



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

**Processo n°** 10980.016931/2008-52  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2202-002.615 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 14 de abril de 2014  
**Matéria** IRF  
**Recorrente** HSBC BANK S.A. - BANCO MÚLTIPLO (SUCESSORA DE LLOYDS  
TSB BANK PLC)  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 09/01/2004 a 10/09/2004

**NULIDADE - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - INEXISTÊNCIA**

As hipóteses de nulidade do procedimento são as elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972, não havendo que se falar em nulidade por outras razões, ainda mais quando o fundamento argüido pelo contribuinte a título de preliminar se confundir com o próprio mérito da questão.

**IRRF. OPERAÇÕES DE RENDA FIXA. BENEFICIÁRIO RESIDENTE NO EXTERIOR. OPERAÇÕES CONJUGADAS.**

Sujeitam-se à incidência de IRRF, à alíquota do 15%, os rendimentos decorrentes de operações de renda fixa, de contribuintes residentes no exterior, inclusive aquelas obtidas por meio de operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como, no mercado de balcão.

Preliminares rejeitadas.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, QUANTO AS PRELIMINARES: Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares. QUANTO AO MÉRITO: Pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rafael Pandolfo, Guilherme Barranco de Souza e Pedro Anan Junior que proviam o recurso. O Conselheiro Pedro Anan

Junior apresentará declaração de voto. Fez sustentação oral pelo contribuinte a Dra. Ana Paula Schincariol Lui Barreto, OAB/SP 157.658.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente em Exercício e Relator

(Assinado digitalmente)

Pedro Anan Junior – Declaração de Voto

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Dayse Fernandes Leite (Substituta Convocada), Rafael Pandolfo, Guilherme Barranco de Souza (Suplente Convocado), Pedro Anan Júnior e Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Suplente Convocado), Antonio Lopo Martinez. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Fabio Brun Goldschmidt.

## Relatório

Em desfavor da Contribuinte, HSBC BANK S.A. - BANCO MÚLTIPLO (SUCESSORA DE LLOYDS TSB BANK PLC), foi lavrado auto de infração do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), relativo a fatos geradores ocorridos no período de 09/01/2004 a 10/09/2004, conforme se vê de fls. 6 a 27, pelo qual se exige a importância de R\$26.483.055,52, a título de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, acrescida de multa de ofício de 75% e juros de mora, em virtude da constatação de insuficiência de recolhimento de imposto incidente sobre remessas de juros ao exterior, no ano calendário 2004.

O procedimento fiscal decorre de representação fiscal encaminhada pela Delegacia Especial de Instituições Financeiras DEINF/ SP a DRF/Curitiba/PR, por meio do processo no 16327.000997/200730, acompanhado de relatório originado no Banco Central do Brasil – BACEN, no qual aquela autarquia aponta indícios de possíveis irregularidades de natureza fiscal na apuração do IRRF sobre remessas de juros ao exterior pelo Lloyds TSB Bank Plc São Paulo.

A ação fiscal encontra-se resumida no Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Ação Fiscal de fls. 28 a 37, do qual importa transcrever o seguinte trecho (fls. 30 a 33).

*Decorreu esse procedimento da constatação de ter havido, naquele período, insuficiência na retenção e recolhimento do IRRF incidente sobre juros remetidos a pessoa jurídica domiciliada no exterior, relativamente a 111 (cento e onze) contratos de cessão de dívida.*

*Segundo consta do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Ação Fiscal, de fls. 28 a 37, tais operações consistiram na concessão de financiamento (Finimp), em moeda estrangeira, a importadores brasileiros, pelo Lloyds TSB Bank PLC — Londres, com a utilização de linha de crédito em ienes japoneses. Concomitantemente, o Lloyds TSB Bank PLC — São Paulo, CNPJ nº 61.383.170/0001-97, recebeu dos importadores quantia equivalente em reais brasileiros e assumiu a dívida destes perante o Lloyds TSB Bank PLC — Londres, sendo realizada, entre as duas instituições financeiras, uma operação de currency swap, na qual o passivo assumido pela primeira (Lloyds — São Paulo) e os direitos creditícios da segunda (Lloyds — Londres) foram indexados em dólares norte-americanos. Tal sistemática é conhecida no mercado financeiro como "operações conjugadas".*

*Afirma a fiscalização que, da maneira como foi montada, a operação objetivou reduzir a tributação do IRRF sobre as remessas de juros à instituição situada no exterior (Lloyds — Londres). Frisa que, sobre a remessa de juros derivada do Finimp, a alíquota do IRRF é de 15 %, enquanto nas remessas*

*relativas às operações de currency swap, a referida alíquota é reduzida a zero (art. 691, IV, do RIR/ 1999).*

*Acrescenta, ainda, que, diante da diferença nas alíquotas, foi oportuno para o Lloyds — São Paulo estruturar a operação de modo que os menores juros (sobre o montante em ienes) remunerassem o contrato de Finimp (alíquota do IRRF de 15 %), e os juros maiores (sobre o montante em dólares norte-americanos) remunerassem a ponta passiva do contrato de currency swap (alíquota do IRRF de 0 %).*

*Conclui que, tratando-se, no caso, de operações conjugadas que permitem a obtenção de rendimentos predeterminados, na forma estabelecida na alínea "a" do § 4º do art. 65 da Lei nº 8.981, de 1995, essas se sujeitam, por equiparação, à tributação incidente sobre as operações financeiras de renda fixa, sendo aplicável a alíquota do IRRF de 15 % prevista no art. 783, § 3º, II, do RIR/1999.*

*O enquadramento legal encontra-se discriminado no respectivo auto de infração, correspondendo o crédito constituído a R\$ 26.483.055,52 de IRRF, multa de ofício de 75 % (setenta e cinco por cento) e juros de mora.*

A seguir se parte do TVF para compreensão dos fatos tributários:

#### *DO MODUS OPERANDI*

*As informações deste tópico foram obtidas no relatório do BACEN, onde vimos que o modus operandi das operações consistiu na concessão de financiamento em moeda estrangeira a importador brasileiro, pelo Lloyds TSB Bank Plc — Londres, com a utilização de linha crédito em ienes japoneses (¥). Concomitantemente, o Lloyds TSB Bank Plc — São Paulo, assumiu esta dívida, mediante o recebimento de quantia equivalente em reais brasileiros (R\$), diretamente do referido importador. Para concluir a operação, os bancos Lloyds TSB Bank Plc — São Paulo e Lloyds TSB Bank Plc — Londres realizaram, no mesmo momento das operações supracitadas, uma operação de currency swap, também denominada troca de moedas a termo, aonde o passivo assumido pelo Lloyds TSB Bank Plc — São Paulo e os direitos creditícios do Lloyds TSB Bank Plc — Londres passaram a ser indexados em dólares norte-americanos.*

*Tal sistemática é conhecida no mercado financeiro como operações conjugadas.*

*Através do exame do modus operandi acima exposto, que envolveu diferentes moedas (reais brasileiros, ienes japoneses e dólares norte-americanos), financiamentos a= importação com simultânea assunção de obrigação pelo banco brasileiro e operações de currency swap, chega-se a um quantum dos encargos tributários incidentes sobre o pagamento de juros ao credor estrangeiro diferente do apurado pela instituição.*

*Mais detalhadamente, os passos das operações conjugadas foram:*

1) Foi firmado contrato (facility letter) de financiamento a importação entre o Lloyds TSB Bank Plc — Londres (credor) e uma empresa brasileira e, através dele, o Lloyds — Plc Londres quitou a dívida junto ao fornecedor estrangeiro, 2 a 4 dias depois de celebrado, enquanto a empresa brasileira se comprometeu a pagar este montante com acréscimo de juros (calculados pelo método linear) a uma taxa consideravelmente baixa (p.ex., 0,12% a.a.), findo o prazo nele previsto (normalmente em torno de 3 anos).

2) A operacionalização do financiamento a importação (FINIMP) foi feita pelo Lloyds — São Paulo, que se responsabilizou pela avaliação da veracidade e análise das informações apresentadas pela empresa brasileira, como notas promissórias, estatuto da sociedade e atas de reuniões. Adicionalmente, o banco assumiu a obrigação de registrar a operação junto ao BACEN, através do Registro de Operação Financeira (ROF).

3) No mesmo dia do desembolso no exterior dos recursos do FINIMP para o fornecedor estrangeiro, foi firmado um contrato de cessão de dívida entre a empresa brasileira e o Lloyds — São Paulo, pelo qual este assumiu todas as obrigações pecuniárias do contrato de FINIMP, isto é, o pagamento do principal, dos juros e do Imposto de Renda incidente sobre a remessa desses juros ao exterior devidos no vencimento.

4) Simultaneamente, a empresa brasileira pagou ao Lloyds São Paulo o montante referente ao contrato de cessão de dívida, sendo este contrato registrado pelo banco junto ao BACEN.

5) Ainda na mesma data foi negociado um contrato de troca de moedas a termo (currency swap) entre o Lloyds São Paulo e o Lloyds Londres.

A operação foi formalizada por meio do sistema internacional de comunicação interbancária, denominado SWIFT (Society of Worldwide Interbank Financial Telecommunication), onde foram discriminados os prazos, montantes e taxas de swap. O contrato começou a vigorar na data de negociação e estabeleceu que o Lloyds — Londres se comprometia a pagar no vencimento da operação o montante em ienes, correspondente à soma do principal (que chamaremos de A), dos juros contratados a pequenas taxas (método linear) e do Imposto de Renda na Fonte (à alíquota de 15%). Este montante (que chamaremos de B) é o valor da posição ativa do contrato de currency swap do Lloyds — São Paulo, que, coincidindo com as condições do contrato de FINIMP, fez com que o Lloyds — São Paulo possuísse ativos e passivos indexados ao iene japonês nos mesmos totais, tendo como contraparte o Lloyds — Londres.

6) Pelo contrato mencionado no passo anterior, o Lloyds — São Paulo, por seu turno, ficou com o ônus de pagar ao Lloyds — Londres o montante em dólares norte americanos resultante da soma do principal — obtido pela conversão do principal em ienes (A) pela taxa de câmbio do iene em relação ao dólar no

*mercado pronto (spot), na data de negociação — e dos juros contratados a taxas bem mais atraentes (da ordem de 5 a até quase 7% a.a.), também calculados pelo método linear e relativos a prazo idêntico ao do contrato referido no passo 1. Importante ressaltar a alíquota de 0% do IRRF para ganhos em tais operações. Este montante (que chamaremos de C) é o valor da posição passiva do contrato de currency swap do Lloyds São Paulo.*

*7) Normalmente um dia antes do vencimento do contrato de FINIMP, como é prática usual no mercado de câmbio (adiante tratamos da base legal desta regra), foram liquidados os contratos de câmbio para encerramento desta operação, sendo repassados ao Lloyds — Londres o valor do principal (em ienes) do contrato de FINIMP mais os juros (em ienes) de pequena monta sobre eles incidentes. Para tanto, obedecendo regras do BACEN, foram firmados contratos de câmbio distintos para as duas remessas (principal e juros).*

*8) No mesmo dia de liquidação da operação de FINIMP, foi feito um contrato de câmbio referente à operação de currency swap, liquidada no vencimento do FINIMP, ou seja, no dia seguinte (como já exposto, usualmente o câmbio é fechado no dia anterior ao do vencimento). A liquidação da currency swap — como é a praxe do mercado — deu-se pela diferença entre a posição ativa (B), indexada em ienes e convertida em dólares pela cotação do dia de fechamento do câmbio, e a posição passiva (C), valor em dólares norte-americanos pactuado no início da operação.*

#### *DA ANÁLISE DAS INFORMAÇÕES*

*No caput dos contratos (facility letter) está disposto que a modalidade do crédito é enquadrada como financiamento à importação, fazendo menção, inclusive, à Circular BACEN nº 2.731, de 13/12/1996. Esta Circular prevê que tal modalidade de financiamento destina-se à aquisição de bens e serviços, para pagamento em prazo superior a 360 dias. Como os facility letter seguem um padrão, encontra-se habitualmente em sua cláusula 4ª o propósito do contrato que, via de regra, refere-se à aquisição de máquinas ou de equipamentos.*

*Assim, verifica-se a ocorrência de desvio do propósito dos recursos provenientes do FINIMP, uma vez que o Lloyds — Londres fez o pagamento ao fornecedor estrangeiro da empresa brasileira no mesmo dia em que esta assinou um contrato de cessão de dívida com o Lloyds — São Paulo, pagando a este o valor equivalente às mercadorias importadas. Desta forma, como ambos os pagamentos foram realizados na mesma data, a operação fica caracterizada como uma compra à vista. Adicionalmente, os recursos provenientes do FINIMP têm a finalidade de financiar empresas brasileiras facilitando-lhes a importação de equipamentos, máquinas ou serviços. O que se observou, nos fatos presentes, é que, por meio de uma operação estruturada, foi "construído" um financiamento à importação, em que nem o exportador nem o importador foram financiados.*

*O dinheiro do FINIMP ficou à disposição do Lloyds — São Paulo, caracterizando a operação como uma captação de*

*recursos no mercado interbancário internacional entre instituições do mesmo conglomerado financeiro. A taxa de juros incidente sobre o FINIMP e sobre a posição ativa do contrato de currency swap, ambos indexados em ienes, foi convenientemente estruturada de modo a ser inferior à taxa interbancária internacional em dólares norte americanos.*

*Da maneira como foi montada, a operação objetivou reduzir a tributação do Imposto de Renda sobre as remessas de juros à instituição situada no exterior (Lloyds — Londres). Para melhor entendimento, deve-se frisar que sobre a remessa de juros derivada do FINIMP a alíquota do Imposto de Renda na Fonte é de 15% (art. 783, § 3º, inc. II, do RIR/99), enquanto nas remessas relativas às operações de currency swap a referida alíquota é reduzida a 0% (art. 691, inc. IV, do RIR/99). Diante da diferença nas alíquotas, foi oportuno para o Lloyds São Paulo estruturar a operação de modo que os menores juros (sobre o montante em ienes) remunerassem o contrato de FINIMP (alíquota do IRF de 15%) e os juros maiores (sobre o montante em dólares norte-americanos) remunerassem a ponta passiva do contrato de currency swap (alíquota do IRF de 0%).*

*Analisando individualmente as 111 operações objeto desta fiscalização, e de posse dos documentos fornecidos pelo HSBC à Delegacia Especial de Instituições Financeiras — DEINF/SÃO PAULO e por esta repassados à DRF CURITIBA na representação fiscal contida no processo no 16327.000997/200730, verificamos que, nas condições em que foram estruturadas, o Imposto de Renda na Fonte pago por esse banco representou desde algo próximo a 4% até, no máximo, pouco mais de 25% do valor que deveria ser recolhido. Considerando-se o total de operações, esta média foi da ordem de 8,5%. Ou, em outras palavras, o imposto devido era 12 vezes superior ao efetivamente pago.*

*Desta forma, foram confirmados os indícios apontados no relatório do BACEN de que o Lloyds TSB Bank Plc São Paulo estruturou as operações acima mencionadas de modo a reduzir o Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre a remessa dos juros enviados ao exterior (Lloyds TSB Bank Plc — Londres)*

Cientificada da pretensão fazendária em **27/11/2008** (fls. 20), a tempo, em 23/12/2008, apresenta a autuada impugnação de fls. 78 a 130, nela argumentando, em síntese:

*a) que, preliminarmente, é nulo o auto de infração por:*

- falta de motivação à autuação (o auto decorre exclusivamente de presunção);*
- indevida presunção fiscal (não foi apresentada qualquer prova);*
- prova emprestada (único fundamento da autuação foi o relatório do Banco Central, o qual não foi juntado aos autos);*

- erro de tipificação infracional (falta de subsunção dos fatos à norma);

- aplicação de taxa incorreta (taxa de paridade equivocada);

b) que, no mérito, as operações de financiamento à importação (Finimp) combinadas com as de currency swap, praticadas pela impugnante, não se subsumem à norma geral e abstrata prevista no art. 65, § 4º "a", da Lei nº 8.981, de 1995 (operações conjugadas que permitem a obtenção de rendimentos predeterminados);

c) que falta a essa norma a plena eficácia para sua aplicação, pela necessidade de edição de ato normativo pelo órgão competente;

d) que as operações de financiamento à importação (Finimp) são típicas operações de renda fixa, já que a remuneração prevista nessa operação já era determinada no momento da sua celebração;

e) que as operações de swap, também praticadas pela impugnante, são operações de renda variável, porquanto estão sujeitas à imprevisibilidade, não se sabendo, previamente, quem ganhará, ou perderá, posto que a variação dos preços, no curso do período do contrato, é absolutamente incerta;

f) que as operações conjugadas que permitem a obtenção de rendimentos predeterminados (renda fixa) decorrem da conjunção de duas ou mais operações de renda variável;

g) que duas ou mais operações somente poderão ser consideradas como conjugadas, se possuírem a natureza de renda variável;

h) que, no caso, praticou operações essencialmente de renda fixa (financiamento à importação) e de renda variável (swap, para fins de hedge), sendo impossível, portanto, equiparar essas operações às aplicações financeiras de renda fixa;

i) que não é possível a predeterminação dos rendimentos nas operações de currency swap realizadas pela impugnante, condição para a aplicabilidade do art. 65, § 4º alínea "a", da Lei nº 8.981, de 1995;

j) que o fato de se prever taxas fixas nas pontas passiva e ativa do currency swap não implica afirmar que o rendimento seja pré-fixado;

k) que a exigência fiscal do reajustamento da base de cálculo do IRRF, 40 cumulada com a multa de ofício imposta, ofende vários princípios tributários, o conceito de tributo, e os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, além de possuírem nítido caráter confiscatório;

l) que a fiscalização utilizou, para conversão de ienes em dólares, a taxa de paridade entre tais moedas na data da celebração do contrato;

m) que a taxa de paridade correta a ser utilizada é aquela do momento da liquidação do contrato de currency swap, com a qual se obtém o valor a ser remetido pela diferença entre a posição ativa (indexada em ienes) e a posição passiva (indexada em dólares);

n) que não cabe Representação Fiscal para Fins Penais, no presente caso, pela inexistência de exigência de multa qualificada; e

o) que é ilegal e inconstitucional a aplicação da taxa Selic, em face de sua natureza remuneratória.

A DRJ ao apreciar as razões do interessado, julgou a impugnação improcedente nos termos da ementa a seguir:

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Período de apuração: 09/01/2004 a 10/09/2004*

*AUTO DE INFRAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE. DESCABIMENTO.*

*Só se pode cogitar de declaração de nulidade de auto de infração quando for, esse auto, lavrado por pessoa incompetente.*

*IMPUGNAÇÃO. REAJUSTAMENTO DE BASE DE CÁLCULO DO IRRF. MULTA DE OFÍCIO APLICADA. TAXA DE JUROS SELIC. ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE, ILEGALIDADE, ARBITRARIEDADE OU INJUSTIÇA. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR.*

*Não compete à autoridade administrativa a apreciação de arguições de inconstitucionalidade, ilegalidade, arbitrariedade ou injustiça de atos legais e infralegais legitimamente inseridos no ordenamento jurídico nacional.*

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

*Período de apuração: 09/01/2004 a 10/09/2004*

*OPERAÇÕES CONJUGADAS. RENDIMENTOS PREDETERMINADOS. TRIBUTAÇÃO.*

*Para efeito de tributação, sujeitam-se à incidência do IRRF aplicável aos rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa as operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Período de apuração: 09/01/2004 a 10/09/2004*

*JUROS DE MORA. TAXA SELIC.*

*Cobram-se juros de mora com a aplicação da taxa Selic por expressa determinação legal.*

*Lançamento Procedente*

Insatisfeito, o interessado interpõe recurso voluntário, onde reitera as razões da impugnação.

- da falta de motivação à autuação (o auto decorre exclusivamente de presunção), uma vez que não definiu o que seria “operações conjugadas”;

- da indevida presunção fiscal (não foi apresentada qualquer prova), na medida em que baseou a autuação em meras conjecturas, indícios e intuições, que positivamente não são meios de prova;

- da prova emprestada (único fundamento da autuação foi o relatório do Banco Central, o qual não foi juntado aos autos), acrescentando que em nenhum momento aquela instituição teria demonstrado a existência de operações conjugadas ou mesmo a obtenção de rendimentos predeterminados;

- do erro de tipificação infracional (falta de subsunção dos fatos à norma), indicando que não é possível a autoridade julgadora inovar o lançamento trazendo fatos novos.

- Sustenta que (fls. 188 e 196):

*“...a decisão recorrida percebendo a alegada ausência de motivação da fiscalização, causada pela ausência de definições acerca da conduta imputada, pretendeu suprir tal lacuna, de forma a motivar a autuação.” (fl. 188).*

*Ocorre que, ao agir assim, a decisão recorrida, em verdade, efetuou novo lançamento, o que não se pode admitir, conforme será demonstrado posteriormente nesse Recurso.*

[...]

*Tanto isso é verdade, que a decisão recorrida, percebendo que os fatos fiscalizados haviam sido tão somente narrados, porém sem provas ou demonstrações, elaborou algumas tabelas, pretendendo elevá-las ao nível de provas suficientes da ocorrência da operação conjugada.*

*Assim, acerta a decisão quando reconhece a presunção praticada pelo Sr. Fiscal, mas erra ao tentar suprimi-la com a elaboração de tabelas, vez que, conforme será melhor exposto abaixo, ao proceder assim, em verdade, efetuou novo lançamento, o que não pode ser admitido.*

*Ademais, registre-se, desde já, que as tabelas elaboradas não servem à completa demonstração das operações, pois não refletem os efeitos financeiros das supostas operações "conjugadas" mas sim de operação praticada com a finalidade de hedge, conforme será melhor detalhado no decorrer desse Recurso.*

*Ante o exposto, em razão: das indevidas presunções firmadas pelo Sr. Auditor Fiscal, destituídas das provas necessárias para infirmá-las, aguarda o Recorrente que esse E. Conselho reforme*

*a decisão recorrida e cancele, também por esse motivo, o auto de infração originário do presente processo administrativo.*

- que, no mérito, as operações de financiamento à importação (Finimp) combinadas com as de *currency swap*, praticadas pela impugnante, não se subsumem à norma geral e abstrata prevista no art. 65, § 4º "a", da Lei nº 8.981, de 1995 (operações conjugadas que permitem a obtenção de rendimentos predeterminados);

- que falta a essa norma a plena eficácia para sua aplicação, pela necessidade de edição de ato normativo pelo órgão competente que defina o que bem a ser uma "operação conjugada";

- que as operações de financiamento à importação (Finimp) são típicas operações de renda fixa, já que a remuneração prevista nessa operação já era determinada no momento da sua celebração;

- que as operações de swap, também praticadas pela impugnante, são operações de renda variável, porquanto estão sujeitas à imprevisibilidade, não se sabendo, previamente, quem ganhará, ou perderá, posto que a variação dos preços, no curso do período do contrato, é absolutamente incerta;

- que as operações conjugadas que permitem a obtenção de rendimentos predeterminados (renda fixa) decorrem da conjunção de duas ou mais operações de renda variável;

- que duas ou mais operações somente poderão ser consideradas como conjugadas, se possuírem a natureza de renda variável;

- que, no caso, praticou operações essencialmente de renda fixa (financiamento à importação) e de renda variável (swap, para fins de hedge), sendo impossível, portanto, equiparar essas operações às aplicações financeiras de renda fixa;

- que não é possível a predeterminação dos rendimentos nas operações de *currency swap* realizadas pela impugnante, condição para a aplicabilidade do art. 65, § 4º alínea "a", da Lei nº 8.981, de 1995;

- que o fato de se prever taxas fixas nas pontas passiva e ativa do *currency swap* não implica afirmar que o rendimento seja pré-fixado;

- que a exigência fiscal do reajustamento da base de cálculo do IRRF, 40 cumulada com a multa de ofício imposta, ofende vários princípios tributários, o conceito de tributo, e os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, além de possuírem nítido caráter confiscatório;

- que a fiscalização utilizou, para conversão de ienes em dólares, a taxa de paridade entre tais moedas na data da celebração do contrato, - aplicação de taxa incorreta (taxa de paridade equivocada);

- que a taxa de paridade correta a ser utilizada é aquela do momento da liquidação do contrato de *currency swap*, com a qual se obtém o valor a ser remetido pela diferença entre a posição ativa (indexada em ienes) e a posição passiva (indexada em dólares);

- No que tange à aplicação de taxas incorretas, afirma que (fls. 246):

*Diferente do que entendeu a decisão recorrida às fls. 170, não se está a discutir neste item se as taxas de conversão, de forma absoluta, estão corretas, mas se foram aplicadas as taxas corretas, tendo em vista que deveriam ter sido utilizadas aquelas definidas no momento da liquidação.*

*Ou seja, a alegação de que as taxas utilizadas foram as fornecidas pelo HSBC não serve ao afastamento das razões aqui expostas, pois o Banco forneceu as taxas de conversão do período, cabendo à fiscalização determinar quais deveriam ter sido utilizadas para formação da base tributável, conforme será abaixo demonstrado.*

*Com efeito, verifica-se da análise do "Demonstrativo de Apuração do IRRF", anexo ao auto de infração, que a D. Fiscalização utilizou, para conversão de ienes em dólares, a taxa de paridade entre tais moedas na data da celebração do contrato.*

*Contudo, a taxa de paridade correta a ser utilizada é aquela do momento da liquidação do contrato de currency swap, com a qual se obtém o valor a ser remetido pela diferença entre a posição ativa (indexada em ienes) e a posição passiva (indexada em dólares).[...]*

- que é ilegal e inconstitucional a aplicação da taxa Selic, em face de sua natureza remuneratória.

- que é ilegal a cobrança de juros sobre a multa.

Em sessão de 19/02/2013, esta turma decidiu converter o processo em diligência para que fosse providenciada a juntada aos autos do relatório do BACEN e demais documentos que embasaram o lançamento que julgar necessários. Indicando que antes da devolução o recorrente deve ser cientificado do relatório elaborado pela fiscalização para que se manifeste, se assim o desejar.

O documentos solicitados foram juntados das fls. 400 a 512.

O recorrente se manifesta sobre os referidos documentos às fls. 517 a 522. Indicando que a questão nesse autos é idêntica àquela que já teria sido analisada no Processo Administrativo nº. 16327001082/2007-41, foi proferido o Acórdão No. 2202-00.172, no qual foi dado provimento ao recurso.

Destaca que na decisão do Ilustre Conselheiro Pedro Anan, as operações realizadas pelo recorrente não podem ser consideradas como operações conjugadas, uma vez que não se tratam de operações de bolsa de valores, de mercadorias e futuro ou mercado de balcão e assemelhado. Indicando serem três operações distintas que devem ter tratamento jurídico distinto.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Como se colhe da extensa descrição dos fatos da autuação e do relatório, o que se discute neste processo é a validade para efeitos fiscais das operações realizadas pela Recorrente, que implicaram, do ponto de vista da autuação, na redução indevida do imposto devido sobre a remessa de rendimentos ao exterior, ou, por outro ângulo, o acerto ou não do entendimento da Fiscalização que entendeu que os operações realizadas de financiamento e cessão de crédito, acompanhada de Currency Swap, seria um artifício usado pela Recorrente mediante operação conjugada, que garantiria ao mesmo um rendimento predeterminado.

### Da Nulidade do Auto de Infração

Argui a recorrente, preliminarmente, a nulidade do auto de infração por diversos motivos.

Estatuem os arts. 59, caput e I, e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 - Processo Administrativo Fiscal (PAF):

*Art. 59. São nulos:*

*I - os atos e termos lavrados or pessoa incompetente;*

*Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.*

Pelo acima transcrito, é de se considerar que só se pode cogitar de declaração de nulidade de auto de infração quando for, esse auto, lavrado por pessoa incompetente. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio (art. 60 do PAF).

Não há como acolher o argumento de que falta de motivação à autuação. O termo de verificação detalha as razões pelas quais o recorrente está sendo autuado.

As provas foram devidamente coletadas no processo, e o instruem de modo oportuno. Ainda que se tenha tido como ponto de partida o relatório do Banco Central, no caso concreto a fiscalização promoveu as devidas diligências para apurar a base de cálculo. O

relatório do Banco Central era genérico, coube a fiscalização apurar em detalhes quais as operações objeto do lançamento.

Não se verifica também o erro de tipificação infracional (falta de subsunção dos fatos à norma). Na realidade o TVF procura explicar detalhadamente o critério material de ocorrência da hipótese de incidência.

Posto isso, rejeito tal preliminar de nulidade.

### **Da Operações Conjugadas, Rendimento Predeterminado e Mercado de Balcão**

As operações conjugadas seriam aquelas praticadas de forma simultânea entre as mesmas partes intervenientes. Entretanto, as operações conjugadas podem ser qualificadas como de renda fixa, independentemente dos instrumentos utilizados, se permitirem a obtenção de rendimentos predeterminados, ou ser enquadradas como de renda variável, se não. As operações conjugadas caracterizadas pela realização simultânea de duas ou mais operações com características diferentes, por uma mesma instituição que, em conjunto, permitem a obtenção de um resultado desejado, que pode ser conhecido ou não desde o início da operação.

A operações de renda fixa se caracterizam por possuírem regras definidas de remuneração. Isto é, são aqueles operações cujo rendimento é conhecido previamente (juro prefixado) e/ou que depende de indexadores (taxa de câmbio ou de inflação, taxa de juros, etc.). Desse modo, operações de renda fixa não significa que a rentabilidade não varie. Estas oscilações ocorrem em função das variações da cotação do título no mercado financeiro e/ou do indexador, no caso de títulos com rentabilidade pós-fixadas ou dependentes da variação cambial.

Nas operações de renda fixa você sabe quando e quanto receberá (pré-fixado ou indexado, independentemente o cálculo é previamente determinado). Já nas operações de renda variável não existe uma fórmula de rentabilidade pré-estabelecida, tudo dependerá dos valores de mercado do ativo ou passivo financeiro.

**No caso, a autuada e sua matriz são contrapartes do Finimp e, ao mesmo tempo, contrapartes da operação de currency swap, que é negociada concomitantemente com aquele financiamento, e nos mesmos valores e datas.**

**Conforme relatado, tais operações consistiram na concessão de financiamento (Finimp), em moeda estrangeira, a importadores brasileiros, pelo Lloyds TSB Bank PLC — Londres, com a utilização de linha de crédito em ienes japoneses. Concomitantemente, o Lloyds TSB Bank PLC — São Paulo, recebeu dos importadores quantia equivalente em reais brasileiros e assumiu a dívida destes perante o Lloyds TSB Bank PLC — Londres, sendo realizada, entre as duas instituições financeiras, uma operação de currency swap, na qual o passivo assumido pela primeira (Lloyds — São Paulo) e os direitos creditícios da segunda (Lloyds — Londres) foram indexados em dólares norte-americanos. Tal sistemática é enquadrada-se perfeitamente na definição de "operações conjugadas".**

Para elucidar a natureza da operação extrai-se do relatório do Banco Central no geral como eram feitas essa operação. O exemplo que se apresenta se refere a contra vencido em 2001 da Empresa Embraer Brasileira de Aeronáutica S.A. Reconhece-e que não

engloba o período em análise mas as operações são as mesmas em 2004, tal como reconhece o próprio recorrente( fls 417 a 419):

52. Logo, verificamos a ocorrência de desvio do propósito dos recursos provenientes do FINIMP, pois em 15.2.2000, o PLC-LONDRES realizou pagamento ao fornecedor estrangeiro para liquidação das obrigações que a EMBRAER possuía com o fornecedor estrangeiro (FINIMP). No dia anterior (14.2.2000), a EMBRAER e o LLOYDS-SA, já haviam firmado contrato de cessão de dívida, no qual a EMBRAER realizou pagamento, em *quantum* equivalente as mercadorias importadas, ao LLOYDS-SA (cessão de dívida), evidenciando o verdadeiro propósito. Desta maneira, a operação deve então ser entendida como uma compra à vista, pois a EMBRAER efetuou o pagamento ao LLOYDS-SA no mesmo dia em que PLC-LONDRES realizou pagamento ao fornecedor estrangeiro.

53. Os recursos provenientes do FINIMP ficaram a disposição do LLOYDS-SA, que posteriormente os transferiu ao PLC-SÃO PAULO através de outro contrato de cessão de dívida, caracterizando a operação como uma captação de recursos no mercado interbancário internacional, entre instituições financeiras do mesmo conglomerado financeiro (PLC-SÃO PAULO e PLC-LONDRES).

54. A taxa de juros (0,53%a.a.), incidentes sobre o FINIMP e sobre a posição ativa do contrato de *currency swap*, ambos indexados em ienes é inferior às taxas interbancárias internacionais em dólares norte-americanos (5,63%a.a.). A operação, da maneira como foi estruturada, objetivou reduzir a incidência tributária do Imposto de Renda sobre as remessas de juros remetidas à instituição financeira residente no exterior (PLC-LONDRES).

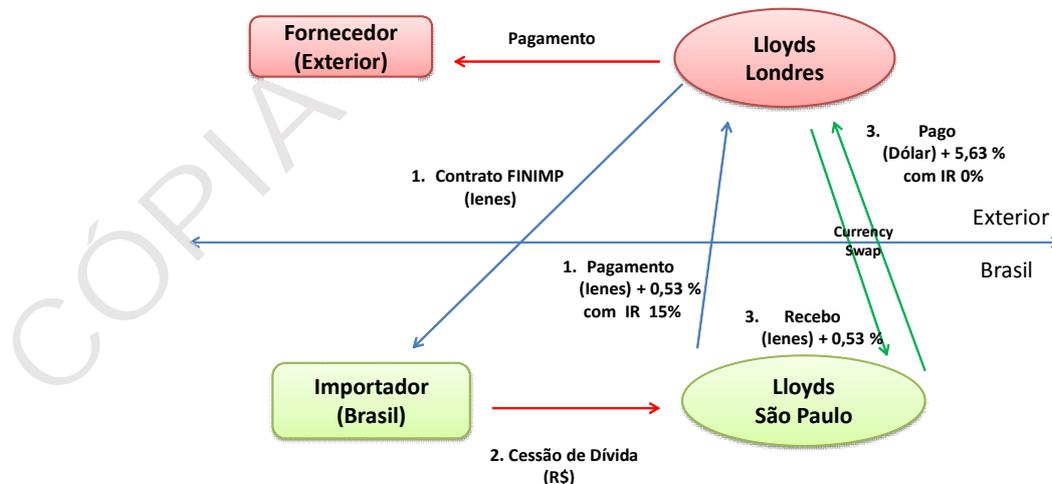
55. Havendo diferença de alíquotas sobre as operações, foi conveniente para a instituição financeira (PLC-SÃO PAULO) estruturar a operação de forma que os menores juros (0,53% a. sobre o montante em ienes) remunerasse a operação de FINIMP, cuja alíquota de IRRF é 15%, e os maiores juros (5,63a.a. sobre o montante em dólares norte-americanos) remunerassem a ponta passiva da operação de *currency swap*, cuja alíquota de IRRF é 0%.

56. Caso o PLC-SÃO PAULO tivesse efetuado um empréstimo interbancário internacional nas mesmas condições da operação em tela (5,63%a.a. incidentes sobre principal em dólares norte-americanos), deveria ter sido recolhido, como Imposto de Renda no vencimento (12.8.2002) da operação, montante equivalente a 15% dos juros em dólares-norte americanos (US\$ 437.014,54) que totalizaria US\$ 65.552,18. Este montante convertido pela paridade 2,9964 (fl.96), resulta em R\$ 196.420,55.

57. Nas condições em que foi estruturada a operação, o Imposto de Renda de 15%, incidentes sobre a remessa de juros ao exterior no montante ¥ 4.849.757,00 (fl.91), totalizou o montante de ¥ 727.463,55, que convertido para Reais, pela paridade de R\$/¥ 0,0249098 (fl.91), resultou no valor de R\$ 18.120,97 (fl.93 e 95), recolhido pelo PLC-SÃO PAULO em 12.8.2002, conforme pode ser verificado através do Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF (fl.95) e pelo contrato de câmbio 02/004041 (fl.93).

58. Assim, há indícios de que a instituição financeira PLC-SÃO PAULO estruturou as operações supra mencionadas objetivando o recolhimento a menor do Imposto de Renda, no montante de R\$ 178.299,58 (R\$ 196.420,55 - R\$ 18.120,97), incidente sobre a remessa de juros enviadas ao exterior (PLC-LONDRES).

Esquema gráfico da operação para visualização:



Deve-se apontar os seguinte elementos, comuns nos contratos:

- Não resta dúvida que as operações foram realizadas no ambiente de mercado de balcão, ou seja fora do ambiente de bolsas e sem a presença de leilões e negociação independentes.

- As remessas para o exterior envolviam sempre partes relacionadas, diga-se o Lloyds TSB Bank PLC São Paulo e sua vinculada em Londres.

- As 3 (três) operações mencionadas, embora distintas, eram realizadas concomitantemente, e de modo reiterado. Indicando uma habitualidade na estruturação conjunta das mesmas, tanto que isso despertou a atenção da autoridade monetária e cambial.

- Os documentos presentes nos autos apontam que as três operações eram elaboradas com valores equivalentes, assegurando a vinculação desse valores no financiamento, cessão de direitos e Currency Swap (Iene x Dólar), a única diferença era no tocante as taxas;

- As operações de financiamento envolviam a negociação de taxa irreais fora da prática do mercado. Por exemplo, os contratos de financiamento eram sempre realizado a taxa abaixo do Spread bancário internacional. Essas taxas permitiam na parte dos juros do financiamento o pagamento de um tributo irreal, quando comparado a taxa de juros corrente do mercado.

- Conforme apontado pela Banco Central na realidade as operações de financiamento não tinham propósito, pois não havia na prática um financiamento mais uma compra a vista. Nem o importador ou exportador obtinham qualquer financiamento.

- O instrumento de Currency Swap, com diferentes taxas ativas e passivas, assegurava a remessa a valores daqueles que deveriam ter sido efetuados, permitindo concomitantemente um hedge cambial contra as oscilações do risco de desvalorização.

- O único componente variável está associado ao risco cambial de oscilações do Iene em relação ao dólar que era contornado com o Currency Swaps.

- Urge reiterar que as operação de Currency Swaps eram efetuadas no âmbito do SWIFT, mediante registro eletrônico, entre partes as relacionadas;

- Os rendimentos eram assegurados pela diferença das taxas de juros fixas nas pontas.

**Urge registrar que por definição as operações realizadas no mercado de balcão, conforme Resolução CMN/Bacen nº2873, de 23 de julho de 2001, (art. 1º, §1º, II), são aquelas cuja contração não sejam efetivadas por meio de leilão ou apregoamento. Ou seja, são operações caracterizadas pela ausência de padronização no objeto, prazos e outras condições do contrato, de forma que não é viável sua negociação em apregoamento ou oferta em leilões abertos aos participantes do mercado. E este é o caso dos autos.**

As operações no **SWIFT**, Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication, que se constitui numa rede de comunicação de dados para a transferência eletrônica de fundos, com garantia de segurança, facilitavam a troca de pagamentos e outras mensagens financeiras entre instituições financeiras, incluindo corretoras-mediadoras (brokers-dealers) e firmas de valores em todo o mundo. Uma mensagem de pagamento SWIFT é uma instrução para transferir fundos. A liquidação se realiza subsequentemente em um sistema de pagamento ou por meio das relações de bancos correspondentes, um autentico mercado de balcão virtual.

No que toca ao embasamento legal o art. 778 do RIR/1999, que tem como base legal o art. 78 da Lei nº 8.981, de 1995, sujeita os residentes ou domiciliados no exterior às mesmas normas de tributação pelo imposto de renda previstas para os residentes ou domiciliados no País, em relação, entre outros, aos rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa e aos ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

Por outro lado, o art. 783 do mesmo Regulamento, fundamentado no art. 81 da Lei nº 8.981, de 1995, com a alteração introduzida pelo art. 11 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sujeita os investidores coletivos, nele relacionados, a um Regime Especial de Tributação que estabelece: (a) alíquota de dez por cento, no caso de aplicações nos fundos de investimento em ações, em operações de swap, registradas ou não em bolsa, e nas operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa; (b) alíquota de quinze por cento, nos demais casos, inclusive em operações financeiras de renda fixa, realizadas no mercado de balcão ou em bolsa.

Uma vez que, àquela época, a tributação das operações conjugadas, objeto desta fiscalização., estava regida pelo artigo 65 e parágrafos da mesma Lei nº 8.981, a seguir reproduzidos que, como veremos, em seu § 4º as equiparou às aplicações financeiras de renda fixa. Conclui-se que a alíquota do IRRF a ser aplicada é exatamente a do inciso II do artigo 783 do RIR, ou seja, de 15%. A propósito, esta foi a alíquota usada pelo HSBC no cálculo do imposto pago. A citada transcrição apresenta grifos e negritos nossos e a indicação dos correspondentes artigos do RIR/99, que, por sinal, têm por base o referido ato legal:

*"Art. 65. O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa*

*jurídica isenta, a partir de 1 ° de janeiro de 1995, sujeita-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de dez por cento. (alterado para 15%, a partir de 1 0/01/1996, pelo artigo 11 da Lei n° 9.249, de 26/12/1995 — RIR/99: art. 783, § 311, inciso 11)*

*§ 4 O disposto neste artigo aplica-se também:*

*a) às operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como no mercado de balcão: (RIR/99: artigo 730, inciso 1)*

*§ 5' Em relação às operações de que tratam as alíneas "a" e "b" do § 4º a base de cálculo do imposto será:*

*a) o resultado positivo auferido no encerramento ou liquidação das operações conjugadas; (RIR/99: artigo 731, § 1 11, inciso 1)*

*§ 7º O imposto de que trata este artigo será retido:*

*a) (...)*

*b) por ocasião do pagamento dos rendimentos, ou da alienação do título ou da aplicação, nos demais casos. (RIR/99: artigo 732, inciso 11)*

*§ 8' E responsável pela retenção do imposto a pessoa jurídica que receber os recursos, no caso de operações de transferência de dívidas, e a pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento nos demais casos. (RIR/99: artigo 733, inciso 1)"*

Ante ao exposto, não vejo como deixar de apreciar essas operações como conjugadas. Limitar a análise dos casos concretos, apenas à observância dos aspectos formais dos atos ou negócios jurídicos, de sua conformidade com a letra da lei, data venia, não dá conta de responder à questão da oponibilidade, ou não oponibilidade, ao Fisco desses atos ou negócios jurídicos, que é o cerne da questão de que se cuida neste processo.

No presente caso, o que se tem configurado é que, embora do ponto de vista formal, a Recorrente e sua matriz realizaram três operações, essas três operações foram cuidadosamente combinadas com o propósito de reduzir artificialmente a incidência do imposto sobre remessas de recursos ao exterior. Embora os atos, vistos isoladamente, possam ser considerados como operações regulares, comuns no mercado, vistas em conjunto, na forma como se realizaram neste caso, são impraticáveis entre pessoas não ligadas.

Aliás, nas operações realizadas entre pessoas ligadas é sempre possível se criar uma espécie de mundo artificial em que certos tipos de negócios, inimagináveis de se realizarem entre pessoas não ligadas, são praticados sem dificuldade. E é precisamente o que se tem neste caso.

A forma como as operações foram realizadas neste caso somente se justificam pelo propósito de reduzir artificialmente a tributação. O financiamento efetuado pelo importador não se justifica, desvio de causa no dizer do Banco Central, de tal sorte que a realização de tal operações apresentam-se como totalmente desprovidas de propósito negocial.

### Do Erro nas Taxas de Paridade

Conforme relatado no auto de infração fls. 29 e 30, as informações foram todas fornecidas e atestadas pelo próprio recorrente numa sequência de intimações. A paridade utilizada foi aquela apontada pelo recorrente. De modo que os dados devem ser acolhidos, uma vez que partiram de confirmações do próprio recorrente.

Entretanto, apenas para afastar definitivamente o argumento do recorrente, caso se avance na análise, considerando que esteja certo o recorrente num eventual erro da taxa de paridade. Indica este que a paridade do poder de compra do Iene e Dólar a ser utilizado seria a da data de vencimento do contrato e não a data de celebração do contrato.

Urge registrar que nesse período entre 2001 (data de celebração do contratos) em relação a 2004 (data de vencimento dos contratos) ocorreu uma forte desvalorização do dólar. Em termos práticos a quantidade de ienes para comprar um dólar teriam caído em 2004 em relação a 2001. Nesse contexto, a conversão do contratos em ienes para dólares, resultaria numa maior quantidade de obrigações em dólar, resultado num maior pagamento nominal de juros na data de vencimento, por força do currency swap.

Dólar se desvaloriza perante o Iene → O que faz receber mais juros em Dólar

### Histórico Taxas de Câmbio

Taxas de COMPRA médias semanais @ +/- 0%

DATA: 01 jan 2001 → 31 dez 2004

TAXA INTERBANCÁRIA: +/- 0%

PREÇO: Compra

VALORES: Taxa

PERÍODO: Semanal



➔ [www.oanda.com/currency/historical-rates/](http://www.oanda.com/currency/historical-rates/)

A título de exemplo aprecia-se um dos contratos, tais como foi apurado pela fiscalização nas fls. 43 :

Paridade do Auto de Infração (fl.43)										
Cedente	Linha	Valor Fimp Iene	Valor Fimp Dolar	Paridade Iene/Dol	Data Início Contrato	Data Vencimento	Taxa Juros	juros remetidos R\$	PTAX	Juros Remetidos
Akzo Nobel	10/26/386-6	338.936.975,00	2.885.798,00	117,45	17/04/2001	01/04/2004	6,05%	523.772,34	2,9086	1.523.444,22
Paridade com Desvalorização do Dólar										
Cedente	Linha	Valor Fimp Iene	Valor Fimp Dolar	Paridade Iene/Dol	Data Início Contrato	Data Vencimento	Taxa Juros	juros remetidos R\$	PTAX	Juros Remetidos
Akzo Nobel	10/26/386-6	338.936.975,00	3.186.995,53	106,35	17/04/2001	01/04/2004	6,05%	578.440,78	2,9086	1.682.452,84

Nota-se pela análise que com a valorização do Iene, teria ocorrido um aumento nos juros remetidos ao exterior, o que implicaria na apuração de uma base de cálculo do IRRF, maior e numa diferença apurada maior. Nesse contexto o que pleiteia o recorrente implicaria num agravamento da exigência.

Em suma o demonstrativo de apuração elaborado pela fiscalização, teria subestimado os valores lançados. **Como é inoportuno no processo administrativo o reformatio in pejus, mantém-se o lançamento nos termos emitidos.**

Em conclusão, entendo que o imposto deveria incidir considerando o resultado final da operação, isto é, o fluxo financeiro de juros remetidos ao exterior em conjunto, sob esse aspecto, portanto, a decisão de primeira instância não merece reparos.

#### Da Juros calculado pela Selic

Aplico a Sumula Carf No. 4

*Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

#### Da Incidência de Juros Sobre a Multa de Ofício

Acompanho o entendimento da legalidade da incidência de juros sobre a multa de ofício. Uma análise sistemática dos arts. 113, 139 e 161 do CTN revela que a multa de ofício (penalidade pecuniária), por integrar o crédito tributário, recebe igualmente o acréscimo moratório de juros.

Nestes termos, posiciono-me no sentido de rejeitar as preliminares, e no mérito, negar provimento ao recurso de voluntário.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

## Declaração de Voto

Conselheiro Pedro Anan Junior

O voto do nobre relator conselheiro Antonio Lopo Martinez, está muito bem fundamentado. Apesar das razões e fundamentos que o levaram a chegar a tal conclusão, tenho entendimento diverso do dele em alguns pontos, daí a razão de ter necessidade de elaborar a presente declaração de voto.

Devemos verificar se teria ocorrido ou não por parte do Recorrente recolhimento a menor do IRRF por força das operações por ele praticadas.

Conforme foi bem descrito no Termo de verificação fiscal e no relatório elaborado pelo BACEN o Recorrente teria como efetuado as seguintes operações:

a) financiamento em moeda estrangeira a importador brasileiro, pela matriz do Lloyds Bank em Londres, com a utilização de linha de crédito em ienes japoneses;

b) ato subsequente teria ocorrido a cessão de dívida do importador brasileiro ao Lloyds Bank em São Paulo (SP), que passou a ser devedor da sua matriz em ienes japoneses;

c) operação de *currency swap* (troca de moedas a termo), por meio da qual o passivo assumido pelo Lloyds Bank em São Paulo (SP) e os direitos creditórios do Lloyds Bank em Londres são indexados em dólares norte-americanos

No entendimento da autoridade lançadora teria ocorrido operações conjugadas cuja finalidade era o de reduzir a incidência do IRRF quando da remessa dos recursos para o exterior, pois ao invés de se recolher com base em moeda americana o tributo foi recolhido com base em moeda japonesa.

Desta forma, como a autoridade lançadora entendeu que a Recorrente teria praticado operações conjugadas as mesmas deveriam ter sido tributadas com base no artigo 65 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995:

*Art. 65. O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, a partir de 1º de janeiro de 1995, sujeita-se à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento.*

*§ 1º A base de cálculo do imposto é constituída pela 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), de que trata a [Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994](#), e o valor da aplicação financeira.

§ 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.

§ 3º Os rendimentos periódicos produzidos por título ou aplicação, bem como qualquer remuneração adicional aos rendimentos prefixados, serão submetidos à incidência do Imposto de Renda na fonte por ocasião de sua percepção.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se também:

a) **às operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como no mercado de balcão;**

(...)

§ 5º Em relação às operações de que tratam as alíneas a e b do § 4º, a base de cálculo do imposto será:

a) o resultado positivo auferido no encerramento ou liquidação das operações conjugadas;

(...)

Nos termos da referida norma legal são consideradas operações conjugadas, portanto equiparadas a operações de renda fixa, as operações realizadas em bolsa de valores, mercadorias e de futuros e assemelhadas, bem como no mercado de balcão que gerem rendimento predeterminado.

A instrução normativa nº 72, de 10 de setembro de 1997, editado pela Secretaria da Receita Federal, listou alguns exemplos de operações conjugadas:

*Art. 2º - São também tributados como de aplicações financeiras de renda fixa os rendimentos auferidos:*

*I - Nas operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, tais como as realizadas:*

a) - nos mercados de opções de compra e de venda em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros ("box");

b) - no mercado a termo nas bolsas de que trata a alínea anterior, em operações de venda coberta e sem ajustes diários;

c) - no mercado de balcão.

Por sua vez o Banco Central do Brasil, regulamentou sobre as operações conjugadas através da Carta Circular nº 3.107, de 10 de abril de 2002:

**Art. 1º** O Banco Central do Brasil realizará operações compromissadas de venda de títulos de sua carteira, com compromisso de revenda assumido pelo comprador, conjugadas com operações compromissadas de compra de outros títulos, com compromisso de recompra assumido pelo vendedor.

§ 1º As operações compromissadas serão contratadas com a faculdade de livre movimentação dos títulos e terão por objeto somente títulos custodiados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic).

§ 2º Para efeito do disposto neste artigo, operações compromissadas conjugadas são aquelas em que:

I - tanto as operações de venda e de compra quanto os compromissos de revenda e de recompra serão liquidados pelos resultados compensados;

II - a diferença entre os valores financeiros das operações de compra e de venda terá de ser, necessariamente, inferior ao preço unitário do título objeto da operação de compra pelo Banco Central do Brasil.

**Art. 2º** Os preços unitários de venda e de compra dos títulos objeto das operações compromissadas serão estabelecidos pelo Banco Central do Brasil.

**Art. 3º** A taxa de rentabilidade da operação compromissada de venda será previamente estabelecida pelo Banco Central do Brasil ou definida por meio da realização de leilão informal ("go around").

*Parágrafo único.* A taxa de rentabilidade da operação compromissada de compra será previamente estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

**Art. 4º** O Banco Central do Brasil, nas operações de que trata esta Circular, atuará exclusivamente com as instituições credenciadas a operar com o Departamento de Operações do Mercado Aberto (Demab).

*Parágrafo único.* Essas operações compromissadas não serão computadas para efeito de performance das instituições credenciadas.

**Art. 5º** Fica o Demab autorizado a:

I - definir o prazo e a taxa de rentabilidade ou o parâmetro de remuneração para as operações compromissadas de que se trata;

II - definir os títulos da carteira do Banco Central do Brasil que serão objeto das operações compromissadas de venda, bem como estabelecer a quantidade máxima a ser ofertada de cada um desses títulos;

III - fixar a quantidade máxima por título que cada instituição credenciada poderá ter em compromissos de revenda da espécie junto ao Banco Central do Brasil;

*IV - estabelecer horário limite para a liquidação dos compromissos de revenda e de recompra, inclusive com previsão de multa por atraso;*

*V - adotar as medidas e baixar as normas complementares julgadas necessárias à execução do disposto nesta Circular.*

**Art. 6º** Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação

Podemos verificar que no caso em questão as operações realizadas pelo Recorrente não podem ser consideradas como operações conjugadas, uma vez que não se trata de operação de bolsa de valores, de mercadorias, de futuro ou mercado de balcão ou assemelhado.

Trata-se em realidade de operações distintas que devem ter tratamento jurídico distinto ou seja:

- a) Financiamento a importação – nesse caso quando da remessa dos recursos para o exterior haverá a incidência tributária específica ao presente caso;
- b) Transferência de dívida – também tem tratamento tributário próprio, ou seja é equiparado a aplicação financeira de renda fixa, nos termos do artigo 65, da Lei nº 8.981/95; e,
- c) Por fim a operação de SWAP, também tem tratamento tributário próprio previsto no artigo 74 da Lei nº 8.981/95, e artigos 35 e 36 da Lei nº 9.532/97, e artigo 691 do Regulamento do Imposto de Renda.

No caso sob nossa análise não podemos aplicar as operações efetuadas pelo Recorrente o tratamento tributário das operações conjugadas, uma vez que não são. Conforme demonstrado acima são em realidade três operações comerciais distintas legítimas realizadas pelo Recorrente todas elas com tratamento tributário distinto.

As operações de “Swap” estão atualmente regulamentadas pelo Banco Central do Brasil - BACEN, através da Resolução nº 2.688 de 26 de janeiro de 2000 e das Circulares nº 2.951, de 11 de novembro de 1999 e nº 2.770 de 30 de julho de 1997.

A Resolução nº 2.688/00 definiu as operações de “Swap”, no seu parágrafo 1º, do seu artigo 1º como sendo “...aquelas consistentes na troca dos resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais...”.

Portanto, as operações de “Swap” consistem basicamente na troca de posições de determinados índices entre dois agentes econômicos, que por meio de um contrato estipulam um valor base e elegem um índice, que tanto pode ser uma taxa de juros, uma moeda ou uma mercadoria, para a correção original do valor contratado.

Não há, em nenhum momento da operação alteração ou troca das dívidas entre as partes e nem a transferência do principal, ocorrendo apenas um intercâmbio dos fluxos de caixa dos pagamentos de juros, sendo que os agentes econômicos determinam o prazo de duração do contrato livremente, permitindo a sua liquidação antecipada parcialmente ou totalmente.

Não se trata de uma aplicação financeira de renda fixa, uma vez que não existe um rendimento pré ou pós-fixado, **pois o resultado da operação só será conhecido no momento da liquidação do contrato**, e é condicionado a variação da taxa de juros, da moeda ou da mercadoria.

Também não se trata de uma aplicação financeira de renda variável tributada nos termos do artigo 72, da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, uma vez que não está sendo realizada em bolsa de valores, mercadorias, de futuros e assemelhadas. Trata-se de uma operação de renda variável realizada no mercado de balcão, com registro na BMF ou CETIP e tributada por força do disposto nos artigos 74, da Lei nº 8.981/95, e artigo 36 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

A Autoridade Lançadora poderia eventualmente querer tributar o Currency SWAP realizado pela Recorrente com sua matriz no Exterior, mas não poderia uma vez que nos termos do artigo 691, inciso IV do Regulamento do Imposto de Renda, tais operações são beneficiadas pela redução da alíquota 0% do imposto:

*Art. 691. A alíquota do imposto na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses ([Lei nº 9.481, de 1997, art. 1º](#), e [Lei nº 9.532, de 1997, art. 20](#)):*

(...)

*IV - valores correspondentes a operações de cobertura de riscos de variações, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridade entre moedas e de preços de mercadorias (hedge);*

(...)

A finalidade da norma legal acima transcrita é o de proteger as partes de eventuais riscos cambiais de operações no exterior.

No caso das operações praticadas pela Recorrente, no caso do currency SWAP, entendo que em realidade tratam-se de operações de HEDGE, portanto beneficiadas

pela redução da alíquota a 0% do IRRF, tendo em vista que a mesma foi realizada com a finalidade de proteger os ativos e passivos da oscilação da dolar americano e do iêne japonês.

Neste sentido, há decisões desse conselho de contribuintes, conforme podemos verificar nos acórdãos abaixo transcritos:

*RENDIMENTOS DE RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR - ISENÇÕES E REDUÇÕES - REMESSAS AO EXTERIOR - OPERAÇÕES DE COBERTURA DE RISCOS - HEDGE - ALÍQUOTA ZERO - A alíquota do imposto na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas remessas de valores correspondentes a operações de cobertura de riscos de variações, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridade entre moedas e de preço de mercadoria (hedge). (Acórdão 104-19818)*

*IRFONTE - REMESSAS A BENEFICIÁRIOS DOMICILIADOS NO EXTERIOR - Aplica-se a alíquota de zero por cento do Imposto de Renda Devido na Fonte sobre o valor das remessas a beneficiários domiciliados no exterior destinadas à liquidação de operações de 'hedge', que se caracterizam como atividades operacionais, normais e usuais da empresa, realizadas nos termos da Resolução CMN 2.012/1993, inclusive quando realizadas mediante operações de 'swap', sendo ineficaz a restrição prevista no art. 1º da Circular Bacen 2.348/1993 que não consta da Resolução CMN 2.012/1993, bem como, no caso, ineficaz a norma prevista no art. 3º da Resolução CMN 2.138/1994, que se converte em condição inexecutável em relação às operações de swap, que foram realizadas no exterior. (Acórdão 105-15504)*

Além do mais, para que o lançamento se justifique, a autoridade lançadora, deveria ter comprovado que houve uma simulação nas operações praticadas pela Recorrente, e ter aplicado a multa qualificada de 150%, o que não foi efetuado no presente caso.

Podemos verificar que esse Tribunal Administrativo já se manifestou sobre a matéria:

*“PENALIDADE QUALIFICADA – EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE – INCORRÊNCIA – SIMULAÇÃO RELATIVA  
A evidência da intenção dolosa, exigida na lei para agravamento de penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal.  
O atendimento a todas as solicitações do Fisco e observância da legislação societária, com a divulgação e registro nos órgãos públicos competente, inclusive com o cumprimento das formalidades devidas junto à Receita Federal, ensejam a intenção de obter economia de impostos, por meios supostamente elisivos, mas não evidencia má-fé, inerente a prática de atos fraudulentos”.<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> CC, Acórdão 108-09.037, j. 18/10/2006. Neste sentido: Acórdão 101-95.552, j. 25/05/2006.

Autenticado digitalmente em 22/05/2014 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 22/05/2014

4 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 23/05/2014 por PEDRO ANAN JUNIOR

Impresso em 16/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10980.016931/2008-52  
Acórdão n.º **2202-002.615**

**S2-C2T2**  
Fl. 15

---

Diante do exposto, entendo que assistiria razão a Recorrente e no meu entender o lançamento não subsistiria.

(Assinado Digitalmente)  
Pedro Anan Junior

CÓPIA