



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

Processo n° 16327.002380/2001-63
Recurso n° 154.611 Voluntário
Matéria IRF - Ano(s): 1998 a 2000
Acórdão n° 102-49.297
Sessão de 08 de outubro de 2008
Recorrente BANCO SCHAHIN S/A
Recorrida 8ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Período de apuração: 17/06/1999 a 09/10/2000

**NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.
INOCORRÊNCIA.**

Quando a decisão de primeira instância, proferida pela autoridade competente, está fundamentada e aborda todas as razões de defesa suscitadas pela impugnante, não há se falar em nulidade.

MULTA DE OFÍCIO. EXIGIBILIDADE SUSPENSA.

Perante a existência de decisão judicial, que suspende a exigibilidade do tributo, com data anterior ao início do procedimento fiscal, deve-se afastar a multa de ofício lançada.

Preliminar rejeitada.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar e, no mérito, DAR provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. Declarou-se impedido de votar o Conselheiro Alexandre Naoki Nishioka.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente


NÚBIA MATOS MOURA
Relatora

FORMALIZADO EM: 11 NOV 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Raimundo Tosta Santos, Silvana Mancini Karam, Eduardo Tadeu Farah, Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Moisés Giacomelli Nunes da Silva.



Relatório

BANCO SCHAHIN CURY S/A, já qualificado nos autos, inconformado com a decisão de primeiro grau, prolatada pelos Membros da 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo/ SP I, mediante Acórdão DRJ/SPOI nº 16-9.820, de 28/07/2006, fls. 229/239, recorre a este Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos do Recurso Voluntário, fls. 245/261.

Mediante Auto de Infração, fls. 03/11, formalizou-se exigência de Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF, no valor total de R\$ 1.644.850,34, incluindo multa de ofício e juros de mora, estes últimos calculados até 31/10/2001.

A infração apurada pela autoridade fiscal, detalhada no Auto de Infração e no Termo de Verificação Fiscal, fls. 13/20, foi a distribuição de rendimentos de fundo de investimento imobiliário, sem retenção/recolhimento do imposto de renda na fonte.

Do Termo de Verificação Fiscal infere-se que o Banco Schahin Cury S/A, administrador do Fundo de Investimento Imobiliário Geo Guararapes, cujos cotistas são: Funcef – Fundação dos Economiários Federais, Celpos – Fundação Celpe de Seguridade Social, Fundação Sistel de Seguridade Social, Tellos – Fundação Embratel de Seguridade Social e Rede de Ensino Geo Ltda, quando da distribuição dos lucros do fundo, somente procedeu à retenção do imposto relativamente aos rendimentos da Rede de Ensino Geo Ltda.

No que tange aos demais participantes do fundo, a retenção deixou de ser realizada em razão da existência de Medida Liminar em Mandado de Segurança coletivo, concedido nos autos do Processo nº 98.02542-4 da 8ª Vara Federal do Distrito Federal, impetrado pela Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada – ABRAPP, que exonerava as entidades fechadas de previdência privada da exigência do Imposto de Renda na Fonte sobre os resultados de aplicações financeiras previstas na Lei nº 9.532/97 e Instrução Normativa SRF nº 96/97.

Afirma a autoridade fiscal que os rendimentos de Fundo de Investimento Imobiliário são disciplinados pelas Leis nºs. 8.668, de 1993 e 9.065, de 1995, pelas Instruções Normativas SRF nºs. 2/96 e 72/97 e pela Medida Provisória nº 1.788, de 1998, convertida na Lei nº 9.779, de 1999, razão porque não estariam tais lucros alcançados pela Medida Liminar.

Inconformada com a exigência, a contribuinte apresentou impugnação, fls. 266/273, que se encontra assim resumida no Acórdão DRJ/SPOI nº 16-9.820, de 28/07/2006, fls. 229/239:

3.1. inicialmente, faz uma divagação sobre o Mandado de Segurança impetrado pela ABRAPP, concluindo que o crédito tributário ora discutido estava, à época do lançamento, com sua exigibilidade suspensa.

3.2. Afirma que “a exigência do imposto de renda sobre aplicações financeiras, para entidades imunes, só foi instituída – ainda que de



forma inconstitucional - com o advento da mencionada Lei 9.532/97, impugnada por meio do mandado de segurança noticiado. Antes da entrada em vigor deste diploma legal, não havia nenhuma previsão normativa que autorizasse a tributação, pelo imposto sobre a renda, dos rendimentos de aplicações financeiras auferidos por aquelas entidades, inclusive aqueles decorrentes de fundos de investimento imobiliário, justamente em face da imunidade tributária que lhes foi constitucionalmente assegurada”.

3.3. Continua, argumentando sobre o entendimento equivocado da fiscalização ao alegar que os textos legais citados na medida liminar não tratam da tributação dos rendimentos e ganhos de capital distribuídos por Fundo de Investimento Imobiliário aos seus quotistas, matéria disciplinada por outras normas legais citadas.

3.4. Prossegue: “Assim, de acordo com o incompreensível raciocínio da fiscalização, “os rendimentos e ganhos de capital distribuídos por Fundo de Investimento Imobiliário”, regulados pela legislação mencionada, teriam natureza diversa “dos rendimentos e ganhos de capital auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável”, referidos pela Lei 9.532/97.”

3.5. Em seguida, cita, e transcreve, o artigo 752, do RIR/99, para concluir: “O referido dispositivo regulamentar evidencia que os rendimentos auferidos pelos fundos de investimento imobiliário, são originários de aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável, operações estas, portanto, alcançadas pelo referido artigo 12 da Lei 9.532/97.”

3.6. Após discorrer mais um pouco nessa mesma linha de raciocínio, o impugnante conclui que o crédito tributário em questão está com a exigibilidade suspensa e “caberia à fiscalização federal lavrar o auto de infração impugnado com o único propósito de se precaver contra os efeitos da decadência, consignando expressamente a circunstância de que o crédito tributário reclamado encontra-se com sua exigibilidade suspensa.”

3.7. A partir dessa conclusão, afirma ser inaplicável a multa de ofício, conforme o disposto no artigo 63 da Lei nº 9.430/96, citado e transcrito.

3.5. Encerra, requerendo o reconhecimento da improcedência do Auto de Infração e, “protestando provar o alegado por todos os meios admitidos em direito, notadamente pela juntada de novos documentos, caso se faça necessária”.

A DRJ São Paulo/ SP I julgou, por unanimidade de votos, procedente o lançamento e os fundamentos da decisão recorrida estão consubstanciados nas seguintes ementas:

ACÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. INOCORRÊNCIA.

A concomitância entre processos, judicial e administrativo, só ocorre quando os agentes e as matérias discutidas são as mesmas nos dois processos.



PRODUÇÃO DE PROVA. COMPLEMENTAÇÃO.

Dispensável a complementar produção de provas, quando os documentos integrantes dos autos revelam-se suficientes para formação de convicção e conseqüente deslinde do feito.

REALIZAÇÃO DE PERÍCIA.

Considera-se não formulado o pedido de pericia que deixe de atender aos requisitos previstos em lei.

ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. IMUNIDADE. INEXISTÊNCIA.

Entidades fechadas de previdência privada não são instituições de assistência social e não estão protegidas pela imunidade prevista no artigo 150 da Constituição Federal.

PRODUÇÃO DE PROVA. COMPLEMENTAÇÃO.

Dispensável a complementar produção de provas, quando os documentos integrantes dos autos revelam-se suficientes para formação de convicção e conseqüente deslinde do feito.

Cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, em 12/09/2006, Aviso de Recebimento – AR, fls. 242, a contribuinte apresentou, em 11/10/2006, Recurso Voluntário, fls. 245/261, no qual reproduz e reforça as alegações e argumentos da impugnação, acrescentando o que se segue:

A impugnação foi rejeitada em primeira instância administrativa, mantendo-se integralmente a exigência fiscal, sob o fundamento de que “o impugnante não logrou comprovar a condição de associadas à ABRAPP das empresas quotistas do Fundo (...)”, de modo que “tais quotistas não estão protegidos pela ação judicial proposta por aquela associação”.

Ainda de acordo com a decisão de primeira instância, seria “irrelevante ao caso discutir se os rendimentos em questão seriam ou não enquadráveis como oriundos de aplicações financeiras, pois se não está comprovado que os quotistas do fundo estariam amparados pela medida judicial, o provimento obtido pela ABRAPP, afastando a incidência de IRRF sobre resultados de aplicações financeiras (Lei nº 9.532/97 e IN SRF nº 96/97), não há de ser (...) considerado”.

Em síntese, a autoridade julgadora rejeitou a impugnação apresentada pelo Recorrente, assim como deixou de analisar seus argumentos de defesa, em razão da suposta falta de comprovação de que os quotistas do Fundo eram associados da ABRAPP.

O entendimento manifestado pela autoridade julgadora, data maxima vênia, não pode prosperar, pois se nem mesmo o Sr. Agente Fiscal autuante contestou o fato dos quotistas do Fundo serem associados da ABRAPP, ela (autoridade julgadora) não poderia fundamentar sua decisão na falta de comprovação desse fato, sem antes determinar a realização das diligências necessárias à sua confirmação.



Daí a razão da interposição do presente recurso, que visa o reconhecimento da nulidade da decisão de primeira instância administrativa, ou, subsidiariamente, a sua reforma, para o fim de reconhecer que o crédito tributário reclamado encontrava-se com sua exigibilidade suspensa à época de lavratura do Auto de Infração, razão pela qual o Recorrente não estava sujeito à aplicação de penalidades.

O recorrente trouxe aos autos, juntamente com o Recurso, declaração da ABRAPP, fls. 265, informando que Celpos – Fundação Celpe de Seguridade Social, Funcef – Fundação dos Economiários Federais, Portus – Instituto de Seguridade Social, Sistel – Fundação Sistel Seguridade Social e Telos – Fundação Embratel de Seguridade Social são seus associados.

É o Relatório.



Voto

Conselheira NÚBIA MATOS MOURA, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

A autoridade julgadora de primeira instância fundamentou sua decisão, de manutenção total da exigência, no fato de não estar comprovado nos autos a condição de associado à ABRAPP dos beneficiários dos rendimentos, distribuídos pelo Fundo de Investimento Imobiliário Geo Guararapes.

Em preliminar, o recorrente argúi a nulidade da decisão de primeira instância, afirmando que, em assim procedendo, a autoridade julgadora de primeira instância teria agregado à lide fato novo que não teria sido questionado pela autoridade julgadora. Entende que tal conclusão somente seria possível depois de realizada diligência, que comprovasse a não-condição, das beneficiárias dos rendimentos, de associada à ABRAPP.

Assiste razão à recorrente quando afirma que a autoridade julgadora de primeira instância trouxe fato novo à lide, já que no Termo de Verificação Fiscal a autoridade autuante não contesta este fato, muito pelo contrário, pauta o lançamento no entendimento de que os rendimentos produzidos pelo Fundo de Investimento Imobiliário não estariam abrangidos pela Medida Liminar concedida à ABRAPP.

Entretanto, a conduta da autoridade julgadora de primeira instância não trouxe prejuízo à recorrente, que ao recorrer da decisão, poderia, como de fato o fez, comprovar a condição, das beneficiárias dos rendimentos do Fundo, de associadas à ABRAPP.

Afirma, ainda, a recorrente que a autoridade julgadora de primeira instância teria deixado de analisar a arguição de que os rendimentos distribuídos por Fundo de Investimento Imobiliário estariam, sim, abrangidos pela Medida Liminar concedida à ABRAPP.

Muito embora a autoridade julgadora de primeira instância tenha afirmado no voto condutor da decisão que era *irrelevante ao caso discutir se os rendimentos em questão seriam ou não enquadráveis como oriundos de aplicações financeiras*, deve-se observar que, em outro trecho do voto, assim se pronunciou:

6.6. No caso em tela, fica evidente que, quanto ao direito de as empresas de previdência privada, quotistas do Fundo Imobiliário alvo da ação fiscal não sofrerem a imposição do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte sobre os rendimentos distribuídos pelo Fundo de Investimento Imobiliário Geo Guararapes, não haveria como prosseguir na discussão na instância administrativa, desde que as citadas empresas de previdência privada sejam associadas à Associação impetrante da ação judicial, pois essa questão está sendo apreciada pelo Poder Judiciário, via Mandado de Segurança, o acima citado MS nº 98.02542-4, impetrado pela Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada – ABRAPP.

 7

6.7. No entanto, não seria a mesma a situação com relação às controvérsias sobre exigibilidade do crédito tributário (imposição da multa de ofício), nem sobre a questão da produção de provas. (grifos do original)

Como se vê, resta claro que para a autoridade julgadora de primeira instância a situação posta é a seguinte: comprovada a condição, das entidades beneficiárias dos rendimentos do Fundo de Investimento Imobiliário Geo Guararapes, de associada à ABRAPP, a discussão administrativa se restringiria à imposição da multa de ofício, dado que a solução para a questão da tributação ou não dos rendimentos estaria a cargo do Poder Judiciário.

Desta forma, há de se concluir que a autoridade julgadora se pronunciou, ainda que tangencialmente, de forma afirmativa no sentido de entender que os rendimentos distribuídos por Fundo de Investimento Imobiliário estariam, sim, abrangidos pela Medida Liminar concedida à ABRAPP.

Nestes termos, não há como prevalecer a arguição de nulidade da decisão de primeira instância trazida pela recorrente.

No mérito, o recorrente solicita a exclusão da multa de ofício, pois entende que, em razão da Medida Liminar em Mandado de Segurança coletivo, concedido nos autos do Processo nº 98.02542-4 da 8ª Vara Federal do Distrito Federal, encontrava-se impedido de proceder à retenção e, conseqüentemente, o recolhimento do imposto de renda quando da distribuição dos rendimentos do Fundo de Investimento Imobiliário.

Considerando-se que o recorrente logrou demonstrar, mediante documento, fls. 265, que os beneficiários dos rendimentos que deram causa ao lançamento são associados da ABRAPP, a lide que se impõe reside em saber se os rendimentos distribuídos por Fundos de Investimento Imobiliário estão abrangidos pela Medida Liminar e, em assim sendo, se caberia, ou não, a incidência da multa de ofício.

A autoridade fiscal afirma no Termo de Verificação Fiscal que a Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 e a Instrução Normativa SRF nº 96, de 31 de dezembro de 1997, que são mencionadas na Medida Liminar não tratam da tributação dos rendimentos e ganhos de capital distribuídos por Fundo de Investimento Imobiliário. Tal entendimento é equivocado.

A Lei nº 9.532, de 1997, que altera a legislação tributária federal, dedica aos fundos de investimento os arts. 28 a 32, instituindo a partir de 1º de janeiro de 1998 a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica imune ou isenta, nas aplicações em fundos de investimento, constituídos sob qualquer forma.

Já a IN SRF nº 96, de 1997, dispõe, justamente, acerca da incidência do imposto de renda na fonte sobre rendimentos de aplicações financeiras efetuadas diretamente pelo aplicador ou por meio de fundos de investimento.

Desta forma, há de se concluir que os rendimentos relativos aos Fundos de Investimento Imobiliário estão abrangidos pela Medida Liminar.



No que se refere a aplicação da multa de ofício, deve-se observar o disposto no art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996¹, que determina a não-aplicação da multa de ofício, na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa em razão de concessão de medida liminar em mandado de segurança e de concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial.

Este é o caso dos autos, as beneficiárias dos rendimentos do Fundo de Investimento Imobiliário Geo Guararapes estavam protegidas por Medida Liminar em Mandado de Segurança, que as exonerava da exigência do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos obtidos em aplicações financeiras de renda fixa e variável.

Assim, não pode prevalecer a exigência da multa de ofício, conforme consubstanciado no Auto de Infração, fls. 03/11.

Ante o exposto, VOTO por afastar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, e, no mérito, dar provimento ao recurso, para excluir do lançamento a exigência da multa de ofício, no valor de R\$ 596.067,68.

Sala das Sessões-DF em 08 de outubro de 2008.


NÚBIA MATOS MOURA

¹ Art.63.Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.