



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003999/2002-76
Recurso nº. : 140.387
Matéria: : IRF – Ano(s): 1998
Recorrente : DEUTSCHE BANK S.A. – BANCO ALEMÃO
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ em CAMPINAS - SP
Sessão de : 22 DE FEVEREIRO DE 2006
Acórdão nº. : 106-15.331

LANÇAMENTO. MULTA ISOLADA. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente. Cancela-se a multa isolada aplicada para a falta de retenção de imposto sobre a renda, ocorrida no ano-calendário de 1997, por falta de norma legal que justifique a sua aplicação.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DEUTSCHE BANK S.A. – BANCO ALEMÃO.

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

JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE

SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO
RELATORA

FORMALIZADO EM: 28 ABR 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros 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. : 16327.003999/2002-76
Acórdão nº. : 106-15.331

Recurso nº. : 140.387
Recorrente : DEUTSCHE BANK S.A. – BANCO ALEMÃO

RELATÓRIO

Nos termos do Auto de Infração de fls. 93 a 94, exige-se da contribuinte multa isolada no valor de R\$ 55.240,51 e juros de mora no valor de R\$ 17.126,77, por falta de retenção de imposto de renda na fonte fixado pelo artigo 65 da Lei nº 8.981 de 20 de janeiro de 1995.

Do lançamento a contribuinte foi cientificada e, por seu representante legal, apresentou a impugnação de fls. 98 a 117, instruída pelos documentos de fls. 118 a 173.

A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas, por unanimidade de votos, manteve a exigência em decisão de fls. 179 a 194, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente são nulos os atos processuais lavrados por servidor incompetente e as decisões proferidas com cerceamento do direito de defesa. Eventual insuficiência das provas coletadas pelo Fisco não importa a nulidade do auto de infração lavrado, embora possa influir no sucesso do feito.

OPERAÇÕES CONJUGADAS DE RENDA VARIÁVEL. RENDIMENTOS PRÉ-DETERMINADOS. IRRF.

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

Cientificada dessa decisão em 15/4/2004 (AR de fl. 197), a contribuinte, na guarda do prazo legal, por seu procurador legal, apresentou o recurso de fls. 198 a 222. Após transcrever doutrina e jurisprudência administrativa e judicial, alegou, em síntese:

- o pressuposto fático que embasa a presente autuação reside na preceituação de que os contratos travados entre a recorrente e seu cliente retratam substancialmente uma operação de renda fixa, eis que durante o período autuado



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003999/2002-76
Acórdão nº. : 106-15.331

manteve-se o rendimento correspondente a 97,5% da variação do índice pós fixado no CDI;

- a autoridade fiscal não logrou comprovar, como sói obrigatoriamente ocorrer por força do art. 142 do CTN, que efetivamente os contratos entabulados representam renda fixa, na medida em que a verificação realizada limitou-se a retratar uma situação ocorrida nos meses de novembro de 1997 a abril de 1998;

- partindo-se das considerações tecidas pela autoridade fiscal, delimitadoras do conceito de renda fixa, mister se fazia a comprovação da certeza quanto a forma de obtenção do rendimento auferido, em qualquer hipótese de flutuação do dólar;

- seria de rigor a existência da prova de que, qualquer que fosse a variação cambial, o resultado jamais seria diverso de 97,5% da variação do índice pós fixado do CDI, situação não comprovada pela autoridade julgadora;

- logo, não existindo, no auto de infração ora combatido, prova da permanência, em qualquer situação de variação cambial, do rendimento obtido, afigura-se patente a violação ao artigo 142 do CTN, e a conseqüente nulidade do mesmo;

- sobre este viés, não subsiste o argumento constante da ementa do v. Acórdão, onde a autoridade julgadora sustenta que *"eventual insuficiência de provas coletadas pelo fisco não importa a nulidade do auto de infração"*;

- analisando o presente auto de infração, não há qualquer prova de que o capital investido teve sua integralidade assegurada nas inúmeras hipóteses de oscilação do dólar americano, fato que fundamenta a exigência ora inquinada;

- a autoridade fiscal possui o dever de demonstrar a ocorrência de fato tributável, sob pena de estar agindo fora dos parâmetros estabelecidos no art. 142 do CTN, e conseqüentemente ao arrepio do princípio da estrita legalidade;

- não existindo no auto de infração prova acerca da permanência, em qualquer situação de variação cambial, do rendimento obtido, afigura-se patente a violação do art. 142 do CTN, e a conseqüente nulidade do mesmo;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003999/2002-76
Acórdão nº. : 106-15.331

- a autoridade fiscal simplesmente desconsidera que os contratos entabulados entra a recorrente e seu cliente não possuem qualquer fim especulativo, mas sim a mera finalidade de *Hedge*;

- verifica-se claramente que uma operação de *Hedge* não possui o escopo de gerar um acréscimo patrimonial para a pessoa física ou jurídica que a estiver praticando. Simplesmente anula uma perda que foi obtida em outra posição ou compensa um ganho;

- em outras palavras, o cliente da impugnante, ao realizar operações de *Hedge*, simplesmente buscou elidir o efeito que futuras oscilações de preços e índices, em especial a variação de taxas cambiais, perpetrariam sobre seus direitos e obrigações;

- na operação de *Swap* com o escopo de proteção, o eventual ganho servirá única exclusivamente para neutralizar a perda decorrente do risco a que estava sujeita a pessoa jurídica, ocorrendo aí a operação de *Hedge*, que foi a efetivamente contratada;

- não há como se negar que a recorrente pautou sua atuação nos estritos comandos legais, isto porque, tendo recebido a declaração de seu cliente a mesma imediatamente subsumiu-se a preceituação contida no art. 28 da IN nº 64/98 que versa expressamente sobre as hipóteses de dispensa de retenção e de pagamento;

- ao receber a declaração de seu cliente, restou afastada automaticamente a responsabilidade da recorrente, visto que a legislação tributária expressamente previu a dispensa da retenção do imposto na fonte nesse caso;

- estando desincubida pela normatização tributária de reter imposto de renda na hipótese em questão, verifica-se que a recorrente não descumpriu qualquer dever legal, não tendo incorrida em mora, o que afasta a incidência da multa de ofício e juros de mora;

- tanto assim, que em hipótese parelha, relacionada a não retenção do IRRF por força de ordem judicial, os aludidos encargos não são arcados pela



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003999/2002-76
Acórdão nº. : 106-15.331

fonte retentora e sim pelo contribuinte, a teor do disposto no art. 55 da Medida Provisória nº 2.158-34 e no Parecer COSIT nº 2 de 1999;

- a autoridade fiscal deveria, para auferir eventual responsabilidade da recorrente pela não retenção do imposto de renda, pautar-se no conteúdo da declaração firmada pelo seu cliente e nos efeitos dela decorrentes, que nos termos do art. 28 da IN nº 64/98, dispensam a obrigação de retenção;

- ao assim não proceder, utilizando uma interpretação nitidamente pautada em critério econômico, a autoridade fiscal simplesmente desconsidera proposições textuais do art. 77, V e § 1º, da Lei nº 8.981/95 e da IN nº 64/98 conflitando com o princípio da legalidade;

- a recorrente não pode ser penalizada por eventual erro existente na contabilização procedida pelo beneficiário do rendimento, quando este contabilizou seus rendimentos como renda fixa, apesar do mesmo Ter assinado uma declaração atestando para fins da não retenção do imposto de renda, que a operação fora contratada com os objetivos previstos no art. 77, § 1º da Lei 8.981, de 1995, e que preenche as condições estipulados no referido dispositivo legal;

Finaliza requerendo o provimento do presente recurso, para que seja decretada a nulidade do presente lançamento ou, ao menos, o cancelamento da exigência fiscal.

A fl. 225 foi anexado DARF que comprova depósito extrajudicial suficiente para garantir 30% do saldo devedor, satisfazendo, assim, a garantia de instância.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003999/2002-76
Acórdão nº. : 106-15.331

VOTO

Conselheira SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, Relatora

O recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele conheço.

1. Dos fatos.

A autoridade fiscal, após descrever os fatos as fls. 81 a 91, chegou a conclusão a seguir resumida:

- Da conduta infracional:

- diante dos fatos apurados na fase inquisitória, esta fiscalização procedeu à elaboração da planilha, que é parte integrante deste Termo de Verificação de Infração Fiscal, como anexo, na qual efetuou o refazimento fiscal do cálculo dos rendimentos efetivamente pagos, concluindo de forma inabalável, que a empresa cliente auferiu efetivamente o rendimento correspondente a 97,5% da variação do índice pós-fixado do CDI;

- ficou evidenciado ainda na conduta da instituição financeira, que o uso de modelos matemáticos, serviu apenas como instrumentos de se alcançar o resultado desejado, visto que em tais aplicações estava permitido o uso de variáveis que propiciassem o resultado absoluto final desejado. Em outras palavras, o emprego de formas contratuais conhecidas como derivativos, não fora suficiente para alterar a natureza do rendimento efetivamente pago pela instituição financeira;

- os registros contábeis levados a efeito pela instituição financeira, os quais foram anotados conforme resultados individuais de cada derivativo, confirmam o equívoco jurídico na valoração dos fatos ocorridos no mundo real; a instituição, nestes lançamentos contábeis, atrelou-se às formas contratuais e não aos efeitos reais da transação (renda fixa) como o fez sua empresa cliente. A substância econômica das operações, amolda-se à hipótese legal de renda fixa e não de renda variável, eis que a manipulação de variáveis nos modelos matemáticos empregados, resguardaram em todos os resgates a integridade do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003999/2002-76
Acórdão nº. : 106-15.331

capital aplicado e a auferição de rendimento equivalente a 97,5% do CDI. Não houve mera coincidência e sim determinação na formação do resultado, ainda que resultante da interação de três resultados contratuais, aparentemente aleatórios;

- a fonte pagadora dos rendimentos, Deutsche Bank SA – Banco Alemão, haveria de reter o imposto de renda incidente na fonte nos termos do art. 65 da Lei nº 8.981/1995. Adotando conduta negativa, nesta questão, infringiu a norma legal.

- interpretando o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, e apoiando-se no Parecer Normativo SRF nº 01, de 2002, conclui o autuante que “considerando-se que versa o presente caso sobre o imposto de renda retido na fonte como antecipação do devido na declaração de rendimentos do contribuinte constitucional, há de se concluir que o caso concreto destes autos se ajusta à hipótese de incidência da penalidade proporcional como prevista pelo legislador ordinário”.

2. Mérito.

Com amparo no artigo 59, § 3º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, regulador do processo administrativo fiscal, examino as normas legais aplicáveis a matéria a ser analisada.

A Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, determina:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

*I- em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, **excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;***

II- tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003999/2002-76
Acórdão nº. : 106-15.331

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processo de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste ultimo caso, para efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.(original não contém destaques)

As normas legais vigentes à época do fato gerador do imposto, estão consolidadas no Regulamento do Imposto sobre a Renda, aprovado pelo Decreto nº 3000 de 26 de março de 1999, nos seguintes dispositivos:

Art. 957. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de imposto (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44):

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

II - de 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 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão exigidas (Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, § 1º):

I - juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago;

II – isoladamente, quando o imposto houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III – isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto na forma do art. 106, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV – isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento mensal do imposto na forma do art. 222, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal, no ano-calendário correspondente.

Disso se infere que no ano de 1997, data do fato gerador do imposto, não estava prevista a multa isolada para a hipótese de falta de retenção do mesmo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

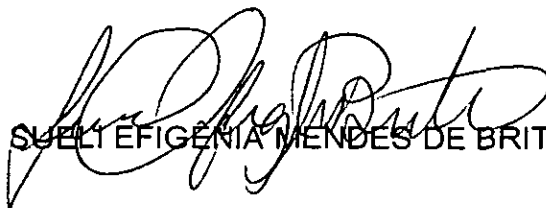
Processo nº. : 16327.003999/2002-76
Acórdão nº. : 106-15.331

Foi somente com entrada em vigor do artigo 9º da Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, que a irregularidade cometida pela contribuinte passou a ser punida com a multa isolada, equivalente a 75% do valor do imposto que deixou de ser recolhido.

Dessa forma, em respeito ao princípio da legalidade e de acordo com as normas do CTN, anteriormente transcritas, a multa isolada aqui examinada deve ser cancelada.

Explicado isso, voto por dar provimento ao recurso, para excluir a multa isolada.

Sala das Sessões - DF, em 22 de fevereiro de 2006


SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO

