



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

Processo nº 16682.720790/2011-12
Recurso nº De Ofício
Resolução nº **1302-000.219 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 5 de março de 2013
Assunto Competência material.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado VALE S/A

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Os membros da Turma resolvem, por unanimidade, declinar da competência em favor da 2ª Seção do CARF.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

MARCIO RODRIGO FRIZZO - Relator.

EDITADO EM: 15/03/2013 Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eduardo de Andrade (Presidente), Waldir Veiga Rocha, Alberto Pinto Souza Junior, Paulo Roberto Cortez, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Marcio Rodrigo Frizzo.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício interposto em razão do provimento integral da impugnação, o que conduziu à exoneração de valor de R\$ 74.597.928,90, nos termos do art. 34 do Dec. 70.235/72, tendo em vista a nulidade do auto de infração e do termo de verificação fiscal de fis. 219 a 231.

O presente processo tem origem no Mandado de Procedimento Fiscal n. 07.1.35.00-2011.00568-2, cujo objetivo era fiscalizar o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) relativo ao ano-calendário de 2009. Foram expedidas intimações solicitando informações e documentos, o que foi atendido pela recorrida (fls. 4 e 184).

De posse das informações apresentadas, o auditor fiscal identificou um negócio jurídico no qual incidiria o IRRF, qual seja, a aquisição da empresa Rio Tinto Brasil pela recorrida, Vale S/A.

Melhor esclarecendo.

A empresa **Rio Tinto Brasil** (RTB) foi adquirida em 2003 pelas empresas **Rio Tinto Brazilian Holdings Ltd** (RTBH), sediada na Inglaterra. Na ocasião, a RTBH cedeu 1 (uma) cota da Rio Tinto Brasil à empresa **Rio Tinto Brazilian Investments Ltd** (RTBI), também situada na Inglaterra.

Em 18/09/2009, as empresas RTBH e RTBI alienaram a empresa RTB à recorrida, que adquiriu a totalidade da participação societária, pelo valor de R\$ 434.333.385,80.

Nesta operação incide, portanto, o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre o ganho de capital auferido pelas alienantes (RTBH e RTBI). O **ganho de capital** é determinado pela **diferença positiva** entre o **valor de alienação** e o **custo de aquisição** da empresa Rio Tinto Brasil.

Neste caso específico, as empresas alienantes (RTBI e RTBH) situam-se no exterior, motivo pelo qual a empresa Vale S/A tornou-se responsável pela retenção e repasse do IRRF sobre o ganho de capital (caso existente). É o que esclarecem o art. 3º, da Lei n. 7.713/88, art. 18 da Lei n. 9.249/95 e art. 26 da Lei n. 10.833/03, adiante transcritos:

Lei n. 7.713/88.

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (Vide Lei 8.023, de 12.4.90) [...].

§3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, doação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins [...].

Lei n. 9.249/95.

Art. 18. O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País.

Lei n. 10.833/03.

Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.

Neste sentido, determina o art. 2º, §2º da Portaria MF n. 550/94 que devem ser considerados como **custo de aquisição** “os valores em moeda estrangeira constantes dos itens de Investimento e Reinvestimento do certificado de registro de capital estrangeiro emitido pelo Banco Central do Brasil”.

Entretanto, procurando discutir o critério de definição do custo de aquisição, as empresas RTBH e RTBI impetraram o Mandado de Segurança n. 2009.51.01.019827-2 (29ª Vara da Justiça Federal do rio de Janeiro/RJ) (fls. 24 e ss.).

As empresas alienantes (RTBH e RTBI) entendem que deveria ser aplicada a IN 208/02, segundo a qual o **custo de aquisição** “deve ser comprovado com documentação hábil e idônea” (art. 26, §3º) e, somente na impossibilidade de comprovação, o custo de aquisição será “apurado com base no capital registrado no Banco Central do Brasil, vinculado à compra do bem ou direito” (art. 26, §4º).

No curso do processo, por força de decisão liminar, a Vale S/A foi intimada a depositar judicialmente o valor de IRRF, levando-se em conta o cálculo exigido pelo fisco:

Cálculo do Imposto de Renda Retido na Fonte	
Preço da Alienação	USD 434.333.385,80
CUSTO: Montante do Capital Estrangeiro Registrado no BACEN	(USD 203.169.987,45)
Ganho de Capital	USD 231.163.398,35
Alíquota do IRRF	15%
Valor do IRRF em Moeda Estrangeira	USD 34.674.509,75
Valor Remissível, líquido de imposto	USD 399.658.876,05
Taxa Cambial em 17/09/2009 (R\$/USD)	1,8094
Valor do IRRF	R\$ 62.740.057,95

Ao ter conhecimento do depósito em juízo realizado pela empresa Vale S/A, o auditor fiscal declarou que foi observado o critério adequado (fl. 225). Todavia, entendeu ser oportuno o lançamento para prevenir a decadência, incluindo a Vale S/A como sujeito passivo, observe-se:

Desta forma, consideramos o valor depositado judicialmente correto para fins de cálculo do IRRF da operação em tela. Assim, para resguardar a Fazenda Nacional, deixar registrada a existência da obrigação tributária e prevenir a decadência, procederemos o lançamento do IRRF com exigibilidade suspensa.

Em face da constituição do crédito tributário em seu desfavor, a recorrida apresentou impugnação argumentando o que segue (fl. 236 e ss.):

(i) Ilegitimidade passiva:

- a lavratura do auto de infração teve como fundamento sua responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo, nos termos do artigo 26 da Lei nº 10.833/04;

- a responsabilidade da fonte pagadora lhe é atribuída apenas para antecipar o imposto devido pelo beneficiário e existe só em função da disponibilidade transitória da renda de terceiro (o contribuinte), situação que a vincula ao fato gerador da obrigação respectiva;

- tendo a fonte pagadora efetuado a retenção e recolhimento do tributo, não há hipótese de manutenção de sua responsabilidade por se encerrar a vinculação com a hipótese de incidência, passando o beneficiário a se responsabilizar pela correta apuração do mesmo;

- portanto, deve ser desonerado o responsável, visto que não é lícito ou justo que este seja responsabilizado pela ausência do recolhimento diante de ordem judicial, uma vez que, retido o tributo, este perdeu a disponibilidade da renda, assim como concluiu a Procuradoria da Fazenda Nacional no Parecer PGFN/CAT nº 2998;

- após, colaciona acórdão da Câmara do antigo Conselho de Contribuintes, que já decidiu que a responsabilidade deve ser imputada ao contribuinte e não ao responsável;

- a Receita Federal do Brasil já reconheceu que o impedimento à retenção e recolhimento, pela fonte pagadora, desloca a responsabilidade para o contribuinte nos termos do Parecer Normativo nº 1 de 24.09.2002 (DOU de 25.09.2002);

- a própria autoridade fiscal atesta que são contribuintes as empresas alienantes, respaldando a nulidade do auto de infração pela indicação incorreta do sujeito passivo.

(ii) Obrigação legal devidamente adimplida:

- ao efetuar o lançamento com exigibilidade suspensa, a autoridade fiscal atestou que os contribuintes iniciaram discussão judicial e que foi efetivado depósito do valor integral;

- o fundamento legal para o lançamento com a exigibilidade suspensa citado no próprio relatório fiscal é o art. 63 da Lei nº 9430/96 e, consoante o disposto, esse é efetuado para evitar a decadência, nas hipóteses dos incisos IV e V do art. 151 do CTN;
- os referidos incisos trazem as hipóteses de concessão de medida liminar em mandado de segurança e concessão de medida liminar ou tutela antecipada em outras espécies de ação judicial;
- entretanto, a hipótese dos autos corresponde ao art. 151, II do CTN: suspensão do crédito por força do depósito de seu montante integral;
- assim, não é lícito à RFB efetuar o lançamento de ofício de crédito suspenso por força de depósito judicial, com fulcro no art. 63 da Lei nº 9430/96; também porque a situação em tela dispensa o próprio lançamento, haja vista sua natureza intrínseca;
- por fim, a atuada procedeu ao depósito mediante ordem judicial, na qualidade de fonte pagadora, do valor previamente apurado, sendo este declarado como suficiente pela RFB.
- desta forma, o ciclo de constituição do crédito tributário está completo, não restando ato a ser levado a efeito para preservar o efeito creditório, o que constitui a finalidade última do ato de lançamento.

(iii) Ilegitimidade de incidência de juros de mora:

- o depósito do valor integral do crédito tributário, hipótese prevista no art. 151, II do CTN, tem o condão de afastar definitivamente os efeitos da mora, posto que o depósito necessariamente ficará vinculado à decisão final a ser prolatada;
- trouxe para corroborar o entendimento diversas decisões da Câmara Superior do antigo Conselho de Contribuintes.

A Segunda Turma de Julgamento da DRJ/RJI declarou procedente a impugnação, proferindo o Acórdão nº 12-43.778 (fls. 274/281) e, portanto, exonerando a recorrida do crédito tributário lançado, com a seguinte ementa:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE – IRRF
Ano-calendário: 2009 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.
DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECOLHIMENTO DO
IMPOSTO. FONTE PAGADORA. BENEFICIÁRIA DO
RENDIMENTO. LANÇAMENTO.*

Estando a fonte pagadora impossibilitada de efetuar o recolhimento do imposto em virtude de decisão judicial, a responsabilidade desloca-se, tanto na incidência exclusivamente na fonte quanto na antecipação, para o contribuinte, beneficiário do rendimento, efetuando-se o lançamento, no caso de procedimento de ofício, em nome deste.

Impugnação Procedente Crédito Tributário Exonerado Em razão da exoneração do crédito tributário, a autoridade julgadora determinou à fl. 274, recurso de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

A União (Fazenda Nacional) apresentou razões de recurso de ofício às fls. 288/296, aduzindo em síntese:

- (i) o critério pessoal da regra matriz de incidência tributária, no tocante à sujeição passiva, poderá ser composto por contribuinte ou responsável, de acordo com art. 121 do CTN;
- (ii) no caso de tributação do ganho de capital auferido por domiciliado no exterior, o responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda é o adquirente, pessoa física ou jurídica domiciliada no Brasil, sendo, no presente caso, a Vale S/A o sujeito passivo;
- (iii) ocorrido este evento, está instaurada a relação jurídica em face do sujeito ativo (União) e sujeito passivo (responsável), sendo que a extinção da referida obrigação ocorrerá apenas por uma das hipóteses previstas em lei, conforme o art. 97 do CTN;
- (iv) o art. 156 do CTN traz rol taxativo das hipóteses de extinção da obrigação, o que não é permitido pelo depósito do valor integral;
- (v) sendo assim, o lançamento realizado pela fiscalização é legítimo, pois não está extinto o crédito tributário;
- (vi) ainda, o Parecer utilizado como um dos fundamentos não diz respeito à mesma realidade que a hipótese dos autos, visto que este analisa o procedimento adotado quando, existindo provimento judicial, a fonte pagadora encontra-se impossibilitada de efetuar a retenção. No presente caso, a recorrida efetuou a retenção, apesar de ter sido determinado o depósito judicial do valor, em nome dos contribuintes;
- (vii) traz outro trecho do Parecer mencionado acima, que dispõe que a fonte pagadora substitui o contribuinte desde logo e que a responsabilidade exclusiva da fonte pagadora subsiste, ainda que não tenha ela retido o imposto, ressalvadas apenas as hipóteses previstas nos parágrafos 18 a 22, que tratam da impossibilidade de retenção por provimento judicial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcio Rodrigo Frizzo.

O presente recurso de ofício tem por objeto a exoneração do valor de R\$ 74.597.928,90, referente ao Imposto de Renda Retido na Fonte do ano-calendário de 2009.

A recorrente insurge-se alegando que não houve a extinção do crédito tributário, visto que as hipóteses de extinção do crédito estão elencadas no art. 152 do CTN, o qual configura rol taxativo.

1. DA COMPETÊNCIA MATERIAL DA PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO DO CARF

Da análise do processo administrativo, verifica-se que a lide versa sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte, incidente sobre o ganho de capital resultante da alienação da empresa Rio Tinto Brasil pelas empresas RTBI e RTBH para a recorrida.

O Regimento Interno do CARF dispõe sobre a competência material das Seções de Julgamento no Anexo III, determinando no art. 3º, inciso II, que compete à 2ª Seção de Julgamento processar e julgar os recursos que versem sobre o IRRF, vejamos:

Art. 3º À Segunda Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

I - Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (IRPF);

II - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF);

III - Imposto Territorial Rural (ITR);

IV - Contribuições Previdenciárias, inclusive as instituídas a título de substituição e as devidas a terceiros, definidas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007; e V - penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas físicas e jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo (grifo nosso).

O artigo 2º, Anexo III, do RICARF determina que caberá à 1ª Seção de Julgamento processar e julgar os recursos que versem sobre o IRRF apenas em duas situações: quando se tratar de antecipação de IRPJ ou quando houver procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, *in verbis*:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

[...]III - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

Processo nº 16682.720790/2011-12
Resolução nº **1302-000.219**

S1-C3T2
Fl. 305

IV - demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ (grifo nosso).

Desta forma, conclui-se que esta Seção de Julgamento é incompetente para julgar o presente processo administrativo, sendo competente a 2ª Seção de Julgamento do CARF, conforme o teor dos artigos 2º e 3º do Anexo III do RICARF transcritos acima.

2. CONCLUSÃO

Ante ao exposto, julgo pela declinação de competência a favor da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, nos termos do relatório e voto.

(assinado digitalmente)

Marcio Rodrigo Frizzo - Relator