ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 19515.001810/2007-96
CÓPIA

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

Processo nº	19515.001810/2007-96
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2202-002.238 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	13 de março de 2013
Matéria	IRPF
Recorrente	MARCO ANTONIO SUDANO
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2002

OPERAÇÕES DE SWAP. REGIME DE TRIBUTAÇÃO. RETENÇÃO EXCLUSIVA NA FONTE. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS VALORES. QUESTÃO DE PROVA.

Quando a prova apresentada pelo autuado mostrar-se hábil e suficiente ocorre a desconstituição da presunção relativa do art. 42 da Lei n. 9.430/96, transferindo-se, desse modo, ao Fisco o ônus de infirmar a prova apresentada.

É responsabilidade exclusiva da fonte pagadora, nos casos de regime de tributação definitivo de Imposto de Renda, o encargo de retenção e de recolhimento do tributo devido.

Recurso Voluntário provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, dar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram do julgamento os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Rafael Pandolfo, Antonio Lopo Martinez, Odmir Fernandes, Pedro Anan Junior e Nelson Mallmann.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

CÓPIA

1 Procedimento de Fiscalização

Em razão de registros de movimentação financeira incompatíveis com os valores declaradas, foi instaurado Procedimento de Fiscalização em nome do recorrente, oportunidade em que foi intimado (fl. 07) para apresentar (a) demonstrativos (extratos mensais) da movimentação bancária do ano-calendário 2002, conforme lista anexada; (b) comprovação documental de dívidas, juntando comprovantes das instituições listadas.

Ciente em 28/06/05, o recorrente juntou ao processo, em 04/07/05:

a) cópia da Declaração de Ajuste Simplificada do AC. de 2002 (fls. 10-13);
b) comprovante de Rendimentos do Trabalho: do Unibanco (fl. 14);
c) comprovante de Rendimentos Unibanco- Juros (fl.16);
d) comprovante de Rendimento Unibanco - Distribuição de Lucros (fl.17);
e) informe deRendimento Financeiro HSBC- Rendimento (fl. 15);
f) informe de Rendimento Financeiro JP. Morgan (fls. 18);
g) informe de Rendimento BankBoston (fl. 19);
h) informe de Rendimento Mellon Brascan (fls. 20-22, 25);
i) informe de Rendimento Unibanco (fls. 22-24);
j) extratos do Unibanco de janeiro a dezembro de 2002- Agencia 1339-conta corrente n°. 200249-4. (fls. 26-87);

Em 29/03/06, o Fisco emitiu Termo de Intimação nº 2 (fl. 92-95) para que o recorrente apresentasse (a) comprovação documental das origens pertinentes a cada depósito efetuado na conta corrente de sua titularidade na instituição UNIBANCO, no ano calendário de 2002, conforme lista anexa, no total anual de R$ 5.556.045,11 (b) extratos bancários mensais e informe anual de todas as Aplicações Financeiras realizadas, inclusive de remessa e de retorno de aplicações no exterior. Em 27/04/06 (fl. 97) o recorrente juntou ao processo demonstrativos de aplicações financeiras (fls. 98-100). Novamente, em 20/06/06, a Fiscalização intimou o recorrente (fl. 103) para apresentar comprovação documental de aquisição de imóvel.

O recorrente, em 05/07/06, apresentou:

a) extrato de fundos JGP HEDGE FIF (fl. 109);
b) extratos de investimentos (fls. 111-117 do e-processo);
c) comprovante de dividas (fls. 115-124);
d) documentação enviada pelo UNIBANCO (fls. 120-380);
e) quatro comprovantes de despesas com benfeitorias;
f) cópia da escritura de 07/04/03;
g) comprovação de dividas p/compra de ações;
h) demonstrativo Fundos unibanco private arrojado, Unibanco strategy e private hig. (fls. 126-127);
i) trinta blocos referentes a depósitos na conta corrente;
j) dez blocos referentes a valores de depósitos em conta corrente de comprovação de depósitos provindos do banco pactual para Unibanco;
k) dez comprovantes de depósitos no Unibanco;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

l) seis blocos de extratos de fundos, comprovando depósitos;
m) extrato da Conta no Exterior. Inicorp Bank Trust Ltd (381-403)

Em 08/05/07, o recorrente foi intimado, pela última vez, (fls. 415) para apresentar comprovação da origem dos valores depositados no ano calendário de 2002 em sua conta bancária, quais sejam (a) em fevereiro R$ 1.058.163,60 (b) em agosto R$ 93.877,60, R$ 586.530,42 e R$ 411.917,59. A resposta foi concedida (fls. 416) em 17/05/07, alegando que os valores depositados são fruto de (a) gratificação pago pelo empregador (Unibanco Banco de Investimentos), no qual ocupava cargo de diretor estatutário, conforme declaração de rendimentos anexa (fl. 417-426) (b) vencimentos de operações de derivativos e *swap* cambial, conforme declarado na Relação de Rendimentos Financeiros Sujeitos a Tributação Exclusiva. (fls. 427-428).

CÓPIA

2 Auto de Infração

Foi lavrado, em 12/07/07 (fls. 432-437), auto de infração relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, ano-calendário 2002, constituindo crédito tributário no montante de R$ 725.200,42, incluídos imposto, juros de mora e multa de 75%. A infração imputada foi omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

3 Impugnação

Ciente em 14/07/07 (fl. 441), o recorrente apresentou impugnação tempestiva (fls. 447-455), esgrimindo, em síntese, os seguintes argumentos:

a) o depósito efetuado em 06/08/02, de R$ 93.877,60, refere-se a uma operação de *SWAP* (anexo 4). Por um erro interno da instituição bancária, a operação ocorreu em reais e não em dólares, como solicitado. Aduz que o banco, reconhecendo o erro procedimental, o creditou a diferença da variação cambial, que montava, em agosto de 2002, a R$ 93.877,60, qual seja, o valor do depósito realizado;

b) o depósito efetuado em 23.08.2002, de R$ 586.530,42, configura gratificação ("Participação Diretoria") recebida na qualidade de Diretor Estatutário do Unibanco – Banco de Investimentos S.A.. Destaque-se que o recorrente juntou aos autos (doc. 5 e fls. 417) declaração emitida pelo Unibanco que descreve os rendimentos brutos por ele recebidos dessa instituição;

c) o depósito efetuado em 26.08.2002, de R$ 411.917,59, conforme declaração do Unibanco Private Bank (doc. 06), tem origem na venda de 58.736 ações emitidas pelo Unibanco Asset Manegement — Banco de Investimentos S.A. Assim, foi firmado um contrato de compra e venda de ações entre o Unibanco e o Impugnante (doc. 07), razão pela qual o valor foi creditado em conta corrente em agosto de 2002;

d) o lançamento de IRPF efetuado exclusivamente com base nos dados de extratos bancários do impugnante não deve prosperar, já que simples aportes financeiros em conta não caracterizam disponibilidade econômica de renda ou de proventos de qualquer natureza, não sendo, por si só, suficiente para motivar o lançamento;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

e) depósitos bancários, individualmente, não são suficientes para comprovar a existência do fato gerador do imposto de renda. Assim, os depósitos bancários foram considerados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais meros elementos indiciários da ocorrência, do fato gerador e que exigiam complementação mediante a produção de outros elementos de prova. Esse entendimento abarcado pelo TFR, na súmula 182.

f) o art. 42 da lei n. 9.430/96 configura uma ficção jurídica, e não uma presunção de omissão de rendimentos. Ocorre que, à luz do principio da legalidade estrita, elevado à categoria de de direito e garantia individual (CF, artigo 5°, § 2°) e, portanto, protegido enquanto cláusula pétrea, não pode haver exigência do cumprimento de obrigação tributária baseada meramente em ficções jurídicas. Desse modo, o Auto de Infração em debate deve ser considerado totalmente nulo por inferir a conclusão de omissão de rendimentos e exigir o recolhimento de imposto sobre fato gerador não devidamente provado, deduzido simplesmente a partir de método precário, com emprego indevido de ficção jurídica.

g) a falta de apreço, por parte da autoridade fiscal, pela devida produção de provas restou evidente no término do procedimento de fiscalização que resultou no Auto de Infração impugnado, quando, informada pelo Impugnante de que este buscava os documentos para comprovar a origem dos depósitos recebidos, simplesmente desconsiderou o fato de que o Impugnante de todas as formas cooperou com a fiscalização, sendo que em momento algum deixou de atender As intimações deste órgão, por acreditar que deveria prestar contas dos seus rendimentos auferidos.

Anexou, por fim:

a) doc. 4 e doc. 5: declarações proferidas pelo UNIBACO, nas quais alega ter depositado valores na conta do recorrente (fls. 461-462);

b) doc. 6: declaração proferida pelo UNIBANCO na qual alega ter realizado contrato de compra e venda de ações com o recorrente (fl. 463);

c) doc. 7: contrato de compra e venda de ações (fls. 464-465).

4 Acórdão de Impugnação

A impugnação foi julgada parcialmente procedente, por unanimidade, pela 4ª Turma da DRJ/SP2 (fls. 472-483), mantendo em parte o valor do crédito tributário exigido, conforme demonstrativo apresentado (fl. 496). Na decisão, foram alinhados, em síntese, os seguintes fundamentos:

a) o art. 42 da Lei n. 9.430/96 estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram. Desse modo, tem-se autorização para considerar ocorrido o fato gerador quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

b) vez que a lei permite a presunção de ocorrência de fato gerador, a autoridade fiscal está dispensada de produzir provas, ônus transferido ao contribuinte. Assim, o art. 42 da Lei n. 9.430/96 constitui presunção iuris tantum (relativa), sujeita a prova em contrário;

c) deve-se esclarecer que o que se tributa não são os depósitos bancários, como tais considerados, mas a omissão de rendimentos por eles representada. Os depósitos bancários são apenas a forma, o sinal de exteriorização, pelos quais se manifesta a omissão de rendimentos objeto de tributação. Desse modo, não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder/dever de considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis e omitidos na declaração de ajuste anual, efetuando o lançamento do imposto correspondente. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do principio da legalidade que rege a administração pública;

d) não é competência da DRJ manifestar-se sobre constitucionalidade de lei, sendo prerrogativa tão somente do judiciário;

e) quanto à Súmula n° 182, de 1985, do extinto TRF, é preciso salientar que ela se refere a fatos ocorridos anteriormente ao advento da Lei n° 9.430/1996, de modo que, a exemplo do restante da jurisprudência mencionada pelo impugnante, não se aplica aos fatos geradores alcançados pelo novo disciplinamento legal dado à matéria;

f) verifica-se, após consulta aos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que a instituição UNIBANCO emitiu DIRF relativa a rendimentos auferidos no ano calendário de 2002, decorrente de operações de *swap* em nome do impugnante (fl. 469). Contudo, não há registro da citada operação financeira no mês de agosto. Da análise dos extratos bancários apresentados (fls. 26-87) conclui-se que a descrição das operações de *swap* não conferem com a descrição do depósito do dia 06/08/2002, cujo recorrente atribui a referida operação financeira. Ademais, a DIRF retrata com fidelidade todas as operações de *Swap* realizadas pelo impugnante, dentre as quais não há nenhuma realizada no mês de agosto;

g) o impugnante não trouxe aos autos o contrato da operação de *swap* que comprove sua alegação de que a transação foi realizada em valor menor do que o requisitado por ele. Assim, ainda que se admita que depósito tenha sido feito pelo Unibanco, o que é bastante provável, não ficou comprovado a que titulo se deu tal depósito, fator esse que é um elemento essencial para caracterização de sua origem. Cumpre salientar, ainda, que a declaração de fl. 461 é insuficiente para afastar os indícios acima relacionados, contrários pretensão do impugnante, por estar desprovida de outros documentos que a amparem, os quais se tornam necessários em razão de tal declaração colidir com as provas que constam no processo.

h) as gratificações recebidas pelo impugnante foram declaradas em sua DIRPF, como rendimentos tributáveis, englobadas no valor total de R$ 2.471.371,58, recebido de Unibanco Asset Management, conforme se verifica à fl. 4, nos levam a concluir que, de fato, está comprovada a origem do depósito efetuado no dia 23/08/2002, no valor de R$ 586.530,42, razão pela qual deve

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

esse valor ser excluído da base de cálculo do imposto de renda lançado por meio do presente auto de infração.

i) o contrato de fls. 464 e 465 comprova origem do depósito no valor de R$ 411.917,59, depositado em 26/08/2002, cujo valor deve, por essa razão, ser excluído da base de cálculo do imposto de renda

5 Recurso Voluntário

Ciente em 14/05/10, o recorrente interpôs, tempestivamente, recurso voluntário, em 15/06/10 (fls. 493-504), repisando os argumentos da impugnação e acrescentando:

a) a instituição UNIBANCO apresentou declaração confirmando ter efetuado a operação de *SWAP* em reais ao invés de dólares, como foi requerido pelo impugnante. Assim, confirmou ter depositado a diferença na conta bancária do recorrente;

b) o fato do Banco (i) não ter declarado na DIRF a transação em questão e (ii) não ter descrito a operação no extrato do Recorrente com a denominação LIQ OPER *SWAP* não desnatura o rendimento auferido pelo Recorrente. Assim, considerando que o próprio banco já reconheceu e identificou a natureza da operação, cabe ao fisco somente questionar o Banco quanto ao fato de tal transação não ter sido objeto de retenção na fonte do imposto de renda, nos termos da legislação aplicável a espécie. Assim, tratando-se de rendimentos tributados diretamente na fonte, não há que se imputar responsabilidade tributária ao recorrente – esse é o entendimento do CARF;

Anexou, por fim, declaração de que Unibanco efetuou operação de *SWAP* com erro e restitui valores ao recorrente (fl. 504).

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

Conselheiro Rafael Pandolfo - Relator

A controvérsia limita-se à comprovação da origem do depósito do valor de R$ 93.877,60, efetuado em 06/08/02.

O recorrente alega que o crédito tem origem em operação de *swap* efetuada com erro pelo UNIBANCO. Explica que a operação foi realizada equivocadamente pelo Banco por uma valor menor que o solicitado pelo recorrente. O erro no procedimento gerou prejuízo ao impugnante, o qual teria sido restituído pelo Banco, conforme declaração à fl. 504.

A 4ª Turma da DRJ/SP2 indeferiu a impugnação, sustentando que o recorrente não trouxe aos autos o contrato da operação de *swap* que comprove sua alegação de que a transação foi realizada e em valor menor do que o requisitado. Segundo a DRJ, mesmo que se admita que o depósito tenha sido feito pelo Unibanco, não ficou comprovado a que título se deu tal depósito. Acrescenta, ainda, que em consulta aos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, constata-se que o UNIBANCO emitiu DIRF relativa a rendimentos auferidos no ano de 2002, decorrentes de operações de *swap*, tendo como beneficiário o impugnante. Contudo, não constam no referido documento operações ocorridas no mês de agosto (fl. 469).

A decisão deve ser reformada, pois seu fundamento revela-se contraditório. Como será demonstrado, a decisão reconhece a veracidade do depósito e do depositante (Unibanco), mas contesta a origem atribuída a "esse depósito", expressamente, pelo Banco depositante, que corrobora as alegações trazidas pelo recorrente. Segundo a decisão: *"ainda que se admita que o depósito tenha sido feito pelo Unibanco, o que é bastante provável, não ficou comprovado a que título se deu tal depósito, fato esse que é um elemento essencial à caracterização da origem do depósito"* (fl. 480) carece de lógica e não se sustenta após análise do caso concreto.

O Unibanco declara, na fl. 461, que a origem do valor questionado é operação de swap efetuada em erro. Ressalte-se, quando a prova apresentada pelo autuado mostrar-se hábil e suficiente ocorre a desconstituição da presunção relativa do art. 42 da Lei n. 9.430/96, transferindo-se, desse modo, ao Fisco o ônus de infirmar a prova apresentada. Caso a Fiscalização não efetue comprovação em contrário, admitem-se como verdadeiras as provas apresentadas pelo contribuinte, desde que sejam aptas e idôneas à constatação da procedência dos depósitos. A expressão utilizada *"bastante provável"* (fl. 480) não é suficiente para desconstituir a declaração apresentada pela instituição bancária. Ademais, tampouco foi requerido procedimento formal capaz de infirmar veracidade da manifestação. Desse modo, declaro comprovada a origem do valor em discussão.

Pois bem. Comprovada a origem, cabe analisar se houve correta tributação do valor autuado. Da análise do documento de fl. 469, o qual foi requerido à Receito Federal pela DRJ, em conjunto com extratos bancários às fls. 26 a 87, depreende-se que o equívoco do banco gerou maiores proporções do que foi relatado, vez que o valor autuado - o qual, como já dito, é fruto da restituição ao recorrente de valores de operação de swap efetuada em erro pelo banco – não foi tributado. Destaque-se que a exigência da DRJ de que os valores deveriam contar em DIRF não se sustenta, uma vez que, se a origem do valor autuado bem como sua

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

tributação estivessem evidentes durante a fiscalização, não haveria então motivação para constituição do auto de infração.

Analisada a origem do valo autuado, oportuna se faz a análise da tributação incidente sobre operações de swap. Antes de referir o mérito, imprescindível se mostra considerar o que são operações de *swap* e qual o regime tributário aplicável a essas operações.

O swap é um mecanismo de troca de índices, que permite ao cliente de uma instituição financeira escolher qual o índice irá remunerar os seus recursos. Através da operação, o cliente estará trocando a rentabilidade original do CDB, pós-fixada em percentuais do CDI, pela rentabilidade do índice escolhido. Ao final do período apura-se a rentabilidade do produto e do índice. Se o índice for maior, o cliente recebe a diferença, se for menor, paga.. A legislação instituiu para os contratos de *swap* o regime tributário dos investimentos de renda fixa, nos termos do art. 36 da Lei n. 9.532/97, veja-se:

> *Art. 36. Os rendimentos decorrentes das operações de swap, de que trata o* **art. 74 da Lei n° 8.981, de 1995**, *passam a ser tributados à mesma alíquota incidente sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa.*
>
> *Parágrafo único. Quando a operação de swap tiver por objeto taxa baseada na remuneração dos depósitos de poupança, esta remuneração será adicionada à base de cálculo do imposto de que trata este artigo.*

Com a edição da Lei n. 9.779/99, os rendimentos obtidos por meio de *swap* passaram a ser retidos na fonte, veja-se:

> *Art. 5º Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à* ***incidência do imposto de renda na fonte, mesmo no caso das operações de cobertura (hedge), realizadas por meio de operações de swap e outras,*** *nos mercados de derivativos.*

A partir de 1º de janeiro de 2005, as operações de *swap* deixaram de ser tributadas pela alíquota dos 20%, ocasião em que foi instituído regime de alíquotas decrescentes proporcionalmente ao seu prazo de duração, nos termos da Lei n. 11.033/04, veja-se:

> *Art. 1º Os rendimentos de que trata o* art. 5º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, *relativamente às aplicações e operações realizadas a partir de 1º de janeiro de 2005, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, às seguintes alíquotas:*
>
> *I - 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de até 180 (cento e oitenta) dias;*
>
> *II - 20% (vinte por cento), em aplicações com prazo de 181 (cento e oitenta e um) dias até 360 (trezentos e sessenta) dias;*
>
> *III - 17,5% (dezessete inteiros e cinco décimos por cento), em aplicações com prazo de 361 (trezentos e sessenta e um) dias até 720 (setecentos e vinte) dias;*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *IV - 15% (quinze por cento), em aplicações com prazo acima de 720 (setecentos e vinte) dias.*

Por fim, o sistema tributário aplicável à retenção na fonte é o de tributação definitiva e exclusiva, conforme redação do art. 773 do RIR/99:

> *Art. 773. O imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável ou pago sobre os ganhos líquidos mensais será (Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, incisos I e II, Lei nº 9.317, de 1996, art. 3º, § 3º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 51):*
>
> *I - deduzido do devido no encerramento de cada período de apuração ou na data da extinção, no caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado;*
>
> ***II - definitivo, no caso de pessoa física e de pessoa jurídica optante pela inscrição no SIMPLES ou isenta.***

Desse modo, a responsabilidade para retenção e recolhimento do tributo é da fonte pagadora. O responsável tributário assume, assim, a sujeição passiva na relação jurídica tributária. Destaque-se que o responsável tributário jamais assume o papel de contribuinte – este sim é o detentor da capacidade contributiva e quem assume a carga econômica do tributo.

O UNIBANCO, ao realizar operação requerida pelo impugnante, cometeu erro no procedimento. Assumindo o equívoco realizado, o Banco efetuou depósito dos rendimentos devidos ao recorrente, no dia 06/08/02 (fl. 69). Contudo, na DIRF não foram declarados rendimentos em operações de *swap* em agosto de 2002. Da análise dos extratos bancários apresentados, ocorreram depósitos fruto de operações de *swap* em 20/06/02 (fl. 50), em 20/09/02 (fl. 66), em 01/10/2002 (fl. 69) e em 11/10/2002 (fl. 70), os quais conferem com a DIRF juntada pela DRJ (fls. 469). Somente os rendimentos declarados foram tributados, de forma que não houve retenção tampouco recolhimento do valor depositado no mês de agosto.

O Parecer Normativo nº 1 de 2002 da Receita Federal esclarece o seguinte:

> *IRRF. RETENÇÃO EXCLUSIVA. RESPONSABILIDADE.*
>
> ***No caso de imposto de renda incidente exclusivamente na fonte, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é da fonte pagadora.***
>
> *IRRF. ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO APURADO PELO CONTRIBUINTE. RESPONSABILIDADE.*
>
> *Quando a incidência na fonte tiver a natureza de antecipação do imposto a ser apurado pelo contribuinte, a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção e recolhimento do imposto extingue-se, no caso de pessoa física, no prazo fixado para a entrega da declaração de ajuste anual, e, no caso de pessoa jurídica, na data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Essa é o entendimento deste conselho, conforme Acórdão nº 2202-002.120 de 06/02/2013, cujo trecho colaciono:

> "*Quando existe previsão de tributação na fonte, a título de antecipação do imposto devido pelo beneficiário dos rendimentos, e a ação fiscal for instaurada após o encerramento do ano calendário ou do período de apuração do fato gerador, incabível a constituição de crédito tributário através do lançamento de imposto de renda na fonte na pessoa jurídica pagadora dos rendimentos. A jurisprudência neste Tribunal é no sentido de que, nesse caso, o rendimento deveria ser tributado pelo beneficiário do rendimento, exigindo-se da fonte pagadora a multa de ofício de forma isolada, prevista no art. 9o da Lei no 10.426, de 2002. Nesse sentido, existem diversos precedentes administrativos:*
>
> > *FALTA DE RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA PELAFONTE PAGADORA IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO VERIFICAÇÃO DA FALTA APÓS ENCERRAMENTO DO PERÍODO DE APURAÇÃO – MULTA ISOLADA PREVISÃO LEGAL Somente com a edição da Medida Provisória nº 16, de 27/12/2001, publicada no D.O.U de 28/12/2001, convertida na Lei nº. 10.426, de 2002 é que passou a existir previsão legal para a cobrança de multa isolada da fonte pagadora pela falta de retenção de imposto de renda sob a sua responsabilidade, quando a constatação da falta ocorre após o encerramento do período de apuração no qual o beneficiário deveria oferecer os rendimentos à tributação. Tal multa será calculada sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida, sem o reajustamento da base de cálculo. (Acórdão no 10616798,de 06/03/2008).*
> >
> > *FALTA DE RETENÇÃO OU RECOLHIMENTO DE IMPOSTODE RENDA PELA FONTE PAGADORA IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO MOMENTODE VERIFICAÇÃO DA FALTA MULTAEXIGIDA DE FORMA ISOLADA PREVISÃO LEGAL Somente com a edição da Medida Provisória nº. 16, de 27/12/2001, publicada no D.O.U de 28/12/2001, convertida naLei nº. 10.426, de 2002, é que passou a existir previsão legal para a cobrança de multa isolada da fonte pagadora, pela falta de retenção ou recolhimento de imposto de renda sob a sua responsabilidade, quando a constatação da falta ocorre após o encerramento do período de apuração no qual o beneficiário deveria oferecer os rendimentos à tributação. (Acórdão no 10421857, de 20/09/2006)*
>
> ***Somente quando se tratar de tributação exclusiva na fonte é que a responsabilidade pelo tributo não retido e não recolhido é da fonte pagadora."***

Desse modo, é responsabilidade exclusiva da fonte pagadora, nos casos de regime de tributação definitivo de Imposto de Renda, o encargo de retenção e de recolhimento do tributo devido. O equívoco da Instituição Bancária resta evidente, tanto na própria operação de swap

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

quanto na sua tributação devida, de modo que o valor autuado não constou em DIRF. Não há como, assim, imputar-se responsabilidade ao recorrente, o que evidencia o claro equívoco de sujeição passiva e legislação aplicada.

Nestes termos, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, cancelando o auto de infração.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 22/03/2013 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 26/03/2013 por NELSON MALLMANN
Impresso em 04/04/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA