



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

Processo nº 16327.001286/2006-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2102-003.222 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2015
Matéria IRPF
Recorrente SAFRA DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALS IMOBILIÁRIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

IRPF. MULTA ISOLADA. FALTA DE RETENÇÃO. A fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição se sujeita, no caso de falta de retenção ou recolhimento, a multa isolada com base de cálculo e alíquota previstos no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

IRPF. MULTA ISOLADA. RETROATIVIDADE BENIGNA. INAPLICABILIDADE. Não há que se falar em retroatividade benigna quando as modificações legislativas posteriores não alteraram o conteúdo normativo da lei.

Recurso Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencida a Conselheira Alice Grecchi, que dava provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Bernardo Schmidt.

(Assinado digitalmente)

Jose Raimundo Tosta Santos - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Alice Grecchi - Relatora.

(Assinado digitalmente)

Bernardo Schmidt – Redator Designado.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/02/2015 por ALICE GRECCHI, Assinado digitalmente em 04/02/2015 por AL

ICE GRECCHI, Assinado digitalmente em 01/03/2015 por JOSE RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Assinado digitalmen

te em 20/02/2015 por BERNARDO SCHMIDT

Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Alice Grecchi, Jose Raimundo Tosta Santos, Núbia Matos Moura, Bernardo Schmidt, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti e Carlos André Rodrigues Pereira Lima.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração (fls. 54/62), contra o contribuinte acima qualificado, relativo aos fatos-geradores 30/11/2001, 31/12/2001, 31/01/2002, 28/02/2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/12/2002, 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003, 31/01/2004, que exige multa isolada no valor de R\$ 7.457.509,24, sobre Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF não retido/recolhido.

Conforme consta da "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" à fl. 78, o crédito tributário refere-se a "MULTAS ISOLADAS. FALTA DE RETENÇÃO E/OU RECOLHIMENTO DO IRRF SOBRE PRÊMIO DE PREFERÊNCIA". A autuação está assim fundamentada: artigos 722, parágrafo único, e 957 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR199 - Decreto nº 3.000, de 26/03/1999), artigo 9º da Medida Provisória nº 16/2002, convalidada pela Lei nº 10.426/2002 e artigo 9º da Lei nº 10.426, de 24/04/2002.

Em fls. 46/53, no Termo de Verificação Fiscal, o Fisco informa que:

- A empresa Safra Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. - DTVM, controlada pelo Banco Safra S/A contratou com diversos Clientes a execução de serviços de pagamentos de obrigações e compromissos através de "Contrato de Prestação de Serviços de Assessoria Financeira e Outra. Avenças";

- Uma vez que a efetivação dos pagamentos de obrigações e compromissos não constitui objeto social da Safra DTVM, esta, representando seus clientes, contratou o Banco Safra S/A., a prestação destes serviços, reservando para si a parte financeira da operação;

- os recursos necessários à efetivação dos pagamentos das obrigações e compromissos eram previamente entregues à Safra DTVM que os depositavam em conta aberta com alíquota zero (de CPMF) no Banco Safra S/A., eram utilizados pelos seus Clientes na data de vencimento das obrigações e compromissos destes;

- a Safra DTVM realizava uma captação indireta de recursos que eram aplicados no Banco Safra S/A pelo período que ficavam a sua disposição, obtendo para si rendimentos de aplicações financeiras. Os Clientes, em razão da disponibilização dos recursos, faziam jus a uma remuneração denominada "Preço de Preferência";

- a DTVM prestava "Serviço de Pagamentos" que se realizava da seguinte forma: a Safra DTVM oferecia a seus clientes o "serviço de pagamentos" de suas obrigações e compromissos com o atrativo do pagamento de uma remuneração a título de Prêmio de Preferência em função da concentração e volume de operações, valores e outras variáveis consideradas para essa finalidade;

- a pessoa jurídica beneficiária da remuneração a título de Prêmio de Preferência recebia o valor sem a retenção do Imposto de Renda na fonte (antecipação), portanto, o valor a ser atribuído como receita do período é o efetivamente recebido

independentemente do Sistema de Tributação adotado pela Pessoa Jurídica beneficiária do rendimento;

- a cláusula quarta do "Contrato de Prestação de Serviços de Assessoria Financeira e outras Avenças" dispõe no sentido de que poderá ser ajustado previamente entre as partes, um prêmio de preferência dos serviços prestados, a ser pago pela DTVM ao Contratante, em prazos e condições determinados, em função da concentração e volume de operações, valores envolvidos e outras variáveis, assim consideradas para essa finalidade;

- o sistema operacional relacionado com a remuneração do prêmio de preferência, informado pela fiscalizada:

-- a Safra DTVM conclui convênio com os Clientes, e os recursos recebidos são depositados no Banco Safra S/A, numa conta aberta em seu nome com alíquota zero de CPMF;

-- a Safra DTVM faz aplicação financeira no banco Safra S/A dos recursos recebidos dos CLIENTES;

-- A Safra DTVM recebe do Banco Safra S/A renda de aplicação financeira dos recursos dos CLIENTES;

-- A Safra DTVM paga Prêmio de Preferência aos seus Clientes;

O esquema contábil, o período de operação do produto, as características das contas correntes abertas para o registro das transações, a descrição da conta corrente utilizada para pagamento do Prêmio de Preferência, bem como a justificativa para a não retenção do imposto e para a supressão do nome dos contratantes nas respostas as intimações fiscais constam das páginas 3 a 5 do Termo de Verificação Fiscal (fls 47 a 49);

- O imposto de renda Retido na Fonte incidente sobre a remuneração paga pela Safra DTVM a título de Prêmio de Preferência e multa estão previstos na legislação que rege a matéria, qual seja: artigos 727, 729, 730, III, 732, II, 733, I, 726, 865, II, e 843 do RIR199, Decreto nº 3.000/1999 e artigo 9º da Medida Provisória n 16, de 27/12/2001, convertida na lei nº 10.426, de 2002.

- A apuração da base de cálculo da multa de ofício incidente sobre o IRF, não retido nem recolhido nos prazos previstos em lei, incidente sobre o pagamento da remuneração a título de Premio de Preferência, foi feita com base nos valores apresentados pelo contribuinte, conforme demonstrativo as fls. 52/53.

Cientificado da exigência tributária pessoalmente em 30/08/2006, e irresignado com o lançamento lavrado pelo Fisco, o contribuinte apresentou impugnação em 28/09/2006 (fls. 64/79), acompanhada de documentos de fls. 80/101, alegando em síntese o que segue, conforme relatório da decisão *a quo*:

Em preliminar, alega o cancelamento do auto de infração por possuir vício insanável de erro na capitulação legal do que seria a base para o cálculo do imposto devido para, a partir desta base (o montante do imposto), calcular-se então o valor da multa isolada. Neste sentido apresenta os seguintes argumentos:

- Os dispositivos do RIR/99 listados na autuação estão sob o Título "Tributação das Operações Financeiras" — Subtítulo "Mercado de Renda Fixa";
- As operações realizadas no mercado de renda fixa dizem respeito a aplicações financeiras, pactuadas com rendimentos pré-determinados levadas a efeito pelas instituições financeiras em geral e que servem como genuínos instrumentos de captação destas. Dois são os mercados existentes em que operações financeiras são realizadas: (i) o mercado de renda fixa; e (ii) o mercado de renda variável;
- A operação de que tratou o auto de infração não cursada em nenhum destes mercados. Na verdade, não se trata, no caso, de uma operação financeira, como quaisquer daquelas previstas nos artigos invocados pela fiscalização, tais como aplicações em fundos de renda fixa, em Certificados de Depósitos Bancários e tantas outras a estas equivalentes;
- Os pagamentos efetuados pela Impugnante decorreram de uma prestação de serviços de assessoria e não de uma operação financeira, realizada no mercado de renda fixa, como injuridicamente pretende a fiscalização;
- se devido fosse o imposto este o seria devido a alíquota de 1,5%, conforme reza o artigo 647, § 1º, 6, do RIR/99 e não de 20% (art. 729 do RIR/99) como pretendido pela fiscalização.

3.2. Quanto ao mérito, defende que não cabe a retenção do imposto de renda na fonte, posto que o Prêmio de preferência não se enquadra em nenhuma das hipóteses de incidência do IRF, previstas na legislação aplicável, apresentando os seguintes argumentos:

• O Parecer Normativo CST nº26, de 27/10/1988 (DOU de 31/10/1988), ao analisar a possibilidade de dedução para fins fiscais como despesa de outro tipo de prêmio de preferência, pagos a pessoas físicas e jurídicas pela preferência no recolhimento de tributos e contribuições entendeu que "a remuneração auferida pelo beneficiário constitui receita operacional da pessoa jurídica ou rendimento tributável da pessoa física, conforme o caso, sujeito, nesta última hipótese, à incidência do imposto de renda na fonte";

• O prêmio de preferência pagos pela Impugnante foram todos pagos a pessoas jurídicas e como tais, constituem-se em receita operacional de seus beneficiários.

Como a retenção na fonte aplica-se única e exclusivamente a pessoas físicas, forçoso é concluir que os pagamentos efetuados pela Impugnante a pessoas jurídicas não se submetem a retenção na fonte, como não o foram, não cabendo retenção, não há que se falar em multa isolada por falta de retenção do imposto na fonte;

3.3. Também contesta o fundamento legal que ensejou o lançamento da multa isolada, pela não retenção do imposto sob os seguintes argumentos:

... o artigo 957 do RIR/99 tem por supedâneo o artigo 44 da Lei 9.430, de 1996, o artigo 9º da Lei nº 10.426/2002 faz remissão ao mesmo artigo 44 da Lei nº 9.430/1996,

... ocorre que o artigo 44 da Lei nº 9430/1996, que serviu de base para os dois artigos referidos no enquadramento legal do auto de infração, teve sua redação recentemente modificada pelo artigo 18 da Medida provisória nº 303, de 29/06/2006 (DOU de 30/06/2006);

... pela nova redação deixam de existir as três hipóteses de aplicação da multa isolada prevista nos incisos II a IV do § 1º, da redação primitiva do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996; e passam a existir com a nova redação somente duas, trajadas nas alíneas "a" e "b", do inciso II, sendo a primeira para pessoa física sujeita ao chamado carnê-leão; e a segunda para pessoa jurídica que não efetuar os recolhimentos mensais por estimativa, ainda que encerre o ano-calendário com prejuízo fiscal;

... Quanto ao artigo 9º da Lei nº 10.426/2002, admitindo-se como mantida a remissão aos incisos I e II do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, citada na sua parte inicial, temos que o (1) o inciso I, trata da falta de pagamento ou recolhimento a menor, caso em que será devido além do valor do próprio imposto, multa de ofício igual a 75% sobre a totalidade ou diferença de tributo (inaplicável ao caso presente); e (2) o inciso II, trata da cobrança da multa isolada correspondente a 50%, única e exclusivamente nas hipóteses das alíneas "a" e "b" (também inaplicável ao caso presente);

... Também poder-se-ia considerar que, como a MP nº 303 de 2006, regulou totalmente a matéria relativa as hipóteses em que poderiam ser lançadas as multas de ofício, o artigo 9º da lei nº 10.426/2002 estaria tacitamente revogado; inexistindo por esta razão, base legal para a cobrança pretendida da multa isolada, por falta de retenção na fonte;

... em se tratando de penalidades aplica-se o principio da retroatividade mellius, estabelecido no artigo 106, II, "c", do Código Tributário Nacional.

A Turma de Primeira Instância, por unanimidade, julgou improcedente a impugnação apresentada, conforme ementa abaixo transcrita:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

[...]

LANÇAMENTO. NULIDADE.

Inexistência de causa de nulidade. A autuação encontra-se devidamente fundamentada na legislação tributária de regência e foi lavrada por servidor competente.

IRRF. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRÊMIO DE PREFERÊNCIA. PAGAMENTO. INCIDÊNCIA.

O prêmio de preferência, pago pela DTVM a seus clientes em função da concentração, volume e valores das operações realizadas em decorrência da contratação da DTVM para prestação de serviços de assessoria financeira e outras avenças, está sujeito retenção do imposto de renda retido na fonte e deve ser tributado na forma dos rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa, conforme determina a legislação de regência.

MULTA ISOLADA. IRRF. FALTA DE RETENÇÃO OU RECOLHIMENTO.

No caso de falta ou recolhimento do imposto, a fonte pagadora obrigada a reter imposto de renda sujeita-se multa, no percentual e base de cálculo previstos no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, independentemente de o administrativas cabíveis.

Lançamento Procedente”

O contribuinte foi cientificado do Acórdão nº 16-20.277 da 8ª Turma da DRJ/SPOI em 16/02/2009 .

Sobreveio Recurso Voluntário em 27/02/2009 (fl. 118/137), acompanhado dos documentos de fls. 138/159, no qual o contribuinte ratificou as razões da impugnação.

É o relatório.

Passo a decidir.

Voto Vencido

Conselheira Relatora Alice Grecchi

O recurso voluntário ora analisado, possui os requisitos de admissibilidade do Decreto nº 70.235/72, motivo pelo qual merece ser conhecido.

Tratam-se os autos acerca da exigência de multa isolada em decorrência da falta de retenção e/ou recolhimento do IRRF sobre Prêmio de Preferência.

Inicialmente, verifica-se que a multa isolada exigida no presente lançamento fora fundamentada com base nos art. 722, parágrafo único e 957 do RIR/99, bem como no art. 9º, da Medida Provisória nº 16/2002, convalidada pela Lei nº 10.426/2002, e art. 9º da Lei nº 10.426/2002.

Ocorre que, a multa isolada exigida no percentual de 75%, respaldada através dos supracitados artigos não observou a retroatividade benigna do art. 106, II, “c”, do CTN, posto que o art. 957 do RIR/1999, o qual trata da aplicação das multas e faz referência ao art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, teve sua redação modificada através da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006, que no seu art. 18, assim dispôs:

Art. 18. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de setenta e cinco por cento sobre a totalidade ou diferença de tributo, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de cinquenta por cento, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º, serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38.”
(grifei)

Com efeito, pela nova redação, deixam de existir as três hipóteses de aplicação da multa isolada previstas nos incisos II, III e IV do §1º, da redação anterior do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, passando a existir somente as duas hipóteses previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso II, supracitadas, que exigem multa isolada no percentual de 50%, sendo que a primeira aplica-se à pessoa física sujeita ao carnê-leão, e a segunda, aplica-se à pessoa jurídica que não efetuar os recolhimentos mensais por estimativa, ainda que encerre o ano-calendário com prejuízo fiscal, não sendo o caso dos autos nenhuma destas duas hipóteses.

Ademais, considerando que a Medida Provisória nº 303, de 2006, regulamentou a matéria pertinente às multas aplicadas, entende-se que o art. 9º da Lei nº 10.246, de 2006, estaria tacitamente revogado, logo, inexistiria base legal para a cobrança da multa isolada pretendida por falta de retenção na fonte.

Acerca da retroatividade trazida no presente caso, o Código Tributário Nacional, em seu art. 106, II, estipula três hipóteses de retroatividade da lei mais benigna aos contribuintes e responsáveis, quando trata-se de **ato não definitivamente julgado**, aplicando-se a ato ou fato pretérito: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; **c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.**

As três hipóteses de retroatividade estampadas pela lei, acabam por beneficiar o contribuinte, sem violar o ordenamento constitucional, que só proíbe a retroação de lei que agrave sua situação. Logo, o art. 106 do Código Tributário Nacional admite a retroatividade, em favor do contribuinte, da lei mais benigna, em relação às penalidades, nos casos não definitivamente julgados.

Da leitura da hipótese da alínea “c”, do citado dispositivo, depreende-se que, a lei nova continua prevendo penalidade para o ato levado a efeito pelo contribuinte, mas comina a este ato uma pena menos severa. A penalidade mais severa decorrente da lei vigente na data da ocorrência do fato gerador, é substituída por uma menos severa, advinda da lei nova.

Assim, sobrevindo lei nova que beneficie o contribuinte pela caracterização da hipótese da alínea “c” do inciso II, do art. 106 do CTN, que exclui a possibilidade de multa isolada no caso dos autos, devendo ser aplicada a lei posterior, pois resulta mais benigna. Neste sentido é uniforme a jurisprudência deste E. Conselho, conforme excertos de ementas abaixo transcritas:

“Processo nº 10680.006076/200341

Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte

Acórdão nº 9303002.901 – 3ª Turma

Sessão de 9 de abril de 2014

Matéria IPI

Recorrentes Fiat Automóveis S/A

Fazenda Nacional

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS IPI*

Período de apuração: 01/02/2001 a 31/03/2001

MULTA DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Exclui-se a multa de ofício lançada, com fundamento no art. 106, II, c, do CTN, pela aplicação retroativa do disposto no caput do art. 18 da Lei nº 10.833/2003.

[...]

***RECURSO ESPECIAL DO PROCURADOR NEGADO
RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE PROVIDO.”
(grifei)***

“Processo nº 13558.000248/200610

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/02/2015 por ALICE GRECCHI, Assinado digitalmente em 04/02/2015 por ALICE GRECCHI, Assinado digitalmente em 01/03/2015 por JOSE RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Assinado digitalmente em 20/02/2015 por BERNARDO SCHMIDT

Impresso em 10/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 16327.001286/2006-00
Acórdão n.º 2102-003.222

S2-C1T2
Fl. 206

Recurso nº 160.215 Especial do Procurador

Acórdão nº 920202.288 – 2ª Turma

Sessão de 08 de agosto de 2012

Matéria Multa qualificada

Recorrente FAZENDA NACIONAL

Interessado FUNDAÇÃO HOSPITAL DE CAMACA

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte

Exercício: 2002

Fonte pagadora. Ausência de retenção e recolhimento. Superveniência da Lei nº 11.488/2007. Retroatividade benigna. Exclusão da multa prevista no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9430/96.

A multa isolada prevista no inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9430/96, foi expressamente excluída, relativamente à fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, com fundamento na Lei nº 11.488/2007. Aplicação do artigo 106, inciso II, “c”, do CTN.

[...]

Recurso especial negado.” (grifei)

“Processo nº 10980.723201/201115

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 2201001.896 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Sessão de 20 de novembro de 2012

Matéria IRRF

Recorrente WDL TÊXTIL LTDA

Recorrida FAZENDA NACIONAL

[...]

IRRF. Falta de retenção e recolhimento. Multa isolada. Ausência de previsão legal. Por ausência de previsão legal, a multa de ofício, prevista no art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, para os casos de falta de retenção e recolhimento do imposto pela fonte pagadora dos rendimentos, não é aplicável de forma isolada, quando o imposto não for mais exigível da fonte pagadora.

Preliminar rejeitada.

Recurso provido.” (grifei)

Cabe salientar que na data da lavratura do auto de infração (30/08/2006), já deveria ter sido aplicada a lei mais benigna, qual seja, a Medida Provisória nº 303, de 29/06/2006, que teve seu prazo de vigência encerrada em 27/10/2006, conforme Ato do presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 57/2006.

Não obstante a alegação da DRJ de que a Medida Provisória nº 351/2007, também alterou a redação do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, ressalta-se que esta é posterior à lavratura do auto de infração e aos fatos geradores do presente litígio, criando novas hipóteses de incidência de multa isolada, as quais não poderão ser aplicadas por força do art. 105 do CTN.

Portanto, estando alterada a redação do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, através da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006, que regulamentou a matéria acerca da aplicação das multas, e neste caso, tratando-se de penalidades, sendo a legislação posterior mais benéfica, posto que não mais prevê a multa isolada exigida no presente lançamento quanto ao fato gerador da obrigação principal, é de ser cancelado o lançamento.

No que tange ao Imposto de Renda na Fonte incidente sobre a remuneração paga pela Safra DTVM a título de Prêmio de Preferência, o Fisco utiliza como fundamento legal o art. 729 do RIR/1999, para aplicar à alíquota de 20% sobre a base de cálculo reajustada. *In verbis*:

“Art. 729. Está sujeito ao imposto, à alíquota de vinte por cento, o rendimento produzido, a partir de 1º de janeiro de 1998, por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica imune ou isenta (Lei nº 8.981, art. 65, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 35).”

No entanto, o Fisco não comprovou que as operações realizadas foram efetivamente remuneradas através de renda fixa, com base em índices pré-determinados, portanto, prevalece as alegações da Recorrente acerca da inaplicabilidade da alíquota de 20%, pois conforme determina o texto legal, esta só se aplica nos casos de renda fixa.

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso para cancelar o Auto de Infração.

(Assinado digitalmente)

Alice Grecchi - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Bernardo Schmidt

Entendo que o instituto da retroatividade benigna não se aplica ao presente caso.

Observo, de início, que o artigo 9º da Lei nº. 10.426, de 2002, e o art. 44 da Lei nº. 9.430, de 1996, foram simultaneamente modificados pela Lei nº. 11.488, de 2007.

Antes da modificação, o art. 9º da Lei nº. 10.426, de 2002 fazia referência aos incisos I e II do art. 44 da Lei nº. 9.430/96, na forma abaixo:

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.

Os incisos I e II do art. 44 da Lei nº. 9.430/96, por sua vez, apresentavam a seguinte redação:

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 casos de declaração inexata, excetuada a hipótese no inciso seguinte:

II – cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº. 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades ou criminais cabíveis (...)

Com redação dada pela Lei nº. 11.488/2007, o art. 9º da Lei nº. 10.426/2002 passou a fazer referência ao inciso I e ao § 1º do art. 44 da Lei nº. 9.430/96:

Art. 9 Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Estes dispositivos, após a modificação, passaram a prever o seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Em suma, antes das modificações, o art. 9º da Lei nº. 10.426, de 2002, fazia referência aos incisos I e II da Lei nº 9.430/96, que tratavam da multa de setenta e cinco por

cento nos casos previstos (inciso I) e da sua qualificação, nos casos de evidente intuito de fraude (inciso II), e, após a modificação, passou a fazer referência ao inciso I, que continuou tratando da multa de setenta e cinco por cento nos casos previstos, e ao §1º, que passou a tratar da qualificação da multa, antes tratada pelo inciso II.

Ou seja, não houve qualquer alteração do conteúdo normativo com as modificações introduzidas pela Lei nº. 11.488/2007; na verdade, tem-se que o art. 9º da Lei nº. 10.426/2002 foi apenas adaptado à nova redação do art. 44 da Lei nº. 9.430/96.

Nota-se que o art. 9º da Lei 10.426/2002 nunca fez, como de fato não deve fazer, referência às hipóteses de aplicação de multa isolada tratadas pelo próprio art. 44 da Lei nº. 9.430/96 (antes das modificações introduzidas pela Lei nº. 11.488/2007 tratadas nos incisos II, III, IV e V do §1º do art. 44 e, depois das modificações, tratadas no inciso II do art. 44).

Assim, ou o art. 9º da Lei nº. 10.426/2002 nunca previu multa isolada, ou continua prevendo, não se podendo falar, de qualquer forma, em retroatividade benigna.

Os acórdãos 9202-02.288, da CSRF, e 2201-001.896, da 2ª Seção, 2ª Câmara, 1ª TO, trazidos pelo contribuinte em memorial apresentado no julgamento parecem partir do pressuposto, com o qual não concordo, de que as hipóteses de multa isolada estariam restritas àquelas previstas no inciso II do art. 44 da Lei nº. 9.430/96.

No entanto, o art. 43, caput, da mesma Lei nº. 9.430/96, que abra a Seção “Normas sobre o Lançamento de Tributos e Contribuições” autoriza de forma genérica a aplicação de multa isolada, não as limitando às hipóteses do art. 44, II, da mesma lei.

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

O art. 9º da Lei nº. 10.426/2002 trata, como sempre o fez, de caso específico de multa isolada. É espécie de norma incompleta, que exige complementação de outra norma e, apenas para isso, se socorre do inciso I do art. 44 da Lei nº. 9.430/96.

Nesse sentido, o art. 9º da Lei nº. 10.426/2002 prevê de forma clara a hipótese de incidência da multa (falta de retenção ou recolhimento de fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição) e faz referência ao inciso I da Lei nº. 9.430/96, que complementa o seu conteúdo normativo na exata forma fazia antes das mudanças introduzidas pela Lei nº. 11.488/2007, com a previsão da base de cálculo (totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata) e da alíquota (75%).

Imaginar que essa norma seria aplicável apenas no caso em que o imposto ainda é exigível da fonte pagadora, como pretende a defesa, seria torná-la absolutamente dispensável, até porque nesses casos o próprio art. 44 da Lei nº. 9.430/96, por si só, imporá a aplicação da multa, que é sempre devida juntamente com o tributo nos lançamentos de ofício.

Em relação à Medida Provisória nº 303, de 29/06/2006, trazida pela ilustre Relatora, tem-se que não foi convertida em lei e teve seu prazo de vigência encerrado em 27/10/2006, conforme Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº. 57, de 2006.

Nos termos do artigo 62 da Constituição Federal, as Medidas Provisórias não convertidas em lei perdem sua eficácia desde a sua edição. Também o Supremo Tribunal

Federal já se manifestou no sentido de que a rejeição, expressa ou tácita, da medida provisória, apaga inteiramente os seus efeitos do mundo jurídico (Ag.Reg. na ADIn 365-8-DF).

Assim, não pode a Medida Provisória 303/96 fundamentar a aplicação de retroatividade benigna.

O Recorrente se insurge ainda contra a capitulação legal, por entender que os dispositivos aplicados regulamentam a incidência do imposto na fonte nas hipóteses de operações de renda fixa, o que ele alega não ser o caso. Defende que os pagamentos efetuados por ela decorrem de um contrato de prestação de serviços de assessoria e não de uma operação financeira realizada no mercado de renda fixa.

Trata-se, no fundo, de discussão de mérito.

O próprio recorrente reproduziu no Recurso Voluntário (fl. 121) a cláusula quarta dos contratos, também citada no Termo de Verificação Fiscal:

Cláusula Quarta – Do Prêmio de Preferência

Poderá ser ajustado previamente entre as partes, um prêmio pela preferência dos serviços prestados, a ser pago pela DTVM à CONTRATANTE, em prazos e condições determinados, em função da concentração e volume de operações, valores envolvidos e outras variáveis assim consideradas parra essa finalidade

Dessa forma, o chamado “prêmio de preferência”, nos termos estabelecidos em contrato, nada mais é do que uma remuneração positiva pré-ajustada, a ser paga pela Recorrente ao contratante, ou seja, trata-se de renda fixa.

Sobre o tema, dispõem os arts. 729 e 730 do RIR/99:

Art. 729. Está sujeito ao imposto, à alíquota de vinte por cento, o rendimento produzido, a partir de 1º de janeiro de 1998, por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica imune ou isenta (Lei nº 8.981, de 1995, art. 65, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 35). (...)

Art. 730. O disposto no artigo anterior aplica-se também (Lei nº 8.981, de 1995, art. 65, § 4º, e Lei nº 9.069, de 1995, art. 54): (...)

III - aos rendimentos auferidos pela entrega de recursos a pessoa jurídica, sob qualquer forma e a qualquer título, independentemente de ser ou não a fonte pagadora instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil e em operações de empréstimos em ações; (...)

O art. 730, inciso III, do RIR/99 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 65, § 4º, “c”) estabelece de forma clara e expressa que essas operações estão sujeitas ao imposto retido na fonte na forma do art. 729 do RIR/99, ou seja, às regras de tributação da renda fixa, com alíquota de 20%, independentemente de ser ou não a fonte pagadora instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central.

Assim, corretos o lançamento e a respectiva capitulação legal, na forma efetuada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Bernardo Schmidt – Relator Designado