



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13807.008006/2001-81
Recurso nº 164.960 Voluntário
Acórdão nº 2201-01.440 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de janeiro de 2012
Matéria IRRF
Recorrente CORDUROY S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Data do fato gerador: 16/07/1996

Ementa:

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE, INOCORRÊNCIA. Não é nulo acórdão de primeira instância que exaure a matéria contida na impugnação.

PEDIDOS DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA. A perícia e diligência devem ser determinadas pela autoridade julgadora, de ofício ou a requerimento do impugnante/recorrente, para o esclarecimento de fatos ou a realização de providências considerados necessários para a formação do seu convencimento sobre as matérias em discussão no processo e não para produzir provas de responsabilidade das partes.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal (Súmula CARF nº 11).

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. O Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, através de alteração promovida pela Portaria do Ministro da Fazenda nº 586, de 21.12.2010 (Publicada no em 22.12.2010), passou a fazer expressa previsão no sentido de que *“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”* (Art. 62-A do anexo II).

O STJ, em acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC definiu que *“o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o “primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*

corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação” (Recurso Especial nº 973.733).

O termo inicial será: (a) Primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, se não houve antecipação do pagamento (CTN, ART. 173, I); (b) Fato Gerador, caso tenha ocorrido recolhimento, ainda que parcial (CTN, ART. 150, § 4º).

PAGAMENTO EFETUADO SEM COMPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO OU CAUSA. ARTIGO 61 DA LEI Nº 8.981, DE 1995. CARACTERIZAÇÃO. A pessoa jurídica que efetuar a entrega de recursos a terceiros ou sócios, acionistas ou titulares, contabilizados ou não, cuja operação ou causa não comprove mediante documentos hábeis e idôneos, sujeitar-se-á à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%, a título de pagamento sem causa, nos termos do art. 61, § 2º, da Lei nº 8.981, de 1995.

ALEGAÇÃO DE INCLUSÃO NO REFIS. FALTA DE COMPROVAÇÃO. Não restando comprovado, ao longo dos autos, que os débitos de IRRF constantes no auto de infração realmente estão incluídos no REFIS, cabível é o lançamento de ofício.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos rejeitar as preliminares argüidas e no mérito negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

FRANCISCO ASSIS DE OLIVEIRA JUNIOR - Presidente

(assinado digitalmente)

RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANÇA – Relatora

EDITADO EM: 25/01/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Eduardo Tadeu Farah, Rodrigo Santos Masset Lacombe, Gustavo Lian Haddad e Francisco Assis de Oliveira Júnior (Presidente).

Relatório

DOS PROCEDIMENTOS FISCAIS

Contra a contribuinte acima identificada, foi lavrado em 10/07/2001, Auto de Infração (fls. 54/56), que foi posteriormente retificado por erro na base de calculo (fls.57) pelo Auto de Infração (fls.61/63) para exigir crédito tributário, no montante de R\$386.594,63, incluindo multa de ofício de 75% e a juros de mora calculados até 29/06/2001, originado da falta de recolhimento de IRRF sobre pagamentos sem causa e/ou não comprovados, referente a fato gerador ocorrido em 16/07/1996. Infração capitulada no art.61, §§1º, 2º e 3º da Lei nº.8.981/1995.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 13/03/2012 por RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANCA, Assinado digitalmente em

13/03/2012 por RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANCA, Assinado digitalmente em 22/03/2012 por FRANCISCO A

SSIS DE OLIVEIRA JUNI

Impresso em 28/03/2012 por HIULY RIBEIRO TIMBO - VERSO EM BRANCO

Conforme se verifica do Termo de Verificação nº1 (fls.19/20), o presente processo tem origem no processo administrativo 10109.000793/00-59, que detectou a transferência de R\$ 257.500,00 através de cheque do Banco Bradesco (agência 0117, conta corrente nº 7750066303) da empresa para Sr. Sergio Luiz Bertoncello qualificado na denominada Comissão Parlamentar de Inquérito dos Títulos Públicos (CPI), levada a feito pelo Congresso nacional, como laranja, na transferência de recursos obtidos ilicitamente no País com destino ao exterior. Esse valor foi devidamente escriturado no livro Razão (fl. 18).

Em suas respostas a empresa nega qualquer tipo de relacionamento com o mesmo, mas não explica a causa do pagamento do pagamento em questão. Nas suas justificativas informa (fls.23):

“A contra-partida da movimentação foi levada à débito da conta de adiantamentos diversos. A Corduroy entendeu como procedimento correto considerar tal movimentação bancária como receita, sem descontar respectiva despesa, porém, incluindo todos os tributos devidos, sem exceção, segundo sistemática prevista no Programa de Refinanciamento Fiscal-REFIS.”

No recibo de entrega do Refis (fls.24/50) não consta nenhum débito declarado referente a IRRF (fls.24).

DA IMPUGNAÇÃO

A ciência do lançamento se deu pessoalmente pelo representante legal da contribuinte, em 19/07/2001 (fls.61), contra o qual foi apresentada Impugnação Tempestiva (fls.65/81), cujos principais argumentos estão sintetizados pelo relatório do Acórdão de primeira instância, o qual adoto, nesta parte:

“PRELIMINARES

5.1 De plano, informa que, conquanto nunca tenha tido qualquer tipo de relacionamento com o Sr. Sérgio Luiz Bertoncello, procedeu à inclusão do crédito tributário no Programa de Recuperação Fiscal (REFIS — fls. 101 a 128), embora a autoridade fiscal não tenha considerado esta informação conforme ela mesma afirma no Termo de Juntada de Documentos (fl. 22).

5.2 Em seguida, pugna, com base no art. 173 do Código Tributário Nacional, pelo reconhecimento da decadência do direito da Administração Tributária de proceder ao lançamento de ofício, visto que a retificação do auto de infração, lavrado inicialmente em 10/07/2001, foi levado a efeito em 19/07/2001, posterior, portanto, ao prazo quinquenal, considerando a data do fato gerador como marco inicial, isto é, dia 16/07/2001.

5.3 Considera que caso não seja declarada a decadência do direito da Administração Tributária de proceder ao lançamento de ofício, deve ser reconhecida a ofensa ao direito de defesa do contribuinte, pois alguns documentos não foram analisados pela

autoridade fiscal, o que acarreta a nulidade do auto de infração, haja vista, o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

5.4 Entende, ademais, que o lançamento de ofício foi efetuado com base em premissas, presunções, sem averiguação real dos fatos, o que igualmente acarreta a nulidade do auto de infração.

MÉRITO

5.5 Em função da inclusão do débito no REFIS, estaria impedido o lançamento de ofício, visto que o crédito tributário estaria extinto, conforme art. 156, inciso III, do Código Tributário Nacional e arts. 1º, § 1º, inciso IV, e 5º do Decreto 3.342/2000.

5.6 Que o cheque citado pela autoridade fiscal foi utilizado para pagamento de "agiota".

5.7 Com base no que foi exposto acima, requer a declaração da improcedência do auto de infração, solicitando a juntada posterior de documentos, bem como a realização de perícia técnica contábil."

DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA

Após analisar a matéria, os Membros da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP, acordaram, por unanimidade de votos, em JULGAR PROCEDENTE o lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/SPO I nº 8.278, de 10/11/2005 (fls.138/149), em decisão assim ementada:

"PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO. ARTIGO 61 DA LEI Nº 8.981/1995. CARACTERIZAÇÃO. A pessoa jurídica que efetuar pagamento a beneficiário não identificado ou não comprovar a operação ou a causa do pagamento efetuado ou recurso entregue a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, bem como não comprovar o pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos ou mercadorias ou a utilização de serviços, sujeitar-se-á A incidência do imposto, exclusivamente na fonte, A alíquota de 35%.

Lançamento Procedente"

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O impugnante foi cientificado dessa decisão em 10/12/2007 ("AR" fls. 151-verso) e, com ela não se conformando, interpôs, na data de 08/01/2008, o Recurso Voluntário de fls. 159/159, acompanhado dos documentos de fls.170/187, pelas razões a seguir sintetizadas:

1. Preliminar - Prescrição Intercorrente

Preliminar de prescrição, nos termos do art.173, I do CTN, insurgindo-se inclusive contra prescrição intercorrente, por entender que esse entendimento jurisprudencial adotado por esse Conselho não segue a melhor doutrina sobre o tema, nesse sentido cita trechos das obras de Hugo de Brito Machado e decisão do STF, e ainda aponta a Emenda

Constitucional nº 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

2. Preliminar - Nulidade da decisão de 1ª instância

Preliminar da decisão da decisão recorrida por indeferir a perícia técnica, por entender *in verbis*:

“o que pretendia provar a contribuinte, com a perícia técnica que formalmente pleiteou, era, exatamente, o cerne de sua defesa: que recebeu empréstimo, a juros onzenários, do Sr. Sérgio Luiz Bertoncello, e que repôs os valores mutuados, com os juros, em favor dele (ou de quem por ele tivesse sido indicado).

(...)

Se, pelo exame pericial contábil, pudesse se constatar o ingresso dos valores e a sua saída, de maneira consentânea com o que foi alegado, evidentemente não se poderia falar em renda, porque renda não houve. Logo, não haveria tributo.”

3. Inclusão do débito no Refis

Por fim, reitera os termos da peça impugnatória e alega que referido débito está incluído no REFIS.

O IRRF está incluso no REFIS, por força do artigo 1º, § 1º, do Decreto nº 3.342/200 (que regulamentou o REFIS), até porque o crédito, incluso na declaração inicial da empresa, no Programa, já está definitivamente consolidado, nos termos do artigo 5º, § 1º, da mesma Lei.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Rayana Alves de Oliveira França

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

A matéria posta aqui em julgamento refere-se a exigência calcada sobre operações não comprovadas e pagamentos tidos como sem causa, fundamentada no artigo 61, da Lei nº 8.981/1995, que está devidamente previsto no Regulamento de Imposto de Renda – RIR/99 ao determinar:

“Seção II

Pagamento a Beneficiário não Identificado

Art. 674. *Está sujeito à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado,*

ressalvado o disposto em normas especiais (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61).

§ 1º A incidência prevista neste artigo aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, § 1º).

§ 2º Considera-se vencido o imposto no dia do pagamento da referida importância (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, § 2º).

§ 3º O rendimento será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto (Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, § 3º)."

Ora, resta evidenciado que se trata de uma incidência exclusiva, cujo fato gerador se materializa no momento do pagamento não justificado (como regra geral), sendo, inclusive, o imposto considerado devido nesse mesmo momento, reforçando-se e confirmando-se, assim, que o fato gerador é instantâneo e exclusivo. Ou seja, nem mesmo está sujeito ao ajuste na declaração de rendimentos anual. E, pela natureza desse tributo, o que deve ser considerado é, única e exclusivamente, o seu fato gerador, que é o pagamento sem causa ou operação não comprovada.

Assim não como acolher a justificativa do contribuinte que o valor do pagamento tido sem causa foi contabilizado a débito da conta de adiantamentos diversos e considerado como receita, sem descontar respectiva despesa, pois independente da forma como foi efetuado o lançamento na contabilidade, o imposto de renda nesse caso devido no momento que se efetiva o pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado, independente de ser ter sido deduzida a despesa ou de ter tido tratamento de receita.

A questão portanto, se resolve por meio de prova, a cargo do contribuinte, o qual deve comprovar as operações feitas e demonstrar e/ou justificar faticamente, quem são os beneficiários dos pagamentos realizados ou a causa dos pagamentos feitos.

Há assim, inversão do ônus da prova do Fisco para o contribuinte, que transfere para este o ônus de comprovação das operações e dos pagamentos efetuados. Não o fazendo, o contribuinte deve assumir as consequências legais, ou seja, pagar 35% de imposto de renda retido na fonte sobre estes pagamentos. Também importa dizer que o ônus de provar implica trazer elementos que não deixem nenhuma dúvida quanto ao fato questionado. Não cabe ao Fisco, nesse caso presunções, mas ao contribuinte apresentar elementos que dirimam qualquer dúvida que paire a respeito das operações e pagamentos questionados.

Nesse sentido, bem discorre Andre Santos Zanon, em seu estudo "O regime das provas no processo administrativo fiscal"¹:

"Conceito e finalidade de prova

Ultrapassado o cumprimento de requisitos formais da impugnação administrativa (legitimidade, tempestividade, adequação formal, requerimentos, etc., previstos no art.16 incs. Ia IV do Decreto n.70.235/72), vem a tona a necessidade de convencer a autoridade julgadora da pretensão defendida. É necessário demonstrar a veracidade do alegado, a prática ou abstinência de certos atos, bem como a ocorrência (ou a

¹ Andre Santos Zanon, em seu estudo publicado no livro de autoria coletiva Processo Administrativo Fiscal Federal. (Coord.) Rodrigo Francisco de Paula. Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2006, pág.153

inocorrência) de fatos que a lei reputa relevantes (leia-se: necessários e suficientes) para a caracterização da imposição tributária, ou para aplicação de penalidades.

Dessa feita, em muitas situações, a mera alegação não se representa suficiente. É necessário conferir-lhe grau substancial de veracidade, com elementos que revelem o liame entre o alegado e ocorrido.”

Por essa mesma razão que não cabe pericia contábil, o contribuinte ao alegar mútuo, deveria ter apontado em sua contabilidade a origem desses recursos para depois poder comprovar que a saída se deu para pagar empréstimo anteriormente recebido.

Ademais um contrato de empréstimo não é um adiantamento diverso, devendo ser lançado na conta apropriada de empréstimos para quando houver o pagamento essa possa ser zerada.

Por essa razão e pelos mesmos motivos empossados na decisão de primeira instância entendo não ser necessária a pericia, pois a mesma não serve para suprir deficiência da defesa ou falta de apresentação de provas necessárias para afastar o lançamento.

Nestes termos analisando a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância por entender o Recorrente de que a decisão recorrida violou os princípios da busca da verdade material e da ampla defesa ao indeferir pedido de realização da perícia.

Importa de pronto frisar que a realização de perícia e diligência devem ser decididas pela autoridade administrativa conforme sua própria convicção a respeito da necessidade de tais providências para a formação de sua convicção a respeito do desfecho a ser dado ao processo. Assim, se a autoridade julgadora entendeu estar apta a julgar o processo com os elementos constantes dos autos, é legítima a decisão. Neste sentido dispõe o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 18ª autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícia, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

A realização de pericia, portanto, não é um direito do contribuinte cuja negativa constitua cerceamento desse direito, desde que fundamentada, como foi, no caso sob exame.

Por outro lado, conforme ressaltado pela decisão recorrida, o objetivo pretendido com a diligência seria a comprovação de fatos que o próprio Contribuinte alega sobre a origem e o destino dos recursos financeiros que fluíram no caixa da empresa e que poderia ser simplesmente demonstrado apenas através da escrita contábil da empresa, elaborada conforme a lei comercial e fiscal. Rejeito, pois, a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância e pelos mesmos fundamentos acima expendidos, indefiro o pedido de diligência.

Passemos então, a análise da prescrição e da decadência alegadas pela contribuinte.

Inicialmente no que se refere a prescrição intercorrente, esta matéria já foi objeto de súmula deste Conselho, e, portanto dispensa maiores considerações a respeito. Trata-se da Súmula nº 11, a seguir reproduzida:

“Súmula CARF nº 11: Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.”

Este era já há muito tempo, o entendimento pacífico no Conselho de Contribuintes, como se observa pelas ementas dos Acórdãos a seguir:

“IRPF - DECADÊNCIA/PRESCRIÇÃO - Existente o crédito tributário, não há que se falar em decadência. A prescrição intercorrente também inexistente. Ela só pode ocorrer quando cabível a ação de execução, adequada para a cobrança do crédito tributário, a Fazenda Nacional tiver ingressado em juízo e descurar-se de ato processual que deva praticar, mantendo-se inerte por mais de 05 anos, de acordo com o artigo 174 do CTN.” (Acórdão 102-42693, de 18/02/1998)

“IRPF - PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO - A apresentação da impugnação suspende o início da contagem da prescrição em virtude da consolidação do lançamento somente ocorrer por ocasião da decisão definitiva na esfera administrativa. A partir da ciência da decisão definitiva, inicia-se o prazo para a fazenda cobrar o seu crédito já líquido e certo, e também o prazo prescricional. Este é o entendimento, não só deste Tribunal Administrativo mas também do Supremo Tribunal Federal.(CTN arts. 151 e 174).” (Acórdão 102-44131, de 23/02/2000)

“PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO – a contagem do prazo prescricional para cobrança do crédito tributário se inicia após o trânsito em julgado das decisões dos recursos administrativos na forma do PAF. Inteligência do art. 174 c/c art. 145 do Código Tributário Nacional - CTN.” (Acórdão 102-48436, de 25/04/2007)

“PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – Não ocorre a prescrição prevista no art. 174 do CTN quando não constituído definitivamente o crédito tributário, em virtude de a exigência encontrar-se suspensa por força de impugnação ou recurso na esfera administrativa. Súmula nº 11 do 1º Conselho de Contribuintes.” (Acórdão 108-09569 de 06/03/2008)

Assim, resta afastar também essa preliminar.

No que se refere ter ocorrido a decadência do direito de lançar por parte do fisco é importante analisar como o prazo de decadência é contabilizado neste caso.

A regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. No caso dos autos, entende a autoridade lançadora que os pagamentos estavam sujeitos ao pagamento do imposto de renda na fonte, devendo sua apuração ser realizada na ocorrência do pagamento e o recolhimento do imposto se processa na mesma data. Razão pela qual têm característica de tributo, cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa e amolda-se à sistemática de lançamento denominado por homologação, onde a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral do artigo 173 do Código Tributário Nacional, para encontrar respaldo no § 4º do artigo 150, do mesmo Código. Neste caso, a contagem do prazo de cinco anos tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador. Ou seja, transcorridos cinco anos a contar do fato

gerador, quer tenha havido homologação expressa, quer seja pela homologação tácita, está precluso o direito da Fazenda de promover o lançamento de ofício, para cobrar imposto não recolhido, exceto nos casos de evidente intuito de fraude, onde a contagem do prazo decadencial fica na regra geral, ou seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Quanto ao entendimento da autoridade a quo que entende que só haveria homologação se tivesse havido pagamento e, por consequência, como o lançamento efetuado pelo fisco decorreria da falta de recolhimento de imposto de renda, o procedimento fiscal não mais estaria no campo da homologação, deslocando-se para a modalidade de lançamento de ofício, sempre sujeito à regra geral de decadência do art. 173 do CTN.

Sempre fui da corrente que entendia a homologação ocorria independente do pagamento. Seguindo esse entendimento, no caso em questão, o início da contagem do prazo decadencial começou na data do fato gerador, ou seja, entre 16/07/1996 (data da transferência dos recursos para o Sr. Sergio Luiz Bertoncello). Logo, a contagem do último prazo decadencial inicia-se nesta data, encerrando-se em 16/07/2001. Tendo sido o auto de infração cientificado em 19/07/2001, já teria se operado a decadência.

Contudo, esse entendimento não mais deve prosperar, face a alteração promovida pela Portaria MF n.º 586/2010, no artigo 62-A do anexo II, que introduziu dispositivo no Regimento Interno deste E. Conselho que determina, *in verbis*:

“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”

Assim, no que diz respeito à decadência dos tributos lançados por homologação, temos como parâmetro o Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC e da Resolução STJ 08/2008, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do

débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Portanto, o STJ em acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC definiu que “o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação” (Recurso Especial nº 973.733).

Dessa forma, com o advento da decisão acima referida, tem-se que nos casos em que não houve antecipação de pagamento e/ou imposto de renda retido na fonte, deve-se

aplicar a regra do art. 173, I, do CTN, ou seja, contar-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Nos casos em que há recolhimento, ainda que parcial, aplica-se a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o prazo inicia-se na data do fato gerador.

No presente caso, como não houve pagamento que se caracterizasse como antecipação, não se aplica o § 4º do art. 150 do CTN, mas a regra exarada no artigo 173, inciso I, do CTN, que fixa o termo inicial, como o fato gerador ocorreu em 16/07/1996, a contagem do prazo decadencial, inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, em 01/01/1997, a data fatal completa-se em 31/12/2002, como a ciência ocorreu ainda no curso do ano de 2001, o lançamento não estava fulminado pela decadência.

Por essa razão, rejeito também essa preliminar.

Assim afastadas as preliminares e não tendo a contribuinte comprovado através de qualquer documento hábil e idôneo a causa do pagamento feito ao Sr. Sergio Luiz Bertoncello, não há qualquer reparo a fazer ao lançamento, por se tratar, conforme acima exposto, de matéria essencialmente de prova.

Por fim no que se refere a inclusão desse valor no Refis, esse argumento também não merece prosperar. O imposto aqui cobrado é de incidência exclusiva, cujo fato gerador se materializa no momento do pagamento não justificado, sendo, inclusive, o imposto considerado devido nesse mesmo momento.

Assim não havendo no parcelamento qualquer valor parcelado relativo ao imposto de renda retido na fonte, o débito aqui tratado não estaria incluído. Ademais, para que fosse incluído no Refis, o contribuinte deveria ter desistido de qualquer discussão administrativa relativa ao débito em questão e o presente processo não está arrolado dentre as desistências constantes da Declaração de Refis, conforme se verifica nas fls.45.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares argüidas e no mérito negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Rayana Alves de Oliveira França - Relatora