



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

**Processo n°** 19515.002254/2004-22  
**Recurso n°** 157.252 Voluntário  
**Matéria** IRF - Ano(s): 1999  
**Acórdão n°** 106-16.811  
**Sessão de** 06 de março de 2008  
**Recorrente** PARMALAT PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA.  
**Recorrida** 2ª TURMA/DRJ - BRASÍLIA - DF

Processo Administrativo Fiscal. Prazos. Perempção. Não logrando a recorrente demonstrar que o recurso foi apresentado no prazo consignado no art. 33, *caput* do Decreto nº 70.235, de 1972, não se conhece do recurso.

Recurso voluntário não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PARMALAT PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA.

ACORDAM os membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso por perempto, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS  
Presidente

  
LUMY MIYANO MIZUKAWA  
Relatora

FORMALIZADO EM: 23 MAI 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luiz Antonio de Paula, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, Ana Neyle Olímpio Holanda, Giovanni Christian Nunes Campos, Janaina Mesquita Lourenço de Souza e Gonçalo Bonet Allage.

1  
D RB

## Relatório

Trata-se de auto de infração relativo ao Imposto de Renda Retido na Fonte, via Auto de Infração e respectivo Demonstrativo de Apuração, contra o sujeito passivo, cujo crédito tributário perfaz o montante de R\$ 11.730.387,08, atinente aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário 1999 (fls. 84/89), o crédito tributário lançado está assim discriminado (fl. 84):

- a) imposto, no valor de R\$ 4.576.916,05;
- b) juros de mora (calculados até 30/09/2004), no valor de R\$ 3.720.784,01;
- c) multa proporcional (multa de ofício), no valor de R\$ 3.432.687,02.

A infração se reporta ao imposto de renda na fonte - diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago (verificações obrigatórias), em razão do contribuinte ter contabilizado, mensalmente, na conta contábil 2.01.01.02.02.002 -IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE DE PESSOAS JURÍDICAS, as retenções de imposto de renda sobre encargos financeiros decorrentes de contratos de empréstimos firmados com pessoas jurídicas, os quais não foram recolhidos e nem informados em DCTF's como imposto a pagar.

Os valores creditados na conta de imposto de renda retido na fonte de pessoas jurídicas, durante o ano-calendário de 1999 foram estornados em 31/12/99, ou seja, o contribuinte registrou mensalmente a obrigação e ao final do exercício simplesmente baixou os valores anulando os lançamentos efetuados anteriormente.

Intimado através do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL (fls. 74), e mais de cinco termos de intimações para esclarecimentos dos fatos, e principalmente, intimado para apresentação de documentos e dos contratos de empréstimos firmados com pessoas jurídicas que respaldassem o respectivo lançamento contábil e apresentar as DCTF's dos valores transitados na conta contábil de IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE DE PESSOAS JURÍDICAS, bem como as respectivas guias de recolhimentos, silenciou-se a respeito da matéria.

O montante que deixou de ser recolhido durante o ano-calendário de 1999 totaliza a importância de R\$ 4.576.916,05, conforme demonstrativo anexo ao Termo de Intimação Fiscal (fls. 75/76), o qual foi elaborado, tendo como base as informações fornecidas pelo contribuinte em meios magnético relativos ao Diário Geral, e as consignadas nos Livros Diários (dezembro de 1999), obtendo assim todos os lançamentos dos valores registrados como imposto de renda retido a pagar de pessoas jurídicas.

A fiscalização procedeu ao lançamento dos valores devidos, os quais não foram declarados em DCTF's como saldo a pagar e nem pagos.

A fundamentação legal da autuação pautou-se no disposto no artigo 5º, da Lei nº 9.779/99; art. 6º da Medida Provisória nº 1.855/99; Instrução Normativa da SRF nº 123/99 e os valores devidos e os períodos de apuração estão demonstrados na planilha anexada ao TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL (fls. 75/76), no art. 77, inciso 111, do Decreto Lei nº 5.844/43; art. 1º.

149, da Lei nº 5.172/66, nos artigos 889, do RIR/94, atual art. 841, do RIR/99; artigos 1º ao 5º da Lei nº 9.779/99.

A autuação lastreou-se no entendimento de que são também tributados como aplicações financeiras de renda fixa os rendimentos auferidos pela entrega de recursos à pessoa jurídica, sob qualquer forma e a qualquer título, independentemente de ser ou não a fonte pagadora autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou nas operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (artigos 1º ao 5º, da Lei nº 9.779/99, art. 6º da Medida Provisória nº 1.855/99, Instrução Normativa da SRF nº 123/99).

O contribuinte apresentou impugnação, alegando em síntese que:

*1) Preliminarmente, que o crédito tributário lançado, quanto aos fatos geradores indicados no Auto de Infração, estaria decaído em parte, pois entre a ocorrência do fato gerador e a ciência da autuação já teriam decorridos mais de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN (lançamento por homologação);*

*2) Que a fiscalização entendeu ser devida a incidência do IRRF sobre os contratos de mútuo realizados entre a Impugnante e empresas do mesmo Grupo Econômico; que tais operações de mútuo foram firmadas entre pessoas jurídicas de direito privado, fora do Sistema Financeiro Nacional; que, no caso, a Impugnante entende que não tem sustentação jurídica a exigibilidade pela Fazenda Nacional da incidência de Imposto de Renda na Fonte; que a retenção na fonte do Imposto de Renda é uma forma juridicamente possível e que se insere nos mecanismos de arrecadação que o ente tributante pode empreender; que, contudo, à vista do princípio da legalidade estrita deve ser veiculado por lei; que, no caso, o estabelecimento de obrigação tributária para pessoa diversa do contribuinte (o responsável tributário) depende da edição da Lei Complementar à luz do art. 146 da CF; que, no caso, sequer a lei ordinária foi veículo introdutório da norma tributária, pois foi veiculada pela IN SRF nº7/03/02/99;*

*3) Que seria ilegal a tributação por meio de Portaria, ou seja, por meio de Instrução Normativa. Nesse sentido, alega que a IN SRF nº7, de 3/02/1999, revogada pela IN SRF 25, de 06/03/2001, que regulou o art. 5º da Lei nº9.779 de janeiro de 1999, extrapolou o texto dessa lei; que os mútuos (operações de empréstimo) realizados entre pessoa jurídicas de direito privado e entre pessoas jurídicas e pessoas físicas, fora do Sistema Financeiro, não seriam operações financeiras e nem tampouco poderiam ser equiparadas a operações de renda fixa ou de renda variável, operações estas próprias de instituições financeiras autorizadas a captar recursos no mercado; que a matriz legal da IN SRF nº7/99 (a Lei nº9.779/99) não incorporou ao campo de incidência do IRRF as operações de crédito previstas no art. 13, ou seja, as operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas e entre pessoas jurídicas e pessoas físicas fora do Sistema Financeiro Nacional; que não bastasse a incongruente equiparação das operações de mútuo às operações de crédito realizadas no âmbito do sistema financeiro, a SRF instituiu por Instrução Normativa a incidência do IRRF sobre o rendimento de tais mútuos; que da ausência de lei decorre a ilegalidade e mais uma vez a afronta dos princípios e garantias*

constitucionais; que o art. 77 da Lei nº 8.981/95 que trata da tributação das operações financeiras, não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos nas operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou interligadas, exceto se a mutuaria instituição financeira; que é imperativo reconhecer que tal dispositivo não poderia ter sido revogado pela IN SRF nº 07/99, nem tampouco pela Instruções normativas seguintes que tratam do assunto; que somente com a edição da Lei nº 10.833/2003 é que o inciso 11 do art. 77 da Lei nº 8.981/95 foi definitivamente revogado; que, desta forma, no exercício de 1999, como é caso, toma-se impossível a cobrança do IRRF sobre as operações de mútuo entre empresas que tenham alguma vinculação societária, sob pena de ofensa ao princípios da legalidade e da tipicidade cerrada vigentes no Direito Tributário Pátrio; que, no âmbito do Ministério da Fazenda, o 1º Conselho de Contribuintes vem entendendo que somente a IN SRF nº 7/99 (substituída pela IN 25/2001) não teria a força e o condão de alterar o art. 77, 11, da Lei nº 8.981/1995. Nesse sentido, inclusive, transcreve o Acórdão nº 10613.917 da Sexta Câmara, sessão de 14/04/2004, do 1º CC do Ministério da Fazenda, Relatora Sueli Efigênia Mendes de Brito (fl. 105);

4) Que teria havido irregular aplicação da penalidade, pois há falta de justificativa para a propositura de tal penalidade em face do art. 142 do CTN; que seja excluída a penalidade de ofício aplicada de forma irregular por ausência de motivação e dosagem;

5) Que haveria necessidade de laudo contábil, pois a fiscalização fez os lançamentos de tributo em apreço contra duas partes contratantes do mútuo (empresas do mesmo grupo), seja impugnante como mutuante ou mutuária, além de outras irregularidades, motivo pelo qual é imprescindível a conversão do julgamento em diligência a fim de que:

a) sejam apurados todos os contratos de mútuo objeto das autuações, estabelecendo-se suas partes e os montantes devidos, que deram origem aos lançamentos, excluindo-se da tributação o responsável tributário, uma vez que não mais é o destinatário da tributação pelo IRRF no lançamento de ofício;

b) sejam apuradas e excluídas as cessões de direitos creditórios em face das assunções de deveres creditórios nas operações que não constituíram novos contratos de mútuo, mas simplesmente troca de papéis;

c) seja excluída da base de cálculo do tributo os saldos inadimplidos que não constituíram despesas dedutíveis nas respectivas competências; que fica indicado, como Assistente Técnico, o Sr. Jorge Suleiman, contador devidamente inscrito no CRC/SP nº ISPI95925/0-0, domiciliado na Av. Juscelino Kubitschek, 1830, Torre I, CEP: 04543-900, São Paulo/SP.

6) Que seja reduzido, em relação à parcela do principal, o cômputo dos juros calculados a base da taxa SELIC para o percentual máximo previsto no art. 161 do CTN, por este ser o limite legal permitido; que seja excluído, a partir do protocolo da impugnação, o cômputo de juros sobre a multa, por ser indevida e ilegal tal aplicação sobre penalidade;

A DRJ entendeu que quanto à decadência alegada (preliminar de mérito), tem-se que não ocorreu a alegada decadência em relação a qualquer parte do crédito tributário lançado de ofício, pelo fato do contribuinte não ter realizado ou exercitado as atividades de que trata o caput do art. 150 do CTN (não declarou o débito do IRRF em DCTF e também não efetuou o pagamento, relativos aos fatos geradores ocorridos nos meses 10/99, 11/99 e 12/99, quanto aos encargos financeiros pagos atinentes às operações de mútuo contraídas), a contagem do prazo de decadência aplicável, no caso, é o do Inciso I, do art. 173 do mesmo diploma legal. Assim, o prazo para o lançamento fiscal somente expirou em 31/12/1994. Ainda, como o sujeito passivo tomou ciência do Auto de Infração em 25/10/04 (fl. 85), logo o crédito tributário em tela ficou a salvo dos efeitos da decadência.

No que concerne à alegação de que o crédito tributário do IRRF, atinente ao ano-calendário 1999, teria sido lançado ilegalmente com base tão-somente nas IN SRF nº07/99, e nº123, de 14/10/99 (art. 17, III, e § 2º), pois o sujeito passivo, nessa época, não estaria obrigado legalmente a fazer a retenção e o pagamento do IRRF sobre os encargos financeiros pagos relativos a operações de mútuo (empréstimos) contraídas junto a empresas controladas, controladoras, coligadas ou interligadas, em função da exclusão ou isenção dessa responsabilidade, conforme disposto no art. 77, II, da Lei nº8.981/95 (cujo dispositivo legal teria sido revogado apenas pelo art. 94, III, da Lei nº10.833, de 29/12/2003), a DRJ entendeu o seguinte:

*a) o sujeito passivo não provou nos autos, em nenhum momento, que os mútuos foram contraídos com pessoas do Grupo Econômico Parmalat (empresas controladas, controladoras, coligadas ou interligadas);*

*b) não obstante, se as operações de mútuo foram contraídos entre empresas do mesmo Grupo Econômico, ou não, no caso é irrelevante ou despicienda essa questão, pois, em função dos arts. 1º a 5º da Lei nº9.779/99, houve revogação tácita do art. 77, II, da Lei nº8.981/95. Nesse sentido, para melhor compreensão, esses dispositivos legais foram regulamentados pela IN SRF nº05/99 que determinou em seu art. 1º, § 2º, que no caso de mútuo entre pessoas jurídicas, a incidência do IRRF ocorre inclusive quando a operação for realizada entre empresas controladoras e controladas, coligadas e interligadas. Na sequência, esse ato normativo foi revogado pela IN SRF nº123/99 (art. 17, III, e § 2º), que entretanto manteve o mesmo entendimento da IN anterior.*

*Logo, essa alegação do sujeito passivo de que essas Instruções Normativas teriam afrontado o art. 77, II, da Lei nº8.981/95, pois teriam criado hipótese de responsabilidade pela retenção e pagamento do IRRF sem previsão legal, não procede, como demonstrado acima.*

*Além disso, essa alegação de ilegalidade não pode ser apreciada na esfera administrativa, pois as autoridades tributárias responsáveis pelo lançamento e pelo julgamento estão adstritas à legislação tributária vigente na época do fato gerador. De modo que o(s) ato(s) normativo(s) editados pelo Poder Público, enquanto não declarados ilegais pelo Poder Judiciário, tem presunção de legitimidade e de legalidade.*

*Destarte, a alegação de ilegalidade das Instruções Normativas é inócua na esfera administrativa, pois o contencioso administrativo não é o foro próprio para examinar questão dessa natureza.*

*Na verdade, as questões atinentes à ilegalidade e à inconstitucionalidade, respectivamente, de atos normativos federais e de leis são afetas exclusivamente ao Poder Judiciário, em face do princípio constitucional da Unidade de Jurisdição.*

*Vale esclarecer que não compete à autoridade administrativa se manifestar sobre essas matérias do ponto de vista da não aplicação da lei por ilegalidade ou por inconstitucionalidade, excetuados os casos em que houver declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, com efeito erga omnes, situação em que é permitido às autoridades fiscais afastar a sua aplicação (Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, e Parecer do PGFN/CRE nº 948, de 2 de junho de 1998).*

*No caso concreto, dado que a administração tributária apenas exerceu o poder/dever de lançamento do crédito tributário, conferido pela Constituição Federal e institucionalizado pela legislação infraconstitucional de regência, não há como negar efetividade à incidência do IRRF, sob os argumentos de ilegalidade ou inconstitucionalidade.*

*Sendo assim, não cabe ao agente do Fisco deixar de aplicar a legislação tributária com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais contrários à legislação tributária ou com fulcro em decisões judiciais sem efeito erga omnes, ou decisões judiciais em que o sujeito passivo não foi parte do processo, uma vez que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

*Neste caso, portanto, não cabe à instância administrativa apreciar a alegada violação a quaisquer dos Princípios Constitucionais, haja vista que tal questão ultrapassa os limites de sua competência, conforme posição manifestada no Parecer Normativo CST nº 329170. Cabe à autoridade administrativa tão-somente verificar o cumprimento da legislação tributária de regência, ao passo que a adequação desta aos princípios constitucionais ou às normas gerais de direito tributário são de competência exclusiva da instância judicial.*

*O mesmo entendimento exposto acima aplica-se, também, à alegação de ilegalidade/inconstitucionalidade da multa de ofício de 75% (confiscatória) e aos juros de mora com base na taxa SELIC (violação do princípio da legalidade tributária), pois essas matérias são de apreciação exclusiva pelo Poder Judiciário, em face do princípio da Unidade de Jurisdição.*

*Ainda, quanto à multa de ofício, inexistente irregularidade na sua aplicação, pois foi aplicada em estrita observância da legislação de regência, conforme discriminado no auto de infração (fls. 84/89).*

*No que tange ao pedido de perícia contábil (diligência), entendo, no caso, a total desnecessidade de se averiguar se as operações de mútuo foram efetuadas entre empresas do Grupo Econômico Parmalat, ou não, pois em ambas as hipóteses existe a obrigatoriedade da fonte pagadora fazer a retenção e o pagamento do IRRF sobre as receitas financeiras decorrentes do contrato de mútuo.*

Inconformado com a decisão da DRJ, o contribuinte, ora recorrente, interpôs recurso voluntário, onde alega, em síntese, os seguintes pontos:

*1 -DA ILEGITIMIDADE DE PARTE Na esteira do que vem sendo decidido no Eg. Conselho de Contribuintes, e inclusive já ratificado na SÚMULA 12 do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, a Recorrente vem alegar a ilegitimidade de parte uma vez tratar-se de imposto retido na fonte, antecipação do Imposto de Renda devido pela real contribuinte (mutuante do contrato) sendo a Recorrente mera responsável pela retenção.*

*"Súmula 1 °CC nº12: Constatada a omissão de rendimentos sujeitos à incidência do imposto de renda na declaração de ajuste anual, é legítima a constituição do crédito tributário na pessoa física do beneficiário, ainda que a fonte pagadora não tenha procedido à respectiva retenção."*

*Após o encerramento do exercício, a Recorrente deixou de ter a obrigação de recolhimento, passando essa incumbência àquele contribuinte de fato. É que a obrigação de reter se encerra com o exercício, mas a obrigação de pagar na declaração de ajuste cabe ao contribuinte de fato, aquele que teria a importância retida.*

*De forma que, havendo retenção aquela que obteve o rendimento pode abater o IRPJ devido no exercício, não havendo retenção não pode abater devendo computar essas receitas na apuração do IRPJ.*

*Assim sendo, após o exercício de 1999, a Recorrente não era mais o sujeito passivo da obrigação cabendo o lançamento às mutuantes que obtiveram receita com as operações financeiras efetuadas com a Recorrente-mutuária no ano-calendário de 1999.*

*2 - DA NULIDADE DO LANÇAMENTO PELA FALTA DE INDICAÇÃO DO FATO GERADOR, DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E DE DEMONSTRAÇÃO DO MÉTODO UTILIZAÇÃO NA APURAÇÃO DO IRRF O exercício da competência tributante consiste, inclusive, no poder de fiscalizar e exigir o tributo instituído, pois seria inconcebível imaginar que o Estado teria o poder de instituir o tributo, e não teria a capacidade jurídica para e exigí-lo. Desta forma a competência para instituir tributo vem acompanhada pela competência de estabelecer a forma pela qual o tributo será exigido, que inclui desde a capacidade fiscalizatória até os privilégios e garantias da exigibilidade (dispostos no Código Tributário Nacional).*

*A capacidade tributária revela-se pelo exercício do lançamento, que exsurge da prática, pelo contribuinte, de um ato no mundo fenomênico, hipoteticamente previsto no direito positivo. A norma (produto do exercício da competência tributária) elege um fato do mundo para que seja jurisdicionado, sendo que, ao ser praticado estabelece uma relação jurídica entre o contribuinte e o Estado, cujo uma obrigação de pagar tributo.*

*Diante disso, verificamos que os direitos e deveres contidos nessa relação advêm da norma aplicável ao fato em concreto. Para tanto, é necessário que o fato seja perfeitamente conectado à previsão legal.*

*para que haja a produção ou emanção dos efeitos idealizados pelo legislador. Tal fenômeno, muito desenvolvido pelos teóricos do Direito Penal é chamado de tipicidade.*

*(...)Revela-se, assim, que tanto o poder para restringir a liberdade como para restringir o patrimônio devem obediência ao princípio da tipicidade, pois é a confirmação dos princípios da legalidade e do devido processo legal a confrontação específica do fato à norma.*

*A segunda nulidade do Auto de Infração, então, refere-se à não explicitação da base de cálculo e da metodologia utilizada para cálculo do IRRF. Faltou ao lançamento dar a devida tipicidade cerrada para promover a constituição do crédito tributário. Note-se que a fiscalização se baseou nos valores lançados na contabilidade da Recorrente, sem qualquer verificação da ocorrência do fato gerador, sem conferir se os valores estavam corretos e sem consultar as demais empresas envolvidas nas relações jurídicas de mútuo. A simplicidade com que foi feito o lançamento beira as barras da displicência, da irresponsabilidade e de ofensa ao art. 142 do CTN, donde decorre a nulidade do lançamento pela falta de indicação das bases imponíveis.*

**3 - DA NULIDADE DO LANÇAMENTO PELA DISTORÇÃO DOS FATOS NA APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO - CERCEAMENTO DO DIREITO AMPLA DEFESA** *Conforme a própria fiscalização aduz na descrição dos fatos, o lançamento decorre da "diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado". Ocorre que a fiscalização colheu os valores escriturados da forma que quis, sem dar a coerente unidade à escrituração. Colheu os valores desconsiderando totalmente os princípios contábeis.*

*Ora, o que se quer dizer é que o Fisco acolheu os valores registrados com a PRESUNÇÃO de que eram lançamentos de mútuo, mas a presunção foi parcial, pois desconsiderou que os mútuos foram estabelecidos entre as empresas do mesmo GRUPO.*

*Se considerado o lançamento válido, mesmo não tendo indicado as bases de cálculo e demonstrado a metodologia da apuração, devem ser acolhida a presunção por completa, ou seja, considerando os valores que foram declarados como retidos na fonte de operações com empresas do mesmo grupo econômico.*

*A presunção não pode ser parcial, pois o registro contábil não foi parcial. Essa contradição do lançamento fulmina-o por completo pela nulidade, uma vez que destorceu o fato para fazer incidir a tributação de forma mais onerosa para a recorrente e de forma contrária à decisão judicial.*

*Desta forma, não bastasse a ausência da indicação das bases de cálculo para apuração do imposto constituído, o desvirtuamento das informações colhidas também impõe a nulidade do lançamento.*

*Note-se, Excelentíssimos Julgadores, que se a fiscalização toma os registros contábeis da Recorrente como válidos para lançamento do IRRF (presunção), não pode alterar-lhes a natureza ou substância com*

a pretensão de descaracterizá-los. Essa atitude põe em dúvida a legitimidade do próprio lançamento.

A Recorrente matinha relações com as empresas do mesmo grupo econômico, ou seja, estabelecia um intercâmbio de movimentação financeira e muitas vezes sequer assinava um contrato de mútuo. É que a gestão era unificada de forma que as diversas empresas eram administradas por uma mesmo grupo de gestores, sendo um caixa único. Assim se uma empresa "A" do grupo tivesse uma dívida para adimplir, mas não tivesse o caixa, e outra empresa "B" tivesse caixa disponível, a empresa "B" liquidava o débito e lançava o valor na conta de mútuo.

Apesar de a conta contábil ter o nome fictício de "mútuo", estabelecia-se, na verdade, UMA CONTA-CORRENTE entre as empresas do Grupo que atuava com caixa único.

Verificando essa conta, a fiscalização lançou o IRRF, mas sem considerar que tais valores são decorrentes das movimentações havidas entre as empresas do mesmo GRUPO.

Conforme a Fiscalização o IRRF foi lançado pela divergência entre o valor escriturado e o valor declarado. O valor escriturado é decorrente das operações registradas na contabilidade da Recorrente com as empresas do mesmo Grupo. Assim o total lançado refere-se a operações com empresas do mesmo Grupo.

Portanto, Senhores Julgadores, admitir-se que a contabilidade da Recorrente está errada é admitir que o auto de infração não se sustenta. Dessa forma partimos para outra nulidade deste lançamento provocada por fator extrínseco, que veremos a diante.

4 - DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR Ainda em preliminar, é de levantar-se a decadência do direito de a Fazenda lançar o crédito tributário em apreço, em face da incidência do art. 150, parágrafo 4º, do CTN, haja vista que entre a data dos fatos geradores indicados (período de 01/07/1999 a 30/09/1999) e a data da lavratura do auto de infração (25/10/2004) já havia decorrido o lapso temporal de cinco anos. Senão vejamos.

Caso as preliminares acima não sejam acolhidas, o que se admite tão-somente em prestígio ao princípio da eventualidade, a Impugnante requer seja apreciada a decadência do direito de o Fisco constituir crédito tributário de IRPJ após o transcurso do prazo quinquenal, estabelecido pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

A decadência e a prescrição são institutos criados para nos fornecer essa garantia, ou seja, se alguém tem um direito em face de outro deverá exercê-lo sob pena de o tempo vir exterminá-lo. Exatamente. O tempo é um aliado do direito para determinar termos iniciais e finais das relações, porque tudo deve dar-se num determinado lapso temporal.

Nessa linha, a decadência é um instituto de direito material que traz, em seu bojo, a ação deletéria do tempo em relação a direito potestativo por conta da incúria de seu titular, ultimando a plena realização do

*princípio da segurança do direito, ditado pela manutenção da estabilidade das relações jurídicas, e em prol do interesse pela preservação da harmonia social.*

*(..)Portanto, para os lançamentos cuja modalidade de lançamento é por homologação, o termo inicial é a data do fato gerador, aqui entendido como fato impositivo. Tem a Fazenda Pública cinco anos a partir desse evento para fiscalizar o contribuinte e dele exigir eventual tributo impago. Não ocorrendo, dá-se a homologação tácita, não sendo passível de cogitação o dilargamento do prazo, salvo a hipótese "comprovada" de dolo, fraude ou simulação. Coisa que não se apresenta no Auto de Infração ora guerriado.*

*(...)Desta forma, independentemente da entrega da declaração de rendimentos, para o Imposto de Renda Pessoa Jurídica a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, tomando esse tributo sujeito ao lançamento por homologação e submetendo-o ao regime decadencial estabelecido no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.*

*O v. Acórdão da DRJ fez uma diferenciação entre o prazo decadencial dos tributos alegando que sobre os valores não pagos não haveria o que homologar e, portanto, aplicar-se-ia o art. 173, I, do CTN. Ocorre que levado ao extremo esse raciocínio o prazo decadencial do art. 150, § 4º, do CTN, seria inaplicável.*

*Certo é que o fundamento do lançamento é a constituição do IRRF declarado e o IRRF registrado na contabilidade da Recorrente. Apenas por esse fundamento seria possível concluir que, havendo pagamento do IRRF declarado, não seria possível transferir o prazo decadencial para o primeiro dia do exercício seguinte, na forma do art. 173, I, pois houve pagamento do IRRF relativo aos códigos correspondentes aos rendimentos de contratos de mútuo no mês de competência.*

*Tendo havido pagamentos de IRRF caberia à Fazenda homologá-lo no prazo de 5 anos contados da fato gerador. Repita-se, o próprio fundamento da decisão aliado à prova de pagamento do IRRF nos respectivos meses de apuração, demonstra que houve pagamento desse tributo, o que implica a incidência do art. 150, § 4º, do CTN, no cômputo do prazo decadencial. , Desta forma, os fatos geradores ocorridos até 25/10/1999, estão decaídos. No mais, repisa os mesmos argumentos da impugnação acerca do instituto da decadência, como segue:'.  
'*

*O Imposto de Renda Retido na Fonte, qualquer que seja a operação que incida, é tributo sujeito ao lançamento por homologação e, portanto, submetido ao prazo decadencial de 05 (cinco) anos contados da data de ocorrência do Fato Gerador. A jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais é pacífica ao atribuir ao IRRF o prazo decadencial de 5 anos a partir do fato gerador:*

*(...)Desta forma, encontram-se decaídos os créditos tributários anteriores a 05 (cinco) anos da data do lançamento, pelo que, espera seja acolhida e deferida a preliminar de decadência dos fatos* f.

*geradores ocorridos nos períodos de apuração de fevereiro a setembro de 1999.*

*II - DO DIREITO 1- DA ILEGAL TRIBUTAÇÃO POR MEIO DE PORTARIA Os mútuos (operações de empréstimo) realizados entre pessoas jurídicas,- de direito privado e entre pessoas jurídicas e pessoas físicas fora do Sistema Financeiro, não são operações financeiras e nem tampouco podem ser equiparadas a operações de renda fixa ou de renda variável, operações estas próprias de instituições financeiras autorizadas a captar recursos no mercado.*

*As operações de captação de recursos com o fim de propiciar rendimentos ao aplicador, ditas operações de renda fixa (fixa, pois os rendimentos estão amparados em índices predeterminados), e operações de renda variável (variável, pois os rendimentos estão amparados por índices de mercado que variam conforme a demanda), são atividades que dependem de autorização expressa do BACEN, responsável pela autorização e fiscalização do funcionamento das instituições financeiras.*

*Mais uma vez, a norma (e agora uma norma infra-legal) faz uma equiparação de dois tipos de operações uma de renda fixa, de natureza financeira, pois ingressa no âmbito do Sistema Financeiro, e outra de mútuo, de natureza comercial privada, pois ingressa no âmbito das operações possíveis aos particulares (art. 1.256 e seguintes do Código Civil) por haver liberdade de disposição de seus bens.*

*A matriz legal da IN SRF nº7/99 (a Lei nº 9.779/99) não incorporou ao campo de incidência do imposto de renda com retenção na fonte as operações de crédito previstas no art. 13, ou seja, as operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas e entre pessoas jurídicas e pessoas físicas fora do Sistema Financeiro Nacional.*

*Portanto, não bastasse a incongruente equiparação das operações de mútuo às operações de crédito realizadas no âmbito do sistema financeiro, a Receita Federal instituiu por Instrução Normativa a incidência do Imposto de Renda, com retenção na fonte, sobre o rendimento de tais mútuos.*

*Da ausência de lei decorre a ilegalidade e mais uma vez a afronta dos princípios e garantias constitucionais.*

*A título de informação, o Ministério Público Federal, quando incitado a manifestar-se judicialmente nos processos demandados por empresas que se opõem à incidência do IOF e do IRRF nas operações de mútuo, comumente praticadas por empresas de mesmo grupo econômico (fato que agrava a irregularidade da incidência), tem subsidiado os juízes federais com subsídios técnicos que comungam com as teses defendidas pelos contribuintes.*

*Ressalte-se que o art. 77 da Lei nº. 8.981/95 estabelece que o regime de tributação previsto no "Capítulo VI - Da Tributação das Operações Financeiras, da lei em comento, não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos nas operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou interligadas, exceto*

*se a mutuária for instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, ou seja, desse mútuo não decorre um rendimento de operação financeira de renda fixa, mas simplesmente a remuneração do capital cedido em mútuo.*

*Imperativo reconhecer que tal dispositivo não poderia ter sido revogado pela IN SRF n. 07/1999, nem tampouco pelas Instruções Normativas subseqüentes que tratam do assunto. Somente com a edição da Lei n. 10.833/2003 é que o inciso II do art. 77 da Lei n. 8.981/95, foi definitivamente revogado.*

*Desta forma no exercício de 1999, como é o caso dos autos, toma-se impossível a cobrança do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre operações de mútuo entre empresa que tenham alguma vinculação societária, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada vigentes no Direito Tributário Pátrio.*

*(...)Desta forma e considerando a regra do art. 144 do CTN, de que a lei que define a obrigação tributária de pagar o imposto é aquela vigente à época da ocorrência do fato gerador, o imposto de renda na fonte exigido, pelo lançamento, aqui examinado, deve ser cancelado.*

*A interpretação linear da legislação aplicável aos rendimentos oriundos das operações de mútuo explanada no v. acórdão explicita, portanto, que não houve até 2003, a revogação da isenção contida no art. 77, II, da Lei 8.981/1995, pelo que requer o provimento a presente impugnação ara cancelar a exigência tributária constituída no auto de infração combatido.*

**4 - DA IRREGULAR APLICAÇÃO DA PENALIDADE** *A aplicação de penalidade nos termos que foi proposta no Auto de Infração é irregular.*

*Aliás, não houve a justificativa para a propositura de tal penalidade e a graduação como preleciona o art. 142 CTN, que indica a discricionariedade para graduação da pena segundo os elementos de fato e de direito constatados.*

**5 - DA NECESSIDADE LAUDO CONTÁBIL** *A decisão recorrida não desqualificou o pleito de diligência apenas afastou sem demonstrar porque o pedido não atende aos requisitos legais. Isso ocorreu, muito provavelmente, pelo fato de que, realizada a diligência, ficaria constatada a nulidade do lançamento por ausência de demonstração das bases de cálculo.*

*Diante disso ratifica o pedido formulado na impugnação para realização da diligência, com os mesmos quesitos e indicação de assistente técnico, bem como, que:*

*(a) seja declarada a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade do pólo passivo eleito;*

*(b) seja declarada a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao princípio da tipicidade, da ampla defesa e do contraditório, pela falta de indicação da relação jurídica que deu origem ao fato gerador, falta*

*de indicação da base de cálculo e da metodologia de apuração do IRRF exigido;*

*(c) seja declarada a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório e da moralidade administrativa, pela distorção dos fatos na aplicação da presunção;*

*(d) seja declarada a decadência do direito de a Fazenda constituir os créditos tributários de IRRF após 05 (cinco) anos a contar do fato gerador;*

*(e) seja reduzido, em relação à parcela do principal, o cômputo dos juros calculados a base da Taxa Selic para o percentual máximo previsto no art. 161 do CTN, por este o limite legal permitido;*

*(f) seja excluído, a partir do protocolo desta impugnação, o cômputo de juros sobre a multa, por ser indevida e ilegal tal aplicação sobre penalidades;*

*Requer, por fim, seja DADO PROVIMENTO INTEGRAL ao Recurso Voluntário, extinguindo o crédito tributário de IR Fonte sobre mútuos firmados entre pessoas jurídicas, por aplicação irregular da norma de incidência desse tributo, uma vez que a "isenção do imposto de renda na fonte incidente nas operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou interligadas, fixada pelo inciso 11, do arte 77, da Lei nº 8.981, de 1999, deixou de existir apenas com a edição da Lei nº 10.833, de 2003, que no inciso 111 de seu arte 94, revogou-a".*

É o relatório.

## Voto

Conselheira Lumy Miyano Mizukawa, Relatora

Inicialmente, cabe analisar a tempestividade do presente recurso administrativo.

Conforme esclarecimentos prestados pelo recorrente, o recurso voluntário foi encaminhado, via postal, em 16/10/2006, todavia, segundo o recorrente, ocorreu um equívoco no endereçamento da correspondência no envelope, o qual foi juntado às fls. 179, de modo que ao invés de remeter o recurso à Delegacia da Receita Federal, remeteu ao próprio endereço do escritório de advocacia da recorrente.

Segundo o recorrente, pelo fato da correspondência ter retornado ao endereço do escritório de advocacia da recorrente, escritório este situado na capital paulista, em 18/10/2006, o advogado da recorrente remeteu nova correspondência à Receita Federal em São Paulo, pelo correio, esclarecendo o lapso manifesto em petição e reencaminhando o recurso administrativo que não havia sido remetido à Delegacia da Receita Federal. À referida petição foram juntados os envelopes datados de 16/10/2006 e o envelope de 18/10/2006.

A recorrente juntou nova petição, em 20/10/2007, esclarecendo os fatos acima narrados, bem como cita o seguinte fato:



Segundo a recorrente, em 19/10/2006, a cópia autenticada do aviso de recebimento (AR), o qual foi juntado às fls. 209, também retornou ao remetente. A recorrente esclarece que a correspondência foi postada na data de 16/10/2006, conforme comprova o AR que está grafado pelo mesmo número de objeto RB779531846BR, o que demonstra que o AR anexado se relaciona à carta enviada em 16/10/2006. Segundo a recorrente, o AR contém o endereço correto, todavia o envelope é que continha o endereço errado, razão pela qual a recorrente alega que houve lapso manifesto e erro concorrente dos correios, razão pela qual a recorrente requereu novamente o acolhimento do recurso voluntário.

Em 19/03/2007, há um despacho proferido pela EQCOB/DICAT/DERAT/SP, mencionando que, por solicitação da recorrente, foi juntada cópia do edital nr. 218/2006, de fls. 256, o qual foi cancelado tendo em vista a ciência pessoal do acórdão da decisão, pelo Sr. Oswaldo Coltri Filho, em 15/09/2006, conforme fls. 175.

Não há que se falar em erro concorrente do correio, pois o erro, de fato, foi da recorrente que não apresentou o presente recurso no prazo, o qual expirar-se-ia em 17/10/2006, em razão dos 30 dias a contar da data da ciência (que ocorreu em 15/10/2006) ter se iniciado em 18/09/2006 e expirado em 17/10/2006.

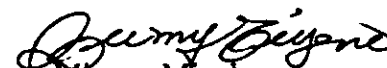
Mediante o conjunto de fatos expostos pela recorrente e que constam nos autos, entendo que para uma melhor avaliação quanto à tempestividade do presente recurso, a recorrente deveria juntar elementos comprobatórios dos fatos, como por exemplo:

- a) o original do Aviso de correspondência (AR);
- b) comprovação de que a pessoa que assinou o AR era realmente algum funcionário da Receita Federal;
- c) esclarecimento da razão pela qual a correspondência teria sido devolvida ao endereço dos patronos da recorrente, e não recepcionada pela Delegacia da Receita Federal, já que o AR estava com a descrição do destinatário e remetente corretos.

Desta forma, mediante a ausência dos motivos que permitam inferir a seqüência de fatos que efetivamente levaram às sucessões de erros alegados pela recorrente, entendo que o recurso fora apresentado intempestivamente.

Por todo exposto, não conheço do presente recurso pelo fato do mesmo estar perempto.

Sala das Sessões - DF, em 06 de março de 2008: 

  
Lumy Miyano Mizukawa