



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

Processo nº 10803.000030/2011-95
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2802-003.064 – 2ª Turma Especial
Sessão de 13 de agosto de 2014
Matéria IRPF
Embargante MARCOS ROBERTO DEPERON ECCELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS EM PARTE.
OMISSÃO. DECADÊNCIA. RETENÇÃO DE IR NA FONTE.
OPERAÇÕES DE RENDA VARIÁVEL.

A retenção de imposto de renda na fonte incidente sobre ganhos líquidos em operações de renda variável, regrada pelos § 1º e seguintes do art. 2º da Lei nº 11.033/2004, reveste-se do caráter de antecipação do pagamento, de modo a atrair a incidência do art. 150, § 4º do CTN, à luz do precedente firmado pela 1ª Seção do STJ no REsp nº 973.733, sob o rito dos recursos repetitivos - art. 543-C do CPC.

Embargos Acolhidos em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, ACOLHER EM PARTE os embargos de declaração, nos termos do voto do relator, conferindo-lhe efeitos modificativos para fins de alterar a redação do dispositivo do acórdão embargado, para que assim conste: "Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para fins de declarar a decadência do lançamento, no que se refere ao crédito constituído sobre os fatos geradores acontecidos em janeiro de 2006, R\$ 3.076,13 e respectivos acréscimos legais, e para desconstituir a imposição de multa qualificada na razão de 150%, aplicada na omissão de ganhos líquidos no mercado de renda variável obtido sem operações na bolsa de valores, conduzindo-a ao patamar ordinário de 75%".

(Assinado digitalmente)

Jorge Cláudio Duarte Cardoso, Presidente.

(Assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson, Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Jorge Cláudio Duarte Cardoso (Presidente da Turma), Jaci de Assis Júnior, German Alejandro San Martín Fernández, Ronnie Soares Anderson, Julianna Bandeira Toscano e Carlos André Ribas de Mello.

Relatório

Tratam-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 2802-002.763 desta 2ª Turma Especial da 2ª Seção de Julgamento, assim ementado:

NULIDADE DO LANÇAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS.

Conclui-se pela validade do lançamento quando este é efetuado com observância das normas aplicáveis e não se observa no procedimento a ocorrência de vícios de ordem processual ou material que ensejem sua nulidade.

PRESSUPOSTOS PREVISTOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DIREITO DE MANIFESTAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

Concedido ao sujeito passivo o mais amplo direito de manifestação, pela oportunidade de apresentar argumentos, alegações e documentos no sentido de tentar elidir as infrações apuradas pela fiscalização, não há que se falar em preterição do direito de defesa.

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

O julgador não é obrigado a rebater todos os argumentos apresentados pelo recorrente, desde que sua decisão esteja devidamente fundamentada.

Conclui-se pela correção da decisão de primeira instância, haja vista que esta examinou o lançamento em seu aspecto formal e material, à luz das disposições expressas na legislação que regulamenta o processo administrativo fiscal.

MULTA QUALIFICADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº 25.

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ.

A alegação de ausência de má-fé do contribuinte é irrelevante em matéria tributária, vez que a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe da intenção do agente. Artigo 136 do Código Tributário Nacional.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

Os órgãos julgadores administrativos não estão obrigados a examinar as teses, em todas as extensões possíveis, apresentadas pelas recorrentes, sendo necessário apenas que as decisões estejam suficientemente motivadas e fundamentadas.

Recurso provido em parte.

O contribuinte opôs embargos em 10/6/2014, manifestando inconformidade relativamente ao acórdão, por entender nele existirem as seguintes omissões, obscuridades e contradições:

1. Citação de ementa de Embargos de Declaração sem a respectiva identificação (órgão julgador e número de identificação do recurso);

2. Contradição com a contagem do prazo decadencial estabelecida nos Embargos de Declaração citados;

3. Falta de pronunciamento sobre os argumentos a respeito da decadência de constituir o crédito tributário referente ao fato gerador ocorrido em 31/1/2006; e

4. Contradição relativa à manutenção de multa qualificada, ao mantê-la relativamente às glosas de despesas médicas e com instrução, mas exonerá-las com relação aos ganhos com operações na bolsa de valores.

De acordo com o Despacho de lavra do Presidente desta 2ª Turma Especial da 2ª Câmara da 2ª Seção do CARF (fl. 543), referidos embargos foram admitidos para apreciação por este Colegiado exclusivamente na parte relativa à decadência. Não admitidos os embargos, por outro lado, quanto a alegação de referência incompleta a decisão judicial, e no que diz respeito à aventada contradição relativa à multa qualificada, nos termos do referido Despacho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronnie Soares Anderson, Relator

Os embargos declaratórios são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, deles conheço.

Cumpre inicialmente referir que a decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário é matéria que foi objeto de apreciação por parte da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no REsp nº 973.733/SC. Julgado em 12/8/2009, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do Código de Processo Civil), o respectivo acórdão traz a seguinte ementa, parcialmente transcrita:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO

POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE. PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: Resp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

(...)

Segundo as palavras extraídas do voto do relator, Ministro Luiz Fux:

Assim é que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.(grifos do original)

No que tange aos casos em que há o referido pagamento antecipado, ainda que em montante menor que o devido, a fundamentação do acórdão supra reporta-se aos precedentes nos quais ele se assenta, citando-se naquele, por exemplo, o REsp nº 766.050/PR (Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28/11/2007, DJe 25/2/2008):

Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e

Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170) (grifei)

Bem esclarecidas as teses jurídicas de observância obrigatória para este Colegiado, por força do art. 62-A do Regimento Interno do CARF (RICARF - Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com as alterações da Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010), cabe passar à análise do caso concreto.

A matéria embargada, no que admitida para deliberação, cinge-se à verificação da ocorrência de decadência do direito da autoridade lançadora de constituir o crédito relativo à omissão de ganhos líquidos no mercado de renda variável auferidos no mês de janeiro de 2006, que resultaram na apuração de imposto a pagar no valor de R\$ 3.076,13.

Em apertada síntese, o contribuinte aduz que, em razão da retenção de imposto de renda na fonte no valor de R\$ 1,38 sobre as operações de venda, consoante comprovam as notas de corretagem pertinentes aos pregões de 30 e 31/1/2006 (cópias à fl. 420) o fisco já “tinha conhecimento, antes do quinquênio anterior à data de ciência do auto, de que houve ganho tributável” – registre-se, por oportuno, que a referida ciência deu-se no dia 29/03/2011. Convém anotar, também, que a qualificação da multa levada a efeito quando da autuação quedou exonerada, no tocante às operações em foco, por força da decisão ora recorrida.

A Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, que alterou a tributação do mercado financeiro e de capitais, assim dispôs sobre a tributação das operações realizadas no mercado de renda variável, no que tange aos aspectos ora litigiosos:

Art. 2º O disposto no art. 1º desta Lei não se aplica aos ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros, e assemelhadas, inclusive day trade, que permanecem sujeitos à legislação vigente e serão tributados às seguintes alíquotas:

I - 20% (vinte por cento), no caso de operação day trade;

II - 15% (quinze por cento), nas demais hipóteses.

§ 1º As operações a que se refere o caput deste artigo, exceto day trade, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 0,005% (cinco milésimos por cento) sobre os seguintes valores:

(...)

IV - nos mercados à vista, o valor da alienação, nas operações com ações, ouro ativo financeiro e outros valores mobiliários neles negociados.

(...)

§ 4º Fica dispensada a retenção do imposto de que trata o § 1º deste artigo cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 1,00 (um real).

§ 5º Ocorrendo mais de uma operação no mesmo mês, realizada por uma mesma pessoa, física ou jurídica, deverá ser efetuada a soma dos valores de imposto incidente sobre todas as operações realizadas no mês, para efeito de cálculo do limite de retenção previsto no § 4º deste artigo.

§ 6º Fica responsável pela retenção do imposto de que tratam o § 1º e o inciso II do § 2º deste artigo a instituição intermediadora que receber diretamente a ordem do cliente, a

bolsa que registrou as operações ou entidade responsável pela liquidação e compensação das operações, na forma regulamentada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 7º O valor do imposto retido na fonte a que se refere o § 1º deste artigo poderá ser:

I - deduzido do imposto sobre ganhos líquidos apurados no mês;

II - compensado com o imposto incidente sobre ganhos líquidos apurados nos meses subsequentes;

III - compensado na declaração de ajuste se, após a dedução de que tratam os incisos I e II deste parágrafo, houver saldo de imposto retido;

IV - compensado com o imposto devido sobre o ganho de capital na alienação de ações.

§ 8º O imposto de renda retido na forma do § 1º deste artigo deverá ser recolhido ao Tesouro Nacional até o 3º (terceiro) dia útil da semana subsequente à data da retenção.

Os ganhos líquidos em mercado de renda variável têm a natureza de rendimentos não sujeitos ao ajuste anual da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física (DIRPF), sendo a data de ocorrência do fato gerador variável ao longo do ano-calendário. Na espécie, o contribuinte realizou alienação de ações em 30 e 31 de janeiro de 2006, o que consubstanciou fato gerador do imposto em 31/1/2006.

Por incidência da hipótese prevista no acima reproduzido § 1º do art. 2º da Lei nº 11.033/04, as mesmas operações desvelaram fato gerador do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) no valor de R\$ 1,38, nas respectivas datas das alienações.

Como cediço, a retenção do imposto de renda na fonte é técnica de arrecadação pela qual se transfere a terceiro vinculado ao fato gerador da obrigação tributária a responsabilidade de arrecadar, antecipadamente, o referido tributo em nome do contribuinte. No caso, a lei discrimina os responsáveis tributários: *a instituição intermediadora que receber diretamente a ordem do cliente, a bolsa que registrou as operações ou entidade responsável pela liquidação e compensação das operações.*

Não obstante a retenção ter sido efetuada por terceiro, ela se traduz para fins legais em pagamento realizado pelo próprio sujeito passivo, tanto que a ele aproveita, podendo ser deduzido do imposto sobre os ganhos líquidos apurados no mês, ou até mesmo compensado na declaração de ajuste, consoante as diversas situações enumeradas nos incisos I a IV do § 7º da Lei nº 11.033/04.

No lançamento vergastado, tem-se inclusive que a retenção na fonte de R\$ 1,38 foi devidamente compensada pela autoridade lançadora com o imposto devido sobre as operações em bolsa realizadas em janeiro de 2006, R\$ 3.077,51, perfazendo imposto a pagar no montante de R\$ 3.076,13 (fl. 378).

Vale anotar que se o responsável legal proceder a retenção e não recolher aos cofres públicos, caracterizar-se-á não a falta de adimplemento do tributo pelo sujeito passivo da obrigação tributária, mas sim a apropriação indébita por parte do dito responsável.

Por conseguinte, tem-se que nos casos em que se verifica a retenção do imposto de renda na fonte também ocorre o pagamento antecipado do tributo sujeito à sistemática de lançamento por homologação, traduzindo-se, à míngua da existência de dolo,

fraude ou simulação, em hipótese de decadência nos termos preconizados pelo art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, interpretado sob o lume do precedente estabelecido no mencionado julgamento do REsp nº 973.733/SC.

Conclui-se, desse modo, que no dia em que o contribuinte tomou ciência do auto de infração, 29/3/2011, já haviam se passado mais de cinco anos desde 31/1/2006, data em que se perfectibilizou o fato gerador do imposto de renda incidente nas operações de renda variável ocorridas em janeiro de 2006, e sobre as quais já havia sido parcialmente antecipado o pagamento do tributo via retenção na fonte. Impõe-se, assim, ser declarada a decadência no que tange ao direito do Fisco de constituir crédito tributário relativamente a tais operações..

Ante o exposto, voto no sentido de ACOLHER EM PARTE os Embargos de Declaração, integrando a decisão recorrida e conferindo-lhe efeitos modificativos para fins de alterar a redação do dispositivo do acórdão embargado, para que assim conste: “Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para fins de declarar a decadência do lançamento, no que se refere ao crédito constituído sobre os fatos geradores acontecidos em janeiro de 2006, R\$ 3.076,13 e respectivos acréscimos legais, e para desconstituir a imposição de multa qualificada na razão de 150%, aplicada na omissão de ganhos líquidos no mercado de renda variável obtido sem operações na bolsa de valores, conduzindo-a ao patamar ordinário de 75%”.

(Assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson