



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10880.933468/2008-33
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.056 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2016
Matéria DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO
Recorrente COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/03/2004

MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INDEFERIMENTO LIMINAR DO DIREITO CREDITÓRIO. SUPERAÇÃO DA TESE PELO CARF. NECESSIDADE DE DECISÃO COMPLEMENTAR.

Constatando-se que a decisão recorrida não analisou matéria sob litígio em sede de manifestação de inconformidade em razão do indeferimento liminar do direito pleiteado, superado tal entendimento pelo CARF, impõe-se o retorno dos autos à turma julgadora de primeira instância a fim de que profira decisão complementar sobre o tema.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2004

IRRF RETIDO E NÃO RECOLHIDO. RESPONSABILIDADE E PENALIDADE. Ocorrendo a retenção e o não recolhimento do imposto, serão exigidos da fonte pagadora o imposto, a multa de ofício e os juros de mora, devendo o contribuinte oferecer o rendimento à tributação e compensar o imposto retido. Inteligência do Parecer Normativo Cosit nº 1/2002.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso e determinar o retorno dos autos ao Órgão julgador para que seja prolatada decisão complementar com análise das razões de recurso não apreciadas no acórdão original, conforme especificado no bojo do voto condutor.

Processo nº 10880.933468/2008-33
Acórdão n.º **1402-002.056**

S1-C4T2
Fl. 2.878

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Demetrius Nichele Macei, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Manoel Silva Gonzalez, Leonardo de Andrade Couto e Leonardo Luís Pagano Gonçalves. Ausente o Conselheiro Manoel Silva Gonzalez.

Relatório

COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO recorre a este Conselho, com fulcro nos §§ 10 e 11 do art. 74 da Lei nº 9.430/96 e no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 16-51.506 da 1ª Turma da Delegacia de Julgamento em São Paulo – DRJ/SP1 que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada.

Por bem retratar o litígio, adoto o relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

Trata o presente processo de Declaração de Compensação (PER/DCOMP nº 04881.21678.280704.1.3.02-7089), transmitida em 28.07.2004, por meio da qual o contribuinte acima identificado pretende utilizar direito creditório que afirma possuir, com débitos de tributos federais. O crédito é decorrente de saldo negativo de IRPJ do 1º trimestre de 2004, no valor de R\$ 5.031.880,06, e o débito compensado é o IRPJ do 2º trimestre de 2004, no valor de R\$ 5.265.359,29.

Por meio do Despacho Decisório com nº de Rastreamento 791219367 (fl. 2), de 25.09.2008, a autoridade fiscal não homologou a compensação declarada, pois não foi constatada apuração de saldo negativo na DIPJ para o 1º trimestre de 2004.

O contribuinte teve ciência da decisão por via postal em 02.10.2008, e em 31.10.2008 apresentou manifestação de inconformidade (fls. 17 a 21).

Afirma que constou na sua DIPJ do ano-calendário de 2004, na ficha 12A - Cálculo do Imposto de Renda sobre o Lucro Real, relativa ao 1º trimestre, o valor de R\$ 4.428.531,73 a título de imposto de renda retido na fonte.

No entanto, informa que o valor correto é de R\$ 9.460.411,79, correspondente ao imposto de renda retido por instituições financeiras nos códigos 3426 (aplicações financeiras de renda fixa) e 5273 (operações swap), conforme planilha que elabora:

Fonte Pagadora CNPJ	Código Receita	IRRF
28.195.667/0001-06	3426-Aplicações financeiras de renda fixa	553.343,12
33.066.408/0001-15	3426- Aplicações financeiras de renda fixa	1.702.263,62
60.746.948/0001-12	3426- Aplicações financeiras de renda fixa	1.506.831,57
60.746.948/0001-12	5273- Operações Swap	619.994,85
78.876.950/0001-71	3426- Aplicações financeiras de renda fixa	1.579.361,07
01.701.201/0001-89	3426- Aplicações financeiras de renda fixa	23.970,47
31.516.198/0001-94	3426- Aplicações financeiras de renda fixa	1.270.616,92

58.160.789/0001-28	3426- Aplicações financeiras de renda fixa	279.634,84
58.160.789/0001-28	5273- Operações Swap	167.220,90
61.472.676/0001-72	3426- Aplicações financeiras de renda fixa	784.989,10
60.942.638/0001-73	3426- Aplicações financeiras de renda fixa	40.438,54
60.783.503/0001-02	3426- Aplicações financeiras de renda fixa	931.746,79
Total		9.460.411,79

Desta forma, justifica o crédito de R\$ 5.031.880,06 utilizado na compensação, e requer que a manifestação de inconformidade seja julgada procedente, para convalidar a compensação realizada.

Por meio do Despacho nº 30/2011 (fls. 146 a 149), o processo foi enviado à Derat/SPO para realização de diligência, com a finalidade de verificar o correto imposto de renda retido na fonte a ser deduzido.

O resultado da diligência está contido no Relatório Diligencial EQPIR/PJ (fls. 294 a 300).

O Auditor-Fiscal intimou o contribuinte para comprovar que os rendimentos informados por diversas fontes pagadoras, no valor total de R\$ 47.302.058,95, e que deram origem ao IRRF de R\$ 9.460.411,79, foram computados na determinação do lucro real do 1º trimestre de 2004 ou em períodos anteriores.

Intimou-o ainda para que apresentasse o Informe de Rendimentos e de Retenção de IRRF de uma das retenções, efetuado pela fonte pagadora Cia. Hering, tendo em vista que não havia registro nos sistemas da RFB do IRRF correspondente, de R\$ 1.579.361,07.

Analizando a resposta do contribuinte, o agente fiscal chegou à conclusão de que não fora demonstrada a inclusão dos rendimentos na apuração do lucro real, pois foram apresentados tão somente valores de lançamentos consolidados.

Especificamente quanto à Cia. Hering, o Auditor-Fiscal afirma que:

A Cia. Hering foi intimada a declarar a regularidade do Comprovante Anual de Rendimentos Pagos ou Creditados e de Retenção de IRRF apresentados pela manifestante em sua resposta de 29/06/2004, doc. 3 (§4.2), e relatou que: face ao auto de infração proc. nº 13971.002328/2005-48, que descaracterizou a operação de cessão de créditos, entre ela e o Banco Modal, de títulos custodiados neste banco, que encontra-se em situação de definitividade administrativa desde 29/01/2010 (fl.293), além do deferimento de seu Pedido de Cancelamento da compensação do débito do IRRF em pauta, através do Parecer SAORT/DRF/BLU nº 82, de 02/06/2008, não é sujeito passivo, como responsável tributário, dos débitos de IRRF questionados (§ 6.1).

Assim, adicionalmente para a “retenção” de R\$ 1.579.361,07 efetuada pela Cia. Hering, CNPJ 78.876.950/0001-71, deve ser glosado o crédito de IRRF,

por não possuir as características de retenção nos termos da legislação do imposto de renda.

Conclui pelo não reconhecimento do IRRF no valor de R\$ 9.460.411,79.

Intimado em 08.02.2013, em 12.03.2013 o contribuinte apresentou manifestação (fls. 304 a 351), acompanhada de documentos (fls. 352 a 747).

Elabora quadro contendo os valores dos rendimentos e dos respectivos IRRF do 1º trimestre de 2004, como segue:

Fonte Pagadora CNPJ	Nome	Código Receita	Rendimento/Ganho	IRRF
28.195.667/0001-06	ABC Brasil	3426	2.766.715,60	553.343,12
33.066.408/0001-15	ABN AMRO Real	3426	8.511.318,10	1.702.263,62
60.746.948/0001-12	BRADESCO	3426	7.534.157,85	1.506.831,57
		5273	3.099.974,25	619.994,85
78.876.950/0001-71	Hering	3426	7.896.805,35	1.579.361,07
01.701.201/0001-89	HSBC	3426	119.852,35	23.970,47
31.516.198/0001-94	Itaú BBA	3426	6.353.084,60	1.270.616,92
58.160.789/0001-28	Safrá	3426	1.398.174,20	279.634,84
		5273	836.104,50	167.220,90
61.472.676/0001-72	Santander	3426	3.924.945,50	784.989,10
60.942.638/0001-73	Sudameris	3426	202.192,70	40.438,54
60.783.503/0001-02	Safrá Corret.	3426	4.658.733,95	931.746,79
		Total	47.302.058,95	9.460.411,49

Afirma que todos os rendimentos das operações em questão foram oferecidos à tributação, e explica que era detentor de ativos custodiados por diversas instituições financeiras, e que tais aplicações foram transferidas de custódia para o Banco Modal, conforme cartas que anexa.

Posteriormente, celebrou contratos, que também junta, com a Cia. Hering, tendo como anuente o Banco Modal, cedendo àquela os seus direitos e obrigações decorrentes daquelas aplicações.

Observa que registrou contabilmente as aplicações financeiras de duas maneiras distintas. Uma parte ficou registrada com o nome da instituição financeira onde foram originalmente realizadas, e outra parte ficou registrada com o nome do cessionário (Cia. Hering).

Aquelas registradas em nome das instituições financeiras originais, ainda segundo o contribuinte, tiveram seus rendimentos apropriados de forma "pro-

rata" mensalmente, e por isso parte dos rendimentos foram tributados em outros períodos de apuração. Já as operações registradas com o nome da Hering tiveram seus rendimentos tributados no próprio período de apuração.

Passa então a demonstrar o oferecimento à tributação dos rendimentos, nos anos de 2002 a 2004, por meio de planilhas, do Livro Razão e de controles gerenciais da empresa.

No que se refere à retenção efetuada pela Cia. Hering, esclarece que esta, quando da liquidação da operação, pagou à impugnante o valor líquido já descontado o IRRF decorrente dos rendimentos auferidos, por força de previsão contratual neste sentido. Assim, o imposto a pagar ficou sob a guarda da Hering.

Além disso, no processo nº 13971.002328/2005-48, ficou estabelecido que o responsável tributário pelo IRRF era o Banco Modal, e não a Cia. Hering, e ainda que a CBD não obteve qualquer vantagem na transação.

Desta forma, não pode a Receita Federal cobrar os saldos de IRRF da impugnante (mas sim do Banco Modal ou da Cia. Hering), ou impedi-la de utilizá-los na geração do saldo negativo. Cita em seu favor o Parecer Normativo nº 1/2002.

Conclui requerendo que a manifestação de inconformidade seja julgada procedente, com a validação do saldo negativo de IRPJ do 1º trimestre de 2004 e a homologação da compensação.

Protesta pela juntada de cópias autenticadas do livro razão antes do julgamento a ser realizado.

Em 23.04.2013 apresenta nova manifestação (fls. 750 a 752), para juntada de outros documentos (fls. 753 a 888), especificamente, cópias dos Livros Diários de abril de 2002 a março de 2004, com exceção de setembro de 2003, e solicita que os referidos documentos sejam levados em consideração no julgamento do recurso.

Protesta mais uma vez pela juntada de documentos adicionais.

Em 05.08.2013 apresenta "aditamento de recurso" (fls. 891 a 963), acompanhado de documentos (fls. 964 a 1.578 e 1.581 a 2.039), para demonstrar a abertura de todas as bases que compuseram os rendimentos tratados nos autos, bem como para apresentar cópia autenticada dos Livros Diários que embasam o alegado.

Em análise da manifestação de inconformidade apresentada, a 1ª Turma da DRJ em São Paulo – DRJ/SP1 julgou-a improcedente, tendo o julgado recebido a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 30/09/2003

SALDO NEGATIVO. RENDIMENTOS FINANCEIROS. IRRF. CERTEZA E LIQUIDEZ. AUSÊNCIA.

Deixa-se de reconhecer saldo negativo de imposto de renda e sua utilização em compensação, quando aquele saldo foi formado a partir de imposto retido e não recolhido sobre rendimentos decorrentes de operação financeira da qual

a contribuinte participou, estando ciente de sua inconformidade à legislação tributária.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 23 de outubro de 2013, uma quarta-feira (fl. 2076), apresentando em 21 de novembro de 2013 o recurso voluntário, e seus anexos (fls. 2137-2874). Salienta-se que há grave erro de digitalização em relação ao recurso voluntário e seus anexos. Consegui identificar a íntegra do recurso nos seguintes intervalos de folhas:

Folhas do Processo	Páginas do Recurso Voluntário
2137	1
2140-2147	02-09
2138	10
2166-2167	11-12
2154-2160	13-19
2148-2153	20-25
2139	26
2173-2182	27-35
2202	41
2182-2193	42-53
2168-2172	54-58
2221-2240	59-78
2203-2211	79-87

Contudo, em que pese a dificuldade operacional, foi possível analisar o inteiro teor da peça recursal.

Constata-se que em sua irresignação, a recorrente reforça todos os argumentos expendidos em sua manifestação de inconformidade e ataca pontos específicos da decisão recorrida, que podem ser assim sintetizados:

- a decisão recorrida teria apreciado somente a questão dos rendimentos financeiros pagos por Companhia Hering, cujo o imposto de renda retido na fonte foi de R\$ 1.579.361,07, deixando de se pronunciar o valor de R\$ 7.881.050,72 referente às demais fontes pagadoras; em razão disso, pugna pela nulidade da decisão de primeira instância;

- no mérito, alega que era detentora de diversos ativos custodiados por inúmeras instituições financeiras que foram transferidas para custódia do Banco Modal;

- posteriormente, celebrou uma operação de cessão de direitos e obrigações na condição cedente e tendo como cessionária a Companhia Hering. O Banco Modal atuou como anuente da operação;

- tal operação, basicamente, consistia na cessão de seus direitos e obrigações em relação ao seu conjunto de ativos discriminados no instrumento celebrado - então custodiados por Banco Modal - em favor da cessionária (Companhia Hering). Tal operação foi celebrada, sendo os ativos transferidos para Companhia Hering, a qual, segundo cláusula segundo do instrumento pagaria à cedente, e ora recorrente, o preço de mercado e ajustado para cada um dos ativos negociados, sendo que a retenção na fonte em razão dos rendimentos

auferidos seria de responsabilidade de Companhia Hering, que transferiria à cedente o valor já líquido do imposto retido;

- por meio de procedimentos fiscais realizados pela RFB tanto junto à Companhia Hering quanto ao Banco Modal, teria restado esclarecido que a obrigação de retenção na fonte em relação aos rendimentos pagos por Companhia Hering em operações dessa estirpe, seria dela própria;

- cita o Parecer Normativo Cosit nº 1/2002 que estabelece que ocorrendo a retenção e o não recolhimento do imposto, serão exigidos da fonte pagadora do imposto, a multa de ofício e os juros de mora, devendo o contribuinte oferecer o rendimento à tributação e compensar o imposto devido;

- alega que foi esse justamente o procedimento por ela adotado, tendo apresentado tanto os informes de rendimentos onde constam as informações a respeito de rendimentos e imposto retido, quanto os documentos hábeis a comprovar o efetivo oferecimento à tributação de tais rendimentos (escrituração contábil e DIPJs transmitidas à RFB);

- crítica a decisão da DRJ em relação à acusação de ter auferido vantagem na operação, diferenciando a vantagem auferida do ponto de vista financeiro da decorrente do ilícito em face do não recolhimento do IRRF por parte das instituições financeiras (ou, no caso concreto, de Companhia Hering);

- ainda a respeito do tema, salienta que a cláusula citada pelo voto condutor do aresto recorrido - que imputava à cessionária a responsabilidade por quaisquer ônus, custas e despesas que a cedente (recorrente) viesse a ser responsabilizada em razão do não recolhimento, ou recolhimento em desacordo com o estabelecido pela legislação vigente – que supostamente demonstraria que a recorrente sabia da incerteza da conformação dos reflexos dessa transação em face da legislação tributária não passa de mera suposição, não havendo qualquer prova de que a recorrente tivesse participado da operação com o intuito de se beneficiar do não recolhimento de IRRF por parte de Companhia Hering;

- finaliza seus argumentos sobre tal matéria salientando, uma vez mais, que a responsabilidade pelo recolhimento de IRRF não poderia ser a ela atribuída;

- aduz ainda que a decisão recorrida seria nula em razão de não ter apreciado a documentação que comprovaria que as receitas financeiras em questão haviam sido oferecidas à tributação;

- nesse sentido, argumenta que a decisão inicial da unidade de origem era que não haveria comprovação das retenções de fonte pleiteadas, e que, em sua manifestação de inconformidade, além de questionar que não caberia a ela própria recolher o imposto de renda retido em tais operações, teria anexado a documentação comprobatória de que os rendimentos haviam sido efetivamente tributados, anexando também os informes de rendimentos que lhe dariam direito a deduzir o IRRF respectivo;

- contudo, ao concluir que, equivocadamente, a seu ver, a recorrente não faria jus ao IRRF em questão, a decisão recorrida teria deixado de analisar se os rendimentos efetivamente teriam sido oferecidos à tributação;

- tal omissão implicaria a nulidade da decisão recorrida, não sendo possível sua análise única e exclusivamente por esse colegiado sob pena de restar caracterizada a supressão de instância, e, consequentemente, o cerceamento do seu direito de defesa;

- por fim, a recorrente busca reforçar seus argumentos quanto ao oferecimento à tributação de tais rendimentos financeiros, demonstrando pormenorizadamente as operações e anexando mais de 1200 páginas de documentos que comprovariam suas alegações, requerendo, ao final: (i) a suspensão da exigibilidade dos débitos em discussão; (ii) a princípio, seja reconhecido o erro material de julgamento no tocante ao não reconhecimento do IRRF retido por Companhia Hering, e consequentemente o reconhecimento da nulidade da decisão da DRJ que não analisou os demais argumentos/documentos da recorrente; (iii) sendo acatada a validade da retenção ora discutida, seja realizada por esta turma julgadora a análise quanto à efetiva tributação dos rendimentos geradores da retenção de imposto em litígio; (iv) seja dado provimento ao recurso, reconhecendo-se o direito creditório e homologando-se as compensações realizadas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

1 ADMISSIBILIDADE

Conforme relatado, o contribuinte foi cientificado da decisão em 24 de maio de 2013, uma sexta-feira (fl. 680). Desse modo, o início da contagem do prazo se deu em 27 de maio de 2013, segunda-feira.

Considerando que o prazo para interposição do recurso voluntário é de 30 dias (art. 33 do Decreto nº 70.235/72) e o recurso voluntário foi apresentando em 24 de junho de 2013 (fls. 681-749), este se mostra tempestivo. Preenchidos os demais pressupostos para sua admissibilidade, dele, portanto, tomo conhecimento.

No que atine à suspensão da exigibilidade dos débitos objeto de compensação não homologada, a apresentação de recurso voluntário suspende automaticamente a exigibilidade do crédito objeto do recurso, conforme determina o § 11 do art. 74 da Lei nº 9.430/96 c/c o inciso III do art. 151 do CTN.

1.1 OMISSÃO DA DECISÃO RECORRIDA – ANÁLISE DO IRRF SOMENTE EM RELAÇÃO A UMA DAS FONTES PAGADORAS

O voto condutor do aresto recorrido assim se inicia:

A matéria constante do presente processo já foi decidida por esta Turma de Julgamento no processo nº 10880.914078/2009-45, em que se analisou o saldo negativo de IRPJ do terceiro trimestre de 2003. Adotarei neste voto as mesmas razões de decidir ali fixadas, por se tratar dos mesmos negócios jurídicos (cessão de direitos sobre títulos de renda fixa) com a participação das mesmas pessoas jurídicas (Companhia Brasileira de Distribuição, Banco Modal e Cia. Hering), e os mesmos argumentos trazidos à colação pelo contribuinte.

Conforme se observa, a decisão recorrida apoiou-se integralmente nas conclusões já trilhadas em outro processo administrativo que tratava das mesmas questões atinentes à Companhia Hering, mas referente a período de apuração distinto.

Contudo, conforme bem alinhavado pela recorrente, os rendimentos financeiros relativos à Companhia Hering, bem como o imposto de renda retido na fonte, eram tão somente parte da questão controvertida. Reproduzo tabela contida no recurso voluntário (e também na manifestação de inconformidade – fls. 18-19) na qual se discrimina as fontes pagadoras e os valores de imposto de renda retido na fonte que compõem o saldo negativo pleiteado:

FONTE PAGADORA CNPJ	NOME	Cód. Rce.	Rendim. /Ganho	IRRF
28.195.667/0001-06	ABC Brasil	3426	2.766.715,60	553.343,12
33.066.408/0001-15	ABN AMRO Real	3426	8.511.318,10	1.702.263,62
60.746.948/0001-12	BRADESCO	3426	7.534.157,85	1.506.831,57
		5273	3.099.974,25	619.994,85
78.876.950/0001-71	Hering	3426	7.896.805,35	1.579.361,07
01.701.201/0001-89	HSBC	3426	119.852,35	23.970,47
31.516.198/0001-94	Itaú BBA	3426	6.353.084,60	1.270.616,92
58.160.789/0001-28	Safra	3426	1.398.174,20	279.634,84
		5273	836.104,50	167.220,90
61.472.676/0001-72	Santander	3426	3.924.945,50	784.989,10
60.942.638/0001-73	Sudameris	3426	202.192,70	40.438,54
60.783.503/0001-02	Safra Corret.	3426	4.658.733,95	931.746,49
		Total	47.302.058,95	9.460.411,49

Ao analisar tão somente a questão atinente ao imposto de renda supostamente retido na fonte de apenas uma das fontes pagadoras (Companhia Hering), de fato, confirma-se a tese da recorrente de omissão no julgado.

Em vista disso, impõe-se o retorno dos autos ao Órgão Julgador de Primeira Instância a fim de que prolate decisão complementar a respeito do tema.

Antes disso, porém, passo à análise da questão atinente ao IRRF relativo à fonte pagadora Companhia Hering.

2 IRRF – COMPANHIA HERING - DA RESPONSABILIDADE DE RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA

Tendo em vista o meu voto proferido no processo nº 10880.914078/2009-45, e tendo em vista tratar-se absolutamente da mesma matéria, adoto o mesmo procedimento da decisão recorrida, reproduzindo o conteúdo de meu entendimento lá externado e que se amolda perfeitamente ao presente caso.

O litígio repousa, basicamente, sobre a possibilidade de a recorrente utilizar-se de IRRF incidente sobre rendimentos financeiros sobre ativos inicialmente custodiados por Banco Modal e que, em segundo momento, foram alvo de cessão de créditos, por parte da ora recorrente e com anuência daquela instituição financeira, em favor da cessionária Companhia Hering.

O despacho decisório da unidade de origem não reconheceu o direito creditório atinente a tal retenção de imposto pleiteada pela ora recorrente em razão de não constar qualquer informação a respeito nos sistemas da Receita Federal do Brasil – RFB, em especial as informações contidas em DIRFs transmitidas pelas fontes pagadoras.

Apresentada manifestação de inconformidade, a turma julgadora *a quo* converteu o feito em diligência a fim de que fossem apreciados os comprovantes de retenção de imposto na fonte supostamente emitidos por Companhia Hering por ocasião de pagamentos de rendimentos de aplicações financeiras à recorrente.

Conforme relatado, o instrumento de cessão de crédito pactuado impunha à cessionária (Companhia Hering) a obrigação de remunerar a cedente (recorrente) mediante repasse de recursos já com a retenção de 20% de imposto de renda sobre os respectivos rendimentos.

É incontroverso o fato de a recorrente ter apresentado os informes de rendimentos nos quais constam os valores de imposto retido.

Contudo, a decisão da turma julgadora de primeira instância não reconheceu o direito creditório. Isso porque Companhia Hering não procedeu ao recolhimento do imposto de renda retido sobre os rendimentos financeiros em questão, e, segundo o entendimento do voto condutor de tal aresto, a recorrente teria participado da operação concededora dos objetivos perpetrados por Companhia Hering em não recolher tal imposto. Ainda conforme tal voto, tal “ganho” auferido por Companhia Hering teria sido partilhado com a recorrente mediante remuneração superior à que seria paga caso os ativos tivessem sido mantidos sob custódia do Banco Modal. O ilustre relator de tal voto, concluiu, assim, que não seria possível reconhecer-se tais créditos, sendo oportuno transcrever-se o fechamento de tal raciocínio:

Desta forma, as circunstâncias e documentos pertinentes ao caso indicam que a manifestante tinha conhecimento do mecanismo pelo qual a cessão dos títulos à Cia. Hering propiciaria-lhe uma remuneração maior do que aquela contratada com seus emitentes originais, ou seja, seria às custas do IRRF que deixaria de ser recolhido.

E, justamente porque tinha ciência de que o IRRF não seria recolhido é que a manifestante, em troca da melhor remuneração proporcionada por essa transação, assumiu seu risco fiscal que, ao final, acabou se concretizando, com a presente glosa da dedução do IRRF que comporia o saldo credor do IRPJ ora vindicado.

É de se lembrar que a compensação do imposto retido não foi aceita, tampouco se encontrando as respectivas Dcomp em cobrança, eis que foram canceladas.

Tendo em vista que a manifestante concorreu para esse resultado, ou seja, o não recolhimento do IRRF devido, não é aplicável ao caso as orientações contidas no Parecer Normativo SRF nº 1/2002.

Assim, constatado que o IRRF que comporia o saldo negativo do IRPJ do 3º trimestre de 2003 não foi recolhido, o crédito vindicado pela contribuinte está desprovido dos requisitos de certeza e liquidez exigidos pelo artigo 170 do CTN, necessários a autorizar a pretendida compensação.

Discordo do entendimento da decisão recorrida.

Alinho-me aos argumentos entabulados pela recorrente de que não há como se confundir o ganho financeiro da recorrente na operação com os intuitos engendrados por Companhia Hering.

Veja-se que o ponto fulcral da decisão recorrida para chegar à conclusão de que a recorrente conheceria os objetivos de Companhia Hering em não recolher o IRRF seria a seguinte cláusula contratual no instrumento de cessão firmado:

CLÁUSULA SEGUNDA – [...]

Parágrafo terceiro: Fica estabelecido que o CESSIONÁRIO será responsável por quaisquer ônus, custas e despesas que o CEDENTE venha a ser responsabilizado em razão do não recolhimento ou recolhimento em desacordo com o estabelecido pela legislação vigente sobre o imposto referido no parágrafo acima, bem como, sobre quaisquer outros ônus decorrentes de tal obrigação, em qualquer época que venham a ser exigidos pela autoridade competente.

A esse respeito, assim consta no voto da decisão recorrida:

A existência de cláusula de tal natureza demonstra que a manifestante sabia da incerteza da conformação dos reflexos dessa transação em face da legislação tributária, motivo pelo qual fez consignar, no instrumento contratual, dispositivo para se resguardar permanentemente de eventual imputação de responsabilidade fiscal sobre tal operação, bem como sobre quaisquer outros ônus dela decorrentes.

Desta forma, as circunstâncias e documentos pertinentes ao caso indicam que a manifestante tinha conhecimento do mecanismo pelo qual a cessão dos títulos à Cia. Hering propiciaria-lhe uma remuneração maior do que aquela contratada com seus emitentes originais, ou seja, seria às custas do IRRF que deixaria de ser recolhido.

Ora, tais cláusulas são absolutamente corriqueiras em inúmeros instrumentos contratuais, pois, embora as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não possam ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes (art. 123 do CTN), tais cláusulas servem como possível garantia a uma das partes a fim de possibilitar futura ação de regresso em caso de vir a ser responsabilizada pela Fazenda Pública por algum tributo que assim se entenda devido em relação à operação levada a efeito.

Analisando a operação, não se pode desprezar que possa ter havido a efetiva participação da recorrente no desenho do negócio com vistas a obter parcela do ganho pelo não recolhimento do IRRF. Contudo, com os elementos disponíveis nos autos, entendo que não se possa daí extrair que a recorrente agiu nesse sentido.

Não vejo como se extrair de tal cláusula os efeitos dados pela decisão recorrente, impondo à recorrente o ônus de não poder utilizar o IRRF que efetivamente lhe foi retido por Companhia Hering.

Relativamente aos procedimentos fiscais levados a efeito em Banco Modal e Companhia Hering relativa a esta mesma operação, e também em relação a outras envolvendo outros cedentes (mantendo-se, contudo, Banco Modal e Companhia Hering como anuente e cessionária, respectivamente), o que se extrai é que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto retido efetivamente era de Companhia Hering.

E, à míngua de outros elementos que pudessem comprovar a conduta descrita na decisão recorrida por parte da recorrente, entendo que, caso haja comprovação de que tais

rendimentos foram efetivamente tributados, não há como se negar o direito à utilização do imposto de renda retido.

Isso porque, nesse particular, ao contrário do que decidiu a turma julgadora *a quo*, incide, sem sombra de dúvida, o entendimento firmado pela própria Receita Federal a respeito da matéria por meio do Parecer Normativo Cosit 1/2002, cujo excerto da ementa a seguir reproduzida, por si só evidencia que o imposto de renda retido e não recolhido deve ser cobrado do responsável (fonte pagadora), cabendo ao contribuinte o dever de oferecer tais rendimentos à tributação, fazendo este jus, contudo, à dedução do imposto retido:

IRRF RETIDO E NÃO RECOLHIDO. RESPONSABILIDADE E PENALIDADE.

Ocorrendo a retenção e o não recolhimento do imposto, serão exigidos da fonte pagadora o imposto, a multa de ofício e os juros de mora, devendo o contribuinte oferecer o rendimento à tributação e compensar o imposto retido.

Todavia, até o momento, não houve a análise dos documentos acostados aos autos já em sede de manifestação de inconformidade a respeito da efetiva tributação de tais rendimentos.

Entende a recorrente que deva ser declarada a nulidade da decisão recorrida em razão da ausência de tal análise.

A meu ver, não se deve falar em nulidade no presente caso, pois, de acordo com o raciocínio desenvolvido pelo voto condutor do aresto recorrido, não haveria porque se analisar se os rendimentos haviam ou não sido oferecidos à tributação, uma vez que fora firmado entendimento de que a recorrente, de nenhum modo, faria jus ao imposto de renda retido e não recolhido pela fonte pagadora.

Dado o indeferimento liminar do direito creditório em face das conclusões quanto à impossibilidade de se utilizar o IRRF, superado tal óbice no CARF, entendo que os autos devem retornar à turma julgadora de primeira instância para que seja prolatada decisão complementar, analisando se os rendimentos em questão foram, de fato, incluídos na apuração do lucro real (Súmula CARF nº 80).

Analisar a documentação acostada aos autos neste momento processual implicaria, sem sombra de dúvidas, uma supressão de instância, pois tal matéria já constava expressamente da manifestação de inconformidade então apresentada, e a documentação respectiva, já compunha os autos.

Nesse cenário, qualquer decisão tomada por este colegiado poderia implicar cerceamento do direito de defesa, quer da recorrente, em caso de desprovimento do recurso, quer da Fazenda Nacional, na hipótese de seu provimento.

Saliente-se que, ainda que em sede de recurso voluntário tenha sido anexada documentação até mais farta do que aquela apresentada junto à manifestação de inconformidade, não se trata de exigir da turma julgadora que analise esta nova documentação, mas sim aquela já acostada aos autos quando da prolação da decisão de primeira instância.

Obviamente, se assim entender, poderá a turma julgadora compulsar os documentos que foram apresentados em sede de recurso voluntário, ou, ainda, converter o julgamento em diligência para que a unidade de origem possa melhor analisá-los, permitindo, inclusive, eventuais intimações à recorrente para aclarar algum ponto que necessite de esclarecimentos adicionais.

3 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, devendo os autos retornar à turma julgadora de primeira instância para que seja prolatado acórdão complementar, analisando-se: (i) o direito ao IRRF referente a todas as fontes pagadoras, conforme descrito no item 1.1 deste voto; (ii) se os rendimentos de aplicações financeiras referentes à Companhia Hering foram oferecidos à tributação (item 2 deste voto).

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator