



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

Processo nº 16327.001818/2006-09
Recurso nº 164.789 Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-002.197 – 2ª Turma
Sessão de 27 de junho de 2012
Matéria IRRF
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado JOHSON & JOHNSON SOCIEDADE PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE- IRRF

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

LEGITIMIDADE PASSIVA. BENEFICIÁRIO DOS PAGAMENTOS. DECISÃO JUDICIAL QUE IMPEDIU A FONTE PAGADORA DE RETER O IMPOSTO.

Se o contribuinte, beneficiário do pagamento, obteve a tutela do Poder Judiciário para suspender a incidência tributária, que por sua vez ocorreria por meio de retenção do valor do tributo, pela fonte pagadora e, a referida fonte pagadora, sequer foi parte do processo judicial, a empresa Recorrida foi reconhecida como contribuinte de fato e verdadeiro sujeito passivo desta relação obrigacional, restando configurada, portanto, a sua legitimidade passiva.

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO, AO RESPECTIVO PRAZO DECADENCIAL, DO ARTIGO 173, I, DO CTN. OBSERVÂNCIA DA DECISÃO DO STJ. FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DE 17 DE NOVEMBRO DE 2001. PRAZO DECADENCIAL QUE SE INICIA EM 1º DE JANEIRO DE 2003 E FINDA EM 31.12.2007. DECADÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.

Nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, se não houve pagamento antecipado, o respectivo prazo decadencial é regido pelo artigo 173, inciso I, do CTN, nos termos do entendimento pacificado pelo STJ, em julgamento de recurso especial, sob o rito de recurso repetitivo. Em referido julgamento restou entendido que o prazo decadencial se inicia no exercício financeiro seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Necessária observância dessa decisão, tendo em vista o previsto no artigo 62-A do Regimento Interno do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos FISCALIS, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso especial em relação à decadência e, por maioria de votos, dar provimento ao recurso em relação à ilegitimidade passiva com retorno à Câmara “a quo” para a análise das demais questões. Vencidos os Conselheiros Pedro Anan Junior e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

(assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo

Presidente

(assinado digitalmente)

Susy Gomes Hoffmann

Relatora

Participaram do julgamento os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Gonçalo Bonet Allage, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Gustavo Lian Haddad, Maria Helena Cotta Cardozo, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Elias Sampaio Freire.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Termo de Verificação (fls. 174/182). Conforme relatório da DRJ, a fiscalização apurou o quanto segue:

*“De acordo com o Termo de Verificação de Infração de lis. 174 a 178, a contribuinte é associada da ABRAPP - Associação Brasileira das Entidades de Previdência Privada, a qual impetrou o **mandado de segurança** coletivo nº 1998.34.00.002542-4 perante a 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, com o objetivo de exonerar suas associadas (discriminadas às fls. 62 a 76) da exigência do IRRF sobre os*

resultados de aplicações financeiras prevista no art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 (petição inicial às fls. 25 a 61).

De acordo com a Certidão de Objeto e Pé expedida pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região (fl. 20), o juiz singular deferiu a liminar e, posteriormente, proferiu sentença que julgou improcedente o pedido e denegou a segurança. A impetrante interpôs recurso de apelação nº 1999.01.00.019346-6, ao qual foi conferido efeito suspensivo em sede do Agravo de Instrumento nº 1998.01.00.090224-2. A apelação aguarda julgamento no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

No que tange à decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 1998.01.00.090224-2 que concedeu efeito suspensivo à apelação, verifica-se, na Certidão de fls. 21 a 24, que a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi dado provimento, tendo o tribunal decidido que, em sede de mandado de segurança, o recurso de apelação contra sentença denegatória possui apenas efeito devolutivo. Em relação a essa decisão, a ABRAPP opôs Embargos de Declaração, que foram rejeitados.

Relata a fiscalização que, em razão da ação judicial, o IRRF sobre rendimentos de aplicações em renda fixa e em fundos de investimentos não foi retido nem recolhido pelas fontes pagadoras. Acrescenta que a autuada não optou pelo Regime Especial de Tributação previsto na Medida Provisória nº 2.222/2001."

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 209/243.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento deu por procedente o lançamento (fls. 349/370), nos termos da seguinte ementa:

*ASSUNTO : IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE
- IRRF*

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

PEDIDO DE JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de a impugnante fazê-lo em outro momento processual, ressalvado o disposto nas alíneas "a" a "c" do § 4º do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72.

DESCRIÇÃO DOS FATOS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Restando evidenciado que a descrição dos fatos e enquadramento legal se encontram suficientemente claros para propiciar o entendimento das infrações imputadas, descabe acolher alegação de nulidade do auto de infração.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA.

Não havendo o pagamento do tributo, pressuposto para a homologação tácita, a contagem do prazo de cinco anos para constituição do crédito tributário inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA.

A propositura de ação judicial importa em renúncia à discussão na via administrativa da matéria levada à apreciação do Poder Judiciário. Deve ser conhecida a impugnação em relação à matéria não discutida no processo judicial.

IRRF SOBRE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. FALTA DE RETENÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. SUJEIÇÃO PASSIVA.

Estando a fonte pagadora impossibilitada de efetuar a retenção do imposto de renda na fonte e, conseqüentemente, de recolhê-lo, por força de decisão judicial, o lançamento tributário deve ser efetuado em nome do beneficiário do rendimento.

ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE E DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à autoridade administrativa apreciar questões relacionadas à inconstitucionalidade de leis ou à ilegalidade de normas infralegais, matérias estas reservadas ao Poder Judiciário.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

Lançamento Procedente

O contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 376/419)

A antiga Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes **acolheu a preliminar de decadência quanto aos fatos geradores ocorridos antes de 17 de novembro de 2001. Acolheu-se a preliminar de ilegitimidade passiva, dando-se provimento ao recurso voluntário do contribuinte (FLS. 466/473)** Eis a ementa do julgado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE-IRRF

Ano-calendário: 2001

TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA NA FONTE – ORDEM JUDICIAL IMPEDITIVA DA RETENÇÃO – CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO EM FACE DO CONTRIBUINTE - IMPOSSIBILIDADE.

Em face do princípio da reserva de lei formal em matéria tributária não tem amparo legal a constituição de crédito tributário em face do contribuinte na hipótese de imposto de renda incidente exclusivamente na fonte em que a fonte pagadora foi impedida de efetuar a retenção por ordem judicial. A previsão veiculada pelo Parecer Normativo SRF nº 1, de 2002, no sentido de permitir tal constituição extrapola os contornos da regulação legal da matéria para as hipóteses de tributação exclusiva na fonte.

IR.FONTE - DECADÊNCIA.

Tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de decadência para a constituição do crédito tributário é de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, salvo nas hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL - NORMA PROCESSUAL – NÃO CONHECIMENTO.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial (Súmula I o CC nº. 1).

JUROS - TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula I o CC nº 4)

Preliminar de decadência acolhida

Recurso conhecido

Recurso Voluntário Provido.

Preliminar de Ilegitimidade Passiva Acolhida.

A Procuradoria da Fazenda Nacional (fls. 477/490) interpôs o presente recurso especial, com fundamento em divergência jurisprudencial (decadência) e por maioria (legitimidade passiva).

Quanto à decadência, sustentou a aplicabilidade do artigo 173, inciso I, do CTN, tendo em vista a ausência de pagamento antecipado.

Quanto à questão da legitimidade passiva, argumentou, a recorrente, que “*havendo decisão judicial impeditiva da retenção do tributo pela fonte pagadora, como ocorreu nos autos, a Administração Tributária deve autuar o contribuinte, merecendo reforma o presente julgado, devendo ser mantida a autuação nos termos nela consignados*”.

Suscitou o disposto no Parecer PGFN/CAT nº 2.998, de 18 de setembro de 2002.

O contribuinte apresentou suas contrarrazões. Discorreu no sentido do não cabimento do recurso especial por maioria. Segundo o contribuinte:

“a sessão de julgamento ocorreu em 4.2.2009, mas o v. Acórdão contra o qual se insurge a Fazenda Nacional foi formalizado tão-somente em 11.2.2011, ou seja, em data posterior à vigência do anexo II da Portaria 256/09 que trouxe o novo Regimento do CARF. Para facilitar a compreensão, vale conferir a cronologia dos fatos: (i) a sessão de julgamento que deu provimento ao Recurso Voluntário da Recorrida ocorreu em 4.2.2009 (anterior à publicação da Portaria 256/09); (ii) a Portaria 256/09 com o seu ANEXO II que trouxe o novo Regimento do CARF foi publicada em 23.6.2009, produzindo efeitos a partir 1.7.2009; (iii) a formalização do v. Acórdão recorrido ocorreu somente em 11.2.2011 (em data posterior à Portaria 256/09); (iv) o Recurso Especial da Fazenda Nacional foi interposto tão-somente em 29.03.2011!”.

É, em síntese, o relatório.

Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

Os presentes recursos especiais são tempestivos.

Primeiro analiso o recurso especial por maioria e dele tomo conhecimento.

Não há que se alegar que a alteração no Regimento Interno do CARF já havia se consolidado quando da publicação do acórdão combatido. Quando se deu a sessão de julgamento respectiva, isto é, a decisão mesmo em questão (04/02/2009), ainda havia a previsão do recurso especial por maioria para Fazenda Nacional.

Contrariaria o bem senso não se admitir o recurso especial da Fazenda Nacional, tendo em vista a demora na formalização da decisão recorrida (fato não imputável à recorrente), quando a sessão de julgamento dera-se quando existente a hipótese de cabimento do recurso especial em questão.

Ademais, o direito ao recurso nasce com a decisão em si, e não apenas com a publicação da decisão. Neste sentido, a própria jurisprudência do STJ e do STF já reconhece que o recurso interposto antes de publicada a decisão não mais é considerado intempestivo. E por quê? Porque com a prolação da decisão já existe o direito ao recurso. Veja-se a seguinte passagem de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

“No final de 2004, porém, a Corte Especial do STJ, no ERESP n. 492.461, considerou possível a interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial. A medida, que se contrapõe à jurisprudência anteriormente firmada no tribunal, decorre de decisão tomada pela maioria dos ministros da Corte Especial. O próprio STJ divulgou notícia no dia 23 de novembro de 2004, por meio do seu clipping eletrônico. Em junho de 2005, o STF proferiu decisão admitindo como tempestivo recurso interposto antes da fluência do prazo”.¹

Desta forma, admitido o recurso especial por maioria da Fazenda.

Analiso o seu mérito.

Decidiu-se, no acórdão recorrido, pela ilegitimidade passiva do contribuinte, tendo em vista a ausência de base legal para a constituição de crédito tributário, no caso de imposto de renda incidente na fonte, em que a fonte pagadora foi impedida de efetuar a retenção por ordem judicial.

No caso, a discussão recai, portanto, sobre a possibilidade de se autuar o contribuinte, quando, tratando-se IRRF, a fonte pagadora restou impedida de perpetrar a retenção na fonte, tendo como obstáculo uma decisão judicial neste sentido.

O entendimento esposado no Acórdão recorrido, em apertada síntese, se fundamenta na ausência de base legal para a constituição do crédito tributário em face do próprio contribuinte, visto que a lei só prevê a constituição da relação obrigacional tributária frente ao responsável pelo pagamento (fonte pagadora).

Entendo as razões do Acórdão recorrido, mas com ele não concordo.

Realmente a lei não previa a constituição do crédito tributário em face do beneficiário, no caso a empresa Recorrida. Todavia, a própria empresa Recorrida, via Associação de Classe recorreu ao Poder Judiciário para impedir, ainda que de forma temporária a incidência do tributo no momento previsto na lei.

Não se pode negar que a hipótese legal traz a entidade financeira como responsável pela retenção; todavia, indubitável que aquele que efetivamente tem diminuído o seu patrimônio pelo pagamento do tributo é a empresa beneficiária do rendimento.

Cabe à entidade financeira fazer a retenção. É o sujeito passivo da relação obrigacional na qualidade de responsável, porque, sabidamente, não é o contribuinte de fato, aquele que está efetivamente relacionado com o fato jurídico tributário e que sofre efetivamente a tributação.

¹ JR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 9ª Edição. Salvador: Editora Jus podivm. 2011. p. 58.

A instituição financeira só passa a ser o contribuinte se não o fizer a retenção, espontaneamente, caso em que a obrigação tem o condão de ser uma norma secundária sancionadora.

Não é o caso dos autos em que, a meu ver, não há que se tratar de ilegitimidade passiva por ausência de previsão legal.

Note-se que caso prevalecesse o entendimento esposado no Acórdão recorrido, a Recorrida ou sua substituta processual – a associação de classe – sequer teriam legitimidade processual para impetrar o Mandado de Segurança, uma vez que não seriam contribuintes, não teriam relação jurídica com o fato jurídico tributário.

Ora, se a Recorrida obteve a tutela do Poder Judiciário para suspender a incidência tributária, que por sua vez ocorreria por meio de retenção do valor do tributo, pela fonte pagadora e, a referida fonte pagadora, sequer foi parte do processo judicial, quer indicar, consoante o meu entendimento, que a empresa Recorrida (no caso por meio de sua associação de classe) foi reconhecida como contribuinte de fato e verdadeiro sujeito passivo desta relação obrigacional.

Como referido no Acórdão recorrido, o caso causa perplexidade. E, realmente, o causa, mas de forma diversa do disposto no referido Acórdão, o que registro, entendimento que muito respeito.

Todavia, me parece ilógico de um lado admitir a legitimidade para estar em Juízo e pleitear a inexigibilidade do tributo e, na seqüência, entender que a mesma parte não é legítima para figurar no pólo passivo da relação obrigacional tributária.

Ademais, alegar a ilegitimidade passiva para alegar que a relação obrigacional tributária teria que ter sido, após o momento da retenção, instaurada em face da pessoa jurídica que só poderia ser contribuinte para efetuar a retenção, quando ausência da referida retenção se deu por iniciativa do próprio contribuinte (ou como no caso, por seu substituto processual), sob o fundamento de que a lei só prevê a constituição do crédito em face da pessoa jurídica que faz a retenção, com o devido respeito, é uma interpretação literal da lei.

E, repetindo, tal interpretação literal, impediria a própria interposição da ação judicial. Assim, frente a peculiaridade do caso, considerando que a ordem judicial deslocou o aspecto temporal da regra-matriz de incidência, que, no caso concreto, leva a alterar também o sujeito passivo, reputo válido o lançamento tributário efetivado em face da Recorrida.

Para corroborar o meu posicionamento cito o Acórdão 104-23.288, Processo nº 10166.011388/2003-96 de lavra do Conselheiro Nelson Malmann, nos seguintes termos:

Visto isso, o assunto dos autos é mais complexo, já que traz um gravame: é a situação em que a fonte pagadora é impossibilitada de efetuar a retenção do imposto em virtude de decisão judicial (obstáculo judicial).

Não tenho dúvidas, que a suplicante se enquadra dentro dos parâmetros das instituições e associações civis sem fins lucrativos e as entidades fechadas de previdência contida nos artigos 174 e 175 do RIR/99, e, neste conceito, estava isenta do imposto de renda sobre o lucro real. Da mesma forma, não tenho dúvidas que a isenção não alcançava os rendimentos auferidos em razão das aplicações financeiras realizadas no período questionado, que se sujeitavam à tributação definitiva na fonte (tributação exclusiva na fonte).

Da análise dos autos, não restam dúvidas de que a responsabilidade pela retenção do imposto de renda, atribuída à fonte pagadora pelas Leis nº 8.981, de 1995 e 9.532, de 1997, ante a autorização contida no art. 45 do CTN, restou afastada na relação específica entre o contribuinte — CASSI e a instituição financeira (Banco do Brasil), em função de antecipação de tutela obtida para suspender a exigibilidade do imposto de renda sobre ganhos auferidos através de aplicações financeiras de renda fixa ou variável confirmada na decisão de mérito de la instância, onde foi reconhecida a imunidade tributária do contribuinte.

Posteriormente a decisão de 2ª instância deu provimento à apelação da Fazenda Nacional, reformando a decisão anteriormente proferida. Ora, com a devida vênua da recorrente, entendo que nestas situações específicas, provocadas pelo próprio beneficiário dos rendimentos, a responsabilidade desloca-se, tanto na incidência exclusivamente na fonte quanto na por antecipação, para o contribuinte, beneficiário do rendimento, onde a autoridade lançadora deve efetuar o lançamento, no caso de procedimento de ofício, em nome deste, já que nas hipóteses de liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, de tutela antecipada em ação de outra natureza, ou de decisão de mérito determinando a não-retenção da antecipação ou do imposto de renda exclusivo na fonte, que se constituem em lei para o caso concreto, deixa legalmente de existir a obrigação acessória da fonte pagadora, independentemente da tributação ser exclusiva ou por antecipação, razão pela qual não se pode imputar-lhe a responsabilidade pela não-retenção e não-recolhimento da antecipação ou do imposto (fonte pagadora). Eventual revogação da medida judicial após a realização do pagamento não autoriza exigir da fonte pagadora o cumprimento da obrigação acessória, por não mais subsistir a condição necessária e indispensável para o seu cumprimento, que é a posse dos recursos destinados ao pagamento.

Na situação dos autos, em tese, correta está a autuação, já que deve ser exigido do beneficiário do rendimento o imposto exclusivo na fonte, em qualquer data após a revogação da medida judicial que impedia a exigência, por ele ser o contribuinte (sujeito passivo da obrigação principal) antes, durante ou após a vigência da medida judicial, bem assim porque a extinção judicial da obrigação acessória da fonte, não extingue e nem exclui a obrigação principal do beneficiário do rendimento de recolher o imposto.

Assim, neste aspecto, dou provimento ao Recurso da Fazenda Nacional.

Na sequência, analiso o recurso de divergência que se refere à decadência que foi declarada, pelo acórdão recorrido, relativamente aos fatos geradores ocorridos antes de 17 de novembro de 2001.

Para a resolução do caso, deve-se verificar, inicialmente, se houve ou não pagamento antecipado por parte do contribuinte, ainda que parcial.

Analisando-se os autos, não se depreende, efetivamente, a existência de pagamentos antecipados do imposto em questão. Não há nenhum documento nos autos que indique tal fato.

Parto, portanto, da premissa de que não houve pagamento antecipado por parte do contribuinte.

A discussão refere-se ao dispositivo legal que deve reger o prazo decadencial na hipótese dos autos. Entendeu-se, no acórdão recorrido, aplicando-se o artigo

150, § 4º, do CTN, que a decadência atingiu os fatos geradores ocorridos antes 17 de novembro de 2001.

A Fazenda sustenta, no recurso em análise, que, em verdade, por não ter havido pagamento antecipado parcial, o prazo deve ser regido pelo artigo 173, inciso I, do CTN, de modo que o seu direito de constituição do crédito tributário não estaria extinto.

O entendimento desta relatora sempre foi no sentido de que, nos termos do artigo 150, parágrafo 4º, do CTN o que se homologa é a atividade do contribuinte e não o pagamento, de tal forma que, para o julgamento, não interessava a ocorrência ou não do pagamento.

Conforme recente alteração do Regimento Interno do CARF, impõe-se a este tribunal administrativo a reprodução dos julgados definitivos proferidos pelo STF e pelo STJ, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.

Diante disso, tem-se que o STJ já enfrentou o tema objeto do presente recurso especial, julgando-o sob o rito dos recursos repetitivos, no seguinte sentido:

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 impositivo, 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 impositivos 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.

Neste sentido, é de se ter que, por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial será regido pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, no caso de não ter havido o pagamento antecipado do tributo por parte do contribuinte.

Como efeito prático da adoção do julgamento do STJ em recurso repetitivo, está que para os casos de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte, o entendimento é que o prazo decadencial começou a fluir, na hipótese em discussão, em 1º de janeiro de 2003. Desta feita, o prazo decadencial, começando a correr em 1/1/2003, terminou em 31/12/2007. A lavratura do Auto de Infração deu-se em 17/11/2006, de tal maneira, que sob a égide deste entendimento, não ocorreu a decadência.

Diante do exposto, adotando o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por força do disposto no artigo 62-A do regimento interno, dou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, e determino o retorno dos autos ao órgão *a quo*, para a análise do mérito.

Processo nº 16327.001818/2006-09
Acórdão n.º **9202-002.197**

CSRF-T2
Fl. 12

Sala das Sessões, em 27 de junho de 2012

(assinado digitalmente)

Susy Gomes Hoffmann