



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Recurso nº. : 142.943
Matéria : IRF - Ano(s): 1999
Recorrente : FERROVIA CENTRO ATLÂNTICA S.A.
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG
Sessão de : 10 de agosto de 2005
Acórdão nº. : 104-20.889

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - RENDIMENTOS AUFERIDOS EM OPERAÇÃO DE SWAP COM COBERTURA HEDGE - DECADÊNCIA - O *dies a quo* do prazo decadencial, no caso do Imposto de Renda na Fonte sobre ganhos obtidos em operação de *swap* com cobertura *hedge*, não recolhido por força de Medida Liminar em Mandado de Segurança, é a data de ocorrência do fato gerador, caracterizado pelo recebimento dos rendimentos.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FERROVIA CENTRO ATLÂNTICA S.A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso para acolher a preliminar de decadência, argüida pela Recorrente, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
PRESIDENTE E RELATORA

FORMALIZADO EM: 01 SET 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, MEIGAN SACK RODRIGUES, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR e REMIS ALMEIDA ESTOL.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

Recurso nº. : 142.943
Recorrente : FERROVIA CENTRO ATLÂNTICA S.A.

RELATÓRIO

DO AUTO DE INFRAÇÃO

Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 05 a 09, no valor de R\$ 15.468.342,21, relativo ao Imposto de Renda na Fonte, Multa de Ofício e Juros de Mora. Os fatos foram assim descritos, em síntese, na autuação:

“Valor apurado com base no rendimento auferido em operações de Swap, sem a devida retenção do Imposto de Renda, por motivo de estar o contribuinte com Liminar deferida na data da liquidação da operação... cassada quando da decisão do Mandado de Segurança..., que denegou a segurança pleiteada.”

A base legal da exigência é a Lei nº 9.779, de 1999, e o Parecer Normativo COSIT nº 1, de 2002.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada da autuação em 29/04/2004 (fls. 05), a empresa apresentou, em 31/05/2004, tempestivamente, a impugnação de fls. 84 a 97, argumentando, em síntese:

- as razões aqui aduzidas divergem das discutidas na ação judicial;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

- em março de 1999, quando impetrado o *mandamus*, havia apenas indícios de que ao final do ano-calendário seria apurado prejuízo, o que foi efetivamente confirmado;

- assim, surge uma nova situação, não discutida no Mandado de Segurança, que é a inoccorrência do fato gerador do Imposto de Renda, nos termos do art. 43 do CTN;

- não há como exigir-se o IRRF sobre o rendimento auferido no contrato de *hedge* em março de 1999, se em dezembro do mesmo ano foi apurado prejuízo fiscal, já que eventual recolhimento a esse título redundaria na apuração de saldo de IRPJ pago a maior, apurado da Declaração de Rendimentos, sujeito à compensação ou restituição futura;

- só poderia haver a incidência de dito imposto caso os rendimentos estivessem sujeitos à tributação definitiva, o que não é o caso, uma vez que, na situação em tela, trata-se de antecipação do tributo devido ao final do ano-calendário;

- esta tese é reforçada pelo Parecer Normativo nº 01/2002;

- ressalte-se que a empresa ofereceu à tributação o rendimento auferido na operação de *hedge*, quando da entrega da declaração de pessoa jurídica do ano-calendário de 1999, cumprindo assim as formalidades relativas à apuração da base de cálculo do Imposto de Renda;

- além disso, conforme o art. 150, § 4º, do CTN, a obrigação tributária estaria atingida pela decadência, já que o fato gerador reporta-se a 31/03/1999, enquanto que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 29/04/2004. *jud*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 1º/07/2004, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte/MG, por meio do Acórdão DRJ/BHE nº 6.352 (fls. 188 a 196), manteve o crédito tributário exigido no Auto de Infração e declarou definitivamente constituído o crédito, com relação à matéria submetida à apreciação judicial. O julgado foi assim ementado:

“RENDIMENTOS OBTIDOS COM OPERAÇÃO DE ‘SWAP’ – RETENÇÃO NA FONTE IMPEDIDA POR MEDIDA JUDICIAL – Existindo provimento judicial que impeça a fonte pagadora de reter o imposto de renda incidente na fonte, de forma exclusiva ou por antecipação, será efetuado lançamento de ofício em nome do contribuinte beneficiário do rendimento, quando a obrigação de tributar o rendimento já estiver caracterizada.

NORMAS PROCESSUAIS – EFEITOS DA PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA – A propositura, pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial com o mesmo objeto do litígio administrativo, antes ou depois de iniciada a ação fiscal, importa renúncia à instância administrativa e torna definitivo, nesta esfera, o lançamento tributário.

Lançamento Procedente.”

Quanto à arguição de decadência, o Julgador considerou aplicável o art. 173 do CTN; tendo em vista a inexistência de pagamento, de sorte que o prazo só teria começado a correr a partir de 1º de janeiro de 2000.

No que tange à possibilidade de exigência do IRRF após o encerramento do período de apuração, o acórdão recorrido invoca os itens 19 e 21 do Parecer COSIT nº 1, de 24/09/2002, e remarca que, ao contrário do que afirmara a recorrente, não teria havido o oferecimento dos rendimentos em tela à tributação, o que deveria ter sido providenciado

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

mediante a inclusão do valor de R\$ 29.232.986,01 na linha 21 da ficha 7 A da declaração (ganhos auferidos no mercado de renda variável, exceto "day-trade").

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada do acórdão de primeira instância em 12/08/2004 (fls. 200), a interessada apresentou, em 13/09/2004, tempestivamente, o recurso de fls. 201 a 214. Às fls. 280, a Autoridade Preparadora informa que o Arrolamento de Bens foi juntado às fls. 216 a 218.

O recurso reitera as razões contidas na impugnação e acrescenta:

- ao contrário do afirmado no acórdão recorrido, a empresa efetuou recolhimento a título de IRRF em 31/03/1999, conforme guias anexas, aplicando-se assim o art 150, § 4º, do CTN, portanto o prazo decadencial começou a fluir em 31/03/1999 e terminou em 31/03/2004;

- também ao contrário do que consta do acórdão recorrido, o valor dos rendimentos em questão, ou seja, R\$ 29.232.986,01 (soma de R\$ 26.493.544,10 e R\$ 2.739.441,91), foi informado na declaração de pessoa jurídica;

- conforme o MAJUR, os ganhos auferidos em razão de variações ativas decorrentes da atualização dos direitos de crédito e obrigações, calculados com base nas variações nas taxas de câmbio, deveria ser registrado na linha 20 da ficha 7 A e a variação cambial passiva registrada na linha 31 da mesma ficha; *pel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

- assim, a recorrente registrou o valor referente ao rendimento advindo de operações com *hedge* na linha "variações cambiais", conforme o razão e dita conta (em anexo);

- entretanto, ao invés de registrar a variação ativa (ganho) na linha 20 e a variação passiva (perda) na linha 31, os registros contábeis de variações cambiais ativas e passivas foram feitos em uma mesma conta - variações cambiais;

- veja-se que na linha 20 não há qualquer valor informado, e na linha 31 encontra-se o valor de R\$ 36.271.849,58, correspondente ao valor líquido da conta variações cambiais (razão contábil da conta em anexo);

- assim, o que consta na linha 31 da ficha 7 A é o valor líquido da conta variações cambiais;

- ainda que o preenchimento levado a cabo pela interessada tenha sido incorreto, tal erro não pode gerar imposto a pagar, se comprovado que o rendimento foi oferecido à tributação, conforme entendimento deste Conselho de Contribuintes, e levando-se em conta que o pretense lapso na DIPJ não resultou em prejuízo para a Receita Federal, até porque foi apurado prejuízo fiscal;

- de acordo com a ficha 10 A (Demonstração do Lucro Real), da DIPJ/2000, foi apurado prejuízo fiscal no montante de R\$ 78.230.992,95;

- não é razoável que a recorrente tenha de recolher o valor de IRRF para depois requerer a compensação, via DCOMP, em face do prejuízo fiscal apurado. *pt*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até as fls. 280 (última), que trata do envio dos autos a este Colegiado.

É o Relatório. *gd*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

VOTO


Conselheira MARIA HELENA COTTA CARDOZO, Relatora

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto merece ser conhecido.

Trata o presente processo, de Auto de Infração por meio do qual se exige Imposto de Renda na Fonte, acrescido de multa de ofício e juros de mora.

A empresa acima identificada recebeu, do Banco BBA Creditanstalt S/A, cuja nova denominação é Banco Itaú BBA S/A, no período de apuração de março de 1999, rendimentos oriundos de operações de "swap" com fins de "hedge", sem a retenção do Imposto de Renda na Fonte, por força de liminar em Mandado de Segurança (fls. 21 a 23).

Cassada a liminar e denegada a segurança, por meio de sentença publicada em 21/01/2003 (fls. 29), foi lavrado contra a empresa o Auto de Infração de fls. 05 a 09, no valor de R\$ 15.468.342,21, cuja ciência da autuada ocorreu em 29/04/2004 (fls. 05).

Primeiramente, cabe ressaltar que a interessada figura como Impetrante no Mandado de Segurança nº 1999.61.00.009363-1, por meio do qual questiona a retenção na fonte na operação objeto da autuação. Assim, é de fundamental importância o estabelecimento dos limites da lide contida no presente processo, sob pena de ser proferida decisão em concomitância com o Poder Judiciário, o que de forma alguma pode ser admitido, tendo em vista a prevalência das decisões judiciais sobre as administrativas. 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

Embora a interessada não tenha juntado aos autos a inicial da ação judicial de que se trata, a sentença de fls. 21 a 23 permite verificar os elementos identificadores da ação, com vistas a perquirir acerca da concomitância. Isso porque, tendo em vista o princípio de vedação dos julgamentos *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*, a sentença tem de refletir o pedido formulado pelo autor e, pelo menos, debater as causas de pedir.

Nesse passo, a sentença judicial assim registra (fls 23):

“Também o argumento de que a retenção na fonte se configura um empréstimo compulsório é crível, pois que, o contribuinte paga imediatamente o imposto de renda e quando da declaração anual, deduziu o prejuízo, receberá de volta o imposto de renda depois de ter se descapitalizado.

Sob estes aspectos tenho por presente a plausibilidade de direito.

O '*periculum in mora*' advém da iminência do desconto do imposto de renda na fonte, a tornar ineficaz a presente impetração, pois se não pagar sofre as sanções fiscais e se pagar somente se ressarce com o '*solve et repete*'.”

Da leitura de toda a peça, e desse trecho em particular, verifica-se que a questão da tributação isolada na fonte, independentemente do resultado a ser apurado na declaração de rendimentos, é exatamente a temática do questionamento na esfera judicial, o que impede o Julgador Administrativo de se manifestar.

Quanto às demais alegações de recurso, estas foram resumidas no pedido, a saber:

- o reconhecimento de que o valor que a autuação considera rendimento foi efetivamente incluído pela recorrente no resultado que serviu de base de cálculo do IRPJ;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

- a caracterização da decadência.

Quanto ao primeiro item do pedido, este requer a pesquisa sobre a natureza dos rendimentos objeto da autuação, bem como sobre a forma de tributação cabível.

Recapitulando, trata o processo de rendimentos auferidos em operação de "swap" com cobertura de "hedge", por uma sociedade anônima, portanto tributada com base no Lucro Real, cuja apuração do IRPJ é Anual (fls. 31). Nesse caso, a Lei nº 8.981, de 1995, com a redação da Lei nº 9.065, de 1995, assim estabelece:

"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;

II - definitivo, no caso de pessoa jurídica não submetida ao regime de tributação com base no lucro real, inclusive isenta, e de pessoa física.

(...)

§ 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." (grifei)

Assim, conclui-se que o Imposto de Renda na Fonte, no caso dos rendimentos em questão, tem a natureza de antecipação do imposto devido na declaração de rendimentos, que nesta fase já se transmuda em Imposto de Renda Pessoa Jurídica. *gel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

Vê-se, portanto, que os rendimentos em tela ensejam diferentes exigências, a depender do momento a ser considerado, a saber:

1º momento - trata-se da ocasião do recebimento do rendimento, evento este que se constitui no fato gerador, ensejando a retenção do Imposto de Renda pela fonte pagadora;

2º momento - trata-se da apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, quando a obrigação do contribuinte, ainda que não tenha sido efetuada a retenção, é de oferecer os rendimentos à tributação.

Nesse mesmo sentido é o Parecer Normativo COSIT nº 1, de 24/09/2002, citado por fisco e contribuinte:

"DECISÃO JUDICIAL. NÃO RETENÇÃO DO IMPOSTO. RESPONSABILIDADE.

(...)

7. No caso do imposto de renda, há que ser feita distinção entre os dois regimes de retenção na fonte: o de retenção exclusiva e o de retenção por antecipação do imposto que será tributado posteriormente pelo contribuinte.

(...)

Imposto retido como antecipação

11. Diferentemente do regime anterior, no qual a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é exclusiva da fonte pagadora, no regime de retenção do imposto por antecipação, além da responsabilidade atribuída à fonte pagadora para a retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte, a legislação determina que a apuração definitiva do imposto de renda seja efetuada pelo contribuinte, pessoa física, na declaração de ajuste anual, e, pessoa jurídica, na data prevista para o encerramento do

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual.

Responsabilidade tributária na hipótese de não-retenção do imposto

12. Como o dever do contribuinte de oferecer os rendimentos à tributação surge tão-somente (...) na data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica, ao se atribuir à fonte pagadora a responsabilidade tributária por imposto não retido, é importante que se fixe o momento em que foi verificada a falta de retenção do imposto: se antes ou após os prazos fixados, referidos acima.

13. Assim, se o fisco constatar, antes (...) da data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica, que a fonte pagadora não procedeu à retenção do imposto de renda na fonte, o imposto deve ser dela exigido, pois não terá surgido ainda para o contribuinte o dever de oferecer tais rendimentos à tributação (...)

14. Por outro lado, se somente após a data prevista para (...) o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica, for constatado que não houve retenção do imposto, o destinatário da exigência passa a ser o contribuinte. Com efeito, se a lei exige que o contribuinte submeta os rendimentos à tributação, apure o imposto efetivo, considerando todos os rendimentos, a partir das datas referidas não se pode mais exigir da fonte pagadora o imposto.

Penalidades aplicáveis pela não-retenção ou não-pagamento do imposto

16. (...) após a data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica, a responsabilidade pelo pagamento do imposto passa a ser do contribuinte. Assim, conforme previsto no art. 957 do RIR/1999 e no art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, constatando-se que o contribuinte:

a) não submeteu o rendimento à tributação, ser-lhe-ão exigidos o imposto suplementar, os juros de mora e a multa de ofício, e, da fonte pagadora, a multa de ofício e os juros de mora;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

Responsabilidade tributária no caso de não-retenção por força de decisão judicial

18. Por fim, resta identificar a responsabilidade tributária na hipótese em que a fonte pagadora se vê impedida de reter o imposto de renda ao pagar determinado rendimento a contribuinte, devido a um provimento judicial, normalmente uma medida liminar.

19. Caso a **decisão final** confirme como devido o imposto em litígio, este deverá ser recolhido, retroagindo os efeitos da última decisão, como se não tivesse ocorrido a concessão da medida liminar. Nesse caso, não há como retornar a responsabilidade de retenção à fonte pagadora. O pagamento do imposto, com os acréscimos legais cabíveis, deve ser efetuado pelo próprio contribuinte, da seguinte forma:

a) tratando-se de rendimento sujeito à antecipação, considera-se vencido o imposto na data prevista para (...) o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica;

(...)

21. Existindo provimento judicial que impeça a fonte pagadora de reter o imposto de renda incidente na fonte, de forma exclusiva ou por antecipação, será efetuado lançamento de ofício em nome do contribuinte beneficiário do rendimento, **quando a obrigação de tributar o rendimento já estiver caracterizada.**

22. **Não tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença, para evitar a decadência, o lançamento deve ser efetuado, ficando sobrestada a cobrança e execução do imposto lançado, enquanto não sobrevier decisão definitiva.”** (grifei)

No caso em apreço, o Auto de Infração trata do primeiro momento acima referenciado, já que está a exigir Imposto de Renda na Fonte, considerando o fato gerador ocorrido na data do recebimento dos rendimentos, ou seja, 31/03/1999 (fls. 06). Como se pode observar, a autuação tomou como base o Informe de Rendimentos Financeiros fornecido pelo banco, e não a Declaração de Rendimentos da empresa. Ademais, a

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

acusação sequer menciona o eventual não oferecimento dos rendimentos à tributação. Aliás, se esse fosse o fundamento da autuação, tratar-se-ia de omissão de receita sujeita ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, e não de falta de recolhimento de Imposto de Renda na Fonte.

Assim sendo, revela-se impertinente a discussão acerca do oferecimento ou não dos rendimentos em tela à tributação na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica do ano-calendário de 1999, uma vez que a autuação não teve por escopo a apuração de omissão de receita, mas simplesmente o não recolhimento do Imposto de Renda na Fonte. Nesse passo, os argumentos contidos no acórdão recorrido, no sentido de que a interessada não teria incluído os rendimentos em determinada linha da DIPJ constituem inovação a reclamar a aplicação do art. 18, § 3º, do Decreto nº 70.235, de 1972, já que, repita-se, tal problemática não constou da autuação.

O acórdão recorrido cita os itens 19 e 21 do Parecer Normativo COSIT nº 1, de 2002, acima transcrito, como fundamento para a manutenção da autuação, porém o item 19 trata das situações em que já foi proferida a **decisão final** no processo judicial, e **esta seja favorável ao fisco**, o que não se aplica ao presente caso, em que ainda se aguarda o desfecho da ação impetrada (pelo menos de acordo com as informações constantes do processo). Quanto ao item 21, este determina que, caso a fonte pagadora seja impedida de efetuar a retenção por força de decisão judicial - como na presente situação - o lançamento deve ser feito em nome do contribuinte, **quando a obrigação de tributar o rendimento já estiver caracterizada**. Obviamente, no caso da retenção como antecipação, a obrigação de tributar o rendimento se caracteriza quando do encerramento do período de apuração, não sendo necessário aguardar que eventual Medida Liminar seja cassada (art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996). Aliás, esta recomendação está expressa no item 22 do citado Parecer. *pel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

Finalmente, quanto à última alegação apresentada, qual seja, a de ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o lançamento, registre-se mais uma vez que se trata de exigência de Imposto de Renda na Fonte e que a própria autuação consignou que o fato gerador ocorreu em 31/03/1999 (fls. 06).

Diante desses fatos, o acórdão recorrido assim se manifesta:

“Apesar de o IRRF se classificar entre os tributos lançados por homologação (modalidade definida no artigo 150 do Código Tributário Nacional – CTN), no caso presente não se extinguiu o direito de a Fazenda Nacional reclamar o crédito tributário.

Ocorre que o § 1º do mesmo artigo 150 estabelece como requisito para a verificação da homologação que o contribuinte antecipe o pagamento do tributo. Sendo parcial o pagamento, ainda assim admite-se a decadência nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN.

Todavia, na hipótese de ter o contribuinte procedido com dolo, fraude ou simulação, ou se não efetuar pagamento algum, a decadência apenas opera-se segundo as regras gerais estipuladas no artigo 173 do CTN, ou seja, em vez do fato gerador, o termo inicial do quinquênio decadencial passa a ser o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito. Ora, uma vez que a autuada não efetuou recolhimento algum, e visto que lançamento não poderia ter sido efetuado antes de 31.03.1999, data em que a autuada auferiu o rendimento tributável, o prazo de cinco anos que o fisco tem para constituir o crédito tributário só começou a correr em 1º de janeiro de 2000. Tendo presente que a notificação do lançamento se deu em 29.04.2004 (a impugnante, inadvertidamente, afirma que foi em 29.05.2004), não há falar em extinção do direito de lançar o crédito tributário.”

O argumento acima estaria correto, no entender desta Conselheira, se no caso em apreço a falta de pagamento do tributo estivesse associada a um comportamento de omissão por parte do contribuinte, no sentido de dificultar o conhecimento da autoridade administrativa acerca da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda na Fonte, qual

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

seja, o auferimento de rendimento em operação de "swap". No caso em apreço, ao contrário, o contribuinte não sofreu a retenção na fonte porque recorreu ao Poder Judiciário, ajuizando Mandado de Segurança contra a Autoridade Administrativa a quem incumbe exatamente a homologação da atividade exercida pelo obrigado, nos exatos termos do art. 150, *caput*, do CTN, a seguir transcrito.

"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 a 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." (grifei)

No caso em tela, não existe dúvida acerca da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda Retido na Fonte em 31/03/1999, quando do recebimento dos rendimentos (fls. 06). Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Mandado de Segurança versando sobre a mesma problemática levada ao Judiciário pela recorrente, assim se manifestou, no Recurso Especial nº 591.357-RJ:

"3. Os fatos geradores específicos do imposto de renda são as várias situações descritas nas leis ordinárias, como, por exemplo, os rendimentos auferidos nas diversas modalidades de aplicações financeiras, podendo ser complexivos, quando se constituem em diversos fatos materiais sucessivos, que são geralmente tributados em conjunto, principalmente pelo regime de declaração de rendimentos, ainda que recolhidos antecipadamente. Por seu turno, há os fatos geradores simples, que se constituem de circunstâncias materiais isoladas, tributadas em separado, pelo regime na fonte, como por

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

exemplo o imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e o Imposto de Renda Retido na Fonte.

4. A operação de *swap* constitui típica operação ensejadora do fato gerador simples do imposto sobre a renda, posto que representa acréscimo patrimonial, obtido na troca de financiamentos em taxas diversas, sobre um montante principal, daí porque ser tributado na fonte.”

Quanto à “atividade exercida pelo obrigado”, esta constituiu-se na busca da tutela do Poder Judiciário, que pressupõe não só a notificação da Autoridade Administrativa a quem caberia a exigência do tributo, mas também o acompanhamento por parte da própria Fazenda Nacional, sujeito ativo da obrigação tributária.

Assim, nada impediria que a Autoridade Administrativa, tomando conhecimento de que a interessada havia impetrado Mandado de Segurança contra a retenção do Imposto de Renda na Fonte, efetuasse o lançamento para prevenir a decadência, conforme permite o art. 63 da Lei nº 9.430, de 1996, mesmo em presença de Medida Liminar. Aliás, essa é a recomendação contida no item 22 do Parecer Normativo COSIT nº 1, de 24/09/2002.

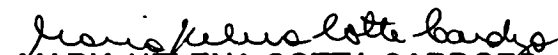
Diante do exposto, entende esta Conselheira que a situação dos autos se subsume à hipótese contida no § 4º do art. 150 do CTN, acima transcrito, já que a Autoridade Administrativa responsável pela homologação do lançamento, sendo parte no processo judicial, obrigatoriamente dele tomou conhecimento, nada obstando a lavratura de Auto de Infração como prevenção da decadência. Assim, o *dies a quo* do prazo decadencial permanece sendo a data de ocorrência do fato gerador, findando em 31/03/2004. Como a empresa foi cientificada do lançamento somente em 29/04/2004, a decadência está caracterizada. *pel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10680.005256/2004-97
Acórdão nº. : 104-20.889

Assim sendo, DOU provimento ao recurso para acolher a decadência.

Sala das Sessões - DF, em 10 de agosto de 2005


MARIA HELENA COTTA CARDOZO