



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29
Recurso nº : 149.255
Matéria : IRF – Ano(s): 1999
Recorrente : COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ em CAMPINAS – SP
Sessão de : 20 DE SETEMBRO DE 2006
Acórdão nº : 106-15.818

IRRF – VARIAÇÃO POSITIVA EM OPERAÇÃO DE SWAP – MATÉRIA LEVADA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – CONCOMITÂNCIA. A propositura pelo contribuinte de ação judicial para discussão de matéria exigida em auto de infração importa em renúncia à esfera administrativa. Aplicável ao caso o Enunciado de Súmula nº 01, do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

PRELIMINAR – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Não é nula a decisão de primeira instância que deixou de apreciar, em razão da concomitância com a discussão judicial, a questão referente à incidência de imposto de renda sobre a variação positiva apurada em contrato de *hedge*, na modalidade *swap*. Não causou nenhum prejuízo à defesa da contribuinte o fato de lá estar consignado que os questionamentos sobre legalidade e/ou constitucionalidade não podem ser apreciados na esfera administrativa. Ademais, tal assertiva está devidamente amparada no artigo 102, inciso I, alínea “a” e inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, segundo o qual a apreciação de inconstitucionalidade de lei é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

IRRF – ANTECIPAÇÃO – NÃO RETENÇÃO E NÃO RECOLHIMENTO – ORDEM JUDICIAL – IMPORTÂNCIA OFERECIDA À TRIBUTAÇÃO NA DIPJ – LANÇAMENTO LAVRADO APÓS O ENCERRAMENTO DO EXERCÍCIO. Não pode ser analisado de forma isolada o lançamento lavrado com o objetivo de prevenir a decadência, através do qual se exige imposto de renda na fonte devido a título de antecipação, o qual não foi retido e nem recolhido em razão de decisão judicial, quando tal situação ocorre após o encerramento do exercício referente ao fato tributado. A comprovação de que a empresa submeteu à tributação, em momento posterior, a variação positiva apurada em contrato de *hedge*, na modalidade *swap*, demonstra que o único prejuízo causado ao Erário está relacionado aos juros de mora. Não se pode admitir a regra do *solve et repete*.

Recurso provido parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso interposto por COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29

Acórdão nº : 106-15.818

excluir do lançamento o valor do principal, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE


GONÇALO BONET ALLAGE
RELATOR

FORMALIZADO EM: 24 OUT 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, LUIZ ANTONIO DE PAULA, JOSÉ CARLOS DA MATTA RIVITTI, ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA, ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGETTI e ANTÔNIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO (suplente convocado). Fez sustentação oral pelo recorrente o Sr. Vinicius Branco OAB/DF nº 23418.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29
Acórdão nº : 106-15.818

Recurso nº : 149.255
Recorrente : COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS

RELATÓRIO

Em face da empresa acima identificada foi lavrado o auto de infração de fls. 04-08, para a exigência de imposto de renda na fonte no valor de R\$ 2.328.943,26 e de juros de mora calculados até 31/05/2004, totalizando um crédito tributário de R\$ 4.264.062,21.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 09-10, a autoridade lançadora informa que o crédito tributário fora constituído para salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional e prevenir a decadência, tendo em vista a liminar e a sentença que concedeu a segurança nos autos do mandado de segurança nº 1999.91.00.036183-2, cujo objeto está relacionado ao imposto de renda na fonte incidente sobre contratos de *hedge*, na modalidade *swap*.

No referido Termo, o contrato de *hedge* e a operação em questão estão assim identificados: "Contrato REG. SETIP Nº 98G24712; Banco RABOBANK DO BRASIL S/A.; Data de Liquidação 26-07-1.999; Variação Positiva: R\$ 11.644.716,30; IRFONTE: R\$ 2.328.943,26."

Intimada do lançamento a autuada, devidamente representada, apresentou impugnação às fls. 131-138 para esclarecer que "... o valor correspondente ao resultado positivo na operação de *hedge* em questão foi regularmente oferecido à tributação, por oportunidade da entrega da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica ('DIPJ') do ano 2000, relativa ao exercício 1999 (doc. 03)." (fls. 132).

Manifestou-se, também, no sentido da inexistência de acréscimo patrimonial com relação à variação positiva do contrato de *hedge*.

Defendeu, por fim, que se alguma falta ocorreu no caso em apreço, esta teria sido apenas temporal, porquanto os valores não retidos e, conseqüentemente, não recolhidos, foram efetivamente oferecidos à tributação quando da declaração anual de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29
Acórdão nº : 106-15.818

renda, de modo que não se pode cogitar na exigência de todo o imposto, mas apenas dos juros de mora, porquanto a hipótese seria de postergação e não de falta de recolhimento do imposto.

À impugnação foram juntados os documentos de fls. 139-266.

Apreciando a controvérsia os membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas (SP) decidiram pela manutenção integral do lançamento, através do acórdão nº 8.068, que se encontra às fls. 269-275, cuja ementa passo a transcrever:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal
Data do fato gerador: 26/07/1999
Ementa: Concomitância entre Processos Administrativo e Judicial. Princípio da Unicidade de Jurisdição.
A propositura de ação judicial com o mesmo objeto, antes ou após a lavratura do auto de infração, impede a apreciação, pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento, das razões de mérito submetidas ao Poder Judiciário.
Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF
Data do fato gerador: 26/07/1999
Ementa: Contrato de Hedge. Falta de Retenção de IRRF. Medida Judicial. Responsabilidade.
Estando amparada por medida judicial que obstou a instituição financeira de reter e recolher o IRRF devido na liquidação de contrato de hedge na modalidade swap, determinada pela Lei nº 9.779/99, a contribuinte passa a ser responsável pelo tributo que deixou de ser retido e recolhido pela fonte no momento em que efetuada a operação.
Lançamento Procedente.
(Grifos no original)

Com relação à tese que questiona a incidência ou não de imposto de renda na fonte quando da liquidação de contrato de *hedge*, na modalidade *swap*, a decisão de primeira instância considerou a matéria concomitante com aquela levada à apreciação do Poder Judiciário, o que importa na desistência do litígio administrativo. Lá está consignado, ainda, que *"De qualquer forma, a maior parte das razões de defesa apresentadas referem-se à constitucionalidade e/ou legalidade de normas jurídicas validamente editadas e, portanto, integrantes do ordenamento jurídico nacional, não*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29

Acórdão nº : 106-15.818

está consignado, ainda, que *"De qualquer forma, a maior parte das razões de defesa apresentadas referem-se à constitucionalidade e/ou legalidade de normas jurídicas validamente editadas e, portanto, integrantes do ordenamento jurídico nacional, não dispendo os órgãos administrativos de competência para apreciá-las, ou, ainda, para deixar de conferir-lhes os respectivos efeitos."* (fls. 274).

Quanto ao argumento de que o numerário em questão fora oferecido à tributação na DIPJ do exercício 2000, o relator do acórdão recorrido afirmou textualmente às fls. 274 que *"... esta questão não é pertinente ao presente auto de infração, em que o lançamento refere-se ao Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF e não ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. A Administração Tributária ficou privada de dispor do numerário correspondente ao IRRF, que deixou de ser retido e recolhido por força de decisão judicial em mandado de segurança, desde a ocorrência do fato gerador, em 26/07/1999, não importando para o lançamento de falta de recolhimento de IRRF se ao final do período de apuração o resultado positivo da operação de hedge foi ou não oferecido à tributação, em 31/12/1999."*

Cientificada da decisão de primeira instância a contribuinte, devidamente representada, interpôs recurso voluntário às fls. 304-315 onde, além de reiterar os argumentos aduzidos em sede de impugnação, no que se refere ao oferecimento à tributação do resultado positivo apurado na operação de *hedge*, quando da entrega da DIPJ, o que poderia ensejar a exigência, tão-somente, de juros de mora pela falta temporal, bem como quanto à inexistência de acréscimo patrimonial com relação à variação positiva do contrato de *hedge*, alegou, em apertada síntese, que:

- não houve renúncia à discussão na esfera administrativa, pois, neste processo, busca demonstrar que apesar de não terem sido retidos, os valores em discussão foram oferecidos à tributação, quando da entrega da DIPJ;
- o entendimento esposado no decisório recorrido, com relação à incompetência da autoridade administrativa para apreciar a constitucionalidade das leis, causa cerceamento do direito de defesa.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29
Acórdão nº : 106-15.818

Na seqüência, protocolizou a petição de fls. 367 para informar a respeito de alteração de sua denominação social.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29
Acórdão nº : 106-15.818

VOTO

Conselheiro GONÇALO BONET ALLAGE, Relator

Tomo conhecimento do recurso voluntário interposto, pois é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, inclusive quanto ao arrolamento de bens, conforme se verifica na informação prestada pela repartição de origem às fls. 366.

Está-se diante de lançamento de ofício que exige imposto de renda na fonte e juros moratórios, o qual fora lavrado para prevenir a decadência, tendo em vista decisões judiciais favoráveis à empresa (liminar e sentença), proferidas nos autos do mandado de segurança nº 1999.61.00.036183-2, da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo (SP).

Na referida ação judicial a recorrente questiona a incidência do imposto de renda na fonte, no valor de R\$ 2.328.943,26, incidente sobre contrato de *hedge*, na modalidade *swap*, com REG. SETIP N° 98G24712, firmado com o Banco RABOBANK DO BRASIL S/A., liquidado em 26/07/1999, onde apurou variação positiva de R\$ 11.644.716,30.

Passemos, de imediato, à apreciação das razões de recurso voluntário.

A concomitância com a ação judicial e a inexistência de cerceamento do direito de defesa

Em sede de recurso, embora a empresa delimite a controvérsia às fls. 308, afirmando – *“... Isso porque, enquanto a ação judicial tem como escopo evitar a retenção na fonte do resultado positivo obtido na operação de hedge, por não proporcionar qualquer rendimento ou ganho concreto, mas sim configurar mera recomposição patrimonial, no presente litígio administrativo busca-se demonstrar, face ao auto de infração lavrado, que, apesar de não terem sido retidos, os valores em discussão toram oferecidos à tributação, por oportunidade da entrega da Declaração de Informações*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29

Acórdão nº : 106-15.818

Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica ('DIPJ'), relativa ao exercício de 1999. (Grifei) – traz, também, mais adiante (fls. 311-315), diversas alegações referentes à impossibilidade de tributação pelo imposto de renda da variação positiva apurada nas operações de *hedge*.

Esta situação, ao que parece, demonstra uma contradição.

Não obstante, devo ressaltar que é exatamente a incidência de imposto de renda sobre a variação positiva apurada em operação de *hedge*, na modalidade *swap*, a matéria levada à apreciação do Poder Judiciário, nos autos do mandado de segurança nº 1999.61.00.036183-2.

Tal discussão não pode ser travada, de forma concomitante, na esfera administrativa.

Nesse sentido, ressalto que no mês de junho deste ano, o Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda aprovou diversas Súmulas, sendo que o Enunciado nº 1 tem o seguinte conteúdo: *"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"*.

Portanto, no âmbito deste Colegiado, inclusive por força do artigo 29 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, não paira nenhuma dúvida a respeito da impossibilidade de apreciação na esfera administrativa de matéria também questionada perante o Poder Judiciário.

Sendo assim, sobre a incidência ou não de imposto de renda com relação à variação positiva apurada em contrato de *hedge*, especificamente aquele firmado com o Banco Rabobank do Brasil S.A., com REG. SETIP nº 98G24712, data de liquidação em 26/07/1999, variação positiva de R\$ 11.644.716,30 e IRRF de R\$ 2.328.943,26, não cabe manifestação por parte do Conselho de Contribuintes.

Entendo, ademais, que não ocorreu cerceamento do direito de defesa no caso em tela.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29
Acórdão nº : 106-15.818

O citado princípio constitucional que, evidentemente, tem eficácia no processo administrativo fiscal, é aplicável quando há interesses antagônicos, há litígio e, conforme preconiza o artigo 14 do Decreto nº 70.235/72, a fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal instaura-se com a apresentação da impugnação, pois em momento anterior a autoridade fiscal deve buscar, por iniciativa própria, sem contraditório, elementos que demonstrem ou não a ocorrência do fato gerador do tributo fiscalizado.

Neste caso, a recorrente pôde exercer em toda plenitude seu direito constitucionalmente assegurado à ampla defesa, tanto que, em sede de impugnação e em grau de recurso, coloca teses que se opõem à infração apurada pela fiscalização.

Devo reiterar que a questão referente à incidência de imposto de renda sobre a variação positiva apurada em operação de *hedge* não restou apreciada no acórdão recorrido em razão da concomitância com a discussão judicial.

O relator da decisão de primeira instância, talvez no sentido de robustecer seu voto, inseriu no item 12 que os questionamentos sobre legalidade e/ou constitucionalidade não podem ser apreciados na esfera administrativa.

Tal afirmação, além de devidamente amparada no artigo 102, inciso I, alínea "a" e inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, segundo o qual a apreciação de inconstitucionalidade de lei é de competência exclusiva do Poder Judiciário, não causou nenhum prejuízo à defesa da recorrente, na medida em que, cumpre repisar, a questão não foi analisada diante da existência de ação judicial com este objeto.

Sendo assim, deixo de analisar a matéria concomitante com aquela levada à apreciação do Poder Judiciário e rejeito a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

Questão não concomitante com a demanda judicial

Segundo a recorrente, o resultado positivo apurado no contrato de *hedge* firmado com o Banco Rabobank do Brasil S.A., embora não tenha sofrido a retenção de imposto na fonte em 26/07/1999, fora oferecido à tributação quando da entrega da DIPJ do exercício 2000, o que poderia ensejar, em razão da postergação, tão-somente a exigência de juros de mora.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29

Acórdão nº : 106-15.818

Pois bem, a Lei nº 8.981/95, ao estabelecer disposições comuns às operações financeiras, previu em seu artigo 76, inciso I e no § 2º, que:

Art. 76. O imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, ou pago sobre os ganhos líquidos mensais, será:

I – deduzido do apurado no encerramento do período ou na data da extinção, no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real;

(...)

§ 2º. Os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável e os ganhos líquidos produzidos a partir de 1º de janeiro de 1995 integrarão o lucro real.

A autuada esteve sujeita à tributação pelo lucro real no exercício 2000, conforme cópia da DIPJ juntada às fls. 185-228, de modo que o imposto em questão poderia ser deduzido daquele apurado no encerramento do período.

Como o lançamento para a exigência de imposto de renda na fonte devido a título de antecipação, relativamente a fato ocorrido em 26/07/1999, fora lavrado no ano de 2004, conseqüentemente após o encerramento do exercício em questão, penso que a pertinência ou não do crédito tributário não pode ficar adstrita à situação isolada, fazendo-se necessária a análise da não retenção e do não recolhimento do IRRF dentro de um contexto mais amplo.

Segundo a recorrente, a variação positiva do contrato de *hedge* fora oferecida à tributação, na Linha 24 (Outras Receitas Financeiras), da Ficha 07A (Demonstração do Resultado), da DIPJ/2000, de acordo com os lançamentos contábeis anexados à impugnação (fls. 230-261).

É necessário esclarecer que no ano de 1999 a empresa apurou prejuízo fiscal da ordem de R\$ 3.026.856,75 (fls. 190).

Nos assentos contábeis trazidos aos autos, aliás desde os trabalhos de fiscalização (fls. 93-102), sobre os quais não houve nenhuma manifestação, está demonstrado que, de fato, os valores de R\$ 9.315.773,04 e de R\$ 2.328.943,26, com os históricos "RECTO SWAP" e "Valor ref. IRRF s/ Ganho Op. Swap Raibobank",



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10830.003192/2004-29

Acórdão nº : 106-15.818

respectivamente, foram lançados a crédito em uma conta de resultado com o título "GANHO OPERACOES SWAP", tendo como contrapartida lançamentos a débito em uma conta de ativo chamada "Itaú" (fls. 263-266).

Embora o somatório dos valores totais das contas do Livro Razão trazidas por cópias às fls. 230-261 (R\$ 395.206.644,70) não coincida com a importância lançada na DIPJ, Ficha 07A, Linha 24 (R\$ 395.250.343,52), a título de Outras Receitas Financeiras, existindo uma diferença a menor de R\$ 43.698,80, é possível concluir que a empresa, efetivamente, submeteu à tributação, não obstante tenha apurado prejuízo fiscal, o valor de R\$ 11.644.716,30, que representa o resultado positivo do contrato de *hedge* firmado com o Banco Rabobank do Brasil S.A.

Nesta situação, consigo visualizar um único prejuízo à Fazenda Pública, qual seja, o não recebimento dos juros moratórios, que são devidos desde o não recolhimento do tributo não retido até o encerramento do respectivo período de apuração, isso porque a variação positiva do contrato de *hedge* fora oferecida à tributação.

O imposto lançado não merece subsistir, na medida em que se estaria aplicando a malsinada regra do *solve et repete*.

E isso não se pode admitir.

Com essas breves considerações concluo que o lançamento levado a efeito para prevenir a decadência pode conter, no caso, tão-somente, os juros moratórios referentes ao período compreendido entre a data do não recolhimento do tributo não retido e o dia de encerramento do respectivo período de apuração.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso para rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, cancelando o lançamento do imposto de renda na fonte e a exigência dos juros a partir de 01/01/2000.

Sala das Sessões - DF, em 20 de setembro de 2006.


GONÇALO BONET ALLAGE