido reconheceu a decadência do direito de lançar o crédito tributário mesmo diante da existência de decisão liminar judicial válida e eficaz que impedia a prática desse ato administrativo, os paradigmas firmaram a tese de que a existência de obstáculo judicial, legal, ou qualquer outro motivo de força maior, que impeça a ação das autoridades fiscais para a formalização da exigência fiscal, impedirá ou suspenderá (conforme já tenha ou não começado a fluir) o curso do prazo previsto para a prática do lançamento.

Argumenta que o instituto da decadência se verifica na hipótese em que o titular do direito perde o direito de exercê-lo, em função da sua inércia, que tem efeito preclusivo, em decorrência do princípio da segurança jurídica. Diz que, porém, não pode haver inércia do titular do direito quando existem obstáculos ao seu exercício criados por terceiros, sob os quais o titular não possui a menor influência.

Alega que, portanto, em relação ao presente feito há que se observar que o contribuinte obteve decisão judicial favorável que impedia o Fisco de realizar o lançamento, razão pela qual não há que se falar em fluência do prazo decadencial enquanto vigente as liminares nos Mandados de Segurança. E considerando que foi na data de 11 de março de 2008 que o Tribunal Federal da 2ª Região cassou as liminares e a sentença favoráveis ao contribuinte, de acordo com o inciso I do art. 173 do CTN, a decadência somente ocorrerá em 01 de janeiro de 2014.

O Despacho de 02 de outubro de 2013 deu seguimento ao pedido em análise.

O contribuinte apresentou, tempestivamente, contrarrazões.

Afirma que em seu recurso especial, a Fazenda Nacional não fez o devido cotejo da matéria, conforme preceituado no § 6º do artigo 67 do RICARF, *in verbis*:

“Art. 67. (...)

§ 6º A divergência prevista no caput deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.”

Diz que a Recorrente apenas colacionou as ementas dos acórdãos paradigmas, extraindo dessas a premissa equivocada de que os casos versam sobre o mesmo tema do acórdão recorrido, sem em nenhum momento identificar especificamente os pontos convergentes dos casos respectivos.

Argumenta que nos paradigmas, o Fisco estaria impedido de praticar o ato administrativo de lançamento e que no acórdão recorrido essa premissa não subsiste; inclusive o Conselheiro Relator explicitou em seu voto que a Fazenda Nacional poderia ter consubstanciado o lançamento apenas pra evitar a decadência. No caso dos autos, a medida judicial impedia o Fisco meramente de executar o crédito tributário, por meio de inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal, e não de proceder à regular constituição do crédito tributário, ou seja, de praticar o ato administrativo de lançamento.

Ressalta que existe uma diferença abissal entre os institutos jurídicos do lançamento e o da inscrição em dívida ativa e acrescenta que é pacífica a tese de que, caso a exigibilidade do crédito tributário resta suspensa, por decisão judicial, o Fisco não pode ser impedido de lançá-lo, ou seja, mesmo quando subsiste suspensa a exigibilidade do crédito tributário, é garantido à Fazenda Nacional o direito de realizar o lançamento, principalmente para fins de prevenir a decadência nos moldes do art. 63 da Lei nº 9.430/96.

Acrescenta que o recurso especial da Recorrente também viola o § 10 do artigo 67 do RICARF, *in verbis*:

“§ 10. O acórdão cuja tese, na data de interposição do recurso, já tiver sido superada pela CSRF, não servirá de paradigma, independentemente da reforma específica do paradigma indicado.”

Alega que os acórdãos apresentados pela Recorrente foram proferidos pelo antigo Conselho de Contribuintes e estão ultrapassados, tanto pela jurisprudência do STJ como pela jurisprudência do CARF.

Por fim, requer que não seja conhecido o recurso especial da Fazenda Nacional, acolhendo-se a preliminar de falta de comprovação da divergência jurisprudencial, bem como sua inadequação em face da remansosa jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e do STJ.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Elias Sampaio Freire, Relator

Conforme relatado, o apelo da Fazenda Nacional deu-se com base nos acórdãos paradigmas nº 107-06.379 e nº CSRF/01-03.279, assim ementados:

Acórdão 107-06.379

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPEDINDO A LAVRATURA DE AUTO DE INFRAÇÃO — Não pode subsistir Auto de Infração lavrado na vigência de medida judicial que, expressamente, proibia essa providência da autoridade administrativa. Determinações judiciais da espécie, embora raras e inusitadas, devem ser revertidas com os remédios próprios, face à independência dos poderes da República.

*DECADÊNCIA — A decadência se verifica quanto ao direito de lançar. O direito só pode ser exercido quando dele se dispõe. **Se a administração pública está impedida de efetuar o lançamento não corre o prazo decadencial.***

Preliminar acolhida." (GRIFEI)

Acórdão CSRF/01-03.279

*"DECADÊNCIA — IMPEDIMENTO PARA EFETUAR O LANÇAMENTO SUSPENSÃO DO PRAZO DECADENCIAL — LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. A existência de obstáculo judicial, legal, ou qualquer outro motivo de força maior, que **impeça a ação das autoridades fiscais para a formalização da exigência fiscal**, impedirá ou suspenderá (conforme já tenha ou não começado a fluir) o curso do prazo previsto para a prática do ato administrativo de lançamento (Lei nº. 3.470, art. 23 e RIR/80, art. 715). (Acórdão nº.CSRF/01-0.434/84)*

*A concessão de liminar em mandado de segurança, **impedindo a ação fiscalizadora** em sentido amplo, enquanto não cassada, representa obstáculo judicial à formalização do lançamento e **suspende a fluência do prazo de decadência previsto no CTN***

(Precedentes do Primeiro Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais).

Recurso especial não provido." (GRIFEI)

A seguir, a recorrente assevera que os acórdãos paradigmas encamparam a tese no sentido de que a existência de obstáculo judicial impeditivo da realização do lançamento acarretaria a suspensão do prazo decadencial: *"Como se vê, nos vv. acórdãos paradigmas restou consagrada a tese de que a existência de obstáculo judicial, legal, ou qualquer outro motivo de força maior, que impeça a ação das autoridades fiscais para a formalização da exigência fiscal, impedirá ou suspenderá (conforme já tenha ou não começado a fluir) o curso do prazo previsto para a prática do lançamento."*

Acerca do acórdão recorrido discorre que: *"De modo contrário, o v. acórdão recorrido entendeu que, mesmo enquanto vigia decisão liminar em mandado de segurança que impedia o Fisco de realizar medidas coercitivas e de compelir o contribuinte ao recolhimento do imposto de renda na fonte, fluuiu o prazo decadencial para lavratura do auto de infração."*

Ocorre que no caso em apreço, não havia decisão judicial que impedisse o lançamento tributário, conforme trecho a seguir transcrito do voto condutor:

"Entretanto discordo, pois no meu entendimento, não cabe o argumento de que a autoridade fiscal não poderia realizar o lançamento ora debatido em decorrência da vigência de decisões favoráveis à Recorrente, visto que é garantido o direito de promover o lançamento, justamente com o propósito de prevenir a decadência. O artigo 63 da Lei 9.430/96 nesse sentido se posiciona ao prescrever a possibilidade de lançamento de crédito tributário para prevenir a decadência."

"Por força de liminar, o fisco fica impedido de realizar atos tendentes a cobrança, tais como inscrição da dívida ativa, mas não lhe é vedado promover o lançamento do Crédito. Essa posição está consolidada nos tribunais superiores tais como se nota do pro exemplo no Embargos de Divergência RESP 572.603/PR."

Para que se configure a divergência jurisprudencial é indispensável que os julgados confrontados revelem soluções jurídicas distintas extraídas das mesmas premissas fáticas, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Os dois acórdão paradigmas cuidaram de situações em que existiam decisões judiciais que impediam o lançamento do tributo. Já no acórdão recorrido esta situação não se encontrava caracterizada, posto que a decisão judicial exarada em seu contexto impedia a realização atos tendentes a cobrança da dívida tributária, não vedando a promoção do lançamento tributário.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial da Fazenda Nacional.

(Assinado digitalmente)

Elias Sampaio Freire

Declaração de Voto

Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo

Trata o presente processo, de exigência de Multa Isolada e Juros Isolados, incidentes sobre o Imposto de Renda na Fonte a título de antecipação, que deixou de ser retido por força de medida judicial, quando do pagamento de Juros sobre Capital Próprio.

Na ação judicial, a autuada, que é a autora, não se insurgiu contra a tributação dos rendimentos (Juros sobre Capital Próprio), mas unicamente quanto à obrigatoriedade de retenção pela fonte pagadora, ao argumento de que não teria como aproveitar-se, ao final do ano-calendário, das antecipações efetuadas. Nesse passo, a concessão de medidas judiciais impedindo a retenção na fonte tornava inócua a sistemática de antecipação, já que, encerrado o ano-calendário, o beneficiário dos rendimentos simplesmente os incluía na declaração, sendo que os juros relativos ao período em que o imposto deixara de ser retido, bem como eventual multa, não mais podiam ser cobrados da fonte pagadora, cuja falta de retenção não fora voluntária, mas sim por força de medida judicial. Em suma, encerrado o ano-calendário, nem o beneficiário nem a fonte pagadora eram responsabilizados pelo prejuízo causado no período em que o imposto deixara de ser retido.

Nesse contexto, foi editada a Medida Provisória nº 2.158-35, de 14/08/2001, contendo dispositivo corrigindo a lacuna – art. 55 – que constitui o fundamento da presente autuação e assim dispõe:

“Art. 55. O imposto de renda incidente na fonte como antecipação do devido na Declaração de Ajuste Anual da pessoa física ou em relação ao período de apuração da pessoa jurídica, não retido e não recolhido pelos responsáveis tributários por força de liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, de tutela antecipada em ação de outra natureza, ou de decisão de mérito, posteriormente revogadas, sujeitar-se-á ao disposto neste artigo.

§ 1º Na hipótese deste artigo, a pessoa física ou jurídica beneficiária do rendimento ficará sujeita ao pagamento:

I - de juros de mora, incorridos desde a data do vencimento originário da obrigação;

II - de multa, de mora ou de ofício, a partir do trigésimo dia subsequente ao da revogação da medida judicial.

§ 2º Os acréscimos referidos no § 1º incidirão sobre imposto não retido nas condições referidas no caput.

§ 3 O disposto neste artigo:

I - não exclui a incidência do imposto de renda sobre os respectivos rendimentos, na forma estabelecida pela legislação do referido imposto;

II - aplica-se em relação às ações impetradas a partir de 1º de maio de 2001.”

Assim, trata-se de exigência isolada de multa e juros de mora, referentes a Imposto de Renda na Fonte que constitui antecipação do IRPJ devido na declaração da Pessoa Jurídica. A esse respeito, verifica-se que a competência para julgamento de Imposto de Renda na Fonte retido a título de antecipação é da Primeira Seção de Julgamento, conforme se depreende do Regimento Interno do CARF, Anexo II, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009:

“Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

(...)

III – Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;”

Destarte, tendo em vista tratar-se de consectários relativos a Imposto de Renda na Fonte como antecipação do IRPJ devido na declaração, a primeira conclusão a que se chega é no sentido de que a Segunda Seção de Julgamento seria incompetente para julgar o presente recurso, já que sua competência, relativamente ao IRF, restringe-se às incidências exclusivas e definitivas.

Entretanto, tendo em vista as discussões entabuladas, restou a dúvida acerca da competência para julgamento da matéria em tela, uma vez que não se trata do próprio Imposto de Renda na Fonte que seria devido por antecipação, mas sim de consectários com incidência também exclusiva e definitiva (multa e juros isolados), não se vinculando ao IRPJ a ser apurado na declaração. Assim, analisando-se a questão sob esse ângulo, as exigências ora tratadas efetivamente se harmonizariam com a competência da Segunda Seção.

Diante do exposto, restando a dúvida, e tendo em vista a posição da maioria do Colegiado, no sentido da competência da Segunda Seção para julgar o presente recurso, deixo de arguir a preliminar de incompetência.

Ressalve-se que tal posicionamento não é definitivo, tampouco está vinculado à decisão recorrida, que concluiu pela competência da Segunda Seção. Com efeito, a decisão acerca de competência, proferida pelas Câmaras Baixas, de forma alguma teria força vinculante para a Câmara Superior de Recursos Fiscais, que é soberana para deliberar acerca de sua própria competência, em sede de preliminar, que antecede a todas as demais preliminares ou prejudiciais, inclusive ao próprio conhecimento do recurso.

Assim, assentado neste momento que a Segunda Seção teria competência para julgamento do presente Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, cabe verificar se o apelo atendeu aos pressupostos de admissibilidade.

De plano, discordo dos fundamentos que levaram o Ilustre Conselheiro Relator a não conhecer do Recurso Especial. Isso porque, com todas as vênias, entendo que o voto vencedor reduz a discussão travada nos autos ao conteúdo da parte dispositiva das

respectivas medidas judiciais. Nesse passo, no caso dos paradigmas, a parte dispositiva das medidas judiciais proibiriam expressamente o lançamento, enquanto que no acórdão recorrido a medida judicial proibiria apenas a cobrança do crédito tributário, e não a promoção do lançamento.

Assim, aplicando-se a lógica do voto vencedor, caso a Fazenda Nacional indicasse paradigma cuja parte dispositiva da medida judicial fosse idêntica à do acórdão recorrido (proibindo somente a cobrança, e não o lançamento), porém com adoção de solução diversa (entendendo-se que mesmo assim o lançamento não poderia ter sido formalizado), a divergência estaria configurada. Entretanto, a meu ver, esse ponto é irrelevante, e por si só não configuraria a alegada divergência, conforme será adiante explicitado.

A leitura do acórdão recorrido, tanto do voto vencedor como do voto vencido, em momento algum autoriza a conclusão, no sentido de que o posicionamento adotado por cada um dos Conselheiros estaria condicionado à parte dispositiva da medida judicial – se ela proibiria expressamente o lançamento, ou se apenas coibiria a cobrança, de forma genérica. **Com efeito, a grande discussão que se trava no acórdão recorrido, é se o art. 55 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 14/08/2001, que instituiu a exigência em tela, teria ou não o condão de deslocar o respectivo fato gerador, do momento do pagamento dos rendimentos, para o momento da cassação da medida judicial.**

Nesse passo, a principal razão da imprestabilidade dos paradigmas indicados pela Fazenda Nacional não é o conteúdo das respectivas partes dispositivas das medidas judiciais, mas sim o anacronismo desses julgados, eis que tratam de fatos geradores ocorridos quando sequer existia a legislação que fundamentou a autuação, no caso do acórdão recorrido. Destarte, não há como entender-se que os paradigmas poderiam vazar interpretação divergente quanto à aplicação do art. 55 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 14/08/2001, se esta sequer se encontrava em vigor, quando dos lançamentos relativos àqueles julgados. Acrescente-se a especificidade da exigência tratada no recorrido – juros isolados e multa isolada – inaugurada com o citado art. 55, por isso mesmo impossível de integrar os lançamentos nos paradigmas, cujos fatos geradores ocorreram na década de 90.

Diante do exposto, pelas razões contidas na presente declaração de voto, não conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

(Assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo