



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

Processo nº

16327.001818/2006-09

Recurso nº

Voluntário

Acórdão nº

2202-002.472 – 2^a Câmara / 2^a Turma Ordinária

Sessão de

15 de outubro de 2013

Matéria

IRRF

Recorrente

JOHNSON & JOHNSON SOCIEDADE PREVIDENCIÁRIA

Recorrida

FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2001

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 CARF nº. 1).

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, não conhecer do recurso por concomitância com processo judicial. Vencidos os Conselheiros PEDRO ANAN JUNIOR, RAFAEL PANDOLFO e FABIO BRUN GOLDSCHMIDT. Fez sustentação oral o DR. Luiz Paulo Romano, OAB/DF nº 14.303.

(Assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa – Presidente

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Lopo Martinez, Rafael Pandolfo, Marcio de Lacerda Martins (Suplente Convocado), Fabio Brun Goldschmidt, Pedro Anan Júnior e Pedro Paulo Pereira Barbosa.

CÓPIA

Relatório

Em desfavor do contribuinte, JOHNSON & JOHNSON SOCIEDADE PREVIDENCIÁRIA foi lavrado o auto de infração (fls. 194 a 198) para a constituição de créditos tributários de Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF incidente sobre rendimentos provenientes de aplicações em renda fixa e em fundos de investimentos, no montante de R\$ 17.658.682,38.

Conforme o Termo de Verificação de Infração de fls. 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 expedida e pé 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 1 a 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.

Cientificado do lançamento em 17/11/2006, por meio de seu procurador, a contribuinte, a contribuinte apresentou, em 19/12/2006, a impugnação de fls. 209 a 243, com os seguintes argumentos, extraídos da decisão recorrida:

- Inicialmente, ressalta a tempestividade da impugnação e, em seguida, passa a discorrer sobre sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da presente autuação, requerendo o cancelamento do auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo.

- Alega que o art. 740 do RIR/99 estabelece que o responsável pela retenção e recolhimento do IRRF é o administrador do fundo de investimento e que, portanto, a autuação não poderia ter sido feita contra a beneficiária dos rendimentos (no caso, a impugnante). Acrescenta que a fonte pagadora é a responsável, por atribuição legal, pela retenção e recolhimento do IRRF e que não há nenhuma lei que atribua a responsabilidade, ainda que em caráter supletivo, ao beneficiário dos rendimentos.

- A impugnante também sustenta que o auto de infração deve ser cancelado por não conter a descrição detalhada dos fatos que geraram a exigência fiscal, o que afronta os princípios da verdade material, da razoabilidade, da ampla defesa e do contraditório, ofendendo ainda as determinações contidas no art. 142 do CTN, no art. 7º do Decreto nº 70.235/1972 e no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

- Em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e outubro de 2001, alega a impugnante que o auto de infração deve ser cancelado em face da decadência, pois o lançamento foi efetuado em 17/11/2006, ou seja, após o prazo de cinco anos contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, conforme determina o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

- No que tange ao Mandado de Segurança nº 1998.34.00.002542-4, impetrado pela ABRAPP, sustenta a impugnante que essa discussão judicial não implica renúncia à esfera administrativa, pois o Mandado de Segurança Coletivo não faz coisa julgada em relação a cada uma das associadas da entidade que impetrou a ação. Assim, a impugnante pode postular direito próprio e individual em processo administrativo ou judicial, razão pela qual a presente impugnação deve ser apreciada integralmente no julgamento administrativo.

- Alega a impugnante que é entidade fechada de previdência complementar, sem fins lucrativos e mantida exclusivamente pela patrocinadora. Dessa forma, é imune a impostos nos termos do art. 150, VI, "c", da Constituição Federal. Argumenta que a questão do custeio, exclusivo pela patrocinadora não é abordada no Mandado de Segurança Coletivo' petr pela ABRAPP, razão pela qual não há que se cogitar da concomitância da discussão nas esferas administrativa e judicial.

- Acrescenta que a imunidade das entidades fechadas de previdência complementar custeadas exclusivamente pelas patrocinadoras foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula nº 730, que estabelece que "a imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, 'c', da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários".

- A impugnante argumenta que atende aos requisitos para o gozo da imunidade, estabelecidos no § 2º do art. 12 da Lei nº 9.532/97, e que essa questão não foi levantada pela fiscalização. Alega também que eventual superávit, decorrente ou não de aplicações financeiras não pode ser considerado um desvirtuamento da imunidade, pois os rendimentos produzidos por tais aplicações são destinados à manutenção do objetivo social.

- Em relação ao § 1º do art. 12 da Lei nº 9.532/97, que estabelece que "não estão abrangidos pela imunidade os rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável", alega a impugnante que tal dispositivo encontra-se com sua eficácia suspensa, com efeitos erga omnes, desde 09/09/1998, em face da publicação de decisão liminar proferida nos autos da ADIN nº 1.802, não podendo fundamentar a presente autuação.

- Acrescenta que esse dispositivo distorceu o conceito de imunidade, ao pretender impor a incidência do imposto sobre rendimentos de aplicações financeiras, contrariando o disposto no art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, que veda à União instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços das instituições de assistência social sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

- Assim, uma vez reconhecida a imunidade da entidade de previdência privada sem fins lucrativos, deve ser afastada qualquer tributação em relação a rendimentos de aplicações financeiras.

- No que tange aos dispositivos do RIR/99 apontados na autuação, sustenta a impugnante que o art. 729 deve ser afastado, pois são inaplicáveis ao caso os textos legais que lhe dão fundamento. O art. 65 da Lei nº 8.981/95 se refere à pessoa jurídica isenta, que não é o caso da impugnante, que é entidade imune. Por sua vez, o art. 35 da Lei nº 9.532/97 não pode ser aplicado em relação à pessoa jurídica imune, face à suspensão da eficácia do § 1º do art. 12 da Lei nº 9.532/97. Conseqüentemente, os artigos 730 a 733 também não devem ser observados.

- A impugnante também requer o afastamento dos artigos 17, 18, 21 e 32 da Instrução Normativa SRF nº 25/2001, sob o argumento de que constituem violação aos princípios tributários e à legislação vigente.

- Acrescenta que, mesmo que se considere devido o IRRF, a responsável pelo recolhimento do imposto, conforme definido em lei, é a fonte pagadora, não podendo o imposto ser exigido da beneficiária dos rendimentos, devendo ser cancelado o auto de infração.

- No que se refere aos juros de mora, a impugnante se insurge contra a aplicação da taxa Selic, por não ter sido criada por lei para fins tributários, requerendo sua desconsideração no cálculo do crédito tributário.

- Ad argumentandum, caso seja admitida a exigência de juros com base na taxa Selic, sustenta que eles devem ser calculados somente sobre o crédito tributário principal, não havendo fundamento legal para sua exigência em relação à multa de ofício.

- Por todo o exposto, a impugnante requer o cancelamento integral da exigência (IRRF, multa e juros) consubstanciada no auto de infração, com o consequente arquivamento do processo administrativo.

Em 27 de junho de 2007, os membros da 10^a Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo I proferiram Acórdão que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares, e considerou procedente o lançamento, nos termos da Ementa a seguir transcrita.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE- IRRF

Periodo de apuração: 01/10/2001 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 DECADÊNCIA. POR HOMOLOGAÇÃO.

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 e, relação a matéria não discutida no processo judicial

IRRFB 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, consequentemente, 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.

Cientificado em 19/07/2007, o contribuinte, se mostrando irresignado, apresentou, em 16/08/2007, o Recurso Voluntário, de fls. 150/158, reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicitadas do presente relatório.

Ao apreciar as razões do recorrente, a quarta câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes por unanimidade de votos, resolveu acolher a preliminar de decadência quanto aos fatos geradores ocorridos antes de 17 de novembro de 2001,. Pelo voto de qualidade, acolheram a preliminar de ilegitimidade passiva e dar provimento ao recurso, vencidos naquela ocasião Nelson Mallmann, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Antonio Lopo Martinez (Relator) e Amarylles Reinaldi e Henriques Resende, Designado para redigir o voto quanto a preliminar de ilegitimidade Pedro Anan Junior.

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”.

A Segunda Câmara Superior de Recursos Especiais, por unanimidade de votos, resolveu dar provimento ao recurso especial em relação a decadência e, por maior de votos, dar provimento ao recurso em relação a ilegitimidade passiva com retorno à Câmara “a quo” para análise das demais questões. Vencidos o Conselheiro Pedro Anan Junior e Rycardo Henrique Magalhaes de Oliveira.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

Cabe, de início, fixar-se os limites do litígio visto que nem toda matéria será agora apreciada. As questões da decadência e da ilegitimidade passivas já foram afastadas pela CSRF.

O lançamento resultou da constatação de falta de recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre os ganhos com aplicações financeiras em fundos de renda fixa no período de 01/2001 a 12/200101;

Conforme o Termo de Verificação de Infração de fls. 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 expedida e pé 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 1 a 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.

Quanto à discussão do mérito, qual seja, a falta de recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos oriundos de aplicações financeiras, com a devida vênia, não pairam dúvidas, para este relator, que a matéria está submetida à apreciação do Poder Judiciário, razão pela qual encontra-se este CARF impedido de proceder ao seu exame.

Sobre esse ponto aplico a súmula:

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 CARF nº 1)

Diante do exposto, não conheço o recurso no tocante aos fundamentos da exigibilidade do tributo, visto que submetidos à manifestação do poder jurisdicional (opção pela via judicial).

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez