



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

Processo nº 18471.000545/2005-58
Recurso nº 155.466 Voluntário
Acórdão nº 2202-00.176 – 2^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 30 de julho de 2009
Matéria IRF - Ano(s): 2002
Recorrente TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S.A.
Recorrida 4^aTURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2002

AÇÃO JUDICIAL PRÉVIA - LANÇAMENTO - POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - A busca da tutela do Poder Judiciário não impede a formalização do crédito tributário, por meio do lançamento, objetivando prevenir a decadência.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL - NORMA PROCESSUAL - NÃO CONHECIMENTO - 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).

Recurso não conhecido no tocante aos fundamentos da exigibilidade.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso, na parte concomitante, em razão da opção pela via judicial e na parte conhecida NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

NELSON MALLMANN - Presidente

X



ANTONIO LOPO MARTINEZ – Relator

FORMALIZADO EM: 28 SET 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Antonio Lopo Martinez, Heloísa Guarita Souza, Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Pedro Anan Júnior, Gustavo Lian Haddad e Nelson Mallmann (Presidente).



Relatório

Em desfavor do contribuinte, TELE NORTE LESTE PARTICIPAÇÕES S.A. foi lavrado o auto de infração (fls. 48 a 51) para a constituição de créditos tributários de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, referente a fato gerador ocorrido em 20/12/2002, no valor de R\$ 1.010.000,00 (um milhão e dez mil reais), com o acréscimo dos juros moratórios, por falta de recolhimento do imposto sobre operações de swap realizadas no mercado de renda variável

Segundo o Termo de Constatação Fiscal de fls.46/47, em diligência realizada e em resposta ao Termo de Intimação Fiscal n 007 (fls. 06), a interessada apresentou cópia da ficha de liquidação referente ao contrato No RD2.55/01 (fls. 11), com as seguintes informações: valor bruto ajustado - R\$ 5.050.000,00; valor recolhido do IRRF - R\$ 0,00; valor devido do IRRF - R\$ 1.010.000,00; data da liquidação antecipada - 20/12/2002;

Informou a interessada que ajuizou Mandado de Segurança nos autos do processo No. 2002.51.01.025191-7 (fls. 16/36) processo administrativo No. 18471.000202/2003-21 - com sentença proferida pelo juízo da 26ª. Vara Federal denegando a segurança do pedido de medida limítar (fls.39/45) visando o não recolhimento do IRRF da operação Swap realizada no Banco BBA Creditanstal S/A (operação de contratação no. RD2.55/01), no valor de R\$ 46.974.000,00, com data de abertura em 24/04/2002 e vencimento em 03/01/2003.

A interessada informou também que interpôs recurso de apelação à sentença que denegou a segurança, recebida no efeito devolutivo, tendo efetuado depósito judicial no valor de R\$ 1.145.895,01, correspondente ao crédito tributário devidamente atualizado (cópia às fls. 12), e que os autos se encontram conclusos para despacho, aguardando julgamento do recurso interposto (cópia às fls. 13) e que, por esse motivo, o auto de infração foi lavrado com a exigibilidade suspensa, a fim de resguardar os interesses da Fazenda Nacional.

Cientificado do lançamento em 25/04/2005, a contribuinte apresentou, em 24/05/2006, a impugnação de fls. 77 a 86, com os seguintes argumentos, extraídos da decisão recorrida:

- *o auto de infração lavrado pela autoridade fiscal refere-se ao imposto que deixou de ser retido na fonte quando da liquidação do contrato de swap No. RD2.55/01, porém sua exigibilidade encontra-se suspensa por força de depósito judicial, fato esse reconhecido pelo autor do Fisco;*
- *o contrato de swap foi firmado com o BANCO BBA CREDITANSTALT S/A para cobertura (hedge), cujo valor nominal era de R\$ 46.974.000,00, com data de liquidação prevista para 03/01/2003;*
- *conforme facultava o contrato, a liquidação da operação foi, no entanto, antecipada para 20/12/2002;*



- em razão das variações dos índices previstos contratualmente, foi apurado em favor da interessada o saldo de R\$ 5.050.000,00 (doe. de fls. 125), determinando o art. 5º da Lei n 9.779/1999 a retenção de imposto na fonte no montante de 20% (R\$ 1.010.000,00), a ser feita pela instituição bancária quando da transferência do saldo à interessada;
- entretanto, tal retenção não ocorreu em cumprimento à decisão judicial obtida nos autos do Agravo de Instrumento n. 2002.02.01.049395-9, no qual a interessada obteve efeito suspensivo ativo, em 19/12/2002 (fls. 163), para suspender a exigibilidade do IRRF incidente na operação de liquidação, instrumento esse utilizado em face da denegação da liminar (fls. 147/149), em 18/12/2002.
- ciente da decisão, o BANCO BBA CREDITANSTAL T S/A deixou de reter o IRRF, repassando à interessada o saldo integral da liquidação;
- ocorre que, em 09/04/2003, foi publicada sentença de 1º grau denegando a segurança (fls. 164/170), levando o Tribunal Regional Federal a julgar prejudicado o Agravo de Instrumento, em decisão publicada em 01/07/2003 (tis. 171/174);
- em razão dessa decisão, a liminar obtida nos autos do Agravo de Instrumento perdeu seu efeito, voltando o débito a ser exigível;
- contra a sentença que denegou a segurança foi interposto recurso de apelação, recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 175), e que se encontra pendente de julgamento na 3a Turma Especializada do TRF da 2º. Região (fls. 176/177);
- diante, pois, da perda da liminar anteriormente obtida, a interessada efetuou, em 29/07/2003, o depósito do valor integral e atualizado do imposto de renda que incidiria sobre a operação de liquidação do swap (fls. 178/180), suspendendo a exigibilidade do crédito nos termos do art. 151, inciso II, do CTN;
- estando suspensa a exigibilidade do tributo por força de depósito judicial efetuado nos autos do Mandado de Segurança, o presente auto de infração não poderia ser lavrado, ainda que para "resguardar o interesse da Fazenda Nacional", sendo nulo ab initio por esta razão;
- Independentemente da exigibilidade do IRRF, o fato é que, uma vez encerrado o exercício de 2002, ocasião em que foi feita a liquidação, e tendo a interessada apresentado a declaração de ajuste anual, nada mais pode ser exigido a título de antecipação de imposto de renda (ou retenção na fonte) para o referido exercício, eis que todas as receitas tributáveis auferidas durante o ano-calendário estão declaradas em sua DIPJ e oferecidas à tributação;

- A Fazenda Nacional em momento algum se manifestou no sentido de que o quantum depositado seria inferior ao devido, logo, operada a suspensão da exigibilidade por meio do depósito, nenhum ato de cobrança do crédito oriundo da obrigação pode ser praticado pelo Fisco, inclusive sua constituição por meio do lançamento;
- Nos casos em que a suspensão da exigibilidade, por qualquer das hipóteses do art. 151 do CTN, se dá antes mesmo que a Fazenda formalize sua constituição via lançamento, não apenas a execução do crédito como também sua formalização fica obstada;
- O impedimento ao lançamento é ainda mais evidente nos casos de depósito judicial, posto que o crédito fica sob a tutela do Poder Judiciário, aguardando uma decisão definitiva;
- O crédito formalizado por meio do auto de infração impugnado encontra-se à disposição do Juízo da 26a Vara Federal do Rio de Janeiro, que se porventura negar a pretensão da interessada em decisão definitiva determinará a conversão em renda do depósito em favor da União, extinguindo o crédito por meio de pagamento (art. 156, inciso VI, do CTN);
- Não obstante, o auto de infração lavrado pode levar a interessada à esdrúxula situação de ter que pagar duas vezes pelo mesmo débito, o que é manifestamente ilegal, eis que na hipótese de denegação do mandado de segurança impetrado em decisão definitiva, o depósito feito será necessariamente convertido em pagamento em favor da União, ao passo que, prosseguindo-se a cobrança por meio do auto de infração versé-á obrigada a pagar, pela segunda vez, o mesmo débito, o que mostra que a autuação é insustentável;
- Não se pode alegar que a autuação foi lavrada com a finalidade de prevenir a decadência (consoante previsão do art. 63 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela MP nº 2.158-35), posto que tal modalidade de lançamento só tem cabimento nas hipóteses em que a suspensão da exigibilidade do crédito ocorre por força de medida liminar em mandado de segurança, o que não se aplica a estes autos, em que a suspensão se deu por meio de depósito judicial;
- No mérito, competia à Fiscalização verificar a declaração anual da interessada em cotejo com os livros Diário e Razão, visando obter esclarecimentos acerca da inclusão, ou não, da receita de swap nas receitas financeiras oferecidas à tributação, jamais, no entanto, autuando a interessada por ter deixado de recolher antecipadamente o tributo por meio de retenção da fonte pagadora;
- Ademais, a receita de swap sob fiscalização foi incluída nas receitas financeiras anuais, e qualquer tributo sobre ela porventura incidente foi devidamente declarado e recolhido pela interessada;

- Assim, considerando que a operação de swap, que deu origem à autuação, ocorreu em 2002 (tendo a interessada apresentado sua DIPJ e recolhido o imposto referente ao ano-calendário) e a lavratura do auto de infração consumou-se em 2005, é evidente que este não pode subsistir, uma vez já encerrado o ano-calendário;
- o Conselho de Contribuintes, por diversas vezes, já manifestou seu entendimento no sentido de que, uma vez encerrado o ano-calendário o que se apura é o saldo do imposto a pagar, a compensar ou a restituir, não tendo cabimento a exigência de imposto por antecipação, seja por meio de retenção ou por meio de estimativa, para os contribuintes optantes pelo lucro real;
- se o tributo retido na fonte não é definitivo (tanto é que o prazo para prescrição só se inicia após a declaração de ajuste anual, conforme já decidido pelo STJ), não pode ele ser exigido quando já finalizado o ano-calendário, pois o lançamento do imposto de renda para o período só se aperfeiçoa com a declaração;
- uma vez apresentada a declaração, o crédito tributário nasce a partir de então (seja para contagem de prazo de prescrição para repetição de indébito, seja para exigência de tributo declarado e não pago, ou não declarado) e tudo o que foi antecipado antes do ajuste perde sua existência autônoma para integrar-se ao tributo apurado pela declaração;
- desse modo, é inequívoco que não se pode exigir tributo a título de antecipação (retenção na fonte) após o término do ano-calendário e o acertamento final por meio da DIPJ;
- isto não significa, todavia, que nenhum imposto pode ser exigido pelo Fisco após o encerramento do ano-calendário, o que não se pode é autuar o contribuinte por não ter a fonte pagadora antecipado o pagamento de tributo se o ano-calendário já se encerrou;
- pelo exposto, requer seja reconhecida a insubsistência do auto de infração, como também a suspensão do processo administrativo até o julgamento final do Mandado de Segurança n 2002.51.01.025191-7, de modo que não seja praticado nenhum ato tendente à cobrança do débito e não lhe seja negada certidão com efeitos negativos, em razão do débito impugnado.

Em 12 de abril de 2006, os membros da 4^a Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Rio de Janeiro I proferiram Acórdão que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares, e considerou procedente o lançamento, nos termos da Ementa a seguir transcrita.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE- IRRF

Data do fato gerador: 20/12/2002

X
6

Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE. ARGÜIÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA.

A competência para lavratura de autos de infração relativos a tributos administrados pela Receita Federal é privativa do Auditor Fiscal, que mesmo na hipótese de renúncia do sujeito passivo à esfera administrativa, em face do ajuizamento de ação judicial, está legalmente obrigado a proceder à sua lavratura, como forma de garantia do crédito tributário, ao verificar a ocorrência do fato gerador do imposto, cuja exigibilidade deve permanecer suspensa enquanto permanecerem os efeitos do depósito judicial tido como integral.

LUCRO REAL. OPERAÇÕES DE SWAP. AJUIZAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE, COM O MESMO OBJETO. MÉRITO NÃO CONHECIDO.

O ajuizamento de ação judicial contra a Fazenda Nacional, por qualquer que seja a modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ín ofício, com o mesmo objeto, importa em I- renúncia às instâncias administrativas e desistência da impugnação interposta, no que concerne às operações de swap, produzindo o efeito de constituição definitiva do crédito tributário lançado na esfera administrativa.

Lançamento Procedente.

Cientificado em 14/08/2006, o contribuinte, se mostrando irresignado, apresentou, em 12/09/20076, o Recurso Voluntário, de fls. 235/247, reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicitadas do presente relatório.

É o relatório.



Voto

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ, Relator

O lançamento foi efetuado com a exigibilidade suspensa a fim de resguardar os interesses da fazenda.

Conforme o Termo de Constatação Fiscal de fls.46/47, em diligência realizada e em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 007 (fls. 06), a interessada apresentou cópia da ficha de liquidação referente ao contrato No RD2.55/01 (fls. 11), com as seguintes informações: valor bruto ajustado - R\$ 5.050.000,00; valor recolhido do IRRF - R\$ 0,00; valor devido do IRRF - R\$ 1.010.000,00; data da liquidação antecipada - 20/12/2002.

Informou a interessada que ajuizou Mandado de Segurança nos autos do processo No. 2002.51.01.025191-7 (fls. 16/36) - com sentença proferida pelo juízo da 26ª Vara Federal denegando a segurança do pedido de medida liminar (fls.39/45) visando o não recolhimento do IRRF da operação Swap realizada no Banco BBA Creditanstal S/A (operação de contratação nº. RD2.55/01), no valor de R\$ 46.974.000,00, com data de abertura em 24/04/2002 e vencimento em 03/01/2003.

De acordo com a Certidão de Objeto expedida e pé pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região (fl. 20), o juiz singular deferiu a liminar e, posteriormente, proferiu sentença que julgou improcedente o pedido e denegou a segurança. A impetrante interpôs recurso de apelação nº 1999.01.00.019346-6, ao qual foi conferido efeito suspensivo em sede do Agravo de Instrumento nº 1998.01.00.090224-2. A apelação aguarda julgamento no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

No que toca ao discussão do processo, com a devida vénia, não pairam dúvidas, para este relator, que a matéria está submetida à apreciação do Poder Judiciário, razão pela qual encontra-se este Conselho de Contribuintes impedido de proceder ao seu exame.

Sobre esse ponto aplica a súmula

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)

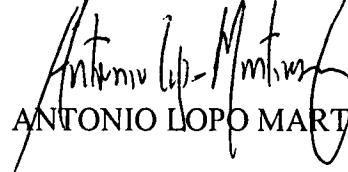
No que toca a validade do lançamento, cabe registrar que a busca da tutela do Poder Judiciário não impede a formalização do crédito tributário, por meio do lançamento, objetivando prevenir a decadência.

Desse modo, a lavratura do auto de infração nas condições mencionadas não obsta a constituição do crédito tributário por meio do lançamento e sim a cobrança do crédito

oriundo da obrigação tributária nascida, face à ocorrência do fato gerador, crédito esse, entretanto, que a recorrente jamais foi compelida a pagar.

Diante do exposto, NÃO CONHECER o recurso no tocante aos fundamentos da exigibilidade do tributo, visto que submetidos à manifestação do poder jurisdicional (opção pela via judicial), na parte conhecida, NEGAR provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 30 de julho de 2009


ANTONIO LOPO MARTINEZ - Relator