

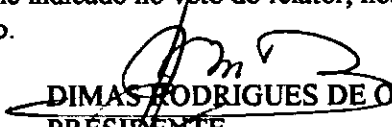
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
RECURSO Nº. : 72.632
MATÉRIA : IRF ANOS DE: 1989 a 1991
RECORRENTE : WALPIRES S/A CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
RECORRIDA : DRF - SÃO PAULO - SP
SESSÃO DE : 18 DE MARÇO DE 1997
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

IR FONTE - RETENÇÃO - RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS - OBRIGAÇÃO DA FONTE PAGADORA - O rendimento real produzido por quaisquer aplicações financeiras de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, fica sujeito à incidência do Imposto de Renda na Fonte. **IR FONTE - RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO** - A fonte pagadora é obrigada a recolher o imposto, ainda que não o tenha retido. **NORMAS GERAIS - ARBITRAMENTO** - A aplicação do arbitramento é medida extrema e só deve ser utilizada como último recurso, por ausência absoluta de outro elemento que tenha mais condições de aproximar-se do valor real. **JUROS DE MORA - TRD** - Os juros serão cobrados à taxa de 1% (um por cento) ao mês ou fração, se a lei não dispuser em contrário (CTN, art. 161, parágrafo primeiro). Disposição em contrário viria a ser estabelecida pela Medida Provisória nº 298, de 29.07.91 (DOU de 30.07.91), a qual viria a ser convertida na Lei nº 8.218, de 29.08.91, publicada no DOU de 30, seguinte, a qual estabeleceu a taxa de juros no mesmo percentual da variação da TRD. Admissível, portanto, a exigência de juros de mora pela mesmas taxas da TRD a partir de 01 de agosto de 1991, vedada sua retroação a 04 de fevereiro de 1991.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por WALPIRES S/A CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso, para excluir da exigência o encargo da TRD relativo ao período de fevereiro a julho de 1991, e para reduzir base de cálculo conforme indicado no voto do relator, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA
PRESIDENTE


MÁRIO ALBERTINO NUNES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 15 MAI 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILFRIDO AUGUSTO MARQUES, ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS, GENÉSIO DESCHAMPS, ROMÉU BUENO DE CAMARGO e ADONIAS DOS REIS SANTIAGO. Ausente momentaneamente, o Conselheiro HENRIQUE ORLANDO MARCONI.

PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657
RECURSO Nº. : 72.632
RECORRENTE : WALPIRES S/A CORRETORA DE CâMBIO, TÍTULOS E
VALORES MOBILIÁRIOS

RELATÓRIO

O processo, supra-identificado, de interesse de WALPIRES S/A CORRETORA DE CâMBIO, TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, já qualificada, retorna, após cumprimento de diligências determinadas por esta 6a. Câmara, conforme Resoluções nº 106-0.591 e 106-0.733.

2. As resoluções resultaram de julgamentos realizados, respectivamente, em 10.09.92 e em 07.06.94, onde foi decidida a conversão do julgamento em diligência, nos termos dos relatórios e votos, então proferidos por este relator, os quais - para melhor conhecimento do assunto e em função da alteração de composição da Câmara - leio em Sessão e adoto como parte integrante deste meu relatório, como se aqui os transcrevesse (ler, inicialmente, fls. 339 a 347).

3. Em cumprimento da primeira resolução desta Câmara, são apresentadas:

a) Informação Fiscal (fls. 399/400), que leio;

b) Manifestação da defesa (fls. 404/409), que, também, leio.

4. Na segunda vez em que o processo foi colocado em pauta, foram proferidos os relatório e voto de fls. 436 a 444, que, outrossim, leio em Sessão.



PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

5. Em cumprimento da nova resolução, o BCN apresenta a "Relação de Operações de Day-Trade com Títulos de Renda Fixa Realizadas pela WALPIRES S/A CCTVM, mencionadas no Processo nº 10880/027.914/91-79", de fls. 450 a 453, indicando "Data das Operações" (entre 12/set./89 e 20/fev./91); valores pelos quais "Clientes compram de outras corretoras" e valores pelos quais "WALPIRES compra dos clientes". Ou seja, a diferença entre um valor e outro representa o *lucro* obtido pelos clientes. Para melhor entendimento de tal relação, exhibo-a aos Senhores Conselheiros.

5A. Sobre a diligência, manifesta-se a Fiscalização (fls. 463/464) e a Recorrente (fls. 474/484) - manifestações que leio em Sessão.

É o Relatório.



4

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

VOTO

CONSELHEIRO MÁRIO ALBERTINO NUNES, RELATOR

O recurso é tempestivo, porquanto interposto no prazo estabelecido no art. 33 do Decreto nº 70.235/72, e a parte está legalmente representada, preenchendo, assim, o requisito de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

2. Como relatado, permanece a discussão, perante esta instância, relativamente a:

a) exigência do I. R. Fonte, por responsabilidade, incidente em operações com títulos mobiliários;

b) exigência de juros de mora calculados pela variação da TRD, em período específico.

3. Consoante o disposto no art. 574 do RIR/80 que, à época, regulava a matéria, "*Compete à fonte pagadora reter o imposto de que trata este Livro [Livro III - Tributação nas Fontes]...*" E a Lei nº 7.799, de 10.07.89, aplicável ao período gerador em questão, assim dispõe:

"Art. 47 - O rendimento real produzido por quaisquer aplicações financeiras de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, fica sujeito à incidência do imposto de renda na fonte..." (grifei)



PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

4. E o art. 48, inciso II, do mesmo diploma legal, estabelece, inclusive, alíquota mais gravosa para *“as operações financeiras iniciadas e encerradas no mesmo dia, (...), aplicáveis sobre o rendimento bruto”* (grifei).
5. Estabelecido que a retenção era devida, pouco importando se a título de antecipação do devido na declaração (mesma Lei, art. 51, I), de compensação opcional na Declaração de Ajuste (idem, inciso II) ou devido exclusivamente na fonte (ibidem, inciso III), configura-se a obrigação prevista no art. 574 do RIR/80, supra mencionado e transcrito.
6. E se a retenção é obrigatória, *“a fonte pagadora fica obrigada ao recolhimento do imposto, ainda que não o tenha retido”*, nos termos do art. 576 do mesmo RIR/80.
7. A defesa se empenhou para que a transação não fosse caracterizada como *day trade* (operações com os mesmos títulos iniciadas e encerradas no mesmo dia), alegando que o Fisco nunca o declarara explicitamente e arguindo a responsabilidade dos cedentes, com aval do custodiante (BCN), configurada pelas diversas declarações - nos Autos - de que os títulos *“foram adquiridos anteriormente a esta data”* [data em que *“WALPIRES compra dos clientes”* - ver fls. 450 e sgs.]. Terá determinado tal estratégia - provavelmente - o fato de que as operações *day trade* pagam imposto maior (alíquota mais elevada).
8. Da mesma maneira, insurge-se a contribuinte contra a base de cálculo considerada no lançamento, obtida por arbitramento - o qual considera confiscatório.



PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

9. Ante tais estratégias de defesa, flui serena a conclusão de que a contribuinte *não contesta a sua responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto*, questionando, todavia, a base de cálculo e a alíquota aplicada.

10. Quanto à caracterização das operações como *day trade*, o resultado das diligências determinadas por este Colegiado, em especial a última, deixou clara tal caracterização, inclusive declarada explícita e expressamente (ver resposta do BCN - fls. 450 e sgs.). Ao manifestar-se sobre os resultados de tal diligência, é a própria defesa que, indignada, pergunta "porque só agora se apresenta o BCN com as informações de fls. ..., quando sempre possuídas?", admitindo o que tais informações evidenciam - que as operações foram *day trade*.

11. Entendo, portanto, estar definido tal aspecto da questão, ou seja, ter ficado provado que as operações foram iniciadas e encerradas no mesmo dia, cabendo a aplicação da alíquota majorada de 40%.

12. Outro aspecto a esclarecer - aliás, bem mais substancial - diz respeito à fixação da base de cálculo. Obviamente, os agentes do Fisco tiveram respaldo legal ao procederem ao arbitramento da forma que o fizeram - eis que tal procedimento é previsto na Lei nº 7.751, de 14.04.89, art. 3º e §§.

13. Por não concordar com tal critério de arbitramento, a defesa chega a pugnar pela decretação da nulidade do lançamento, arguindo que o Fisco poderia ter levantado o rendimento bruto e real, que deveria servir de base de cálculo do lançamento, inclusive pelo exame de sua própria contabilidade, tornando desnecessário o recurso ao arbitramento.



PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

14. Ocorre que a questão da nulidade é disciplinada pelo art. 59 do Decreto nº 70. 235, de 06.03.72, que regula o Processo Administrativo Fiscal. E tal diploma só considera nulos “os atos e termos lavrados por pessoa incompetente”(inciso I) e “os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”(inciso II). E não há, nos Autos, qualquer demonstração da defesa de que tenha havido intervenção de autoridade incompetente, assim como restou evidente, pelo desenrolar do processo, que não ocorreu qualquer cerceamento de defesa - nem tal é alegada pela recorrente.

15. Rejeito, portanto, qualquer manifestação levantada a título - explícito ou não - de preliminar de nulidade do lançamento.

16. Quanto à questão de mérito, relativamente à fixação da base de cálculo, entendo que deva ser reavaliada por este Colegiado.

17. Inicialmente, deve se deixar claro que os agentes do Fisco tem, mais que direito, o dever de recorrer ao arbitramento, sempre que, por motivos os mais diversos, a base de cálculo não seja documentalmente conhecida. Na conformidade da jurisprudência deste Colegiado, “**ARBITRAMENTO NÃO É PENALIDADE - O arbitramento não possui caráter de penalidade; é simples meio de apuração do lucro. (Ac. CSRF/01-0.123/81)**”.

18. Obviamente tal atividade tem que se pautar por observação estrita de critérios objetivos e previamente conhecidos. No caso do Imposto de Renda, a base de cálculo a ser obtida é a que decorrer do fato gerador do Imposto, assim determinado pelo Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 43, como sendo “a aquisição de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos...” . Assim sendo, o critério que venha a ser adotado não poderá fugir da contingência de que o fato



PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

gerador é a *renda* e que a base de cálculo a ser obtida deve se circunscrever à renda real ou potencialmente auferida.

19. Nessa linha de raciocínio, chego a admitir um certo *espírito draconiano* no dispositivo legal invocado pelo Fisco (art. 3º e §§ da Lei nº 7.751, de 14.04.89, ao fixar a base de cálculo em 50% do valor de face ou de cessão, quando é sabido que a *renda* obtida em tais transações, naquela época de economia inflacionária, era por volta de 1% ou 2%. Dir-se-á que o arbitramento só era invocado porque teria sido negada a apresentação de documentos que permitiriam chegar ao valor real. Ocorre que arbitramento não é para ser usado como retaliação. E se há que se punir o contribuinte, para isso a Lei e a Constituição da República prevêem as penalidades, tais como a multa, por exemplo. Nunca o exacerbamento da base de cálculo, o qual, pela via indireta, implica em exacerbação do tributo a níveis que tocam ao confisco, proibido pela norma constitucional.

20. Tal dispositivo, a meu ver, draconiano teve vida curta, pois, menos de 60 (sessenta) dias após, foi editada a Lei nº 7.789, de 10.06.89, que viria a regulamentar os mesmos assuntos (tributação dos rendimentos obtidos em aplicações financeiras de renda fixa) *sem repetir os dispositivos que fixavam os critérios para o arbitramento*. Todavia, ato menor, a Instrução Normativa SRF nº 106, de 19.10.89 - posterior, portanto, a ambos os diplomas legais - viria reproduzir aqueles critérios, ao regulamentar aquelas leis.

21. Ainda que, em tese, se possam levantar dúvidas quanto à eficácia de tal ato normativo, a verdade é que ele não foi revogado, nem declarado ilegal, mantendo, portanto, sua condição de legislação tributária de aplicação coercitiva (CTN, art. 96 c/c art. 100. I).



PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

22. Assim sendo, respalda-se a atitude fiscal de fazer o arbitramento com base em tais critérios, por mais questionáveis que possam ser, em termos éticos.

23. Todavia, o recurso ao arbitramento só deve ser usado como recurso último. Nesse sentido, tem-se pautado a jurisprudência deste Colegiado, como soe ser exemplo o Acórdão, cuja ementa abaixo se transcreve, embora relativo ao IRPJ - o que não descaracteriza sua principal recomendação - qual seja a de que o arbitramento é medida extrema, qualquer que seja o imposto:

"ARBITRAMENTO É MEDIDA EXTREMA (EX. 89) - A aplicação do arbitramento é medida extrema e só deve ser utilizada como último recurso, por ausência absoluta de outro elemento que tenha mais condições de aproximar-se do lucro real. É imprescindível por parte do fisco a abertura formal de prazo para apresentar-se a documentação que o elidiria. A intimação para apresentação da Declaração IRPJ e a sua recusa ou atraso não suportam por si só a utilização da medida extrema, que deve revestir-se de maiores cautelas (Ac. 1º CC 105-5.127/90 - DOU de 17.06.91).

24. É aceitável o argumento de que, à época do lançamento, o Fisco não tivesse elementos para chegar ao lucro real obtido nas transações - o que terá justificado o recurso à medida extrema. Com efeito, apesar da defesa ter alegado, por diversas vezes, que tais informações poderiam ser obtidas na própria escrita da contribuinte, a verdade é que as mesmas só viriam aos Autos, prestadas por terceiro, no caso, o BCN.

25. Havendo meios para identificar o rendimento bruto real, deixa de existir a justificativa para se manter o arbitramento, devendo ser adotada a base de cálculo decorrente de tais valores - agora conhecidos.



PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

26. Entendo, portanto, deva ser reformada a r. decisão recorrida, quanto a este aspecto, para que o lançamento seja revisto, considerando-se como base de cálculo de incidência do imposto o resultado da comparação (positiva) entre os valores das colunas tituladas como "WALPIRES compra dos clientes" e "Clientes comprem de outras empresas" dos quadros de fls. 261 a 264, relativamente aos períodos de apuração de que tratou a autuação neste processo (a autuação, relativamente a períodos de apuração de 1991, foi distribuída neste e em outro processo).

27. Analiso, ainda, a questão relativa à exigência de juros calculados com base na variação da TRD.

28. A exigência de juros, calculados com base na variação da TRD, tem sido objeto de análise por parte deste Colegiado, o qual, em inúmeros julgados, de que é exemplo o Acórdão CSRF nº 01-01.914/95, tem concluído pela improcedência de tal exigência, relativamente ao período anterior a 01 de agosto de 1991, por entenderem que a Medida Provisória nº 298, de 29.07.91 (DOU de 30.07.91), a qual viria a ser convertida na Lei nº 8.218, de 29.08.91, publicada no DOU de 30, seguinte, não poderia retroagir a 04 de fevereiro de 1991, pois feriria o princípio constitucional de irretroatividade da lei tributária, quando prejudicar o contribuinte. Estaria, portanto, o Fisco autorizado a cobrar os juros, calculados pela variação da TRD, apenas a partir de 01.08.91, como explicitado no acórdão referido.

29. Assim sendo, voto no sentido de que:

a) seja recalculada a exigência, observada nova base de cálculo, que deverá atender aos critérios explicitados no item 26, supra (este relator deixa de apresentar essa nova base de cálculo, de maneira expressa, por entender que a repartição preparadora terá melhores



PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

condições técnicas de calculá-la, observados os critérios supra-mencionados, evitando-se possíveis erros de cálculo;

b) seja excluída a exigência de juros calculados com base na variação da TRD, relativamente a período anterior a 01 de agosto de 1991 - período em que a taxa aplicável era de 1% ao mês ou fração.

Por todo o exposto e por tudo mais que do processo consta, conheço do recurso, por tempestivo e apresentado na forma da Lei, e, no mérito, dou-lhe provimento parcial, nos termos do item precedente.

Sala das Sessões - DF, em 18 de março de 1997



MARIO ALBERTINO NUNES

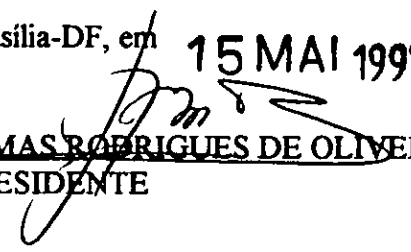
PROCESSO Nº. : 10880/027.914/91-79
ACÓRDÃO Nº. : 106-08.657

INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 40, do Regimento Interno, com a redação dada pelo artigo 3º da Portaria Ministerial nº. 260, de 24/10/95 (D.O.U. de 30/10/95).

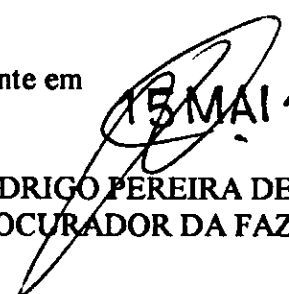
Brasília-DF, em

15 MAI 1997


DIMAS RODRIGUES DE OLIVEIRA
PRESIDENTE

Ciente em

15 MAI 1997


RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL