



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Recurso n.º : 146.640
Matéria : IRF – ANO: 2004
Recorrentes : 10ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I e BANCO MODAL S/A.
Sessão de : 24 de maio de 2006
Acórdão n.º : 102-47.558

MULTA QUALIFICADA - A penalidade de maior ônus somente pode ser imposta ao sujeito passivo quando efetivamente comprovada a prática de infração, com presença de dolo, fraude ou simulação.

ILEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO - O sujeito passivo da obrigação tributária principal é a pessoa que participou do fato jurídico e dele obteve benefício financeiro de natureza tributável, ou, na qualidade de *responsável tributário*, aquele que praticar a conduta que o subsume à hipótese legal.

Recurso de ofício negado.
Recurso voluntário provido.

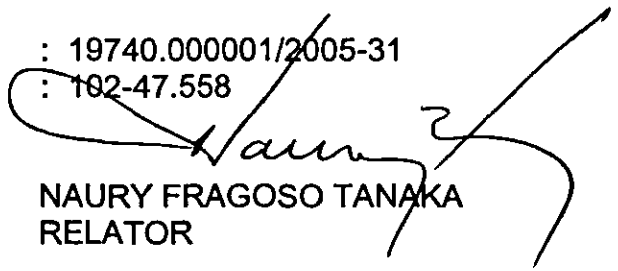
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos de ofício e voluntário interpostos por 10ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I e BANCO MODAL S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e DAR provimento ao recurso de voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Antônio José Praga de Souza e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho que provêm o recurso de ofício e negam provimento ao recurso voluntário.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

1

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558


NAURY FRAGOSO TANAKA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 03 AGO 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM e MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA.

Processo n.º : 19740.000001/2005-31

Acórdão n.º : 102-47.558

Recurso n.º.. : 146.640

Recorrente : 10ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I e BANCO MODAL S/A.

RELATÓRIO

Litígio decorrente do inconformismo do sujeito passivo com a exigência do Imposto de Renda que, segundo as autoridades fiscais, deveria ter recolhimento sob sua responsabilidade, com causa nos resgates de títulos decorrentes das transações de aquisições de Certificados de Depósitos Bancários – CDB e Letras Financeiras do Tesouro - LFT, ocorridas entre diversas pessoas jurídicas e a Vale Trading S/A, antes Vale Couros Trading S/A, títulos que se encontravam em custódia do primeiro.

Antes de passar aos recursos voluntário e de ofício, conveniente alguns esclarecimentos sobre os fatos para facilitar o entendimento e permitir melhor visualizar os contornos da situação.

De acordo com informação contida no Termo de Verificação Fiscal – TVF, de início foi solicitado à fiscalizada os comprovantes de recolhimento do IR-Fonte sobre 160 (cento e sessenta) notas de negociação de títulos pela Vale Trading S/A, doravante apenas Vale. Em resposta a esse pedido, informado sobre a ausência de recolhimento do tributo pela inexistência de rendimentos. Serviram para fundamentar a posição os artigos 728, 729, 731 e 732 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999, e a título de provas, cópias das notas de negociação, planilha contendo as negociações, e cópias de 39 (trinta e nove) Instrumentos Particulares de Cessão de Direitos e Obrigações - IPCDO, fls. 17 a 320, v-I e II.

Complementando as informações, a fiscalizada afirmou que a custódia dos títulos foi transferida das contas “Clientes” das instituições financeiras emitentes para a mesma conta, em sua escrituração, via sistema CETIP¹, sem mudança de titularidade e

¹ Custódia CETIP - A CETIP efetua a custódia de títulos e valores mobiliários de emissão privada, derivativos, títulos emitidos por estados e municípios, ativos utilizados como moeda de privatização e outros

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

de disponibilidade financeira, fl. 322; a mudança de titularidade foi efetivada mediante apresentação dos IPCDO e alteração interna, enquanto a liquidação financeira, por débito em conta-corrente do adquirente. Os resgates teriam sido atendidos pela instituição financeira emitente dos títulos que creditou o montante à instituição custodiante e esta transferiu o numerário para conta-corrente de titularidade do detentor dos títulos, a Vale. O preço praticado seguiu a curva da data de vencimento, conforme explicitado no TVF, fl. 351. Informado, ainda, que a fiscalizada não realizou operações de venda e compra de títulos com a Vale, nem figura como parte nos referidos contratos.

Dos documentos juntados ao processo, possível extrair que a Vale adquiriu junto aos primeiros proprietários todos os títulos objeto da verificação fiscal, mediante os IPCDO, nos quais ajustado um preço líquido de Imposto de Renda.

Segundo as autoridades fiscais, o tributo devido sobre a rentabilidade havida desde o início da colocação dos títulos não foi pago pela interveniente – a custodiante - e em razão dessa falta, lavrado o Auto de Infração para compor o crédito tributário devido. Ainda, de acordo com o TFV, l. 357, v-II, a fiscalizada deveria ter recolhido o tributo na qualidade de responsável tributário porque transferiu a titularidade dos títulos para a Vale, pela mudança de custódia, e o montante dos pagamentos para o beneficiário dos rendimentos. Afirmam as autoridades fiscais que²:

“Não importa que a fiscalizada não tenha produzido o rendimento de cada um dos títulos listados na planilha em anexo. Ao realizar preliminarmente o comando das transferências de custódia e em seguida

títulos de emissão do Tesouro Nacional. A custódia é escritural, feita através do registro eletrônico na conta aberta em nome do titular, onde são depositados os ativos por ele adquiridos. Isso é uma garantia de que os ativos existem, estão registrados em nome do legítimo proprietário e podem ser controlados de forma segregada. Ao utilizarem os serviços de custódia da CETIP, as instituições financeiras podem ter Contas Próprias e Contas de Administração de Custódia de Terceiros. Os diferentes ativos estão sujeitos a normas específicas, relacionadas com o pagamento de juros, dividendos e resgates. Por isso, a CETIP adota procedimentos diferenciados de custódia, que asseguram o tratamento adequado a cada tipo de ativo. A transferência da custódia, integrada aos sistemas de negociação e de registro, é automática e processada de acordo com o conceito DVP – Delivery versus Payment. Pesquisa site Internet da CETIP, <http://www.cetip.com.br/>, 16h13, 27/12/05

² Excerto do TVF, fl. 359.

4



Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

as liquidações financeiras, o Banco Modal S.A. assume, conforme a legislação descrita neste termo, a condição de responsável. Foi por meio da fiscalizada que a Vale Trading S.A. honrou o pactuado nos contratos, ou seja as TED (Transferência Eletrônica Disponível) foram realizados pelo Banco Modal S.A. Em resumo, a instituição financeira fiscalizada, realizou o crédito aos beneficiários finais, é portanto fonte que pagou os rendimentos, mesmo não tendo sido a fonte original que os produziu." (Grifei)

Informam as autoridades fiscais que, após verificação junto aos sistemas informatizados da Administração Tributária, não constatarem o recolhimento do tributo nem pela Vale, nem pela fiscalizada.

A base de cálculo foi reajustada por obediência à norma do artigo 725 do RIR/99⁽³⁾, fl. 358.

Não conformado com a exigência tributária, o sujeito passivo concedeu poderes a Luiz Edmundo Cardoso Barbosa OAB/RJ 20.280 e Carlos André Ribas de Mello, OAB/RJ 95.357, que interpuseram peça impugnatória na qual após exposição detalhada dos fatos e justificativas concluíram pedindo por:

1. Inexistência de pagamento de rendimentos pela pessoa fiscalizada;
2. A cessionária teria retido e recolhido o IR-Fonte sobre o ganho de capital havido na cessão dos títulos pelos cedentes, conforme provas desses fatos juntadas à Impugnação.
3. Inexistência de conluio porque a pessoa da fiscalizada não fora parte nas negociações.
4. A fiscalizada apenas procedera de acordo com as normas a que adstrita em função da custódia e da legislação, e

³ Decreto nº 3.000, de 1999 - RIR/99 - Art. 725. Quando a fonte pagadora assumir o ônus do imposto devido pelo beneficiário, a importância paga, creditada, empregada, remetida ou entregue, será considerada líquida, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto, sobre o qual recairá o imposto, ressalvadas as hipóteses a que se referem os arts. 677 e 703, parágrafo único (Lei nº 4.154, de 1962, art. 5º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 63, § 2º).

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

5. Pedido pela celeridade prevista no artigo 5º, LXXVII da CF/88, com a redação dada pela EC nº 45, de 2004, em função do risco da continuidade das operações decorrente da situação apresentada pelo patrimônio líquido da empresa (negativa) resultante da constituição de provisão para contingências. Como consequência haveria um resgate de títulos dos clientes pela taxa de risco apresentada.

Julgada a lide em primeira instância, decidiu-se pelo provimento parcial à impugnação para desqualificar a penalidade e reduzi-la ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento).

Decorência desse posicionamento e da subsunção à determinação contida no artigo 2º da Portaria nº 375, de 2001, o recurso de ofício.

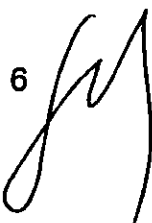
Conhecendo a dita decisão em 6 de abril de 2005, os representantes do sujeito passivo interpuseram, em 5 de maio desse ano, embargos para protestar pela presença de contradição pelo entendimento de que a fiscalizada houvera pago rendimentos ao beneficiário final e falta de observação à busca pela verdade material ao não conter ordem para investigar o pagamento do IR-Fonte pela beneficiária dos rendimentos.

Essa manifestação foi analisada pela Relator oportunidade em que afastados os motivos que a fundamentavam, conforme despacho às fls.736 e 737.

Dado ciência desse posicionamento em 30 de junho de 2005, fl. 738, v-IV, não houve manifestação do sujeito passivo.

O recurso voluntário, interposto tempestivamente, pois conjuntamente com os embargos, conteve as seguintes conclusões e pedidos (sic):

“(i) A RECORRENTE não foi parte nos Instrumentos de Cessão de Direitos e Obrigações, consoante reconheceu o Acórdão ora recorrido;

6 

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão nº : 102-47.558

(ii) O único pagamento ou crédito efetuado pela RECORRENTE foi o correspondente ao resgate das aplicações financeiras cedidas, ocasião em que, utilizando-se do que foi constatado tanto pelo Termo de Verificação Fiscal como pelo Acórdão recorrido, ocorreu **"seu resgate já na titularidade da Cessionária (Vale Trading S/A), em cuja conta-corrente os valores foram integralmente depositados"**;

(iii) Também reconhecem tanto o Termo de Verificação Fiscal como o Acórdão recorrido que **"a empresa Vale Trading teria obtido um fluxo de caixa positivo, uma vez que ela se valeu dos valores dos resgates para pagar aos cedentes valores menores (diminuídos de IRRF) que os resgatados"**;

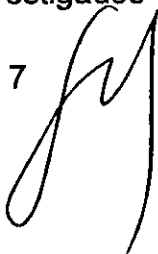
(iv) Logo, está equivocada a decisão recorrida quando atribui à RECORRENTE a qualidade de **"instituição que, embora não seja fonte pagadora original, faça o pagamento ou crédito dos rendimentos ao beneficiário final"**, porque quem efetuou o pagamento aos "Beneficiários Finais" foi a CESSIONÁRIA (Vale Trading S/A), nos termos em que verificado pela Fiscalização e dos exemplos de TED juntados às fls. 441/443;

(v) Para a RECORRENTE, a única pessoa ou entidade que poderia ser considerada **"Beneficiária Final"** seria a CESSIONÁRIA, pois sua obrigação de pagar ou atender a ordem de resgate do valor INTEGRAL das aplicações financeiras que lhe foram cedidas. A partir daí, se a CESSIONÁRIA "sumisse" com estes valores ou deixasse de pagar aos CEDENTES, a quem a decisão recorrida chama de **"Beneficiários Finais"**, nenhuma responsabilidade caberia à RECORRENTE.

(vi) Em verdade, o auto de infração quis atribuir à RECORRENTE, através das incipientes acusações de fraude e conluio – que muito bem foram rechaçadas pelo Acórdão recorrido – uma inédita **"responsabilidade solidária"** por tributos que, pelo menos diante das declarações de compensação apresentadas à RECORRENTE pela CESSIONÁRIA, foram retidos e recolhidos por esta última, ainda que tal compensação esteja sujeita à competente homologação.

(vii) A alegação do Acórdão recorrido de que não haveria prova do oferecimento à tributação dos rendimentos (ganho de capital) pagos pela CESSIONÁRIA aos **"Beneficiários Finais"** (CEDENTES) em nada legitima a grave violência fiscal perpetrada contra a RECORRENTE;

(viii) Primeiro porque, de acordo com o que dispõe o art. 37 da lei nº 9.784/99, estes fatos não poderiam ser postos em dúvida quando há a possibilidade de serem investigados por iniciativa da própria Autoridade

7 

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

Julgadora, seja através da determinação de ofício de realização de diligência para a obtenção de documentos ou informações relacionadas ao sigilo fiscal que somente pode ser feita por quem detem a competência para tanto – a própria Autoridade Julgadora;

(ix) Segundo porque a RECORRENTE, diante da hesitação da Autoridade Julgadora em cumprir com seu mister de buscar a verdade real sobre a ocorrência do fato gerador, logrou obter dos CEDENTES várias declarações que não somente comprovam que os tais rendimentos foram oferecidos à tributação, mas corroboram os fatos e documentos que afirmam que a fonte pagadora dos mesmos foi a CESSIONÁRIA o que no mínimo indicaria a necessidade deste Egrégio Conselho determinar a realização de diligência para, se for o caso, confirmarem estas declarações.

(x) Caso este Egrégio Conselho soberanamente decida pela necessidade de realização de diligência, entende a RECORRENTE que apenas duas perguntas, sem prejuízo de outros esclarecimentos necessários à formação da convicção de V.Sa. e demais Conselheiros, são necessárias: (a) **Qual foi a Fonte Pagadora dos rendimentos auferidos através da cessão das aplicações financeiras?** E (b) **Foram os rendimentos oferecidos à tributação?**

(xi) Por derradeiro, não se mostra razoável exigir um tributo absolutamente desproporcional de quem, "como instituição financeira, cumpre ordens de seus clientes, não lhes cabendo interferir nos negócios deles" ou, em outras palavras, quem apenas agiu dentro da mais absoluta regularidade e normalidade, efetuando o crédito integral dos valores resgatados na conta da CESSIONÁRIA das aplicações financeiras que, posteriormente efetuou o pagamento ou crédito do valor correspondente ao preço ajustado nos IPCDO aos CEDENTES ou Beneficiários Finais das mesmas."

Arrolamento de bens, conforme informado no Despacho de fls. 740 e tela on-line, fl. 734

É o relatório.

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

VOTO

Conselheiro NAURY FRAGOSO TANAKA, Relator

Atendidos os requisitos de admissibilidade da peça recursal, dela conheço e profiro voto.

As infrações identificadas pertencem a uma mesma espécie, ou seja a falta de retenção e recolhimento do tributo pelo pagamento de rendimentos a terceiro por aplicações financeiras, maioria em Certificados de Depósito Bancário – CDB, títulos que estavam em custódia do SP e foram negociados pelos proprietários com a Vale, que efetuou o resgate.

A questão a decidir, então, depende da identificação da pessoa que deveria ter efetuado a retenção e pagamento do tributo incidente sobre os rendimentos.

Antes, porém, de passar a essa análise, conveniente conformar a situação de uma forma ampla, bem assim, o detalhamento dos fatos.

Verifica-se que a Vale, no período de fevereiro a julho de 2004⁽⁴⁾, adquiriu diversos títulos de captação – CDB's – de terceiros e em seguida a cada aquisição efetuou o resgate junto à instituição emitente, por intervenção da custodiante. Conforme citado no TVF, todas essas negociações (160) resultaram pagamento de preço de aquisição superior ao de resgate, ou seja, prejuízos à adquirente, no entanto, o preço de aquisição, líquido de IR, foi inferior ao último citado.

Questiona-se, então: qual motivo teria a Vale para exercer essa prática habitual ? Onde estaria a face lucrativa dessas operações ? Válido lembrar que num

⁴ De acordo com o demonstrativo da base de cálculo e IR Devido, fls. 363 a 364, as transações ocorreram desde 2 de fevereiro de 2004 até 15 de julho desse ano.

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

sistema capitalista⁵ não se negocia para perder, mas para auferir lucros e assim aumentar o capital de referência.

A defesa, com suporte no demonstrativo contido no TVF, supôs, por hipótese, que a vantagem financeira da cessionária seria externada por um fluxo de caixa positivo, dado pela diferença positiva entre o preço de aquisição líquido de IR e aquele correspondente ao de resgate.

Essa explicação, no entanto, destoa da prática de mercado, porque não se repassa alguns milhares de reais para obter, apenas, disponibilidade de caixa, uma vez que mais conveniente poderia ser a captação de recursos por meio de obtenção de empréstimos para capital de giro em instituições financeiras, com taxas menos onerosas.

Em complemento, constatando-se que as transações tiveram esse objeto, externa-se uma prática criminosa de obtenção de financiamento com dinheiro dos cofres da União, pois ilegalmente desenvolvida.

Avançando aos detalhes, externa-se a elevada monta dos prejuízos.

Tomando como exemplo o IPCDO, fls. 215 a 217, v-II, que se encontra acompanhado das Notas de negociação com títulos" nº 10182, 10184 e 10185, fls. 218 a 220, v-II, no qual o cedente foi Globex Utilidades S.A. e o cessionário a Vale, verifica-se que o negócio teve as seguintes características:

⁵ CAPITALISMO - É a denominação dada ao sistema econômico que tem o capital como um dos fatores da produção, mostrando-se o mesmo como um dos elementos predominantes em toda vida econômica em que predomina o capital entre os fatores de produção. É o denominado sistema da livre empresa, em que à iniciativa privada cabe, preferencialmente, a produção econômica. SILVA, Plácido e; FILHO, Nagib Slaibi.; ALVES, Geraldo Magela. Vocabulário Jurídico, 2.ª Ed. Eletrônica, Forense, [2001?] CD ROM. Produzido por Jurid Publicações Eletrônicas

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

1. Os objetos dos negócios foram Certificados de Depósito Bancário – CDB registrados na Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP (instituição destinada a custódias de títulos privados) e custodiados junto à pessoa fiscalizada.

2. O cedente solicitou ao anuente, como custodiante da aplicação, a sua concordância em relação à operação de cessão, pelo cedente ao cessionário, de todos os seus direitos e obrigações decorrentes da operação de CDB, e houve concordância do anuente com tal solicitação.

3. Os valores-base dos CDB's foram: R\$ 4.250.000,00, período de 24/12/2002 a 09/09/2005; R\$ 4.500.000,00, período de 30/12/2002 a 15/09/2005; R\$ 1.800.000,00, período de 16/01/2003 a 27/09/2005.

4. O parâmetro de atualização dos CDB's foi de 102 % ao ano-base de 252 dias uteis.

5. O acordo conteve valor bruto de negociação de R\$ 14.436.017,41 e líquido de Imposto de Renda, de R\$ 13.658.813,94, conforme cláusula segunda, para ser quitada por Transferência Eletrônica Disponível – TED, a ser creditado na conta nº 1475, no Banco Modal S.A. agência 001, de titularidade do cedente, a Globex.

6. A cláusula terceira contém a obrigação do cessionário recolher o IR-Fonte de R\$ 777.203,47 e entregar, no prazo de 9 (nove) dias a contar da data de liquidação, os informes de rendimentos.

As notas de negociação com títulos, antes indicadas, emitidas pelo Banco Modal S.A., e correspondentes ao resgate desses títulos, contêm como objeto os CDB Investcred – 1110, datas de liquidação e da operação, de 29/06/2004, natureza da operação "compra", e as quantidades de 4.250, 4500, e 1800, com valores de R\$ 5.684.884,69, R\$ 6.003.149,98 e R\$ 2.375.543,48, respectivamente, com os campos

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

relativos ao IR-Retido e IOF Retido em branco. A soma desses valores resulta em R\$ 14.063.578,15, que diverge do preço total (no qual incluído o IR) constante do IPCDO, de R\$ 14.436.017,41, com diferença de R\$ 372.439,26.

Tomando os dados do contrato seguinte, juntado às fls. 221 a 224, verifica-se outra diferença entre o preço de negociação e aquele constante das notas de negociação com títulos, fls. 225 a 233, v-II, ou seja, o preço constante do IPCDO foi de R\$ 22.660.915,00, antes do desconto do IR, e de R\$ 21.276.732,76, após, ficando o IR-fonte de R\$ 1.284.183,14 para que o cessionário efetivasse o recolhimento e apresentasse o comprovante no prazo de 9 (nove) dias, enquanto a soma dos preços brutos constantes das notas de negociação com títulos, correspondentes ao contrato totalizam R\$ 21.997.609,37, indicando uma diferença de R\$ 663.305,63.

Essas divergências são explicadas no TVF, no qual esclarecido que o preço constante das notas de negociação com títulos (em quantitativo inferior ao de negociação via IPCDO) correspondeu ao pedido de resgate dos títulos, efetuado sempre em seguida às negociações, fl. 352, v-II,:

"2.6 - Para uma melhor compreensão, a operação descrita pode ser desdobrada em duas. A primeira consiste na cessão (alienação) de cada um dos títulos dos originais aplicadores para a Vale Trading S.A. Em seguida, ocorre o resgate de cada um dos títulos já na titularidade da Trading S.A. Nessa segunda operação a fiscalizada⁶, em resposta à primeira intimação (item 1.3), afirma que não houve fato gerador do imposto de renda nas 160 liquidações/resgates listados, pois o valor pago pela cliente Trading S.A. foi sempre inferior ao estipulado nos IPCDO (preço ajustado entre as partes).

2.7 – No entanto, a renda apurada entre a emissão de cada título e a cessão de cada um dos títulos deixou de ser tributada. Os contratos – IPCDO – discriminam o preço ajustado entre as partes, a renda auferida no papel ou papéis que fazem parte daquela avença e o imposto devido na operação. Ou seja, as partes não negam, nem

⁶ Observe-se que a "fiscalizada" é o Banco Modal SA.

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

omitem que há renda e conseqüentemente imposto a ser devidamente retido e recolhido."

Verifica-se então que a Vale adquiriu os títulos pagando um preço líquido de IR inferior ao de resgate, no entanto, com preço bruto, sempre superior, situação que externa uma situação habitual de "negociar para obter prejuízos".

Melhor externando a situação em comento, considerando apenas os dois primeiros exemplos, o prejuízo sofrido pela Vale seria extremamente significativo, pois de R\$ 1.035.744,89 (soma de R\$ 372.439,26 e R\$ 663.305,63).

Ainda com as mesmas transações por referência, e imaginando que não houvesse o recolhimento do IR-Fonte, haveria, no entanto, uma disponibilidade imediata também extremamente significativa de R\$ 1.125.640,82, dada pela soma das diferenças entre o preço líquido pago e o valor resgatado [(R\$ 14.063.578,15 – R\$ 13.658.813,94)+(R\$ 21.997.609,37- R\$ 21.276.732,76)] ou (R\$ 404.764,21+ R\$ 720.876,61).

Assim, ao adquirir os títulos com preço superior ao de resgate, a Vale estaria agindo na contramão dos negócios financeiros, pois como esclarece Eduardo Fortuna⁷, o comprador de um CDB antes da conclusão de seu prazo normalmente exige um *spread*⁸ para conseguir a liquidez no resgate.

"Mesmo no caso dos CDB existirá, na venda antes do prazo final, uma perda de rentabilidade, já que o comprador, no caso a instituição financeira, exigirá um *spread* ou deságio para gerar a liquidez solicitada pelo vendedor do CDB."

⁷ FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro Produtos e Serviços, 16ª Ed. Rio de Janeiro, Qualitymark Ed., 2005, Pág. 169.

⁸ Spread – 2. Diferença entre o custo de captação de dinheiro por um banco e a taxa de juros por ele cobrada dos tomadores de empréstimos. (...) ou ainda, 4. Em bolsas de valores, a diferença entre o preço pedido e o preço ofertado. HOLLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. Dicionário Aurélio Eletrônico, Século XXI, Ed. versão 3.0, RJ, Nova Fronteira, 1999. CD ROM. Produzido pela Lexikon Informática Ltda.

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

Fechando o parêntese sobre a visão dos fatos em nível amplo e naquele mais detalhado, retorna-se aos demais dados da lide.

Os autores do feito elegeram o sujeito passivo como responsável pela retenção na fonte porque era custodiante e teria efetuado o pagamento do principal e dos rendimentos às cedentes, com fundamento nas normas dos artigos 728 a 733, do RIR/99.

Possível extrair do artigo 733, que o responsável pela retenção do tributo é, ou a pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos rendimentos; (...) ou outras entidades autorizadas pela legislação que, embora não sejam fonte pagadora original, façam o pagamento ou crédito dos rendimentos ao beneficiário final.

As autoridades fiscais tomaram como fundamento para a exigência esta última hipótese, conforme indicado no TVF, fl. 354:

“Para a determinação do responsável, disciplinada no art. 733 acima, é de se ressaltar a abrangência do dispositivo conforme art. 19, parágrafo único, inciso IV da Instrução Normativa SRF nº 25, de 13 de março de 2001:

Art. 19. O imposto de que tratam os arts. 17 e 18 será retido(...)
Parágrafo único. É responsável pela retenção do imposto:

IV – a instituição ou entidade que, **embora não seja fonte pagadora original**, faça o pagamento ou crédito dos rendimentos ao beneficiário final. (...)

3.4 – As operações descritas no item 2 revelam que houve a ocorrência do fato gerador do imposto de renda no momento da cessão de cada um dos negócios realizados entre os originais aplicadores dos títulos e a empresa Vale Trading S.A. e intermediados pela fiscalizada, o Banco Modal S.A.. (...)” (Grifos do autor).

O pagamento efetuado pelo SP é confirmado com a informação prestada em 14 de dezembro de 2004, à fl. 322:

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

“Os resgates foram solicitados às instituições emitentes dos títulos que, através dos sistemas de liquidação e custódia acima mencionados, creditaram os valores à instituição custodiante, no caso o Banco Modal, assim ocorrendo também nos casos de vencimento do prazo de resgates dos papéis. O Banco Modal por sua vez, efetuou o crédito em contas-corrente de titularidade dos detentores dos títulos.”

A responsabilidade foi atribuída ao Banco Modal S.A. porque este teria efetuado o pagamento do principal e do rendimento ao beneficiário.

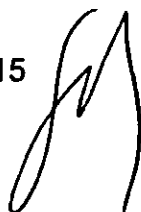
Em sua defesa, o sujeito passivo alega que sua presença nos contratos de venda foi necessária em função da custódia dos títulos encontrar-se sob sua responsabilidade, e que não efetuou os pagamentos, apenas repassou o dinheiro que lhe fora entregue.

Em primeira instância, a interpretação dominante foi a de que o sujeito passivo efetivou o pagamento dos rendimentos e por esse motivo seria o responsável pelo IR-Fonte. Como nessa oportunidade decidiu-se pelo afastamento da qualificação da penalidade e a parte do crédito exonerado superou o limite de alçada, presente também recurso de ofício.

Em síntese, esses os dados de uma análise preliminar e da lide.

Passando à análise dos fatos, conveniente deixar claro o conceito de operação financeira de *renda fixa*, e para esse fim o auxílio dado pela interpretação posta pela Administração Tributária em publicação destinada a sanar dúvidas das pessoas físicas, denominada “IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA - Perguntas e Respostas 2005”, na qual, na pergunta nº 606, o assunto é abordado e o conceito fixado, como segue transcrito:

“606 — Quais são as operações realizadas no mercado de capitais?



Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

No mercado de capitais são negociados títulos, valores mobiliários e ativos financeiros que, de acordo com as características do ativo ou contrato objeto da operação, podem ser classificados em dois grandes segmentos:

1 - Mercado de Renda Variável

Compõe-se de ativos de renda variável, quais sejam, aqueles cuja remuneração ou retorno de capital não pode ser dimensionado no momento da aplicação. São eles as ações, quotas ou quinhões de capital, o ouro, ativo financeiro, e os contratos negociados nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

2 - Mercado de Renda Fixa

Compõe-se de ativos de renda fixa aqueles cuja remuneração ou retorno de capital pode ser dimensionado no momento da aplicação. Os títulos de renda fixa são públicos ou privados, conforme a condição da entidade ou empresa que os emite. Como títulos de renda fixa públicos citam-se as Notas do Tesouro Nacional (NTN), os Bônus do Banco Central (BBC), os Títulos da Dívida Agrária (TDA), bem como os títulos estaduais e municipais. Como títulos de renda fixa privados, aqueles emitidos por instituições ou empresas de direito privado, citam-se as Letras de Câmbio (LC), os Certificados de Depósito Bancário (CDB), os Recibos de Depósito Bancário (RDB) e as Debêntures.

Equiparam-se a operações de renda fixa, para fins de incidência do imposto de renda na fonte, as operações de mútuo e de compra vinculada à revenda, no mercado secundário, tendo por objeto ouro, ativo financeiro, as operações de financiamento, inclusive box, realizadas em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros e as operações de transferência de dívidas, bem como qualquer rendimento auferido pela entrega de recursos a pessoa jurídica (IN SRF nº 25, de 2001, art. 18).⁹

Os requisitos das aplicações de renda fixa são necessários para que não se incluam no campo daquelas de renda variável, subsumidas a outras formas de incidência do tributo.

Desse conceito possível extrair que a aplicação financeira em Certificado de Depósito Bancário – CDB é do tipo denominado “renda fixa”, porque permite conhecer previamente os rendimentos que poderão ser percebidos.

⁹ IMPOSTO DE RENDA – PESSOA FÍSICA - Perguntas e Respostas 2005 – Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, pág. 335.

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

É conveniente também esclarecer que o CDB constitui título emitido pelas instituições financeiras para fins de captar recursos na praça e com eles ter suporte para oferecer empréstimos a terceiros. Nessa linha, esclarece Eduardo Fortuna¹⁰:

“O CDB é um título de crédito, físico ou escritural, e o RDB é um recibo, e sua emissão gera a obrigação das instituições emissoras pagar ao aplicador, ao final do prazo contratado, a remuneração prevista – que será sempre superior ao valor aplicado.

Os recursos captados pelas instituições através desses instrumentos são normalmente repassados aos clientes na forma de empréstimos.”

Com essas características, a tributação das operações com esse tipo de título regem-se pelas normas previstas no RIR/99, no Título II, do Livro III, que trata da Tributação das Operações Financeiras, no Subtítulo I, Mercado de Renda Fixa.

Nesse capítulo, o artigo 727, do RIR/99, que lhe dá início, contém uma reprodução do artigo 51, da lei nº 7.450, de 1985, no qual todos os ganhos e rendimentos de capital, *independente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito*, estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda. Importante ressaltar, também, que o Livro III do RIR/99 trata da tributação na fonte e sobre operações financeiras.

“Art. 727. Estão compreendidos na incidência do imposto todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto (Lei nº 7.450, de 1985, art. 51).”

Essa norma, presente no capítulo I, que trata das “Disposições Gerais” a respeito da tributação das aplicações financeiras, quer significar que a incidência

¹⁰ FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro Produtos e Serviços, 16ª Ed. Rio de Janeiro, Qualitymark Ed., 2005, pág. 169.

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

para este bloco de transações ocorrerá sempre que o negócio real, independente da denominação que lhe seja dada, tenha os mesmos efeitos que aqueles previstos na norma específica.

Para fins da incidência do tributo, o artigo 729, do mesmo RIR, contém norma da qual resultam outros requisitos para a subsunção. Observe-se que o texto legal especifica que a incidência do tributo dar-se-á sobre o rendimento produzido pelo título a partir de 1º de janeiro de 1998, bem assim a alíquota de 20% (vinte por cento).

“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).” (grifei)

O artigo 731, contém informação sobre a constituição da base de cálculo do tributo (IR Fonte), que deve resultar da diferença positiva entre o valor da alienação, líquido do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos ou valores mobiliários – IOF, e o valor da aplicação financeira (lei nº 8.981, de 1995, artigo 65, § 1º).

O conceito de alienação, para esse fim, está contido no artigo 65, § 2º, da lei nº 8.981, de 1995: “§ 2º *Para fins de incidência do imposto de renda na fonte, a alienação compreende qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, resgate, cessão ou repactuação do título ou aplicação.*”

Aplicando a hipótese contida no artigo 731 à situação indicada no início, verifica-se que a AF não descaracterizou as transações consubstanciadas em cada IPCDO, atitude que significa ter havido uma transmissão de propriedade dos títulos na aquisição efetivada pela Vale junto aos primeiros adquirentes, momento em que deveria ter incidido o Imposto, porque considerada a transação como uma *alienação*.

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

Nessas operações, considerando a forma prevista no artigo 732, II, do mesmo RIR, o momento da retenção do tributo seria aquele em confirmada a alienação, ou os pagamentos da Vale para os primeiros adquirentes : *"Art. 732. O imposto de que tratam os arts. 729 e 730 será retido (Lei nº 8.981, de 1995, art. 65, § 7º): (...) II - por ocasião do pagamento dos rendimentos, ou da alienação do título ou da aplicação, nos demais casos"*.

Postos tais esclarecimentos, resta, então, identificar a pessoa que deveria ter retido o tributo.

Seguindo o direcionamento contido no artigo 733, do citado RIR, seria responsável pela retenção ou a pessoa jurídica que efetuou o pagamento, por hipótese, ou a Vale, ou *outras entidades autorizadas pela legislação que, embora não sejam fonte pagadora original, façam o pagamento ou crédito dos rendimentos ao beneficiário final*, por hipótese, ou o Banco Modal S/A.

"Art. 733. É responsável pela retenção do imposto (Decreto-Lei nº 2.394, de 21 de dezembro de 1987, art. 6º, e Lei nº 8.981, de 1995, art. 65, § 8º):

I - a pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos rendimentos;
(...)

III - as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como outras entidades autorizadas pela legislação que, embora não sejam fonte pagadora original, façam o pagamento ou crédito dos rendimentos ao beneficiário final."

O pagamento dessas operações foi efetivado por Transferência Eletrônica Disponível – TED¹¹, mediante débito na conta da cessionária e crédito na

¹¹ "A principal mudança no dia-a-dia dos clientes e usuários do sistema financeiro foi a criação, pela Circular nº 3.115, de 18/04/02, da Transferência Eletrônica Disponível – TED – como uma ordem de transferência de fundos interbancária *on-line real time*, identificada, envolvendo inclusive a transferência por conta de terceiros ou a favor do cliente, e liquidada por intermédio de um sistema de liquidação de transferência de fundos, ficando os correspondentes recursos disponíveis para o

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

pessoa do cedente, enquanto o resgate, também pelo mesmo meio, por transferência dos recursos da instituição financeira emissora dos títulos para o Banco Modal S/A e crédito deste na conta da titular. Como as transações de compra e resgate ocorreram no mesmo dia, a entrega dos recursos correspondentes ao pagamento da Vale para os primeiros adquirentes pode até ter ocorrido em momento posterior ao de resgate.

As autoridades fiscais elegeram o Banco Modal S/A como responsável, porque tomaram-no como a outra entidade autorizada pela legislação que, embora não sendo fonte pagadora original, teria sido a autora do pagamento ou crédito dos rendimentos ao beneficiário. Nessa linha de raciocínio, em qualquer das duas operações consideradas, na cessão para a Vale ou no resgate, o SP seria o mesmo, porque responsável pelo pagamento ou crédito dos valores.

A retenção do tributo pela fonte pagadora, originalmente, deveria ocorrer pela instituição emissora do título ao pagar os rendimentos por ocasião do resgate, porque ela, na forma da lei, corresponderia à *"pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos rendimentos"*, indicada como responsável na forma do artigo 731, I, do RIR/99.

Caso o pagamento fosse efetuado com dinheiro em caixa da própria Vale a retenção na fonte pelo SP deixaria de ter sentido não teria qualquer participação nos pagamentos. No entanto, como custodiante, o SP atuou como interveniente na transação de venda e compra, e como simultaneamente também era entidade

favorecido no mesmo dia. Além disso, a TED também permite o agendamento da transferência para o dia desejado, e a partir de 18/04/04 só elas podem ser utilizadas nas transferências de valores acima de R\$ 5 mil, restando a existência dos Doc apenas para valores abaixo desse valor. Qualquer operação com **cheques de valor acima de R\$ 5 mil** está sujeita a uma cobrança adicional de tarifa, pois as mesmas poderiam ser feitas via TED sem essa cobrança. (...) No que concerne aos investimentos, a grande mudança foi o fim da aplicação no mesmo dia quando feita em cheque, pois não é mais permitida a aplicação no mesmo dia com valores compensáveis e, portanto, ainda sujeitos a bloqueio. A movimentação de valores entre contas correntes para aplicação sempre deve ser feita via TED. Dessa forma, garante-se a aplicação no mesmo dia do valor transferido. Por outro lado, quando solicitado adequadamente, o resgate das aplicações estará disponível no mesmo dia." (grifos do autor) Comentários de Eduardo Fortuna sobre as mudanças ocorridas após a implantação do Sistema de Pagamentos Brasileiro – SPB. FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro Produtos e Serviços, 16ª Ed. Rio de Janeiro, Qualitymark Ed., 2005, págs. 771 e 772.

Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

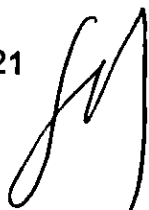
financeira, tinha conhecimento que a transferência efetuada era para fins de pagar a “teórica” aquisição, situação que a coloca no papel da “pessoa jurídica que, embora não sendo a fonte pagadora, efetue o pagamento”.

Tendo o cedente alienado os títulos que possuía, deveria fornecer as NNT à Vale, ou o documento comprobatório da aplicação, na forma do artigo 728, do RIR/99, para que esta efetivasse o pagamento e a retenção do IRF. Ocorre que as retenções foram feitas pela Vale, mas não recolhidas aos cofres da União, conforme constatado pelas AF.

Então, por raciocínio dedutivo, concluíram as AF que embora não tendo produzido o rendimento dos títulos, o SP realizou o comando de transferências de custódia e as liquidações financeiras, subsumindo-se à hipótese prevista no artigo 733, III, parte final deste último, do RIR/99.

A situação fática poderia externar um conluio entre funcionário do SP, a Vale e os cedentes, uma vez que, a princípio, esse tipo de negócio seria suspeito, porque contrário à prática de negociação desses títulos na qual o comprador exige um *spread* (deságio) para fins de manter a rentabilidade da aquisição no resgate ou venda futura. Assim, para que os primeiros negócios fossem efetivados, haveria uma garantia dada pelo SP, o custodiante, de que a Vale honraria os compromissos contratados pelos IPCDO, que poderia até ser, supondo que a Vale não dispusesse dos montantes envolvidos, a evidência de disponibilidade do dinheiro do resgate antes do pagamento ao cedente, ou o crédito ao cedente, via TED previamente à assinatura dos contratos, isso nas primeiras negociações, uma vez que as seguintes, teriam, além da garantia do SP, os exemplos de cumprimento da obrigação pela Vale dados pelos cedentes anteriores.

Ocorre que essa teórica situação fática não se encontra demonstrada no processo, e a AF conformou a responsabilidade por força da transferência de numerário pelo SP: *“Não importa que a fiscalizada não tenha produzido o rendimento*



Processo n.º : 19740.000001/2005-31
Acórdão n.º : 102-47.558

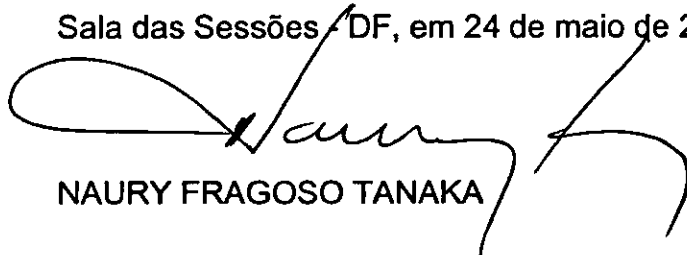
*de cada um dos títulos listados na planilha em anexo. Ao realizar preliminarmente o comando das transferências de custódia e em seguida as liquidações financeiras, o Banco Modal S.A. assume, conforme a legislação descrita neste termo, a condição de responsável*¹². Essa atitude, no entanto, não se presta para impor a responsabilidade ao SP, porque constitui ação normal de uma instituição financeira cumpridora de uma ordem do correntista. A TED nada mais é do que uma ordem bancária da pessoa que tem a disponibilidade financeira à instituição de referência para que transfira importâncias superiores a R\$ 5.000,00, conforme já explicitado¹³.

Sob outra perspectiva, as AF afirmam no TVF, fls. 359, que o SP *“realizou o crédito aos beneficiários finais, é portanto fonte que pagou os rendimentos mesmo não tendo sido a fonte original que os produziu”*, no entanto, o pagamento dos rendimentos ao beneficiário final implicaria em IRF nulo, uma vez que os negócios anteriores não foram tidos como ineficazes, fato que proporciona custo da aplicação o valor da negociação anterior, nesta situação, maior que o valor de resgate.

Assim, mesmo possível de externar uma situação de conluio para fins de postergar o pagamento do tributo e de um planejamento tributário, esta realidade concreta não constituiu a fundamentação para a exigência tributária, motivo para que já em primeira instância fosse excluída a qualificação da penalidade.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões / DF, em 24 de maio de 2006.



NAURY FRAGOSO TANAKA

¹² Excerto do TVF, fl. 359.

¹³ Ver nota 11.