



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10768.015837/2001-24
Recurso nº. : 145.477 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Matéria : IRF - Ano(s): 1997
Embargante : CONSELHEIRO JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
Embargada : SEXTA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE
CONTRIBUINTES
Interessado : BOZANO SIMONSEN S/A – DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E
VALORES MOBILIÁRIOS
Sessão de : 22 DE MARÇO DE 2006
Acórdão nº. : 106-15.416

NORMAS REGIMENTAIS - Cabem embargos de declaração quando no acórdão for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara, podendo ser interpostos por Conselheiro da Câmara julgadora.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. FALTA DE RETENÇÃO. EXIGÊNCIA DE JUROS ISOLADOS. IMPOSSIBILIDADE – Para que os juros de mora sejam passíveis de ser exigidos isoladamente há que restar confirmada a responsabilidade da fonte pagadora do rendimento pela retenção e recolhimento do principal.

Embargos acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes Embargos de Declaração interposto pelo Conselheiro JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER os Embargos de Declaração para RERRATIFICAR o Acórdão nº 106-15.149, de 07 de dezembro de 2005, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE E RELATOR

FORMALIZADO EM: 04 ABR 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 : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

Recurso nº : 145.477
Embargante : CONSELHEIRO JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
Interessada : BOZANO SIMONSEN S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS

RELATÓRIO

O Conselheiro José Ribamar Barros Penha, relator do Acórdão nº 106-15.149, de 07 de dezembro de 2005, que deu provimento ao Recurso Voluntário da interessada, ao assinar o Acórdão considerou oportuna a oposição de Embargos de Declaração, com base no art. 27 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, por omissão quanto a apreciação da exigência juros de mora isolados, conforme os termos do Despacho nº 106-010/2006, fls. 2546-2547, que lido em sessão de fevereiro foi acatado pela Câmara.

Registra que "decidido pelo afastamento da multa isolada por ausência de previsão legal, foi dado provimento ao recurso do contribuinte também quanto aos juros de mora isolados, entendendo-se os fatos não corresponderem à verdadeira situação da contribuinte. Sem dúvida, esta é matéria de mérito cuja apreciação não mereceu o devido enfrentamento do litígio.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

VOTO

Conselheiro JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA, Relator.

Conforme relatado, o Conselheiro-relator do voto condutor do Acórdão nº 106-15.149, de 07.12.2005, opôs embargos de declaração em face de omissão no enfrentamento de matéria de mérito relativa à exigência dos juros moratórios isolados. Ao assunto, há que se complementar o voto, como segue.

Dos juros isolados, inclusive a sua apuração pela taxa Selic.

De acordo com o art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996, poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente a juros de mora, isoladamente, isto é, sem o principal, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, segundo o § 3º do art. 61, da mesma lei.

A infração relativa a juros isolados encontra-se descrita 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, ... (fl. 1894)". No Termo de Verificação Fiscal, que integra o Auto de Infração, no item 7 - dos Procedimentos - informa-se que somente a multa agravada de 150% e juros de mora de um por cento foram lançados no Auto de Infração, uma vez que foi suposto que houve apenas uma postergação do pagamento do imposto, pagamento este que foi feito quando os clientes ofereceram à tributação os ganhos auferidos com a aplicação financeira por ocasião do levantamento dos respectivos balancetes mensais de suspensão / devolução.

Afirma-se, ainda, que a suposição foi necessária devido a extrema dificuldade que seria levantar a situação particular de cada cliente do Bozano, Simonsen S/A DTVM que aplicou no produto EASY, dado o grande número de clientes, e que pelo mesmo motivo, considerou-se os juros de mora de apenas um



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

por cento, uma vez que foi suposto que o pagamento se deu no mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador (fl. 1891).

De acordo com o comando legal mencionado, os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, incidirão juros de mora.

No caso presente, a ora recorrente não recolheu em mora débitos havido com a União. O lançamento é realizado **por suposição que cada cliente aplicador recolheu o imposto que deveria ter sido retido na fonte sobre rendimentos em operações financeiras no mês seguinte**. Como afirma o Auditor-Fiscal a suposição foi necessária em face da extrema dificuldade de levantar a situação de cada investidor.

Conforme previsto no art. 112, inciso II, do Código Tributário Nacional, a lei tributária que define infrações interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos. Afeito ao princípio, no direito tributário é cabível as presunções quando decorrentes de lei.

Superando-se os aspectos de ordem formal, a exigência dos juros isolados dependeria de estar o banco responsável em reter na fonte o imposto sobre os ganhos obtidos na aplicação financeira, que haveria de caracterizar-se como de renda fixa. A este aspecto conceitual, o art. 65 da Lei nº 8.981, de 1981, que fundamenta o lançamento, não se presta, posto que apenas determina ser tributado o rendimento produzido por aplicação de renda fixa.

Em termos de legislação tributária, em sentido amplo, a Instrução Normativa SRF nº 134, de 30.12.1985, define Renda Fixa como "o rendimento pré ou pós-fixado (ou misto) correspondente a título, obrigação ou aplicação com data estabelecida para liquidação".



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

A fiscalização encontra na doutrina os conceitos de mercados de renda fixa e renda variável, conforme transcrito no Auto de Infração. O primeiro, "se caracteriza pelo conhecimento do ganho futuro em termos nominais (taxa pré ou pós-fixada), enquanto, no mercado de renda variável, o ganho somente será conhecido na data do papel."

Ou, "Títulos de renda fixa prometem ou um fluxo fixo de renda ou um fluxo de renda que é determinado de acordo com uma fórmula específica. Por exemplo, uma obrigação corporativa tipicamente prometeria ao obrigacionista que ele irá receber uma quantia fixa de juros a cada ano. Outras obrigações de taxas flutuantes prometem pagamentos que dependem das taxas atuais de juros. Por exemplo, uma obrigação pode pagar uma taxa de juros que é fixa a três pontos percentuais acima da taxa paga pelas letras do tesouro do EUA."

Ou ainda, "Ao fazer um investimento em renda fixa – que no Brasil tem como ponto de referência o CDI -, você está comprando um título de dívida. Trata-se de um contrato por meio do qual você empresta dinheiro ao emissor do papel, que, em troca, lhe paga quantias fixas em intervalos regulares, que são o pagamento de juros, até uma data específica, a data de vencimento do papel, quando então é feito um pagamento final, o resgate do título. Ao comprar um título de renda fixa, você está comprando um fluxo de caixa fixo expresso em moeda nominal. Esse fluxo de caixa é um fluxo de pagamentos que o emissor do papel faz para o investidor e suas condições estão estabelecidas no título."

No caso concreto, diante dos conceitos doutrinários e não da definição estabelecida na Instrução Normativa, a fiscalização considera que "o produto EASY simula uma aplicação de renda variável, mas é, na verdade, uma aplicação de renda fixa" e que houve a prática de simulação pelo contribuinte, motivo, inclusive, da qualificação da multa de ofício.

Ainda sobre a parte conceitual das aplicações, na página do Banco do Brasil, na Internet, os esclarecimentos seguintes.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

Títulos de Renda Fixa são aqueles que pagam, em períodos definidos, uma certa remuneração, que pode ser determinada no momento da aplicação ou no momento do resgate (no final da aplicação). O modo mais fácil de entender o que é um título de renda fixa é imaginar cada título como um empréstimo. Cada vez que você compra um título de renda fixa você está basicamente emprestando dinheiro ao emissor do título (que pode ser o seu banco, uma empresa ou o governo). Os juros cobrados nada mais são do que a remuneração que você recebe por emprestar seu dinheiro.

...

Títulos Pré-fixados são aqueles cuja remuneração é determinada no momento da aplicação. Você sabe o que significa quando o gerente do seu banco lhe oferece um CDB pré-fixado de 360 dias rendendo 18%. Isto significa que você já sabe o quanto receberá dentro de um ano - o valor investido mais juros pelo período (360 dias) em que o dinheiro foi investido. A mais conhecida forma de investimento pré-fixada no Brasil é a caderneta de poupança.

Títulos Pós Fixados funcionam de forma diferente. Quando você investe em um pós-fixado, você saberá o quanto irá receber somente no final da aplicação. Isso ocorre porque o rendimento é determinado pela variação de um certo índice mais uma taxa de juros determinada no início.

Alguns títulos do governo federal que rendem a variação da inflação pelo IGP-M mais uma taxa de juros pré-determinada (digamos 6%) são um bom exemplo. Se a inflação for 7%, a taxa bruta (excluindo impostos) será de 13%, se for 9%, a taxa bruta será 15%. Portanto, um investimento pós-fixado é o mais adequado para quem espera um aumento da inflação ou da taxa de juros.

Com base na definição da Instrução Normativa nº 134/85, a recorrente considera que para ser de renda fixa a aplicação haveria de comportar, cumulativamente, (i) a predeterminação dos rendimentos a serem auferidos e (ii) a existência de data preestabelecida para liquidação características estas não apresentadas pela aplicação EASY.

A autoridade julgadora de primeira instância não teve segurança para afirmar que o produto EASY era ou não de renda fixa. Assim, dizendo "não se acharem ainda reunidos todos os elementos de que necessita o julgador para formar convicção acerca das matérias descritas nos autos", determinou a conversão do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

julgamento em diligência para "estender as diligências feitas junto à Cotel Empreendimentos Imobiliários e à Editora 'O Dia' S. A., no mesmo teor dos Termos de Intimação de fls. 1155 e 1342, a outros clientes, escolhidos aleatoriamente, e em número representativo, que permita reunir todos os elementos necessários para formar convicção sobre a matéria;" (fl. 2058)

Verifica-se que mediante o Termo de Intimação de fl. 1155 endereçado à empresa Editora 'O Dia' S. A., fundamentado nos artigos 904, 911, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 1999 - RIR/99, o contribuinte foi instado a apresentar as informações e/ou documentos abaixo relacionados:

- 1. Apresentar todos os documentos referentes à aplicação financeira feita pela empresa acima identificada no produto EASY, oferecido pela Bozano, Simonsen S. A. DTVM no período de janeiro a julho de 1997;*
- 2. Demonstrar a contabilização das operações de aplicação e resgate listadas na planilha em anexo, através de cópia do Livro Diário e cópia do Razão das contas envolvidas. Fornecer, ainda, cópia do plano de contas.*
- 3. Demonstrar a apuração do imposto de renda relativo à referida aplicação financeira.*

À fl. 1342, o Termo de Intimação, também dirigido à empresa Editora 'O Dia' S. A., pergunta:

- 1. O produto EASY foi oferecido pela Bozano, Simonsen S. A. DTVM à empresa acima identificada como uma aplicação financeira de renda fixa?*
- 2. Caso a resposta ao item 1 seja negativa, justificar o não recolhimento das antecipações do IRPJ relativo aos rendimentos obtidos com a referida aplicação financeira.*

O Termo de Intimação à Cotel Empreendimentos Imobiliários encontra-se à fl. 1044, apresenta idêntico teor da intimação feita à fl. 1155.

Os termos de intimação lavrados em cumprimento à Resolução DRJ, Anexo I, volume 1, os dois primeiros às empresas Vopar Empreendimentos e Participações Ltda. (fl. 4) e Hemisfério Holding Ltda. (fl. 14), com a denominação



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

"Termo de Início de Ação Fiscal", com fundamento no art. 1º, inciso I, da Lei nº 4.729, e em de artigos do RIR99, apresentam o seguinte contexto:

Trata-se de diligência para obter informações acerca de aplicação no produto EASY disponibilizado pelo (a) Bozano, Simonsen S. A. DTVM ao contribuinte acima identificado.

Para efeito de apuração do imposto de renda, que por hipótese deveria ter sido retido na fonte pelo Banco Bozano, Simonsen S. A., como representante de ..., por ocasião do auferimento dos rendimentos proporcionados pelo produto EASY, solicitamos que seja informada a rentabilidade que ficou acordada com aquela instituição financeira para o citado produto.

A resposta a esta indagação deve ser dada em termos de percentual da variação do CDI do período de aplicação.

Anexar à resposta cópia de ao menos uma nota de negociação do produto EASY.

Da comparação dos dois textos, verifica-se que o procedimento adotado pela fiscalização para cumprir a diligência não se fez nos exatos moldes em que a Resolução determinou. Na diligência original foi delimitado que o seu objetivo era verificar os efeitos fiscais das aplicações financeiras efetuadas no produto EASY oferecido pela Bozano, Simonsem S. A. DTVM, perguntando-se, se o mesmo foi oferecido como aplicação financeira de renda fixa e alguma garantia de rentabilidade.

Já em atendimento à DRJ, delimitou-se que a diligência era para obter informações acerca de aplicação no produto EASY disponibilizado pela Bozano, Simonsem S. A. DTVM, para efeito de apuração do imposto de renda, que por hipótese deveria ter sido retido na fonte por aquela empresa por ocasião do auferimento dos rendimentos proporcionados pelo produto EASY, solicitando-se, ainda, sobre a rentabilidade que ficou acordada com aquela instituição financeira para o citado produto e requerido que a "resposta a esta indagação deve ser dada em termos de percentual da variação do CDI do período de aplicação."

Realizada a diligência, informa-se no "Termo de Diligência Fiscal" (fls. 2215-2219) que "diante da impossibilidade matemática de se fixar uma amostra



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

confiável daquele universo de clientes, optou-se, em princípio, por estender a diligência a todos eles." No ponto seguinte, a autoridade fiscal informa ter desistido da opção de estender a diligência a todos os clientes, pelo que excluiu todos aqueles em situação cadastral "suspensa", "inapta" ou "cancelada", além daqueles que efetuaram até quatro aplicações, informando-se que o "objetivo desse critério foi selecionar os clientes para quem o produto EASY teve maior importância em termos de estratégia de aplicação de recursos financeiros." Restaram a ser diligenciados 187 de um total de 340 clientes.

Segundo consta do Termo de Diligência Fiscal, "apenas como sugestão e com o intuito de facilitar o trabalho fiscal - que obviamente será desenvolvido pela DRJ/RJO I - de interpretação dos dados obtidos, elaborou-se a planilha de fls. 2.212 a 2.214, onde foram tabuladas as respostas dos diligenciados."

Dita planilha, "Relação de Pessoas Jurídicas Diligenciadas", na coluna denominada "Resposta" encontram-se anotadas as seguintes expressões: resposta não elucidativa, 55; renda fixa, 49; renda variável, 49; não sabe, 13; não respondeu, 12; mudou-se, 9. Nesta relação as empresas Vopar Empreendimentos respondeu "não sabe" e a Hemisfério Holding Ltda., renda fixa.

Examinando-se a correspondência da empresa Vopar, fl. 5, anexo I, vol. 1, a resposta, da qual se extrai:

Com referência aos termos acima, venho, na qualidade de responsável pela liquidação da VOPAR..., apresentar os seguintes esclarecimentos:

...

3 - No tocante às aplicações efetuadas junto ao Banco Bozano Simonsen S. A., tenho a informar que, no período compreendido entre o último trimestre de 1994 e o final de 1997, a VOPAR manteve conta corrente de depósitos junto àquela instituição financeira, em sua agência em São Paulo - SP, que nos ofereceu a facilidade de, automaticamente, ao final de cada dia útil, após o registro de toda a movimentação, aplicar o saldo remanescente em conta nos produtos financeiros por ela disponibilizados.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

4 - Não tenho registros da remuneração ajustada à época, que me permitam informar se se tratava de percentual da variação do CDI, mas apenas que o produto visava rentabilizar curtos períodos as disponibilidades de caixa.

A resposta da Holding (fl. 15) encontra-se nos seguintes termos:

1. Os rendimentos recebidos em 1997 a 1999, em razão das aplicações realizadas no produto "WAVE" e "EASY" disponibilizados pelo Banco Bozano Simonsen S. A., foram tacitamente (verbalmente) ajustados entre 90% e 92% da variação do CDI do período correspondente a aplicação e resgate.

2. Os rendimentos auferidos foram totalmente tributados pelo Lucro Presumido no período de 1997 e pelo Lucro Real Anual, regime de competência nos anos de 1998 e 1999.

A ora recorrente, intimada, contesta os critérios como a diligência foi realizada por ter abrangido somente parte dos clientes aplicadores e a forma como a intimação foi realizada o que teria levado o contribuinte diligenciado a supor estar sob fiscalização, ao tempo que indica a existência de erros no resultado da diligência conforme o Termo de Diligência em confronto com as respostas dadas pelos diligenciados.

Diante dos elementos supra, de ver que, de fato, com vistas à definição da aplicação como renda fixa ou variável a diligência não atingiu o objetivo. Não há como se concluir que a aplicação era de renda fixa fundado nas respostas de 49 aplicadores, quando idêntico número de aplicadores responderam tratar-se de renda variável, e mais, ainda, 55 ter suas respostas não elucidativas. Ou seja de um total de 340 clientes, investigados 187, somente 49 informa como sendo a aplicação de renda fixa.

Não encontra amparo legal o procedimento fiscal que privilegia o Fisco diante das respostas duvidosas (não elucidativas) ou que deixaram de ser prestadas pelo intimado por não localizado ou por não saber responder. Nestes casos, entendo que faltou o prosseguimento da diligência.

Por outro lado, respeita destacar, que embora a diligência tenha sido determinada por "não se acharem ainda reunidos todos os elementos de que



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

necessita o julgador para formar convicção acerca das matérias descritas nos autos", no voto, afirma-se que a diligência "objetivou o convencimento da existência de simulação", tendo como conclusão que "De todo o exposto, entendo 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 em terceiro prejudicado havendo de se aplicar ao caso o disposto no artigo 404, inciso I, do Código de Processo Civil." Referido dispositivo do CPC define que é lícito à parte inocente provar com testemunhas, nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada.

Ou seja, os julgadores acordaram que houve simulação nos contratos firmados entre recorrente e os aplicadores, daí deduzindo (supondo) ser de renda fixa a natureza jurídica da aplicação.

Entendo, contudo, que isto não ficou respondido. Tampouco, não posso concordar com a acusação de simulação, eis que a fiscalização não logrou comprovar de forma irrefutável. A esta matéria, o Código Civil, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, vigente ao tempo dos períodos lançados, estabelece, *verbis*:

Art. 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:

I - Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou transmitem.

II - Quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira;

III - Quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Os atos praticados pela autuada não se verificam atingidos pelas situações previstas no artigo 102, posto que não conferiram direitos a pessoas distintas daquelas que realizaram as aplicações; não se pode afirmar categoricamente que os atos praticados contenham declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira posto que a diligência não comprova, em número preponderante, ser a aplicação de renda fixa.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

Ademais, instrumentos particulares não foram antedatados ou pós-datados, sendo certo que os atos praticados se revestiram das formalidades legais previstas e atingiram seus objetivos, além de não haver nos autos, qualquer comprovação de razão existencial, legal ou objetiva que vedasse os atos praticados pela sucedida da contribuinte nas operações do produto financeiro EASY.

Ao tema simulação, os precedentes do Primeiro Conselho de Contribuintes, por ementa:

ATO SIMULADO - O ato simulado deve ser comprovado de forma irrefutável pela fiscalização, caso contrário, o lançamento fiscal por ser estritamente vinculado à lei, não deve prosperar (Ac. 101-90.493).

IRPJ e CSL ATO SIMULADO. CARACTERIZAÇÃO. QUANTIFICAÇÃO - Para que fique caracterizada a ocorrência da prática de simulação perpetrada pela contribuinte é preciso determinar a motivação e a consequência do ato simulado com a identificação da vantagem auferida. (Ac. 108-07.316)

Há de se concluir, diante do exposto, que restou incomprovada a prática de simulação nos atos praticados pela recorrente em face da aplicação denominada EASY. Desta conclusão, o julgamento retorna a estaca zero quanto à caracterização de ser o produto EASY de renda fixa ou variável.

Os julgadores, para a manutenção do lançamento, também justificam que as operações realizadas seriam de natureza conjugada o que as levariam à equiparação de operações de renda fixa para fins tributários, conforme determina o artigo 2º, da Instrução Normativa nº 72 de 1997. A redação do dispositivo é a seguinte, *verbis*:

Art. 2º São também tributados como de aplicações financeiras de renda fixa os rendimentos auferidos:

I - nas operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, tais como as realizadas:

a) nos mercados de opções de compra e de venda em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros (box);

b) no mercado a termo nas bolsas de que trata a alínea anterior, em operações de venda coberta e sem ajustes diários;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

c) no mercado de balcão;

A respeito, a recorrente esclareceu que "não existe operação conjugada só de compra ou só de venda e nem de compra e venda ocorrida em datas distintas, pois se assim for, conjugada não será, mas outra coisa qualquer, já que conjugar pressupõe a existência de dois ou mais objetos que possam ser reunidos, ligados ou combinados (...). Dá como exemplo de operação conjugada aquela no qual o investidor compra determinado ativo à vista em uma data determinada por um preço qualquer e, na mesma ocasião, vende a termo ou a futuro o mesmo ativo por outra quantia e com outra data de liquidação, de sorte que ao efetivar as referidas operações conjugadas já é possível determinar de antemão o rendimento que será auferido na liquidação do contrato.

Conclui que "como as operações em causa não eram conjugadas, uma vez que se tratava de opções negociadas em determinado dia e vendidas em outro, sem que existisse predeterminação quer quanto à data de vencimento, quer quanto ao rendimento a ser auferido, resulta mais que evidente a autêntica impossibilidade de se pretender equipará-las, para fins tributários, às operações de renda fixa, como pretende o r. acórdão recorrido."

Contudo, no particular, a recorrente afirma que o acórdão inovou o critério jurídico do lançamento na medida que a acusação não se referiu a operações conjugadas para caracterizar de renda fixa a aplicação. De fato, em nenhum trecho do Auto de Infração, inclusive do Termo de Verificação Fiscal, existe menção de que as operações EASY seriam conjugadas ao fundamento da IN SRF nº 72, de 1997.

É de concluir que faltam elementos nos autos para firmar entendimento de que as aplicações EASY continham as características de operações conjugadas definidas pela Instrução Normativa nº 72, de 1997.

Em síntese, em face das dúvidas quanto à caracterização da aplicação como sendo de renda fixa ou variável, os julgadores de primeira instância



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10768.015837/2001-24
Acórdão nº : 106-15.416

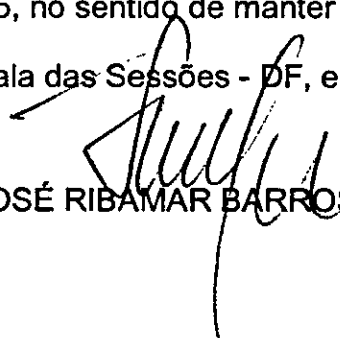
determinaram a realização de diligência em que entre outras perguntas aos diligenciados, quis-se saber a natureza jurídica da aplicação (renda fixa ou variável) e se os rendimentos eram previamente estabelecidos inclusive por vinculado a percentual de CDI. As respostas aos dois pontos cruciais ao julgamento não foram conclusivas. Menos de vinte por cento chegaram a afirmar tratar-se de renda fixa ou que os rendimentos estavam vinculado ao CDI. Outros responderam tratar-se de aplicações de renda variável.

Conclui-se, assim, que a natureza jurídica da aplicação, isto é, se a aplicação era de renda fixa ou de renda variável não restou comprovada. A diligência determinada para auxiliar na convicção do julgador de primeira instância, sobre este aspecto, em nada resolveu. O julgamento fundado na existência de simulação não procede.

Por outro lado, a própria materialidade quanto a ter existido débito tributário contra a sucedida é duvidosa diante da suposição levantada pela autoridade autuante e a determinada confiança de que os aplicadores recolheram o imposto de renda logo no mês seguinte.

Do exposto, pertinente a aplicação das disposições do art. 112, incisos I e II, do Código Tributário Nacional, pelo que voto por ACOLHER os Embargos de Declaração para rerratificar o Acórdão nº 106-15.149, de 07 de dezembro de 2005, no sentido de manter o provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 22 de março de 2006.


JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA