



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo n°	19515.002354/2004-59
Recurso n°	154.286 De Ofício e Voluntário
Matéria	IRF - Ano(s): 1999
Acórdão n°	104-22.240
Sessão de	28 de fevereiro de 2007
Recorrentes	7ª TURMA/DRJ- SÃO PAULO/SP I e PARMALAT DO BRASIL S.A. INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 1999

Ementa: NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, tampouco dos artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972 e não se identificando no instrumento de autuação nenhum vício prejudicial, não há que se falar em nulidade quer do lançamento, quer do procedimento fiscal que lhe deu origem, quer do documento que formalizou a exigência fiscal.

AÇÃO JUDICIAL - CONCOMITÂNCIA COM INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - RENÚNCIA - 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 1º CC nº 1, DOU Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006).

PAF - DILIGÊNCIA - CABIMENTO - A diligência deve ser determinada pela autoridade julgadora, de ofício ou a requerimento do impugnante, quando entendê-la necessária. Deficiências da defesa na apresentação de provas, sob sua responsabilidade, não implica na necessidade de realização de diligência com o objetivo de produzir essas provas. *gel*

J. Din

DECADÊNCIA - IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - A regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. O imposto de renda na fonte tem característica de tributo cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa e amolda-se à sistemática de lançamento denominado por homologação, onde a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral do artigo 173 do Código Tributário Nacional, para encontrar respaldo no § 4º do artigo 150, do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUSPENSO POR LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. INEXIGIBILIDADE DA MULTA DE OFÍCIO – No caso de crédito tributário cuja exigibilidade esteja suspensa por liminar em mandado de segurança, poderá a autoridade administrativa proceder ao lançamento para prevenir a decadência, não sendo exigível, entretanto, a multa de ofício.

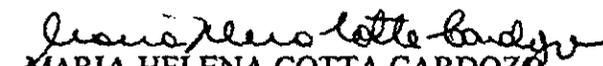
Preliminar acolhida.

Recurso de ofício negado.

Recurso voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos interpostos pela 7ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I e PARMALAT BRASIL S.A. INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO.

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência relativamente aos fatos geradores até setembro de 1999, vencidos os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa (Relator), Maria Beatriz Andrade de Carvalho e Maria Helena Cotta Cardozo. No mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e DAR provimento PARCIAL ao recurso voluntário para excluir a multa referente às operações de mútuo entre empresas coligadas, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor quanto à decadência o Conselheiro Nelson Mallmann.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Presidente


NELSON MALIMANN

Redator-Designado

FORMALIZADO EM: 04 JUN 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Oscar Luiz Mendonça de Aguiar, Helena Maria Pojo do Rego (Suplente convocada) e Remis Almeida Estol. Ausentes justificadamente os Conselheiros Heloísa Guarita Souza e Gustavo Lian Haddad.

Relatório

Contra PARMALAT BRASIL S.A. – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS foi lavrado o Auto de Infração de fls.66/77 para formalização da exigência de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF no montante de R\$ 27.267.178,65, acrescido R\$ 20.450.383,91 referente a multa de ofício e R\$ 25.082.692,88, a título de juros de mora, estes calculados até 30/09/2004.

Infração

A infração está assim descrita no Auto de Infração: IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO – IRF (VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS) – Valor apurado conforme Termo de Verificação, parte integrante e indissociável do presente.

No referido Termo de Verificação Fiscal a autoridade lançadora assim descreve os fatos que ensejaram o lançamento:

O Contribuinte acima identificado contabilizou 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.

Intimado através do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL (fls. 42), cujo termo foi lavrado em 30/08/2004, para no prazo de 05 (cinco) dias apresentar as DCTFs dos valores transitados na conta contábil de imposto de renda retido na fonte e as guias de recolhimento, o contribuinte simplesmente alegou que os valores não foram recolhidos e nem declarados em DCTF's.

Impugnação

A Contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 80/99 onde argüi, preliminarmente, a nulidade do lançamento sob a alegação de que a autoridade lançadora, ao exarar o ato administrativo de lançamento, desobedeceu a ordem judicial; que “a competência de lançar estava limitado por norma individual e concreta emanada do Poder Judiciário, sendo que a prática funcional contrário pela autoridade lançadora, afronta ordem judicial e apresenta-se fora de sua competência, em relação ao caso individual e concreto”, o que ensejaria sua nulidade. Refere-se a liminar concedida pelo Juiz da 4ª Vara Federal de São Paulo nos autos do Mandado de Segurança nº 2001.61.00.021696-8.

Argüi preliminar de decadência em relação aos períodos de apuração anteriores a 30/09/1999, inclusive. Sustenta que o IRRF é tributo sujeito ao lançamento por homologação e, portanto, submetido ao prazo decadencial de 05 (cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Portanto, quando da ciência do lançamento, em 25/10/2004, já havia sido ultrapassado esse prazo.

Quanto ao mérito, aduz, em síntese, que as operações de mútuo (operações de empréstimo) realizadas entre pessoas jurídicas de direito privado 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. Diz que a matriz legal da Instrução Normativa SRF n.º 7/99 que previu a hipótese de incidência do imposto nos casos de operação entre pessoas jurídicas não previu tal hipótese e, portanto, a norma infralegal fez uma equiparação não prevista em lei.

Anota ainda que o art. 77 da Lei n.º 8.981/95 estabelecia que a tributação não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos nas operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou interligadas, exceto se a mutuaría for instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Argumenta que o exercício da competência tributante deve se dar nos termos e nos limites previsto em lei, o que requer que os fatos estejam perfeitamente conectados à previsão legal para que haja a emanção dos efeitos idealizados pelo legislador (tipicidade) e conclui que, neste caso, as operações de mútuo estavam isentas de tributação, nos termos do art. 77, II da Lei n.º 8.981/1995 e que esse dispositivo não foi revogado.

Requer a exclusão da penalidade aplicada, com fundamento do art. 63 da Lei n.º 9.430/1996.

Solicita a realização de diligência com o objetivo de se apurar todos os contratos de mútuo, estabelecendo suas partes e os montantes devidos, excluindo-se da tributação o responsável tributário uma vez que não mais é o destinatário da tributação pelo Imposto de Renda no lançamento de ofício; que sejam apuradas e excluídas as cessões de direito creditório nas operações que representaram simples troca de papéis; e que seja excluída da base de cálculo do tributo os saldos inadimplidos que não constituíram despesas dedutíveis nas respectivas competências.

Por fim, formula pedido nos seguintes termos:

- a) preliminarmente, seja declarada a nulidade do Auto de Infração pelo exercício da função de fiscalização que extrapolou a norma individual e concreta emanada do Poder Judiciário;*
- b) ainda preliminarmente, seja declarada a decadência do direito de a Fazenda constituir os créditos tributários após 05 (cinco) anos a contar do fato gerador;*
- c) seja excluída a penalidade de ofício por conta de liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n.º 2001.61.00.021696-8, em trâmite na perante a 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo;*
- d) seja deduzido, em relação à parcela 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;*
- e) seja excluído, a partir do protocolo desta impugnação, o cômputo de juros sobre multa, por ser indevida e ilegal tal aplicação sobre penalidades;*

f) seja reconhecida a irregularidade de incidência do IR Fonte por força de por Portaria do Ministro da Fazenda, por incompatível com o sistema de direito positivo vigente.

Decisão de Primeira Instância

A DRJ-SÃO PAULO/SP I julgou procedente em parte o lançamento, para exonerar a multa incidente sobre o IRRF não recolhido decorrente de operações de mútuo com empresas ligadas, mantendo a exigência em relação aos demais itens, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que o objeto da ação judicial mencionada pela Contribuinte refere-se a contratos de mútuo celebrados com empresas ligadas, portanto, empréstimos firmados com outras pessoas jurídicas que não sejam empresas ligadas, não seriam beneficiadas pela manifestação judicial;

- que apenas parte do crédito tributário apurado decorre de mútuo entre empresas ligadas, conforme relatório das autoridades fiscais elaborado como conclusão de diligência;

- que a Contribuinte foi intimada, em decorrência da diligência acima referida, a informar os CNPJ das empresas com as quais efetuou operações de mútuo, tendo atendido apenas em parte a solicitação;

- que as operações não comprovadas devem ser consideradas como de mútuo com terceiros, dado que à Contribuinte foi dada oportunidade de prestar os esclarecimentos sobre tais operações;

- que as operações de mútuo entre empresas ligadas totalizam o montante de R\$ 13.383.653,82, conforme planilha de fls. 279 e, portanto, apenas esta parcela do crédito tributário está sendo discutida junto ao Poder Judiciário;

- que a propositura pelo contribuinte do Mandado de Segurança ou ação anulatória de crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso acaso interposto;

- que, assim, não deve ser conhecida a Impugnação no que concerne à matéria levada à apreciação do Poder Judiciário, considerando-se definitivo, na esfera administrativa, o crédito tributário correspondente;

- que quanto à decadência, aplica-se ao caso a regra do art. 173, I e não à do art. 150, § 4º, ambos do CTN, uma vez que, embora sendo o imposto sujeito à modalidade do lançamento por homologação, esta só ocorre quanto o contribuinte, antecipando-se ao Fisco, age de acordo com a norma tributária de regência, para dali extrair o tributo que é pago antecipadamente;

- que, quanto ao mérito, ao contrário do que entende a defesa, a IN/SRF nº 123/99 não inovou o ordenamento jurídico, mas simplesmente veio a interpretar as leis em vigor;

- que tanto não inovou, que a própria Lei n.º 8.981/95 já acolhia no termo “aplicações financeiras de renda fixa” rendimentos auferidos em outras operações, nos termos da alínea “c” do § 4.º do artigo 65;

- que, ademais, a atividade do julgador administrativo restringe-se à verificação da legalidade do ato administrativo praticado pelo autuante, já que este também exerce função vinculada;

- que falece competência à autoridade administrativa para apreciar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos;

- que a diligência solicitada é prescindível, razão pela qual indefere o pedido, nos termos do art. 18, “caput” do Decreto n.º 70.235/72, com redação dada pela Lei n.º 8.748/93;

- que medidas judiciais ajuizadas pelos contribuintes não podem obstar a formalização do crédito tributário, ao contrário, há disposição legal expressa no sentido de que o lançamento deve ser efetuado para prevenir a decadência, sem multa de ofício, conforme art. 63 da Lei n.º 9.430, de 1996, com redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158/2001;

- que, portanto, a multa de ofício incidente sobre o IRRF não recolhido decorrente de operações de mútuo com empresas coligadas deve ser afastada;

- que os juros moratórios, cobrados com base na taxa Selic, tem previsão em disposição expressa de lei e que a apresentação tempestiva da impugnação suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não dos juros de mora.

Os fundamentos da decisão de primeira instância estão consubstanciados as seguintes ementas:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF

Ano-calendário: 1999

Ementa: CONCOMITÂNCIA – Não se toma conhecimento da impugnação no que tange à matéria levada à apreciação do Poder Judiciário.

MÚTUA - Há incidência do IRRF sobre operações de mútuo efetuadas entre pessoas jurídicas.

DECADÊNCIA – O início da contagem do prazo decadencial ocorre no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

MULTA. A multa de ofício incidente sobre matéria objeto de Mandado de Segurança com concessão de liminar deve ser cancelada.

Lançamento Procedente em Parte.

Recurso de Ofício

A Turma Julgadora de primeira instância recorreu de ofício de sua decisão nos termos do art. 34 do Decreto n.º 70.235, de 1972, com alterações introduzidas pela Lei n.º 8.748, de 1993.

Recurso Voluntário

Cientificada da decisão de primeira instância em 24/08/2006 (fls. 322), a Contribuinte apresentou, em 25/09/2006 (fls. 622), o Recurso de fls.323/353, onde argúi a nulidade do lançamento, por diversas razões, a seguir sumariadas.

Aduz, inicialmente, não tem legitimidade para figurar no pólo passivo da relação tributária. Invoca nesse sentido, jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuinte segundo a qual, após o encerramento do exercício, a fonte pagadora não tem mais a obrigação de reter o imposto, devendo o beneficiário oferecer os rendimentos à tributação na declaração de ajuste. Assim, conclui, *“após o exercício de 1999, a Recorrente não era mais o sujeito passivo da obrigação cabendo o lançamento à mutuantes que obtiveram receitas com as operações financeiras efetuadas com a Recorrente mutuaría no ano-calendário de 1999”*.

O lançamento seria nulo, também, por desobediência as ordens judiciais, referindo-se à ação e à liminar em Mandado de Segurança antes mencionados. Diz que a liminar em referência determinava que a autoridade impetrada se abstinhasse de penalizar a autora por ter deixado de reter o tributo e argumenta que o ato administrativo de lançamento impôs uma punição à Contribuinte pelo não pagamento do tributo.

Outra nulidade apontada seria o fato de o lançamento não ter indicado o fato gerador e a base de cálculo e de não ter demonstrado o método utilizado na apuração do IRRF. Repete argumentos da Impugnação a respeito da tipicidade e diz que *“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 auto dar a devida tipicidade cerrada para promover a constituição do crédito tributário”*.

E arremata,

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.

O lançamento seria nulo, ainda, por ter se baseado em presunções com distorção dos fatos, configurando cerceamento do direito à ampla defesa. Argumenta que o Fisco baseou-se nos valores registrados na contabilidade, com a presunção de que esses se referiam a lançamentos de mútuo, mas desconsiderou que os mútuos foram estabelecidos entre empresas do mesmo grupo. A presunção, portanto, teria sido parcial. Diz que *“se a fiscalização toma os registros contábeis da Recorrente como válidos para lançamento do IRRF (presunção), não pode alterar-lhe a natureza ou substância com a pretensão de descaracterizá-los. Essa atitude põe em dúvida a legitimidade do próprio lançamento”*. Assevera que a conta em questão, embora tivesse o nome fictício de mútuo, registrava operações entre empresas do mesmo grupo, numa verdadeira conta-corrente e que, conforme documentos apresentados, a Recorrente comprovou que grande parte das operações foi realizada com as empresas Batávia S/A, Etti (Cajamar), Neugebauer Administração, Parmalat Indústria e Parmalat Participações e

afirma que dos R\$ 27.267.178,65 lançados, R\$ 27.197.533,87 são operações com empresas do mesmo grupo.

Aponta o que classifica como equívoco praticado pela fiscalização o lançamento em duplicidade do IRRF das operações financeiras mantidas com a empresa Parmalat Participações Ltda. Menciona os valores de R\$ 1.567.412,56 (em 27/02/1999), 1.628.610,81 e R\$ 1.628.788,64 (em 01º/04/1999), R\$ 1.628.610,81 e R\$ 1.628.788,64, ambos em 01º/07/1999, que seriam estorno dos lançamentos de abril, antes referidos.

Acusa de ter havido duplicidade de lançamentos. Refere-se à autuação que resultou no processo administrativo n.º 19515.003182/2004-31 na qual as mesmas contas consideradas nesta autuação foram tomadas para apuração de omissão de receitas por força de despesas financeiras não comprovadas, conforme documentos que acosta à defesa. Argumenta que este lançamento se baseou em registros contábeis que foram desconsiderados no outro lançamento (processo n.º 19515.003182/2004-31). Afirma, ainda, que sobre o mesmo fato foram cobrados tributos diversos, num e noutro processo.

Quanto à decadência, reitera a alegação da Impugnação quanto ao termo inicial de contagem do prazo decadencial e reafirma que estaria decaído o direito de o Fisco proceder ao lançamento em relação aos fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de fevereiro a setembro de 1999.

Sobre o mérito, reitera alegação da preliminar para que sejam excluídos da tributação os valores referentes a operações entre empresas do mesmo grupo, bem como aqueles que diz terem sido lançados em duplicidade, estes últimos totalizando R\$ 2.902.021,69.

Em complemento, pede a exclusão da penalidade também em relação aos créditos referentes a operações entre empresas do mesmo grupo, que não foram assim consideradas pela decisão de primeira instância.

Por fim, formula pedido nos seguintes termos:

a) seja declarada a nulidade do Auto de Infração pelo exercício da função de fiscalização que extrapolou a norma individual e concreta emanada do Poder Judiciário;

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 nulidade do Auto de Infração pela duplicidade de lançamento havida neste processo e nos autos do PAF n.º 19515.003182/2004-31, bem como, pela desconsideração expressa das operações que foram consideradas válidas para este lançamento, o que ofende ao princípio da segurança jurídica;

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

f) seja excluída a penalidade de ofício por conta da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n.º 2001.61.00.021696-8, em trâmite perante a 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, de todos os registros contábeis – em que se embasou a fiscalização para constituir o crédito tributário – realizados nas contas de empresas do mesmo grupo econômico, quais sejam, Batávia, Etti Cajamar, Filial Lacesa, Neugebauer, Parmalar Administração, Parmalat Indústria e Parmalat Participação;

g) 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 geral permitido;

h) seja excluído, a partir do protocolo desta impugnação, o cômputo de juros sobre a multa, por ser indevida e ilegal tal aplicação sobre as penalidades.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Relator

Recurso de Ofício

O recurso de ofício atende aos requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Como se colhe do relatório, o crédito tributário exonerado, objeto do recurso de ofício, refere-se apenas à multa incidente sobre parte do crédito tributário lançado, sob o fundamento de que, em relação a essa parte do lançamento, a matéria estaria em discussão no âmbito do Poder Judiciário, o que afastaria a competência dos órgãos julgadores administrativos para apreciarem a matéria e, por força do que dispõe o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, excluiria a incidência da multa de ofício.

Quanto ao fato de que há concomitância de matérias em discussão no Poder Judiciário e na instância administrativa não resta dúvida. Como se verifica do documento de fls. 141/146, a Contribuinte ingressou com ação de Mandado de Segurança com o propósito de se proteger contra a aplicação de penalidade por não ter recolhido o Imposto de Renda na Fonte em relação aos contratos de mútuo realizados entre empresas coligadas (processo nº 2001.61.00.021696-8). Em 13/09/2001 obteve liminar nos termos a seguir reproduzidos.

DERIRO A LIMINAR, afastando a aplicação da Instrução Normativa nº 7/99, dispensando a retenção do imposto de renda sobre os contratos de mútuo celebrados com empresas ligadas, bem como se abster a autoridade impetrada de penalizar a autora por ter deixado de reter este tributo.

Portanto, é inequívoca a coincidência entre a matéria objeto da referida ação judicial e a que se discute neste processo. Por outro lado, a aplicação do art. 63 da lei nº 9.430, de 1996 a essa hipótese é inquestionável: estando a Contribuinte amparada por liminar que lhe garante o direito ao não recolhimento do IRRF sobre as operações de mútuo com empresas coligadas, a parte do lançamento objeto deste processo referente a essas operações se destina a prevenir a decadência, conforme hipótese prevista na norma em comento, *verbis*:

Art. 63. Na constituição de crédito tributária destinada a prevenir a decadência, relativo ao 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.

E, como se sabe, o inciso V do art. 151 do CTN prevê como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar em Mandado de Segurança.

Correta, portanto, a decisão recorrida quanto a esse item, razão pela qual nego provimento ao recurso de ofício.

Recurso Voluntário

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

Fundamentação

Examino, inicialmente, as arguições de nulidade do lançamento. A Recorrente sustenta que o lançamento é nulo por ter desobedecido à ordem judicial e, portanto, por não ter a autoridade lançadora competência para editar a norma individual; argúi, ainda, a nulidade do lançamento por não ter a autoridade lançadora indicado o fato gerador do imposto e o método de apuração do tributo; e, ainda, por ter se baseado em presunção.

Quanto à alegada desobediência a ordem judicial, convém esclarecer, de início, que a liminar obtida pela Recorrente para que a autoridade administrativa se absteresse de sancioná-la por não ter recolhido o imposto retido na fonte não impedia a Administração Tributária de proceder ao lançamento, para prevenir a decadência, uma vez que a Recorrente não declarou em DCTF o imposto retido.

Deve-se ressaltar, inclusive, que esse procedimento é previsto em disposição expressa de lei, conforme norma constante do art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, *verbais*:

Art. 63. Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos e contribuições de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 28.4.2001)

§ 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. (Vide Medida Provisória nº 75, de 24.10.2002)

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição. (Vide Medida Provisória nº 75, de 24.10.2002)

Quanto à multa de ofício, embora, conforme dispositivo acima, esta não fosse exigível, o fato de a autuação ter aplicado a penalidade não enseja a nulidade do lançamento, podendo o excesso ser sanado pela simples exclusão dessa parte do lançamento, como fez a decisão de primeira instância.

Portanto, não vislumbro qualquer vício quanto a essa questão que possa ensejar a nulidade do lançamento.

Sobre a alegação de que o Auto de Infração não indicou o fato gerador do imposto e os critérios de apuração, não procede a alegação. Ao contrário do que afirma a Recorrente, o Auto de Infração especifica de forma detalhada esses elementos. Como fica claro

f

do exame do Relatório Fiscal e dos próprios argumentos de defesa, a autuação teve por base os valores contabilizados pela própria Recorrente como imposto retido na fonte e não recolhidos nem declarados. Ora, basta esse fato para legitimar a autuação para formalização da exigência do imposto não recolhido.

Finalmente, sobre a alegação de que o lançamento baseou-se em presunção, conforme dito logo acima, o lançamento teve por base nos registros contábeis da própria Autuada referentes a imposto retido na fonte, o que a própria Recorrente não nega ter ocorrido. Não há nada nesses fatos que corroborem a alegação da recorrente de que o lançamento baseou-se em presunção.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade do lançamento.

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva, com a devida vênia, a Recorrente se equivoca ao mencionar a jurisprudência deste Conselho de Contribuintes quanto ao sujeito passivo da obrigação. A jurisprudência mencionada diz respeito a realidade fática diversa da que se tem neste caso. Ali, a fonte pagadora não procedeu à retenção do imposto e, nessa hipótese, encerrado o exercício, não caberia mais à Secretaria da Receita Federal exigir o imposto da fonte pagadora, devendo exigí-lo do próprio contribuinte-beneficiário que, independentemente de ter sofrido, ou não, a retenção do imposto, está obrigado a oferecer o rendimento à tributação.

No caso sob exame, a fonte pagadora procedeu à retenção do imposto e não o recolheu. Exigi-lo dos beneficiários dos rendimentos seria impor a estes uma dupla incidência e permitir que a fonte pagadora se aproprie de recursos que não são seus. Não é esse, certamente, o entendimento deste Conselho de Contribuintes.

Não procede a alegação da Recorrente, portanto, quanto a esse item, razão pela qual rejeito a preliminar.

A Contribuinte alega também preliminar de decadência em relação a fatos geradores ocorridos antes de setembro de 1999, sob o fundamento de que, sendo o Imposto de Renda tributo sujeito ao lançamento por homologação, o termo inicial de contagem do prazo decadencial seria a data do fato gerador, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN.

Estou ciente de que esse é o entendimento predominante neste Conselho de Contribuinte, entretanto, com a devida vênia dos que assim pensam, não perfilho essa tese. Tenho claro que o prazo referido no § 4º do art. 150, do CTN refere-se à decadência do direito de a Fazenda revisar os procedimentos de apuração do imposto devido e do correspondente pagamento, sob pena de restarem estes homologados, e não decadência do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento. Nesse sentido, o § 4º do art. 150 do CTN só pode ser acionado quando o Contribuinte, antecipando-se ao fisco, procede à apuração e recolhimento do imposto devido. Sem isso não há o que ser homologado.

Nos casos de omissão de rendimentos ou de falta de recolhimento e de declaração de imposto retido pela fonte pagadora, não há falar em homologação. Homologação, na definição do festejado Celso Antonio Bandeira de Mello "é ato vinculado pelo qual a Administração concorda com ato jurídico já praticado, uma vez verificada a consonância dele com os requisitos legais condicionadores de sua válida emissão" (Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, Malheiros Editores - São Paulo, p. 402). A homologação

pressupõe, portanto, a prática anterior do ato a ser homologado. É dizer, não se homologa a omissão.

Com efeito, quando homologado tacitamente o procedimento/pagamento feito pelo contribuinte, não haverá lançamento, não porque tenha decaído o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário, mas porque não haverá crédito a ser lançado, posto que a apuração/pagamento do imposto feito pelo contribuinte serão confirmados pela homologação.

Portanto, entendo que, no presente caso, não havia obstáculo para a exigência do imposto retido pela fonte pagadora e, assim, o crédito tributário correspondente poderia ser lançado até o término do prazo previsto no art. 173, I do CTN, a saber: 31/12/2004.

Rejeito, portanto, a preliminar de decadência.

Por fim, cumpre examinar, ainda como preliminar, o pedido de realização de diligência. Vale ressaltar que, conforme disposto no art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, compete à autoridade julgadora formular juízo sobre a necessidade da realização da diligência, podendo indeferir as eu considerar desnecessárias. Conforme concluiu a decisão de primeira instância, a providência requerida é dispensável diante dos elementos dos autos, que considerou suficientes para o deslinde da matéria.

Entendo, da mesma forma, que a diligência nada acrescentaria para o desfecho da lide e que os elementos constantes dos autos são suficiente para a formação da convicção deste relator e dos demais membros do Colegiado sobre o desfecho a ser dado à lide. Indefiro, portanto, o pedido.

Quanto ao mérito, conforme concluiu a decisão recorrida, a discussão de matéria no âmbito do Poder Judiciário implica em renúncia do direito de discuti-la na instância administrativa. Essa questão, destaque-se, já foi sumulada neste Primeiro Conselho de Contribuinte, a saber:

Súmula 1ª CC nº 1: 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. (publicada no DOU, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/200).

É o que ocorre neste caso em relação às operações realizadas entre empresa do mesmo grupo. Portanto, também na fase recursal, não cabe discutir o mérito a respeito da incidência ou não do imposto de renda na fonte no caso de operações de mútuo realizadas entre empresas coligadas.

Alega, entretanto, a Recorrente, que além dos valores considerados pela decisão de primeira instância como decorrentes de operações entre empresas ligadas, outros não foram considerados; que do total das operações, apenas R\$ 69.644,78 não se realizou entre empresas do mesmo grupo. Aduz, ainda, que valores incluídos na base de cálculo, teriam sido estornados ou seriam meros lançamentos de ajuste.

Compulsando os autos, verifico que assiste razão à Recorrente em ambas as questões. Sobre as operações entre empresas do mesmo grupo, vale ressaltar que o lançamento

teve por base a escrituração contábil e planilha fornecida pela própria Contribuinte, esta às fls. 46/48, onde está indicado, embora de forma resumida, com quem realizou a operação e quais as que não foram feitas com empresa do mesmo grupo, e lá se vê claramente que somente os valores indicados pela Recorrente em sua defesa se referem a operações com terceiros.

Ora, como o lançamento se baseou em informações da própria Recorrente, constante da referida planilha, não há porque não considerar também essa informação. A decisão de primeira instância ao segregar as operações com terceiros daquelas com empresas do mesmo grupo deixou de considerar algumas transações as quais, examinando-se a referida planilha e em confronto com os dados adicionais trazidos no recurso, e conforme se pode apurar pelo exame da estrutura do grupo econômico resumida no quadro às fls. 280, são empresas do grupo Parmalat.

Portanto, devem ser consideradas como transações realizadas com terceiros apenas os seguintes valores, excluindo-se, em consequência, a multa de ofício em relação a todas as demais transações:

DATA	VALOR (R\$)
21/01/99	622,34
27/01/99	8.606,90
28/02/99	31.711,00
30/04/99	1.121,48
31/05/99	11.766,84
01/07/99	2.665,38
31/08/99	13.150,84
TOTAL	69.644,78

Quanto à alegada inclusão indevida na base de cálculo de valores estornados, de fato, verificando os registros contábeis da Recorrente, constata-se que assiste razão à Recorrente. Foi incluído na autuação o valor de R\$ 1.567.412,56, em 28/02/1999, R\$ 1.628.788,64, em 01/04/1999 e R\$ 1.628.610,81, em 01/07/1999. Ocorre que esse valor lançado em julho foi extraído de lançamento contábil que estornava o lançamento feito em abril, todos referentes ao imposto de fevereiro. Portanto, dos três valores, somente o primeiro deve permanecer. Da mesma forma, verifica-se que foram incluídos no lançamento os valores de R\$ 2.814.406,64, em 31/03/1999 e R\$ 2.902.021,69, em 01/04/1999, mas os registros contábeis do Recorrente mostram que, como alegado pela defesa, o segundo valor refere-se a estorno de parte do primeiro: em 01/04/1999 foram feitos dois lançamentos, a débito e a crédito da mesma conta. Assim, deve ser excluído da base de cálculo o valor de R\$ 2.902.021,69.

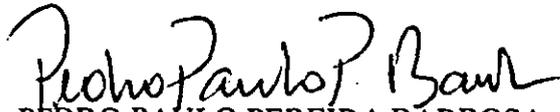
Deve ser excluído da base de cálculo do imposto, portanto, os valores de R\$ 1.628.788,64, em 01/04/1999; R\$ 1.628.610,81, em 01/07/1999 e R\$ 2.902.021,69, em 01/04/1999.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso de Ofício, e quanto ao Recurso Voluntário, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para: excluir a multa de ofício em relação às operações realizadas com empresas do mesmo

grupo, conforme explicitado acima, e excluir da base de cálculo os valores de R\$ 1.628.788,64, em 01/04/1999, R\$ 1.628.610,81, em 01/07/1999 e R\$ 2.902.021,69, em 01/04/1999.

Sala das Sessões, em 28 de fevereiro de 2007


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA

Voto Vencedor

Conselheiro NELSON MALLMANN, Redator-designado

Com a devida vênia do nobre relator da matéria, Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosda, permito-me divergir de seu voto no que tange a contagem do prazo decadencial quando se tratar de lançamentos por homologação, que no caso dos autos se trata de Imposto de Renda na Fonte relativamente aos fatos geradores até setembro de 1999, acompanhando o relator nos demais itens.

O Conselheiro Relator defende a tese de que o § 4º do art. 150, do CTN estabelece prazo para que a Fazenda Pública examine a consonância do ato de apuração e pagamento do imposto, realizado pelo contribuinte, sob pena de restarem estes tacitamente homologados, e não sobre decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário pelo lançamento de ofício, matéria disciplinada no art. 173, I do CTN.

Na sua opinião, nos casos de omissão de rendimentos ou de falta de recolhimento e de declaração de imposto retido pela fonte pagadora, não há que se falar em homologação.

Não há dúvidas, que a discussão nestes autos abrange a incidência de imposto de renda na fonte.

Nota-se, do relatório, que a recorrente alega a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores até setembro de 1999, sob o entendimento de que quando se tratar de imposto de renda na fonte, por ser tributação definitiva, há o dever do sujeito passivo de efetuar o pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, o que se configura como lançamento por homologação e neste caso o decurso do prazo decadencial de cinco anos se verificará entre a data da ocorrência do fato gerador e a data da ciência do lançamento procedido mediante o Auto de Infração, ao amparo do artigo 150, § 4º do CTN.

Nunca tive dúvidas, que a regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. No caso dos autos, ou seja, quando se tratar de imposto de renda na fonte, a sua apuração deve ser realizada na ocorrência do fato gerador e o recolhimento do imposto se processa na mesma data. Razão pela qual têm característica de tributo cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa e amolda-se à sistemática de lançamento denominado por homologação, onde a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral do artigo 173 do Código Tributário Nacional, para encontrar respaldo no § 4º do artigo 150, do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial à data da ocorrência do fato gerador. Ou seja, transcorridos cinco anos a contar do fato gerador, quer tenha havido homologação expressa, quer pela homologação tácita, está precluso o direito da Fazenda de promover o lançamento de ofício, para cobrar imposto não recolhido, exceto nos casos de evidente intuito de fraude devidamente comprovado pelo fisco, onde a contagem do prazo decadencial fica na regra geral, ou seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, embora respeite a posição daqueles que assim não entendem, tenho para mim que está extinto o direito da Fazenda Pública de constituir crédito tributário relativamente aos fatos geradores até setembro de 1999.

Como se sabe, a decadência é na verdade a falência do direito de ação para proteger-se de uma lesão suportada; ou seja, ocorrida uma lesão de direito, o lesionado passa a ter interesse processual, no sentido de propor ação, para fazer valer seu direito. No entanto, na expectativa de dar alguma estabilidade às relações, a lei determina que o lesionado dispõe de um prazo para buscar a tutela jurisdicional de seu direito. Esgotado o prazo, o Poder Público não mais estará à disposição do lesionado para promover a reparação de seu direito. A decadência significa, pois, uma reação do ordenamento jurídico contra a inércia do credor lesionado. Inércia que consiste em não tomar atitude que lhe incumbe para reparar a lesão sofrida. Tal inércia, dia a dia, corrói o direito de ação, até que ele se perca – é a fluência do prazo decadencial.

Em outras palavras, a Fazenda Pública dispõe de um determinado prazo legal para efetuar o ato jurídico administrativo do lançamento. Transcorrido tal prazo, decai o ente

público tributante do direito de efetua-lo, pois a decadência é fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo.

Deve ser esclarecido, que os fatos geradores das obrigações tributárias são classificados como instantâneos ou complexivos. O fato gerador instantâneo, como o próprio nome revela, dá nascimento à obrigação tributária pela ocorrência de um acontecimento, sendo este suficiente por si só (imposto de renda na fonte). Em contraposição, os fatos geradores complexivos são aqueles que se completam após o transcurso de um determinado período de tempo e abrangem um conjunto de fatos e circunstâncias que, isoladamente considerados, são destituídos de capacidade para gerar a obrigação tributária exigível. Este conjunto de fatos se corporifica, depois de determinado lapso temporal, em um fato imponível. Exemplo clássico de tributo que se enquadra nesta classificação de fato gerador complexivo é o imposto de renda da pessoa física, apurado no ajuste anual.

Como é sabido, o lançamento é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.

Com o lançamento constitui-se o crédito tributário, de modo que antes do lançamento, tendo ocorrido o fato imponível, ou seja, aquela circunstância descrita na lei como hipótese em que há incidência de tributo verifica-se tão somente obrigação tributária, que não deixa de caracterizar relação jurídica tributária.

É sabido, que são utilizados na cobrança de impostos e/ou contribuições, tanto o lançamento por declaração quanto o lançamento por homologação. Aplica-se o lançamento por declaração (artigo 147 do Código Tributário Nacional) quando há participação da administração tributária com base em informações prestadas pelo sujeito passivo, ou quando, tendo havido recolhimentos antecipados, é apresentada a declaração respectiva, para o justo final do tributo efetivamente devido, cobrando-se as insuficiências ou apurando-se os excessos, com posterior restituição.



Por outro lado, nos precisos termos do artigo 150 do CTN, ocorre o lançamento por homologação quando a legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, a qual, tomando conhecimento da atividade assim exercida, expressamente a homologa. Inexistindo essa homologação expressa, ocorrerá ela no prazo de 05(cinco) anos, a contar do fato gerador do tributo. Com outras palavras, no lançamento por homologação, o contribuinte apura o montante e efetua o recolhimento do tributo de forma definitiva, independentemente de ajustes posteriores.

Neste ponto está a distinção fundamental entre uma sistemática e outra, ou seja, para se saber o regime de lançamento de um tributo, basta compulsar a sua legislação e verificar quando nasce o dever de cumprimento da obrigação tributária pelo sujeito passivo: se dependente de atividade da administração tributária, com base em informações prestadas pelos sujeitos passivos – lançamento por declaração, hipótese em que, antes de notificado do lançamento, nada deve o sujeito passivo; se, independente do pronunciamento da administração tributária, deve o sujeito passivo ir calculando e pagando o tributo, na forma estipulada pela legislação, sem exame do sujeito ativo – lançamento por homologação, que, a rigor técnico, não é lançamento, porquanto quando se homologa nada se constitui, pelo contrário, declara-se à existência de um crédito que já está extinto pelo pagamento.

Por decadência entende-se a perda do direito de o fisco constituir o crédito tributário, pelo lançamento.

Neste aspecto a legislação de regência diz o seguinte:

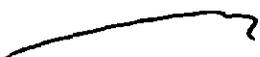
Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional:

“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos”:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

(...)



Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”“.

Depreende-se, desse texto, que o prazo decadencial é único, ou seja, de cinco anos e o tempo final é um só, o da data da notificação regular do lançamento, porém, o termo inicial, ou seja, a data a partir da qual flui a decadência é variável, como se observa abaixo:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, item I);

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal o lançamento anteriormente efetuado (CTN, art. 173, item II);

III - da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento (CTN, art. 173, parágrafo único);

IV - da data da ocorrência do fato gerador, nos tributos cujo lançamento normalmente é por homologação (CTN, art. 150, § 4º);

V - da data em que o fato se tornou acessível para o fisco, na ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando o lançamento normal do tributo é por homologação (CTN, art. 149, inciso VII e art. 150, § 4º).

Pela regra geral (art. 173, I), o termo inicial do lustro decadencial é o 1º dia do exercício seguinte ao exercício em que o lançamento poderia ter sido efetuado (ocorrência de dolo, fraude ou simulação (evidente intuito de fraude)).

O parágrafo único do artigo 173 do CTN altera o termo inicial do prazo para a data em que o sujeito passivo seja notificado de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. É claro que esse parágrafo só tem aplicação quando a notificação da medida preparatória é efetivada dentro do 1º exercício em que a autoridade poderia lançar.

Já pelo inciso II do citado artigo 173 se cria uma outra regra, segundo a qual o prazo decadencial começa a contar-se da data da decisão que anula o lançamento anterior, por vício de forma.

Assim, em síntese, temos que o lançamento só pode ser efetuado dentro de 5 anos, contados de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a menos que nesse dia o prazo já esteja fluindo pela notificação de medida preparatória, ou o lançamento tenha sido, ou venha a ser, anulado por vício formal, hipótese em que o prazo fluirá a partir da data de decisão.

Se tratar de revisão de lançamento, ela há de se dar dentro do mesmo quinquênio, por força da norma inscrita no parágrafo único do artigo 149.

É incontestado que o Código Tributário Nacional e a lei ordinária assegura Fazenda Nacional o prazo de 5 (cinco) anos para constituir o crédito tributário.

Como se vê a decadência do direito de lançar se dá, pois, com o transcurso do prazo de 5 anos contados do termo inicial que o caso concreto recomendar.

Há tributos e contribuições cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de efetuar o pagamento antes que a autoridade o lance. O pagamento se diz, então, antecipado e a autoridade o homologará expressamente ou tacitamente, pelo decurso do prazo de 5 anos contados do fato gerador.

De outra parte, sendo exceção o recolhimento antecipado, fixou o CTN, também, regra excepcional de tempo para a prática dos atos da administração tributária, onde os mesmos cinco anos já não mais dependem de uma carência para o início da contagem, uma vez que não se exige a prática de atos administrativos prévios. Ocorrido o fato gerador, já nasce para o sujeito passivo a obrigação de apurar e liquidar o crédito tributário, sem qualquer participação do sujeito ativo que, de outra parte, já tem o direito de investigar a regularidade dos procedimentos adotados pelo sujeito passivo a cada fato gerador, independente de qualquer informação ser-lhe prestada. É o que está expresso no § 4º, do artigo 150, do CTN.

Ora, próprio CTN fixou períodos de tempo diferenciados para atividade da Administração Tributária. Se a regra era o lançamento por declaração, que pressupunha atividade prévia do sujeito ativo, determinou o art. 173 do CTN, que o prazo quinquenal teria início a partir “do dia primeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, imaginando um tempo hábil para que as informações pudessem ser compulsadas e, com base nelas, preparando o lançamento. Essa é a regra básica da decadência.

Não me restam dúvidas, de que o tributo oriundo de imposto de renda na fonte, se encaixa nesta regra, onde a própria legislação aplicável atribui aos remetentes o dever, quando for o caso, de calcular e recolher os impostos, sem prévio exame da autoridade administrativa, ou seja, eles não devem aguardar o pronunciamento da administração para saber da existência, ou não, da obrigação tributária, pois esta já está delimitada e prefixada na lei, que impõe ao sujeito passivo o dever do recolhimento do imposto em questão.

Da mesma forma, o Código Tributário Nacional, como norma complementar à Constituição, é o diploma legal que detém legitimidade para fixar o prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários pelo Fisco. Inexistindo regra específica, no tocante ao prazo decadencial aplicável aos casos de evidente intuito de fraude (fraude, dolo, simulação ou conluio) deverá ser adotada a regra geral contida no artigo 173 do CTN, tendo em vista que nenhuma relação jurídico-tributária poderá protelar-se indefinidamente no tempo, sob pena de insegurança jurídica.

Como, também, refuto o argumento daqueles que entendem que só pode haver homologação se houver pagamento e, por consequência, como o lançamento efetuado pelo fisco decorre da falta de recolhimento de imposto de renda, o procedimento fiscal não mais estaria no campo da homologação, deslocando-se para a modalidade de lançamento de ofício, sempre sujeito à regra geral de decadência do art. 173 do CTN.

É fantasioso. Em primeiro lugar, porque não é isto que está escrito no caput do art. 150 do CTN, cujo comando não pode ser sepultado na vala da conveniência interpretativa, porque, queiram ou não, o citado artigo define com todas as letras que “o lançamento por homologação (...) opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

O que é passível de ser ou não homologada é a atividade exercida pelo sujeito passivo, em todos os seus contornos legais, dos quais sobressaem os efeitos tributários. Limitar a atividade de homologação exclusivamente à quantia paga significa reduzir a atividade da Administração Tributária a um nada, ou a um procedimento de obriedade absoluta, visto que toda quantia ingressada deveria ser homologada e, a contrário senso, não homologando o que não está pago.

Em segundo lugar, mesmo que assim não fosse, é certo que a avaliação da suficiência de uma quantia recolhida implica, inexoravelmente, no exame de todos os fatos sujeitos à tributação, ou seja, o procedimento da autoridade administrativa tendente à homologação fica condicionado ao “conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, na linguagem do próprio CTN”.



Faz-se necessário lembrar, que a homologação do conjunto de atos praticados pelo sujeito passivo não é atividade estranha à fiscalização federal.

Ora, quando o sujeito passivo apresenta declaração com prejuízo fiscal num exercício e a fiscalização reconhece esse resultado para reduzir matéria a ser lançada em período subsequente, ou no mesmo período-base, ou na área do IPI, com a apuração de saldo credor num determinado período de apuração, o que traduz inexistência de obrigação a cargo do sujeito passivo. Ao admitir tanto a redução na matéria lançada como a compensação de saldos em períodos subsequentes, estará a fiscalização homologando aquele resultado, mesmo sem pagamento.

É da essência do instituto da decadência a existência de um direito não exercitado pela inércia do titular desse direito, num período de tempo determinado, cuja consequência é a extinção desse direito.

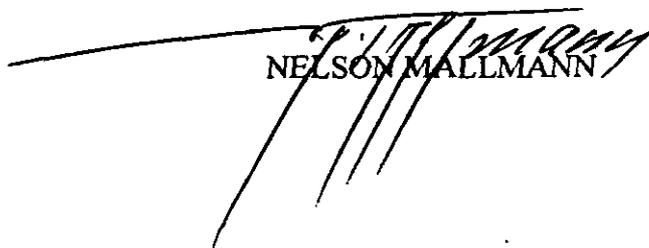
Decorrido o prazo de decadência desaparece a obrigação tributária, ou seja, a Fazenda Pública perde o direito de constituir o crédito tributário, ficando o sujeito passivo liberado com relação a esta obrigação tributária.

É inconteste que, no caso em questão, o início da contagem do prazo decadencial começou no dia do fato gerador (pagamento de valores com retenção na fonte), ou seja, no caso dos autos os fatos geradores (retenção) identificados pelo fisco ocorreram durante o ano de 1999. Logo, a contagem do primeiro prazo decadencial inicia-se, por exemplo, em janeiro de 1999, encerrando-se em janeiro de 2004 e assim por diante. Sendo a data da ciência do auto de infração pela suplicante em 25/10/04, os fatos geradores até setembro de 1999 estavam decadentes.



Diante do exposto, e por ser de justiça, voto no sentido de ACOLHER a preliminar de decadência para declarar extinto o direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário relativamente aos fatos geradores até setembro de 1999, acompanhando o relator nos demais itens.

Sala das Sessões - DF, em 28 de fevereiro de 2007


NELSON MALLMANN