



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.015833/2001-46  
Recurso nº. : 145.581  
Matéria : IRF - Ano(s): 1997  
Recorrente : BANCO SANTANDER S. A. (BANCO BOZANO SIMONSEN S. A.)  
Recorrida : 8ª TURMA/DRJ / RIO DE JANEIRO I – RJ  
Sessão de : 07 DE DEZEMBRO DE 2005  
Acórdão nº. : 106-15.150

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. FALTA DE RETENÇÃO. MULTA ISOLADA – As multas de ofício de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicam-se, nos casos em que retenção de imposto de renda não foi realizada pela fonte pagadora, a partir da vigência da Medida Provisória nº 16, de 27 de dezembro de 2001, por expressa determinação.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO SANTANDER S. A. (nova denominação / sucessor do BANCO BOZANO SIMONSEN S. A.)

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA  
PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM: 14 FEV 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, GONÇALO BONET ALLAGE, LUIZ ANTONIO DE PAULA, JOSÉ CARLOS DA MATTA RIVITTI, ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA, ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGETTI e WILFRIDO AUGUSTO MARQUES.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

Recurso nº : 145.581  
Recorrente : BANCO SANTANDER S. A. (BANCO BOZANO SIMONSEN S. A.)

## RELATÓRIO

BANCO SANTANDER S. A., nova denominação do BANCO BOZANO SIMONSEN S. A., sujeito passivo qualificado nos autos, interpõe Recurso Voluntário em face do Acórdão DRJ/RJOI nº 6.085, de 19 de novembro de 2004, mediante o qual foi julgado procedente o lançamento de multa de ofício isolada e qualificada no valor de R\$41.371.965,59, e juros de mora de R\$275.813,33, também de exigência isolada, relativos aos anos-calendário de 1997 (nov/dez), 1998 e 1999, Auto de Infração às fls. 2346-2359 - vol. XII.

### ***I – Do julgamento de Primeira Instância***

O Julgador de Primeira Instância, com base no Termo de Verificação Fiscal, relata que o Banco Bozano Simonsen S. A. criou um produto denominado WAVE que tinha aparência de aplicação financeira de renda variável, mas que na realidade era de renda fixa, pretendendo uma tributação mais favorável. Afirma ser de renda fixa pelo fato de os rendimentos terem sido sempre vinculado a um percentual da taxa do CDI (custo de captação para uma instituição financeira). Para reforçar o entendimento, foi exemplificado resgate de uma empresa cuja aplicação era garantido o ganho equivalente a 92% da taxa do CDI, percentual era acertado informalmente com o cliente. Sendo de renda fixa e não tendo sido recolhido o imposto na fonte caberia a exigência da multa de ofício e dos juros posto que os clientes que auferiram os ganhos na aplicação os ofereceram à tributação.

Em face de diligência feita junto à Cia. de Eletricidade do Rio de Janeiro - CERJ e à Globo Comunicações e Participações – GLOBOPAR, a fiscalização concluiu que o produto WAVE era utilizado com a finalidade de garantir aos clientes comuns uma rentabilidade de aplicação financeira de renda fixa pós-fixada e "para possivelmente permitir a transferência de lucro ou prejuízo para



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

empresas do grupo Bozano", anotando-se, ainda, haveria "manipulação dos preços de venda dos contratos de opções".

Já a impugnante asseverou tratar-se de operações financeiras de renda variável posto ser investimentos de risco, os rendimentos equivalentes a percentual do CDI não caracterizam a aplicação de renda fixa, qualquer outro tipo de índice tomado como parâmetro sempre é possível estabelecer uma pretensa relação de causa e efeito entre eventos econômicos e fatores externos, a fiscalização identificou percentuais diversos como o de 24% do CDI pagos ao cliente Luz Publicidade Ltda. e 92% à Companhia Exportadora de Castanha, e que clientes receberam rendimentos distintos comprovando serem as aplicações de renda variável.

Para serem de renda fixa seria necessária a característica de depósitos à vista ou a prazo, como são todas as aplicações de renda fixa, e que a aplicação tenha uma data pré-estabelecida para liquidação, conforme a INSRF nº 134, de 1985, combinado com o art. 100 do CTN. No caso, o caráter complexo e aleatório das aplicações e da ausência de obrigatoriedade por parte da instituição financeira de pagar qualquer rendimento predeterminado ou mínimo, inexistindo sequer a obrigação de devolver as quantias depositadas, descabido afirmar que as aplicações financeiras eram de renda fixa.

O art. 65, caput e § 4º da Lei nº 8.981, de 1985, que equipara por ficção legal as operações conjugadas que permitem a obtenção de rendimentos predeterminados às aplicações de renda fixa não seriam aplicáveis, com previsto no § 6º do mesmo artigo, o que resultaria afrontados os princípios da tipicidade, legalidade e separação dos poderes.

Anotado que a fiscalização tipifica a conduta da contribuinte como de evidente intuito de fraude pelo que a multa foi qualificada e formalizada representação fiscal para fins penais, a então impugnante discorreu sobre a impossibilidade de conluio com mais de 600 clientes que realizaram cerca de 23.000 resgates no período de janeiro a dezembro de 1997, havendo impossibilidade do concurso de vontades entre a Instituição e um número tão elevado de empresas.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

Sobre a aplicação de penalidades é relatado que a impugnação considera a impossibilidade da exigência em virtude de ausência de tipo tributário a teor da INSRF nº 134, de 1985, e do art. 142 do CTN, cabendo excluir penalidades e juros de mora ao amparo do parágrafo único do art. 100 do CTN.

Sob a forma de argumentação, a impugnante afirma que se o entendimento da fiscalização estivesse correto, a capitulação do lançamento quanto à multa estaria equivocada por contrariar as regras do RIR/94, vigente ao ano-calendário de 1997, cabendo a aplicação da regra do art. 144 do CTN, e o princípio da irretroatividade da lei consagrado no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Não seriam aplicáveis às disposições do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, por genéricas, e mesmo que viesse a ser possível, seria no percentual de 75%.

O I. Julgador de Primeira Instância, relata, também, a conversão do julgamento em de diligência de modo a ampliar, "a outros clientes, escolhidos aleatoriamente, e em número representativo objetivando reunir todos os elementos necessários para formar convicção sobre a matéria", as averiguações feitas junto à CERJ e a GLOBOPAR, no mesmo teor dos Termos de Intimação de fls. 230 e 248, o que foi atendido tendo a fiscalização acostado aos autos o Anexo 1, com 26 volumes e Relatório fiscal.

Intimada da diligência realizada, a contribuinte aditou a impugnação no sentido de não ser aplicável a multa de ofício do art. 44, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, exigível somente com a vigência da Medida Provisória nº 16, de 2001, convertida na Lei nº 10.426, de 2002, como definiu o Parecer Normativo nº 01, de 2002, incisos 15 e 16.

Contestou os critérios utilizados pela fiscalização, especialmente, porque dos 496 clientes somente 325 foram diligenciados desconsiderando aqueles que apresentavam situação cadastral suspensa, inapta ou cancelada e aqueles clientes que efetuaram até quatro aplicações.

Prosseguiu asseverando ser produto financeiro WAVE de renda variável, nada mais que o produto financeiro denominado EASY, que foi oferecido, pelo Bonzano, Simonsen S. A. DTVM, à época, controlada pela Interessada, a seus





MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

clientes, no período de janeiro a novembro de 1997, atuada no processo 10768.015837/2001-24, que se diferenciava apenas quanto ao ativo-objeto da opção de compra que se tratava de um Hedge Fund – Fundo Mútuo de Investimento em Ações, contestando o argumento da diligência segundo o qual era oferecido aos clientes com uma garantia de que a rentabilidade representada por um percentual do CDI, típica das aplicações de renda fixa, a exemplo de correspondência à Salobo Metais S. A, CCE Ind. Com. Componentes Eletronicos S. A., Center Shopping Empreendimentos Ltda..

Foi alegado cerceamento do direito de defesa por não ter recebido cópia dos documentos no tempo solicitado, e por a diligência ter adotado forma indutiva e cavilosa utilizando o termo representante quando o correto seria responsável tributário nos termos do art. 128 do CTN;

É também aduzida proteção das disposições dos artigos 132 e 133 do Código Tributário Nacional no sentido de que a multa de ofício não seria devida em face da alienação da totalidade do controle acionário das empresas do Grupo Bozano ao Grupo Santander conforme comunicado do Banco Central do Brasil de 16.05.2000, consoante contrato de compra e venda de 18.01.2000.

**No voto**, o I. julgador destaca que "o lançamento de ofício de multa e juros isolados decorreu do recolhimento de imposto de renda na fonte após o vencimento do prazo legal, sem as respectivas multas e juros de mora." Enfrenta as razões impugnadas sob os seguintes itens: (a) Do cerceamento do direito de defesa; (b) Da impossibilidade de cobrança de penalidade na sucessão; (c) Da base legal do lançamento; (d) Do caráter continuado das infrações; (e) Da natureza jurídica das operações financeiras; (f) da simulação; (g) Da prova da simulação.

**a) Do cerceamento do direito de defesa**

O julgador considerou inexistente o cerceamento do direito de defesa, entre outros motivos, depois de confrontar as datas em que a contribuinte teve ciência da conclusão da diligência, a solicitação de cópias e a entrega das razões aditivas, bem como a constatação de que a empresa manteve-se inerte por mais de dez dias do indeferimento de prorrogação de prazo para contrapor.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46

Acórdão nº : 106-15.150

**(b) Da impossibilidade de cobrança de penalidade na sucessão**

O relator do voto afirma que a "fiscalização já tinha conhecimento da incorporação, uma vez que passou a se referir ao Banco Santander S. A. É assente na doutrina e na jurisprudência que a pessoa jurídica de direito privado que resulta da incorporação de outra é responsável pelos tributos lançados até a data do ato pela pessoa jurídica incorporada. Da data da incorporação em diante, responde, obviamente, por dívida própria, cabe dizer, na condição de contribuinte. Responderá, então, a partir da incorporação pelo crédito que vier a ser lançado na condição de contribuinte. O que se constata é que a Interessada já tinha a condição de contribuinte quando da ação fiscal".

**(c) Da base legal do lançamento.**

Transcritos dispositivos do RIR/99, da Lei nº 9.430, de 1976, assim como da Medida Provisória nº 16, de 27.12.2001, (e sua Exposição de Motivos), vertida na Lei nº 10.426, de 2002, e do Parecer Normativo nº 01 de 2002, o julgador oferece as seguintes conclusões (fls. 2790-2796):

- que "resta claro que a interpretação do Chefe do Poder Executivo é que as regras inseridas pelo artigo 44, parágrafo 1º, inciso II, da Lei nº 9.430 de 1996, aplicam-se na imposição de multa isolada quando se tratar de imposto devido como antecipação e ficar comprovado que o beneficiário já incluiu o rendimento em sua declaração, que é o caso presente.";

- que "havendo regra específica prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que trata de penalidade pela falta de cumprimento desta obrigação, a mesma deve ser aplicada, não havendo que se considerar qualquer outra regra, tendo em vista o princípio de interpretação da especialidade, sendo certo que a obrigação é principal e não acessória, uma vez que teve como objeto o pagamento (ou recolhimento) de imposto, (obrigação pecuniária), conforme artigo 113, parágrafo 1º, do CTN.";

- que "no ano-calendário de 1997, quando ocorreram os fatos relatados, já estava em vigor a Lei nº. 9.430 de 1996, não havendo, portanto, qualquer violação ao artigo 144 do CTN.";



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

- que "Dúvidas têm sido suscitadas no âmbito da Secretaria da Receita Federal acerca da responsabilidade tributária, no caso de pagamento de rendimentos sujeitos ao imposto de renda na fonte." (...) "quais as multas aplicáveis à fonte pagadora, na hipótese de não-retenção do imposto, e ao contribuinte pelo não-oferecimento do rendimento à tributação;";

- que "Não foi solicitado à Cosit que ela se pronunciasse direta e especificamente sobre a partir de quando a multa de ofício prevista na Lei nº. 9.430 de 1996, veio a ser legalmente instituída para os casos de falta de retenção. O parecer não tratou do aspecto intertemporal, manifestou-se a Cosit sobre o tema de responsabilidade tributária à luz da legislação então vigente quando a dúvida reinante na Receita Federal foi suscitada. Daí, não só nos itens 15 e 16, como em outros itens do referido parecer, constarem referências ao artigo 9º. da Lei nº. 10.426, de 2002. E nem poderia ser de outro modo.";

- que "É bem verdade que ela tratou das penalidades aplicáveis à fonte pagadora, na hipótese de não-retenção do imposto, e ao contribuinte pelo não-oferecimento do rendimento à tributação, contudo, o fez como questão incidental, isto é, tratou o parecer da questão principal que foi o da responsabilidade tributária, manifestando-se quanto às penalidades, tão-somente, à luz da legislação vigente na data que lhe foi apresentada a questão.";

- que "o parecer não reconheceu expressamente, no caso da fonte pagadora, a multa de ofício prevista na Lei nº 9.430, de 1996, somente veio a ser legalmente instituída por ocasião da Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002.";

- que "à exposição de motivos, também deve ser esclarecido à Interessada que tal documento não constitui ato que a lei atribua eficácia normativa vinculando a Administração, sendo certo, que a exposição de motivos constitui-se tão-somente numa orientação na busca do significado de uma norma.";

- que "O Poder Executivo objetivando diminuir as demandas judiciais sobre esta matéria entendeu por ser vantajoso editar o artigo 9º, da Medida Provisória sendo certo que o trecho do citado inciso 7º que diz: '*... no caso do art. 9º, instituindo nova hipótese de incidência, preenchendo lacuna da legislação em vigor*'



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

se justifica pelo fato de ser direcionado tão-somente ao Poder Judiciário, não significando que o Poder Executivo tenha entendido ser ilegal as disposições constantes no RIR de 1999 pertinentes às multas isoladas.”

**(d) Do caráter continuado das infrações**

Neste tema foi afastada a possibilidade de aplicação do conceito de crime continuado do Direito Penal aos fins do Direito Tributário diante de regra específica no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

**(e) Da natureza jurídica das operações financeiras**

Em exame de mérito, o I. julgador diz constatar que o ponto central da questão consiste em saber se as operações realizadas estariam compreendidas no conceito de renda fixa conforme o art. 65 da Lei nº 8.981, de 1995, discorrendo, em seguida, sobre a edição da Instrução Normativa nº 72, de 1997, que considera aplicável ao caso, conforme o previsto na alínea “c”, do inciso I, do art. 2º.

Também, que o contrato de fls. 228-229, corresponde exemplo dos melhores acerca de operações conjugadas realizadas pela interessada com seus clientes, pelo que conclui que as aplicações foram de renda fixa pós-fixada.

**(f) Da simulação, e (g) Da prova da simulação.**

A estes pontos, o I. Relator discorre sobre os conceitos doutrinários do instituto da simulação, como “uma declaração enganosa da vontade visando produzir efeito diverso do estensivamente indicado. Negócio simulado, portanto, é aquele que oferece uma aparência diversa do efetivo querer das partes”. A simulação estaria evidenciada nos diversos documentos colhidos por ocasião da diligência transcritos no voto.

Ao fim, concluiu o relator “que restou claro que houve divergência entre a vontade interna e a manifestada, com o intuito de se conseguir uma tributação mais benéfica em detrimento da Fazenda Pública, constituindo-se o Fisco o terceiro prejudicado havendo de se aplicar ao caso o disposto no art. 404, inciso I, do Código de Processo Civil”. Votado pela procedência do lançamento, o julgado está assim ementado:



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

**Atos Normativos. Exposição de Motivos** - A Exposição de Motivos não constitui ato que a lei atribua eficácia normativa no sentido de vincular a Administração. A exposição de motivos constitui-se tão-somente numa orientação na busca do significado de uma norma.

**Operações conjugadas. Rendimentos pré-determinados** - As operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados, bem como, no mercado de balcão, sujeitam-se à incidência do Imposto de Renda na Fonte.

**Multa Agravada. Aplicabilidade** - Identificada a conduta que simula operação de compra e venda de opções, de modo a encobrir aplicação ordinária de renda fixa, com o intuito de se imiscuir de tributação mais onerosa, é de se aplicar sobre o tributo omitido a multa mais gravosa.

**Simulação. Configuração** - Configura-se como simulação o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade. A prática de operações compostas de compra e venda de opções para simular a realização de operações de renda variável, mas que produzem rendimentos predeterminados, com a intenção de evitar o pagamento do IRRF, configura ação dolosa tendente a impedir a exigência de tributo.

*Lançamento Procedente*

## **II. Do Recurso voluntário**

No Recurso Voluntário, a recorrente reitera a impugnação quanto ser a aplicação financeira de renda variável diante da inexistência de predeterminação dos rendimentos e ausência de data preestabelecida para liquidação como prescreve a Instrução Normativa nº 134/85, não existindo norma legal determinando a tributação como de renda fixa e a interpretação adotada pela Secretaria da Receita Federal desta norma, estabeleceria que para caracterizar como de renda fixa é necessário que exista uma data preestabelecida para a liquidação.

Por sua vez, o auto de infração não teria mencionado qualquer dispositivo regulamentar que definisse os contornos das denominadas "operações conjugadas" referidas no artigo 65 da Lei nº 8.981/95.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

Com relação ao julgamento, a recorrente acusa o acórdão recorrido de inovar o critério jurídico do lançamento em afronta ao art. 146 do CTN, ao passar a tratar o assunto sob o enfoque das operações conjugadas. A busca de amparo na Instrução Normativa nº 72/1997, "em lugar de possibilitar o lançamento de ofício, apenas confirma a mais absoluta impossibilidade de mantê-lo."

Em tópico "Da ausência de Simulação", a recorrente diz já ter demonstrado na impugnação e nas sucessivas razões aditivas que a fraude por simulação não faz o menor sentido posto que não resultaria em vantagem econômica própria, nem prejuízo à Fazenda Nacional. E que não existem provas da pretendida simulação, pelo contrário, aquelas produzidas nas diligências determinadas pela DRJ apontam no sentido oposto, comprovando a natureza de renda variável das operações em causa.

Acerca da diligência determinada pela DRJ, visando a convicção do julgador sobre a natureza jurídica da aplicação, a recorrente afirma que além dos erros já apontados na petição protocolizada em 24 de setembro de 2004, outros transcritos a seguir da peça recorrida:

*(a) a empresa Refrigerantes Minas Gerais Ltda. informou que a aplicação lançada em seus controles chamava-se "Opções de Compra de Ações" e que não tinha sido localizado em seus arquivos qualquer acordo formal de rentabilidade (fls. 1464 e 1465, volume 6). A d. Fiscalização classificou a resposta como "renda fixa";*

*(b) a empresa Centro Norte Mudas e Sementes não deixou de responder ao Termo de Ação Fiscal como afirma o r. acórdão, muito ao contrário, às fls. 1904 e 1905 do volume 8, a empresa afirma com todas as letras que: (i) a taxa praticada pelo referido banco encontra-se destacada no campo "observações" da nota de aplicação (pré 30% a.a / e US\$ +. 60% a.a., que são as taxas da operação de swap), (ii) que não houve acordo com o banco quanto à garantia de rentabilidade e (iii) que a receita desta aplicação foi contabilizada como receita financeira, tributada no resultado da pessoa jurídica;*

*(c) a sociedade civil Karavelas (fls. 1802, 1803, 1816, 1818 e 1819, volume 8) informa que efetuou aplicações em renda fixa, mas anexa como prova dessas transações os extratos de aplicações nos fundos High Yield FIF e FAQ FIX FIF, aplicações essas que não têm qualquer relação com o presente processo;*

*(d) a empresa Têxtil Tapeacol S/A (fls. 2880 e 2881 - volume 12) informou que não foi garantida rentabilidade fixa em termos de*



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

*percentual de CDI e que ficou acordado com a instituição financeira o pagamento a títulos de prêmios sobre o saldo disponível para negociações, sendo que a rentabilidade dessas negociações recebidas no período foram contabilizadas em 'Rendimentos de Aplicações Financeiras' (renda fixa - receitas tributáveis), sendo essa contabilização o único ponto que a Fiscalização tomou por base para classificar a resposta como "renda fixa";*

*(e) a empresa Amanco Brasil S/A (fls. 3520, volume 15) informou que as operações, por não serem de renda fixa, não estavam lastreadas e/ou vinculadas a qualquer contrato que tivesse por finalidade preestabelecer a rentabilidade das negociações e, com isso, o questionamento em termos de percentual sobre o CDI ficava prejudicado, tendo em vista que os produtos não eram vinculados a taxa de juros. No Termo de Diligência, a D. Fiscalização havia classificado a resposta da empresa como "renda fixa", informação distorcida que, em boa hora, foi retificada pelo r. acórdão;*

*(f) a empresa Cimob Companhia Imobiliária (fls. 3821, 3822 e 3823, volume 16) informou que não existia qualquer documento de garantia de rentabilidade e que contabilizou os rendimentos como renda fixa, na conta denominada "Ágios Auferidos em Aplicação a Curto Prazo". Entretanto, fazendo-se uma rápida análise no Razão dessa conta, pode-se facilmente verificar que a empresa ali contabilizava rendimentos de aplicações financeiras, rendimentos com fundos, rendimentos com opções de swap (Wave) e rendimentos com swap. Assim sendo, não tem fundamento a afirmação da Fiscalização, repetida no r. acórdão, de que o cliente considerou essa operação como de renda fixa;*

*(g) a Schahin Engenharia Ltda. (fls. 3838, volume 16) informou que não houve acordo garantindo a rentabilidade. Informou também que contabilizou a aplicação como Fundo de Aplicação Financeira (FAF), em renda fixa, sendo essa contabilização o frágil argumento encontrado pela Fiscalização para classificar a resposta como "renda fixa";*

*(h) a Amacoco Ltda. (fls. 4780, volume 20) informou que não houve acordo garantindo a rentabilidade e que contabilizou a aplicação como "aplicação financeira de renda fixa, fazendo com que a D. Fiscalização classificasse a sua resposta foi como "renda fixa";*

*(i) a empresa Leroy Merlin S/A (fls. 420 e 421, volume 2) respondeu que tinha apenas aplicações em RDB e CDB e sua resposta foi classificada como "renda fixa";*

*(j) a Emtec da Amazônia (fls. 1349, volume 6) só identificou aplicações nos fundos BS Derivativos Plus - Fif ou Hedge, que não guardam qualquer relação com as aplicações em WAVE e sua resposta foi classificada como "renda fixa";*



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

*(k) a São Carlos Empreendimentos S.A. (fls. 2306, volume 10) informou que não houve acordo de rentabilidade e que não existia em seu plano de contas a subdivisão entre renda fixa e variável, tendo a sua resposta sido classificada como "renda fixa";*

*(l) a Vale do Rio Doce (fls. 2797, volume 12) respondeu que contabilizou as operações como renda variável e a resposta foi classificada como "renda fixa" apenas porque se indicou a remuneração média auferida em termos de percentual do CDI, como exigiu a Fiscalização;*

*(m) a Cequipel Ltda. (fls. 5554 e 5560, volume 23) informou que as aplicações eram de renda variável e sua resposta foi classificada como sendo "não elucidativa";*

*(n) a Bianchini S.A. (fls. 4968, volume 20) informou que não havia acordo de rentabilidade e que contabilizou os ganhos como renda variável e sua resposta foi classificada como "renda fixa" apenas porque se indicou a remuneração média auferida em termos de percentual de CDI, como exigiu a Fiscalização;*

*(o) a empresa Magazine Luiza S/A (fls. 3095, 3096, 3097, 3098, 3099, 3100, 3101, 3102, 3103, 3104, 3105, 3106 e 3107, volume 13) anexou diversas notas de negociação de opções de swap (WAVE) e informou que nas próprias notas constavam as taxas e/ou indexador utilizados nas aplicações (pré 30% a.a. e US\$ 60% a.a. - pré 40% a.a. e US\$ + 60% a.a.) e sua resposta foi considerada como "não elucidativa";*

*(p) a PCFG Advisory (fls. 266, volume 2) informou que a rentabilidade do WAVE série C era pré 40% a.a./US\$ + 60% a.a. e da série D era pré 30% a.a. / US\$ + 60% a.a.), comprovando, por assim dizer, se tratar de uma operação de renda variável;*

Sobre a multa, a recorrente reitera ausência de base legal para sua cobrança consubstanciando seus argumentos no parecer do jurista Luis Roberto Barroso, do qual transcreve os seguintes pontos:

*A) As infrações imputadas à consultante pelos Autos de Infração nºs 0716600/00005/01 e 0716600/00004/01 - a saber: a não retenção do tributo pela fonte pagadora acompanhada da inclusão pelo beneficiário dos rendimentos em sua declaração - , supostamente praticadas entre 1997 e 1999, regem-se pelos arts. 919 e 984 do RIR/94, ato normativo que, nos termos da legislação em vigor à época, dispunha sobre as penalidades aplicáveis ao caso.*

*B) Tais disposições regulamentares não foram revogadas nem eram incompatíveis com o que veio a dispor a Lei nº 9.430/96. Na verdade, o art. 44 deste diploma legal (que as autoridades fazendárias pretendem aplicável ao caso) e os arts. 919 e 984 do*



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

*RIR/94 convivem harmonicamente na qualidade de norma geral e norma especial, devendo as últimas reger a situação específica objeto do auto de infração.*

*C) Ademais, ainda que se pudesse sustentar que a Lei nº 9.430/96 teria produzido qualquer alteração na disciplina da hipótese, o entendimento da Administração, até 1999, era o de que nada havia mudado com a edição da nova Lei. Posterior alteração desse entendimento não pode, naturalmente, retroagir.*

*D) O art. 722 do RIR/99, que determina a aplicação das multas previstas no art. 44 da Lei nº 9.430/96 à não retenção do tributo pela fonte pagadora acompanhada da inclusão pelo beneficiário dos rendimentos em sua declaração, é inválido, pois inovou em matéria de penalidade fiscal sem fundamento legal.*

A síntese do parecer seria que (a) os dispositivos antes referidos não foram revogados nem eram incompatíveis com o que veio a dispor a Lei nº. 9.430/96, mas antes pelo contrário, com ela convivem harmonicamente na qualidade de norma geral e norma especial, devendo os últimos reger a situação específica objeto do auto de infração; (b) o entendimento da Administração, até 1999, era o de que nada havia mudado com a edição da nova Lei (Lei nº. 9.430/96); e (c) a Medida Provisória nº. 16/2001 veio a confirmar esse entendimento, sendo certo que, até sua edição, prevaleciam as normas específicas contidas no RIR/94.

A multa também não seria devido conforme a orientação dos incisos 15 e 16 do Parecer Normativo nº 1/2002, relativa à aplicação do art. 9º da Lei nº 10.426/2001, quanto à aplicação da penalidade isolada estabelecida no artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, decorrente da Medida Provisória nº 16/2001, cuja Exposição de Motivo declara, em seu inciso 7º, que a norma em causa visava instituir nova hipótese de incidência e suprir lacuna existente na legislação em vigor, pelo que não havia base legal para a cobrança da multa nos moldes pretendidos.

Sobre a **qualificação da multa**, a recorrente pugna pela aplicação do princípio *in dubio pro reo* com apoio na doutrina e amparo em dispositivos do Código Penal Brasileiro. Ao tempo, afirma que para imputar a existência de fraude, deveriam estar provados no mínimo os requisitos de caráter subjetivo - na intenção de ludibriar o Fisco - e objetivo - manobras intencionalmente dirigidas a iludir a Administração Tributária, produzindo falsa idéia da realidade, mediante simulação,



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

ocultação e outras práticas arditosas. A conduta imputada a Recorrente seria atípica por não ocorrida a descrição do artigo 72 da Lei nº. 4.502/64.

Requer ao Conselho que, na remota hipótese de o lançamento vir a ser mantido quanto ao seu mérito e sem embargo da impossibilidade legal de se cobrar a multa de 150% pretendida pela Administração Tributária, seja mesmo assim declarada expressamente a inexistência de fraude no presente caso em vista das razões antes expostas.

Sob o item "Da Impossibilidade de cobrar Multa de Ofício do Recorrente em razão do disposto nos artigos 132 e 133 do Código Tributário Nacional", a recorrente aduz que a Fiscalização já tinha conhecimento da incorporação, uma vez que passou a se referir ao Banco Santander S. A.

A doutrina e a jurisprudência seria no sentido de que a incorporadora de outra é responsável pelos tributos lançados até a data do ato pela pessoa jurídica incorporada. Da data da incorporação em diante, responde, obviamente, por dívida própria, cabendo dizer, na condição de contribuinte. São transcritas ementas de julgamentos na esfera judicial e administrativa, a respeito. Conclui, a recorrente, não subsistir qualquer dúvida sobre a aplicação do disposto nos artigos 132 e 133 do CTN.

Em última parte, a recorrente discorre "Da inaplicabilidade da **taxa Selic** para correção de créditos tributários".

Neste aspecto, a recorrente considera que os juros de mora sobre o crédito tributário supostamente devido calculados com base na taxa SELIC, configura flagrante ilegalidade, uma vez que, além de não ter sido criado por lei, o referido índice teria natureza remuneratória, e não compensatória.

O pedido é no sentido de que se determine a desconstituição do lançamento em razão de mérito; que, se exigida a multa de 150%, se declare a inexistência de qualquer fraude ou simulação; determine a integral exclusão das multas em virtude do disposto nos artigos 132 e 133 do CTN e jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes e do Tribunais; que, remotamente, sendo mantido o



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

lançamento se exclua a taxa Selic adequando o montante ao disposto no art. 161 do CTN.

À fl. 2.886, o comprovante de depósito recursal no valor de 30% do crédito lançado.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a vertical stroke, positioned to the right of the text 'É o Relatório.'



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

VOTO

Conselheiro JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA, Relator

O Banco Santander S. A., por seus representantes, tomou ciência, em 11.3.2005, do Acórdão DRJ contra os termos do qual interpôs o Recurso Voluntário, em 11.4.2005, (fls. 2821-2822, vol. XIV), do qual conheço por atender às disposições do art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, inclusive quanto à tempestividade e garantia de instância.

Como relatado, trata-se de lançamento de crédito tributário relativo a multas isoladas - Falta de Recolhimento da multa de mora (IRF) descrita no Auto de Infração como "Imposto de Renda Retido na Fonte recolhido após o vencimento do prazo legal, sem o recolhimento da respectiva multa de mora, referentes aos meses de janeiro de 1997 a dezembro de 1999", e juros isolados - descrito no Auto de Infração como "Imposto de Renda Retido na Fonte recolhido após o vencimento do prazo legal, sem o recolhimento dos respectivos juros de mora, referentes aos meses de janeiro de 1997 a dezembro de 1999", Termo de Verificação Fiscal, fl. 2.323, vol. XII. Quanto ao período, verifica-se que corresponde de novembro de 1997 a dezembro de 1999.

Em verdade, quer no lançamento quer no julgamento entendeu-se que o imposto de renda devido em face dos rendimentos da aplicação financeira denominada WAVE foi recolhido pelos aplicadores beneficiários.

Segundo a autoridade atuante, Termo de Verificação Fiscal (fl. 1.868, vol. IX), "o imposto sobre o rendimento obtido em aplicação de renda fixa incide na fonte à alíquota de 15%, no período de 1997, e de 20%, nos períodos de 1998 e 1999, e deveria ser recolhido pelo responsável (instituição financeira), (...). Já o imposto incidente sobre o rendimento obtido em aplicações de renda variável era apurado, após a compensação de prejuízos anteriores, à alíquota de 10%, pelo



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

próprio aplicador, por períodos mensais e pago (...). Observa-se que em qualquer das situações, não se trata de tributação exclusivamente na fonte.

O julgamento respeita decidir, com relação à multa isolada e qualificada, sobre a fundamentação posto a vigência da Lei nº 10.426, de 2002, bem como, quanto à qualificação da mesma, e a responsabilidade tributária do sucessor, posto os artigos 132 e 133 do CTN; quanto aos juros isolados, necessário decidir o mérito sobre a natureza jurídica da aplicação, que o Fisco afirma ser de renda fixa pós-fixada, o que exigia a retenção do imposto de renda na fonte, e a recorrente vem alegando desde sempre tratar-se de aplicação financeira de renda variável, cujos rendimentos devem ser oferecidos à tributação pelo aplicador. Ainda, sobre a aplicação da taxa Selic para fins de apuração dos juros de mora.

O enquadramento legal, <sup>1</sup>verificado no Auto de Infração, é a seguinte: (i) Multa isolada e qualificada: fato gerador do imposto: *caput* do art. 65, da Lei nº 8.981, de 1995; responsável: art. 65, § 8º, da Lei nº 8.981, de 1995; base de cálculo: art. 65, §1º, da Lei nº 8.981, de 1995; alíquota, o art. 11, da Lei nº 9.249, de 1995; a multa de ofício, nos artigos 43 e 44, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, e alterações posteriores; (ii) os juros de mora, nos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, além de dispositivos do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, *verbis*:

Lei nº 8.981, de 1995:

*Art. 65. O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, a partir de 1º de janeiro de 1995, sujeita-se à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento.*

*§ 1º A base de cálculo do imposto é constituída pela diferença positiva entre o valor da alienação, líquido do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF), de que trata a Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, e o valor da aplicação financeira.*

...

*§ 8º É responsável pela retenção do imposto a pessoa jurídica que receber os recursos, no caso de operações de transferência de dívidas, e a pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, nos demais casos.*



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

Lei nº 9.249, de 1995

*Art. 11. Os rendimentos produzidos por aplicação financeira de renda fixa, auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda à alíquota de quinze por cento.*

Lei nº 9.430, de 1996:

*Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.*

...

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:*

*I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*

...

*§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:*

...

*II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;*

...

*Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

...

*§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.*

Passo ao exame das alegações recorridas consubstanciadas na (i) exigência da multa isolada, inclusive qualificada, com fundamento no art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996, em face do disposto pela Medida Provisória nº 16, convertida na Lei nº 10.426, de 2002, (ii) responsabilidade do sucessor por multas fiscal não



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

lançada a teor dos artigos 132 e 133 do CTN; (iii) a exigência de juros isolados em face imposto de renda sobre aplicações financeiras que deixaram de ser retidos e recolhidos pela fonte pagadora, inclusive o seu cálculo levando em conta a taxa Selic.

**(i) Da multa isolada, qualificada**

Os artigos 43 e 44, da Lei nº 9.430, de 1996, no que fundamentam o lançamento, encontram-se transcritos acima.

No caso presente, sabidamente não houve recolhimento do tributo ou da contribuição pela fonte pagadora dos rendimentos no vencimento ou após prazo sem os acréscimos moratórios. A previsão legal é utilizada no lançamento por integração interpretativa, posto que não tendo sido retido e cabendo aos beneficiários oferecer à tributação na declaração anual, aduziu-se recolhido o imposto por estas, fora do prazo, afirmando a autoridade atuante que "os clientes que auferiram os ganhos na aplicação os ofereceram à tributação".

A esta situação a recorrente assevera faltar fundamentação legal para a exigência, que só teria ocorrido com a vigência da Medida Provisória nº 16, de 27 de dezembro de 2001, convertida na Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, publicada no Diário Oficial da União do dia 25, seguinte, que estabelece, *verbis*:

*Art. 9º Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

Verifica-se, de plano, que o inciso II, do § 1º, do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, determina a aplicação da multa isolada nos casos em que o imposto houver sido pago com atraso sem a multa de mora; na previsão do artigo 9º da Lei nº 10.426, as multas dos incisos I ou II do art. 44 devem ser exigidas da fonte pagadora no caso de falta de retenção ou recolhimento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

Como argumento, a recorrente traz à colação os termos da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 16, de 2001, *verbis*:

*7. Os arts. 7º a 9º ajustam as penalidades aplicáveis a diversas hipóteses de descumprimento de obrigações acessórias relativas a tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal, reduzindo-as ou, no caso do art. 9º, instituinto nova hipótese de incidência, preenchendo lacuna da legislação em vigor.*

Reforça, que a Secretaria da Receita Federal tinha consciência de que havia a lacuna legal que editou o Parecer Normativo nº 1, de 24 de setembro de 2002, cuja orientação, ao tema é a seguinte:

*15. Verificada, antes do prazo para entrega da declaração de ajuste anual, no caso de pessoa física, ou, 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, a não-retenção ou recolhimento do imposto, ou recolhimento do imposto após o prazo sem o acréscimo devido, fica a fonte pagadora, conforme o caso, sujeita ao pagamento do imposto, dos juros de mora e da multa de ofício estabelecida nos incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (art. 957 do RIR/1999), conforme previsto no art. 9º da Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, *verbis*: (omissis)*

A autoridade julgadora de primeira Instância considerou que “o parecer não tratou do aspecto intertemporal, manifestou-se a Cosit sobre tema de responsabilidade tributária à luz da legislação então vigente quando a dúvida da Receita Federal foi suscitada.” E que “é bem verdade que ela tratou das penalidade aplicáveis à fonte pagadora, na hipótese de não-retenção do imposto, (...) contudo, o fez como questão incidental, isto é, tratou o parecer da questão principal que foi o da responsabilidade tributária, manifestando-se quanto às penalidades, tão-somente, à luz da legislação vigente na data em que foi apresentada a questão.”

Como visto, quando da edição do parecer, publicado em 25.9.2002, já vigia a Lei nº 10.426, de abril de 2002.

Da confrontação dos argumentos e das normas legais é de verificar que, efetivamente, há discrepância entre a lei vigente à época das aplicações financeiras, anos-calendário de 1997, 1998 e 1999, e quando da realização do lançamento. A recorrente não realizou pagamento de tributo ou contribuição após o



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46

Acórdão nº : 106-15.150

vencimento do prazo previsto sem os acréscimos legais. O Auto de Infração trata da exigência de multa pela falta de retenção ou recolhimento do imposto sobre aplicação financeira que afirma ter sido recolhido pelos aplicadores, reitere-se.

Entendo razão a recorrente. De fato, é de se reconhecer a ausência de norma legal capaz de fundamentar a aplicação de multa de ofício ao contribuinte responsável que deixasse de reter o imposto de renda ou contribuições como antecipação da declaração ou nos casos em que ao beneficiário oferecer a tributação. A exposição de motivos da MP e o Parecer Normativo nº 01, de 2002, só ratificam o entendimento.

A este assunto, aliás, o Acórdão nº 104-19.958, de 12 de maio de 2004, decidiu-se que "É de se concluir, portanto, que somente após a vigência da retromencionada Medida Provisória seria aplicável a multa isolada pela não retenção do imposto pela fonte pagadora, o que não é o caso, eis que o lançamento reporta-se a fatos ocorridos em 1997".

Na ementa do referido julgado resumiu-se que "A aplicação das multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, nos casos de não retenção de imposto de renda na fonte pela fonte pagadora, só se aplica a fatos ocorridos após a vigência da Medida Provisória nº 16, de 27 de dezembro de 2001 que, expressamente, estendeu a aplicação da penalidade a esse caso.

Assim sendo, no controle da legalidade do lançamento, é de afastar-se a exigência relativa à multa isolada, pelo que descabível a análise de sua qualificação.

**Quanto aos juros moratórios isolados**, segundo o Auto de Infração, trata-se de Falta de Recolhimento dos Juros de Mora (IRRF). Imposto de Renda na Fonte recolhido após o vencimento do prazo legal, sem o recolhimento dos respectivos juros de mora, referentes aos meses de janeiro de 1997 a dezembro de 1999.

Como visto, da decisão relativa à multa isolada verificou-se que não houve recolhimento de imposto depois de vencido o prazo pela pessoa jurídica



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015833/2001-46  
Acórdão nº : 106-15.150

autuada. A própria fiscalização deixa registrado que os beneficiários dos rendimentos decorrentes das aplicações recolheram o imposto devido. Há que se considerar, também, neste caso, que os fatos do lançamento não correspondem com a verdadeira situação do contribuinte.

Em face do exposto, voto por DAR provimento ao recurso, deixando de examinar as razões de mérito.

Sala das Sessões - DF, em 07 de dezembro de 2005.

  
JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA