



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

Processo nº 16327.000068/2006-40
Recurso nº 166.178 Voluntário
Acórdão nº 2201-01.457 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2012
Matéria IRRF
Recorrente BANCO RABOBANK INTERNATIONAL BRASIL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Fato Gerador: 31/01/2001

Ementa:

Ementa: NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIOS NO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. MPF. INOCORRÊNCIA. O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento interno de planejamento e controle das atividades de fiscalização. Eventuais falhas nesses procedimentos, por si só, não ensejam a nulidade o lançamento decorrente da ação fiscal.

COMPETÊNCIA. Não acarreta vício ao julgamento de primeira instância, a transferência de competência determinada expressamente por normativo legal.

IRRF. OPERAÇÕES DE RENDA FIXA. BENEFICIÁRIO RESIDENTE NO EXTERIOR. OPERAÇÕES CONJUGADAS. Sujeitam-se à incidência de IRRF, à alíquota de 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.

Preliminares rejeitadas

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria rejeitar a preliminar de nulidade no tocante ao Mandado de Procedimento Fiscal. Vencida a conselheira Rayana Alves de Oliveira França (relatora) e por unanimidade rejeitar as demais. No mérito, por voto de qualidade, dar provimento parcial ao lançamento, determinando o aproveitamento do recolhimento de imposto de renda retido na fonte realizado pelo contribuinte na operação de empréstimo. Vencidos os conselheiros Rayana Alves de Oliveira França (relatora), Rodrigo Santos Masset Lacombe e Gustavo Lian Haddad. Designado para elaborar o voto vencedor o

conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa. Foram realizadas sustentações orais pelo advogado Roberto Quiroga Mosquera - OAB/SP nº 83.755 e pelo Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Marco Aurélio Zortea Marques.

(Assinado Digitalmente)

MARIA HELENA COTTA CARDOZO- Presidente.

(Assinado Digitalmente)

RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANÇA – Relatora

(Assinado Digitalmente)

PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA - Redator designado

EDITADO EM: 14/05/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Eduardo Tadeu Farah, Rodrigo Santos Masset Lacombe, Gustavo Lian Haddad e Francisco Assis de Oliveira Júnior (Presidente à época do julgamento).

Relatório

DOS PROCEDIMENTOS FISCAIS

Trata-se de lançamento através de Auto de Infração (fls.06/09) no montante total de R\$13.507.798,24, incluído multa de ofício de 75% e juros de mora, calculados até 30/12/2005, para exigir crédito tributário de IRRF sobre operações de renda fixa, relativa à fato gerador ocorrido em 31/01/2001, por ter encontrado a fiscalização indícios de operações financeiras que, se entendidas como operações conjugadas, permitiriam ao Recorrente o obtenção de rendimentos predeterminados, por força do disposto no art. 65, § 4º da Lei nº 8.981/95 e a conseqüente incidência de IRRF pagos sobre os juros pagos..

Segundo consta do Termo de Verificação Fiscal (fls.10/21), destaco os seguintes trechos:

“No período de 02/03/1998 a 28/05/1998, o contribuinte firmou com sua controladora (Rabobank Holanda), seis contratos de empréstimo referenciados em ienes japoneses a taxas de juros fixas de, aproximadamente, 4% ao ano. Tais empréstimos foram contraídos nos moldes da Resolução 63 e encontram-se formalmente registrados perante o Banco Central do Brasil.

Concomitantemente e com a mesma contraparte, (qual seja sua própria controladora na Holanda) o contribuinte celebrou contratos de swap de moedas a taxas de juros fixas de aproximadamente 9% ao ano, com o suposto objetivo de proteger-se de perdas decorrentes de uma possível valorização relativa da moeda japonesa em relação ao dólar norte-americano. Tais contratos encontram-se registrados no Banco Central do Brasil conforme podemos verificar nas cópias dos contratos às fls. 195 a 216.

Conforme observamos nas respectivas datas de vencimento, durante a vigência do contrato, o fluxo de ienes se compensa,

restando sempre um saldo a pagar por parte do contribuinte referente a ponta passiva em dólares.

Ressaltamos ainda que não houve efetiva movimentação financeira de ienes em nenhum momento em toda esta operação. Intimado a apresentar comprovantes da movimentação financeira dos ienes, o contribuinte não apresentou nenhum comprovante informando apenas que (item 2 da manifestação de 21/11/05) "os valores a pagar e a receber em ienes nas mesmas datas foram compensados." Ressaltamos que nem a operação inicial de empréstimo em ienes que deveria começar com uma remessa de ienes da controladora para o Rabobank Brasil foi efetivada em termos de movimentação financeira. Todos os avisos bancários apresentados pelo contribuinte referem-se a movimentações de dólares norte-americanos. Tanto o recebimento dos valores no início da operação como a remessa final que encerrou a operação foram movimentos de dólares norte-americanos. (fls.111 IB do processo)

Conforme também constatado pelo Banco Central do Brasil, "...De se registrar que, instado a apresentar extrato do banqueiro no exterior relativo movimentação dos ienes em 1998, o Rabobank Brasil informou não ter ocorrido movimentação em moeda japonesa naquele ano.". As telas do Sisbacen (anexadas ao processo) que registram a compra e venda de ienes têm caráter meramente contábil e não representam efetivo ingresso da divisa no país e tampouco refletem uma efetiva movimentação financeira da moeda no mercado internacional.

(omissis)

Neste caso em particular, a fim de atingir o objetivo de trocar um passivo (empréstimo na moeda ienes) por outro (passivo na moeda dólares), estruturou-se o swap de modo a coincidir datas de vencimento, valores nominais e as taxas do empréstimo em ienes com o lado ativo do contrato de swap. Assim do ponto de vista do Rabobank Brasil, este fica com um passivo e um ativo na mesma moeda e a mesma taxa passando de uma situação de passivo em ienes para um passivo em dólares norte-americanos.

2. Definição de swap

Conforme definição dos professores Alexsandro Broedel Lopes e Iran Siqueira Lima em "Contabilidade e Controle de Operações com Derivativos" (p.16):

"A palavra swap significa troca e é uma estratégia financeira em que dois agentes concordam em trocar fluxos futuros de fundos de uma maneira preestabelecida.

Esse tipo de contrato surgiu da necessidade de proteção ao risco que muitas empresas possuíam em meados da década de 70, devido às suas atividades comerciais internacionais, muito afetadas pelas enormes variações das taxas de câmbio no período."

"Um dos swaps mais utilizados nesse período era o de taxa de câmbio onde as partes trocavam o principal mais os juros em uma moeda pelo principal mais juros em outra moeda. Esse tipo de contrato trava o custo dos recursos pela eliminação dos riscos tanto para o principal como para os juros, sem importar qual seja a flutuação do câmbio nos mercados futuros. Na prática, ocorre quase que uma conversão de ativos e passivos de uma moeda para outra moeda."

"No swap, o principal não é pago, pois constitui somente um valor -base para cálculo dos juros (notional value), sendo a liquidação financeira feita por diferença (mediante verificação de quem tem mais a pagar do que a receber)."

Os contratos de swap são liquidados por diferença porque são contratos que envolvem uma promessa de troca de moedas (ou outro ativo) em uma data futura sob condições acertadas no presente. Assim, no vencimento basta calcular a diferença entre o lado ativo e o lado passivo e liquidar a diferença.

3. Operações conjugadas

No entanto, as operações de empréstimo e de swap deste caso em particular não podem ser consideradas separadamente. O fato das contrapartes serem as mesmas em contratos firmados concomitantemente implica em que o caso tem ser analisado conjuntamente.

Tendo em vista que:

- 1. não houve efetiva movimentação financeira de ienes;*
- 2. ambos os contratos foram celebrados entre as mesmas contrapartes;*
- 3. as contrapartes têm entre si relação de controle acionário;*
- 4. os contratos de empréstimo em ienes e os swaps possuem os mesmos valores, taxas e datas de vencimentos com o objetivo de anular o fluxo em ienes;*
- 5. os contratos foram celebrados concomitantemente.*

Verificamos que as operações de empréstimo e de swap não podem ser tratadas separadamente. Os seus efeitos precisam ser considerados no seu conjunto, visto que se tratam de operações conjugadas. As operações convencionais de swap são realizadas com terceiros, porque por motivos lógicos supomos que as contrapartes de um determinado contrato de empréstimo recém-firmado não interessa mudar a moeda e a taxa no mesmo instante por meio da utilização de um contrato de swap. No caso em tela, ambas as operações são feitas concomitantemente e pelas mesmas contrapartes.

Conforme também verificado pelo Banco Central do Brasil, "Portanto, existem indícios de que a operação foi estruturada como de empréstimo em dólares dos Estados Unidos, referenciada em outra moeda que não foi objeto de efetiva movimentação financeira (iene), utilizada apenas para legalizar a existência de uma operação de arbitragem e outra de hedge de moedas (ienes e dólares), de forma a proporcionar uma redução na base de cálculo do imposto de renda sobre juros remetidos."

(omissis)

No entanto, o contribuinte equivocadamente considerou os dois contratos (empréstimo e swap) separadamente, assim, para efeito de retenção na fonte, levou em conta apenas a primeira seta do gráfico e, portanto, recolheu IRF sobre uma suposta remessa de ienes. Suposta porque sabemos que não houve movimentação financeira de ienes. O contribuinte, por sua vez, utiliza o termo movimentação "teórica" de ienes. (vide Demonstrativo de fls. 170 e 171)

O correto é considerar os dois contratos de forma conjugada e do ponto de vista de Rabobank Holanda, pois a tributação na fonte é sobre a renda auferida pelo mesmo (residente no exterior). Tivesse o swap sido feito com um terceiro, o entendimento do contribuinte estaria correto. No entanto, tendo sido fechados ambos os contratos concomitantemente pelas mesmas contrapartes, o efeito para o Rabobank Holanda foi o de uma aplicação de dólares com renda fixa, qual seja a taxa fixada no contrato de swap de aproximadamente 9%.

Conforme também verificado pelo Banco Central do Brasil, "O resultado final de toda a estruturação financeira consistiu em fluxos financeiros em dólares do Rabobank Brasil para o Rabobank Holanda decorrentes das obrigações assumidas pelo primeiro nos contratos de swap, já que os fluxos em ienes ao exterior relativos aos pagamentos de juros e principal dos empréstimos contratados em moeda japonesa foram totalmente cobertos, nas mesmas datas de vencimento das parcelas de juros e principal, em igual medida, pelos fluxos de ingresso de ienes relativo à posição comprada assumida nos swaps."

O que ocorreu na liquidação dos contratos em 31/01/2001 ajuda a esclarecer a operação. Na data de encerramento das operações, houve uma remessa de US\$ 174,828,250.00 do Rabobank Brasil para o Rabobank Holanda, sendo US\$ 160,000,000.00 referentes ao capital (vide tabela II) mais US\$ 14,828,250.00 referente aos juros da operação, cuja remessa será tributada de ofício neste auto de infração. Vide cópia do aviso bancário do Standard Chartered Bank referente a transferência dos US\$ 174,828,250.00 que se encontra no processo às fls. 183.

Na planilha "Operações Hedge Swap Yen x USD 1998 — Remessa de Diferencial/Juros/Principal" (fls) entregue pelo contribuinte, verificamos que há movimento "teórico" de ienes mas não há movimento efetivo de ienes pois sempre se compensam, restando apenas os fluxos efetivos de dólares na coluna "Movimento Efetivo ME Extrato"

Conforme observamos na descrição de swap, um contrato de swap não se liquida pelo pagamento do principal (US\$ 160,000,000.00) mas sim por diferença. Isto só ocorreu porque as contrapartes são as mesmas. Fosse a contraparte do swap um terceiro, seria feita a remessa de ienes ao Rabobank Holanda e apenas a diferença entre a variação dos ienes (lado ativo) em

relação ao dólar (lado passivo) é que seria acertada com o terceiro. Para o Rabobank Brasil o resultado líquido de todas as operações do ponto de vista econômico-financeiro seria o mesmo, mas para o Rabobank Holanda só haveria o recebimento dos juros dos ienes e não o que de fato ocorreu, ou seja, o recebimento de uma renda fixa em dólares norte-americanos.

4. Tratamento tributário das operações conjugadas

Com relação As operações conjugadas temos na Lei n.º 8.981 de 20/01/1995, artigo 65, § 4.º a):

“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 a incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de dez por cento.

§ 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;”

O resultado produzido pelas duas operações neste caso particular foi o de um rendimento predeterminado e foi realizado num mercado de balcão.

(omissis)

As operações conjugadas realizadas por Rabobank Brasil e Rabobank Holanda caracterizaram -se pelo ajuste de diversas condições de datas, prazos e valores, conforme visto na Tabela I, para viabilizar sua montagem, caracterizando operações, no jargão do mercado, taylor made, próprias de mercado de balcão.

Os investimentos de renda fixa de investidores residentes ou domiciliados no exterior estão sujeitos ao artigo. 783 do Regulamento de Imposto de Renda, RIR/99, que conceitua no § 2º, inciso I: (omissis)

6. Conclusão

Dessa forma, em consonância ao verificado pela fiscalização do Banco Central do Brasil, constatamos que: o resultado conjunto das duas operações foi o pagamento de um rendimento de renda fixa em dólares norte-americanos ao Rabobank Holanda efetuado pelo Rabobank Brasil. Uma vez que este deixou de efetuar a retenção na fonte sobre o rendimento pago, assumiu o ônus pelo imposto devido na condição de responsável pelo recolhimento do mesmo.”

DA IMPUGNAÇÃO

Intimado pessoalmente da lavratura do auto de infração, o contribuinte apresentou sua impugnação, fls.308/359, acompanhado dos documentos listados as fls. 260 e acostados aos autos as fls.261/715, nos volumes de 2 a 4.

Sobre as operações alegou o contribuinte, in verbis:

“O IMPUGNANTE celebrou, entre o período de 02 de março de 1998 a 28 de maio de 1998, 6 operações de empréstimo, em ienes, com o Rabobank Holanda, nos moldes da Resolução do Conselho Monetário Nacional (“CMN”) nº 63, de 21 de agosto de 1967 (docs. 02 a 09).

Tais empréstimos tiveram o seu valor (“funding”) captado via emissão de notas de dívida (Fixed Rate Notes) no mercado internacional por parte do Rabobank Holanda. As notas emitidas pelo Rabobank Holanda embutiram na remuneração ao investidor internacional o “risco Brasil”, uma vez que o lastro das mesmas seriam os contratos de empréstimos.

Nos termos contratados nos referidos empréstimos, o IMPUGNANTE comprometeu-se a efetuar o pagamento do valor principal devido em determinada data futura a se realizar o pagamento de juros em datas certas, pré-estabelecidas entre as partes.

Posteriormente à realização desses empréstimos, o IMPUGNANTE contratou com o Rabobank Holanda, operações de arbitragem de moeda, mediante as quais vendeu os ienes a que fazia jus em vista da liberação dos montantes relativos aos empréstimos contratados anteriormente, recebendo em pagamento dólares norte-americanos (doc. 10).

Essas operações de arbitragem, a despeito de terem sido realizadas com o Rabobank Holanda, não alteraram as características da dívida contraída pelo IMPUGNANTE em razão dos empréstimos, a qual permaneceu devidamente registrada contabilmente como referenciada em ienes.

Em razão dessa dívida, e a fim de obter proteção contra a variação da moeda japonesa (na qual estava ela baseada), o IMPUGNANTE realizou operações de swap para fins de proteção (hedge) com o Rabobank Holanda, tendo por objeto a paridade cambial iene-dólar. Tais operações de swap foram registradas nos termos da Resolução CMN nº 2.012, de 30 de julho de 1993, vigente à época. Os pagamentos devidos pelas partes em razão dessas operações de swap foram efetivados em determinadas datas futuras pré-estabelecidas contratualmente (doc. 11 a 18).

Sobre os juros decorrentes dos empréstimos e sobre os rendimentos decorrentes das operações de swap, quando pagos pelo IMPUGNANTE, aplicou-se o disposto na legislação tributária regente, com a devida retenção e o subsequente recolhimento do IRFonte, no caso dos juros de empréstimos (doc. 07), tendo em vista que os rendimentos devidos ao exterior

em razão de contratos de swap (hedge internacional) estavam isentos nos termos da Lei nº 9.481 de 1997.”

Preliminarmente, o contribuinte argüiu pela falta de competência da fiscalização para autuação do IRRF em razão de vício no procedimento fiscal, pois só no dia do lançamento fiscal houve a entrega de MPF Complementar incluindo o IRRF no objeto da fiscalização.

No mérito aduziu: (i) haver falta de definição legal acerca do conceito de operações conjugadas, o que impediria a aplicação da previsão da alínea “a” do § 4º do art. 65 da Lei nº 8.981/95, (ii) ser inaplicável o conceito de operação conjugada ao caso por não estarem presentes no caso duas operações de renda variável (iii) ausência de certeza no pagamento do rendimento, pois a operação de swap nunca poderia gerar rendimento predeterminado, (iv) ausência de vedação legal para a realização entre as mesmas partes, (v) imprevisibilidade das operações de swap, (vi) inexistência de obrigação de movimentação dos recursos captados no exterior, (vii) fixação das taxas das operações de swap dentro das práticas de mercado, (viii) observância da regulamentação cambial e da prévia autorização do Banco Central, (ix) apuração indevida da base de cálculo, (x) compensação do IRRF já recolhido e (xi) inconstitucionalidade da taxa SELIC.

O contribuinte também pugnou pela realização de perícia, indicando assistente pericial e formulando quesitos e juntou vasta lista de documentos.

DA DECISÃO DA DRF

Após analisar a matéria, os Membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília/DF, acordaram, por unanimidade de votos, em julgar procedente o lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/BSA nº 03-19.669, de 29 de janeiro de 2007, fls.718/743 (vol.4).

As principais razões de decidir podem ser extraídas das alegações abaixo transcritas:

“A impugnante, indubitavelmente, buscando — a todo custo — reduzir, indevidamente, a base de cálculo dos tributos federais (criando excesso de despesas financeiras) e, também, tencionando evitar recolhimento do IRRF, tudo via planejamento tributário ilegal, remeteu, em janeiro de 2001 para pessoa jurídica vinculada no exterior, juros (ganhos de capital) sem retenção do IR-Fonte. Para tanto, antes, arquitetara uma série de operações financeiras internacionais, para dissimular a verdadeira operação contratada com pessoa jurídica vinculada situada no exterior.

A estruturação financeira das operações praticadas, consistiu no seguinte:

1) A impugnante, no período de 02/03/1998 a 28/05/1998, contratou 06 (seis) empréstimos de moeda japonesa TEN de pessoa jurídica vinculada (RABOBANK HOLANDA), no montante de 20.629.284.443,00 de ienes, com juros de, mais ou menos, 4% ao ano (posição passiva). Respective contratos foram registrados no Banco Central do Brasil dando entrada

escritural desses ienes no Brasil, pois eles não entraram fisicamente no País;

2) Não entraram no País, por qual razão? Nas mesmas datas em que os empréstimos internacionais de moeda IEN foram contraídos, houve, também, contratação de operação internacional de arbitragem de moedas junto ao próprio RABOBANK HOLANDA (pessoa ligada). De modo que a impugnante vendeu para o próprio RABOBANK HOLANDA os ienes, antes de recebê-los fisicamente, comprando dele dólares (recebendo dólares fisicamente), correspondentes aos ienes. Logo, em vez de ingressar fisicamente ienes no Brasil, ingressaram dólares, no valor correspondente US\$ 160.000.000.00 (cento e sessenta milhões de dólares), em face da conversão do citado montante de ienes, ainda no exterior.

3) Ainda, nas mesmas datas de celebração dos empréstimos internacionais em ienes, a impugnante celebrou com o próprio RABOBANK HOLANDA (pessoa jurídica ligada) contratos internacionais de swap com objetivo de hedge (travar perda pela eventual valorização do IENE, em relação ao dólar). De modo que, na ponta ativa do swap, a impugnante ficou com moeda ien + aproximadamente 4% de juros aa (valor nocional igual ao montante de ienes emprestados do exterior + juros de, aproximadamente, 4% aa). Já, na ponta passiva do swap, a impugnante ficou com dólar + 9% de juros aproximadamente (valor nocional US\$ 160.000.000.00). Os valores referenciais são iguais nas duas moedas dada a taxa de câmbio da data da operação. Os contratos de swap foram objeto de registro no Banco Central do Brasil.

Tomando conhecimento dessas operações internacionais da impugnante e das remessas de juros para pessoa vinculada, o Banco Central do Brasil, de plano, constatou que essas operações, embora aparentemente lícitas sob a ótica da legislação financeira e cambial, foram arquitetadas ou engendradas para reduzir, de forma ilegal, a base de cálculo dos tributos federais (criação de despesas de juros em excesso) e, também, para fazer remessas de divisas para o exterior (juros), para pessoa jurídica vinculada situada no exterior, sem recolhimento do IRRF (planejamento tributário ilegal); que, em suma, essa estruturação financeira das operações praticadas pela impugnante, visou ocultar as verdadeiras operações praticadas: empréstimos contraídos em dólar de pessoa jurídica vinculada, com remuneração predeterminada, que implicou não pagamento do imposto de renda na fonte, e criação, ainda, de despesas financeiras em excesso.

A propósito, convém transcrever o inteiro teor da representação dirigida a SRF pelo Banco central, comunicando a ilegalidade, sob o ângulo tributário, das operações internacionais praticadas pela impugnante, verbis (fls. 24/26):

(...)

Por conseguinte, sob o Ângulo da legislação tributária, as operações internacionais de empréstimos contraídos em moeda IEN, as operações internacionais de arbitragem de moedas, bem como os contratos de swap de moeda/hedge, devem ser interpretados, para efeito de incidência do IRRF (aplicação da legislação atinente a operação financeira de renda fixa), abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelo contribuinte, pois tais atos lido passam ou não passarão de meros subterfúgios empregados para dissimular, mascarar ou ocultar as verdadeiras operações praticadas: empréstimos contraídos em dólar com remuneração predeterminada.

LANÇAMENTO FISCAL E ENQUADRAMENTO LEGAL DO FATO IMPONÍVEL

O sujeito passivo alegou que nas operações internacionais de swap/hedge, além dos rendimentos pagos — remetidos aos exterior - serem isentos do imposto, elas são operações de renda variável e que, por conseguinte, não procede o lançamento fiscal com base na legislação dos rendimentos de renda fixa; que o Auditor-Fiscal, quando do enquadramento legal da infração, aplicou a legislação atinente a operação de rendimentos financeiros de renda fixa, sob a alegação de que a estruturação das operações financeiras internacionais já descritas acima, implicaram, na verdade, empréstimos em dólar com juros ou rendimentos predeterminados, em face das operações conjugadas de que trata a alínea "a" do 4º do art. 65 da Lei nº 8.981/95; que, diversamente do que afirmou o Auditor-Fiscal, não houve operações conjugadas; que não restaram configuradas as supostas operações conjugadas; que não procede a autuação com fulcro nesse dispositivo legal.

Está totalmente equivocado o sujeito passivo em sua argumentação no que concerne ao enquadramento legal da infração.

Entendo que não há vício algum quanto ao enquadramento legal da infração que pudesse macular o lançamento fiscal, pois o sujeito passivo defende-se ou deve defender-se dos fatos imputados, e não necessariamente do enquadramento legal, o qual, eventualmente, pode até estar citado incorretamente ou conter dispositivos legais concorrentes; porém, em qualquer caso, se os fatos imputados estiverem corretamente descritos, inexistirá prejuízo para a defesa.

Que, no caso, foi imputado ao sujeito passivo o seguinte fato: a prática de operações financeiras internacionais que implicaram, em suma, empréstimos em dólar, com remuneração predeterminada paga para residente situado no exterior (pessoa vinculada), o que ensejou a aplicação, por parte do Fisco, da legislação tributária atinente A. renda fixa.

(omissis)

Vale dizer: embora o Auditor-Fiscal, no Termo de Verificação Fiscal As fls. 18/21 e no Auto de Infração (fl. 07), tivesse abordado e citado a legislação atinente As operações conjugadas efetuadas no mercado de balcão, Lei nº

8.981/95 (art. 65, § 40, "a") e art. 7304 do RIR/99, ele, ainda, enquadrou a estruturação das operações financeiras praticadas pela impugnante nos arts. 727 e 729 do RIR/99, cujos dispositivos, também, tratam da tributação do mercado de renda fixa, e os quais são suficientes, no caso, para manutenção do Auto de infração, verbis:

(omissis)

Sendo assim, todos os juros remetidos ao exterior pelo sujeito passivo, por conta das supostas "operações internacionais de swap", são rendimentos de renda fixa, ficando justificado o lançamento fiscal, para exigência do IRRF à alíquota de 15%, pela aplicação da legislação tributária atinente às operações financeiras de renda fixa.

Diante do exposto, para manutenção do lançamento fiscal, entendo ser suficiente o enquadramento legal do fato gerador nos arts. 727 e 729 do RIR/99 (hipótese de incidência geral).

Não obstante, entendo, ainda, que o outro fundamento legal – atinente operação conjugada - também citado no corpo do Auto de Infração (art. 730-1 do RIR/99, que corresponde ao art. 65, IV, "a" da Lei nº 8.981/95), também, por si só, justifica a manutenção do auto de infração (fato gerador ou hipótese de incidência específica).

No que concerne As operações conjugadas, o sujeito passivo alegou que não estaria configurada a operação conjugada de que trata o art. 65, IV, "a" da Lei nº 8.981/95, pois tal dispositivo seria aplicável tão-somente para operações individuais de renda variável que implicassem, no conjunto, a obtenção de rendimentos predeterminados; que, no caso, entre as operações praticadas, existem, concomitantemente, operação de renda variável (contrato de swap de moedas) e operação de renda fixa (empréstimos em ien); que, por conseguinte, não seria hipótese de operação conjugada.

Não tem razão a impugnante.

As operações financeiras realizadas no mercado internacional pela impugnante, sem dúvida, da forma como elas foram estruturadas, implicaram, em síntese, diferentemente do que consta individualmente de cada um dos instrumentos contratuais internacionais celebrados pela impugnante, a captação de empréstimos em dólar no exterior com remuneração predeterminada, pelo seguinte:

1) A impugnante, no período de 02/03/1998 a 28/05/1998, contratou 06 (seis) empréstimos de moeda japonesa IEN de pessoa jurídica vinculada (RABOBANK HOLANDA), no valor de 20.629.284.443,00 de ienes, com juros de, mais ou menos, 4% ao ano (posição passiva). Respective contratos foram registrados no Banco Central do Brasil dando entrada escritural desses ienes no Brasil, pois eles não entraram fisicamente no País (fls. 423/44, 527/534 e 536/543).

2) Não entraram no País, por qual razão? Nas mesmas datas em que os empréstimos internacionais de moeda TEN foram contraídos, houve, também, contratação de operação internacional de arbitragem de moedas junto ao próprio RABOBANK HOLANDA (pessoa ligada). De modo que a impugnante vendeu para o próprio RABOBANK HOLANDA os ienes, antes de recebê-los fisicamente, comprando dele dólares (recebendo dólares fisicamente), correspondentes aos ienes. Logo, em vez de ingressar ienes no Brasil, ingressaram dólares, no valor correspondente US\$ 160,000.000.00 (cento e sessenta milhões de dólares), em face da conversão do citado montante de ienes, ainda no estrangeiro (operação internacional de arbitragem de moedas), tudo conforme documento às fl. 545.

3) Ainda, nas mesmas datas de celebração dos empréstimos em ienes, a impugnante celebrou com o próprio RABOBANK HOLANDA (pessoa jurídica ligada) contratos internacionais de swap de moedas, com objetivo de hedge (travar perda pela eventual valorização do IEN, em relação ao dólar), conforme documentos As fls. 562/581. De modo que, nesses contratos de swap, que foram objeto de registro no Banco Central do Brasil, a impugnante ficou, em uma das pontas do swap de moedas, ativa em moeda IEN + aproximadamente 4% aa (valor referencial ou nocional igual ao montante dos contratos de empréstimos em ien); já, na outra ponta do swap de moedas, ficou passiva em dólar + aproximadamente 9% de juros ao ano (valor referencial ou nocional igual a US\$ 160,000.000.00).

Pela legislação financeira nacional e pela legislação cambial, aparentemente, inexistente problema com relação as citadas operações financeiras praticadas no mercado internacional pela impugnante.

Por outro lado, com relação a legislação tributária federal, essa estruturação financeira implicou, sim, falta de recolhimento do IRRF sobre os juros remetidos ao exterior quanto ao período de apuração janeiro/2001, por conta das operações internacionais de swap/hedge celebrados com a mesma contraparte dos contratos de empréstimos de moeda ien (empréstimos contraídos pela impugnante de pessoa jurídica vinculada).

A propósito, nos autos existe uma vasta gama de fatos indiciários que, por presunção, permitem inferir que, em face dessa estruturação financeira das operações praticadas pela impugnante, houve, na verdade, empréstimos contraídos em dólar com rendimentos predeterminados, senão vejamos:

a) caso houvesse, realmente, contratos internacionais de empréstimos em moeda ien, quando da quitação deles (quitação do principal), seriam remetidos ao exterior ienes; lamentavelmente, isto não ocorreu; foram, apenas, remetidos ienes referentes aos juros pagos (remuneração dos empréstimos da moeda ien) ;

b) se houvesse contratos de swap, eles seriam liquidados pela diferença das remunerações das taxas de juros (diferença entre a ponta ativa e a ponta passiva). Isto não ocorreu. A liquidação deu-se pelo valor integral dos juros ou remuneração da ponta

passiva, sem descontar os rendimentos obtidos pela impugnante na ponta ativa do swap).

Além disso, na liquidação dos swaps de moedas, estranhamente, foram remetidos ao exterior US\$ 160,000.000.00 (cento e sessenta milhões de dólares), ou seja, o próprio valor de referencia ou nocional do contrato de swap (ponta passiva). Se o valor citado refere-se a quitação dos empréstimos de ien (principal), então deveria ter sido remetido para o exterior o montante do principal em ienes, e não em dólares, pois no Banco Central do Brasil os empréstimos estão registrados e referenciados em moeda ien, e não em dólar. A própria impugnante, em sua defesa, fez questão de lembrar a manutenção de sua posição passiva em relação aos empréstimos em ien, não obstante a realização das operações de arbitragem de moedas e das operações de swaps/hedge.

Por isso, a quitação desses empréstimos na moeda dólar, quando, na verdade, a quitação deveria ter ocorrido mediante remessa de moeda ien para o exterior, é muita estranha e inadmissível, sob o ponto de vista da legislação tributária federal; c) os contratos internacionais de swap foram celebrados com a mesma contraparte dos empréstimos contraídos na moeda ien (pessoa jurídica vinculada, ou seja, pessoa jurídica pertencente ao mesmo grupo econômico da impugnante);

d) os contratos internacionais de arbitragem de moedas, também, foram celebrados com a mesma contraparte dos contratos de empréstimos de moeda ien (pessoa jurídica vinculada, do mesmo grupo econômico);

Sem dúvida, essas operações financeiras mascararam ou ocultaram empréstimos contraídos em dólar com remuneração predeterminada.

Quanto ao swap/hedge, na época, inexistia risco algum de valorização da moeda ien, em relação ao dólar, que pudesse implicar perda cambial para a impugnante, em face da posição passiva nos contratos de empréstimos em ien. Vale dizer: ao assumir a ponta passiva do contrato de swap de moedas (dólar + juros de 9% ao ano) a impugnante, sem dúvida, de forma deliberada, realizou operação financeira extremamente onerosa e desnecessária, cujo objetivo era, justamente, mediante tal prejuízo certo ou perda predeterminada, dissimular a verdadeira operação praticada: empréstimos obtidos na moeda dólar com remuneração predeterminada.

E foi o que ocorreu no encerramento das operações: teve perda monumental com a operação de swap de moedas; Ninguém faz ou assume um contrato de swap de moedas/hedge com zero por cento de chance de sucesso ao final, ainda denominando-o de swap hedge, porém a impugnante o fez, contraiu tal operação financeira desvantajosa. Na verdade, as citadas operações internacionais (empréstimo de ien + arbitragem de moedas + swap/hedge) foram engendradas dessa forma (prejudiciais para

a impugnante), pois são empresas do mesmo grupo econômico multinacional.

Se fossem empresas não ligadas, isso não seria factível, em condições normais de mercado. Ainda, nas operações internacionais de empréstimos (mútuos) entre empresas ligadas (mesmo grupo econômico), existem controle do Fisco, sim.

A legislação tributária brasileira dos preços de transferência fixa limites para taxa de juros (remuneração de empréstimos contraiados junto a empresas do mesmo grupo econômico), para efeito de despesas dedutíveis (Lei nº 9430/96).

Logo, para efeito tributário, essas operações de swap de moedas/hedge e os empréstimos referenciados na moeda ien não podem ser opostos à Fazenda Pública. Por tudo que foi exposto, não há dúvida, houve, sim, operação conjugada que implicou na obtenção de empréstimos internacionais na moeda dólar com remuneração predeterminada, justificando a aplicação da legislação que trata dos rendimentos financeiros de renda fixa.”

No mais a DRJ ainda afastou as alegações de erro no cálculo do imposto, falta de abatimento do IRRF já recolhido e inconstitucionalidade da taxa SELIC, negando a realização de perícia por entendê-la protelatória.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Intimado dessa decisão em 02/05/2007 (“AR” fls.746), e com ela não se conformando, interpôs Recurso Voluntário Tempestivo de fls.747/838 (vol.4), acompanhado dos documentos de fls.839/896, no qual em síntese alega:

Em Preliminar:

1. Incompetência da DRJ de Brasília para julgamento do caso.
2. Vício no procedimento fiscal por falta de competência para autuação do IRRF.

No mérito:

3. Indevida inovação na motivação e fundamentação do lançamento, devido a impossibilidade de alteração do seu critério jurídico.
4. Rebate o argumento de simulação trazido na decisão da DRJ, demonstrando a lisura e justificativas das operações.
5. Pugna pela impossibilidade de tributação com base em meras presunções, demonstrando não haver provas concretas das alegadas simulações.
6. Reitera a licitude das operações e demonstram a impossibilidade de descaracterização pela turma de julgamento da DRJ.
7. Por fim, traz novamente todos os argumentos aduzidos na impugnação e requer a reforma total da decisão de primeira instância com o provimento do recurso e cancelamento do auto de infração.

DAS CONTRA-RAZÕES

A Fazenda Nacional através da PGFN apresentou suas Contra-Razões (fls.942/981-Vol.05), requerendo in fine: *“seja negado provimento ao recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo, mantendo-se incólume a decisão proferida pela douta Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília/DF, que julgou procedente o lançamentos de IRRF sobre rendimentos de residente/domiciliado no exterior, relativo ao fato gerador ocorrido em 31/01/2001.”*

Distribuído o processo, o Conselheiro Antônio Lopo Martinez julgou-se impendido (fls.987) e me foi redistribuído, estando numerado até as fls.987 (última), em 5 (cinco) volumes.

É o relatório.

Voto

Conselheira Rayana Alves de Oliveira França - Relatora

O Recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele conheço.

Por serem prejudiciais ao mérito, passemos a análise das preliminares argüidas.

1. Competência da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília para o julgamento do processo administrativo

No que concerne a competência para julgamento do processo em primeira instância, apesar do Anexo V do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal (Portaria nº 30/05), alterada pela Portaria MF nº 6.174/05 ter disposto que o julgamento da matéria era originariamente de competência da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I, em 19/05/2006, foi publicada a Portaria SRF nº 528/2006, transferindo a competência para o julgamento do presente processo à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília.

Verifica-se que o número do presente processo foi textualmente listado no Anexo Único da referida portaria, e esta foi emitida pela autoridade competente (Secretário da Receita Federal), por força da outorga pelo disposto no inciso XXVII do art. 230 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, vigente à época (Portaria MF nº 30/2005).

Dessa maneira, entendo não ter havido vício algum pelo fato do julgamento de primeira instância ter sido realizado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília.

Portanto deixo de acolher essa preliminar.

2. Ausência de Vício no Procedimento Fiscal – Competência para Autuação do IRRF

Sobre a segunda liminar passo a apreciação detalhada, por entender que cabe razão ao Recorrente.

De fato, o Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 08.1.66.00-2004-00275-3 (fls. 01), emitido em 26/10/2004, tinha como objeto a fiscalização do IRPJ, PIS e COFINS do período de janeiro a dezembro de 2000.

Independente e autonomamente, em atenção ao disposto pelo art. 9º, § 2º da Lei Complementar nº 105/2001, o Banco Central do Brasil emitiu o ofício DESUP/GABIN-2005/0120 em 09/06/2005 (fls. 23/29), informando o Superintendente Regional da Secretaria da Receita Federal em São Paulo – 8ª Região Fiscal, de supostos indícios de irregularidades de natureza fiscal no Recorrente.

Ato contínuo, após recebimento pela superintendência, o ofício é encaminhado à DIFIS para apuração do ocorrido em 13/06/2005 (fls. 23). Por sua vez, a DIFIS emite o Termo de Intimação DEINF/DIFIS/JM 21/05 (fls. 49), determinando à Recorrente que apresente documentos e esclarecimentos sobre os seis contratos de empréstimos contratados por essa empresa com sua matriz holandesa, ocorridas entre março e maio de 1998, que tinham sido registradas no Banco Central do Brasil e referenciadas em IENES.

O termo ainda requer que o Recorrente apresente demonstrativo de cálculo dos juros e da amortização do principal, demonstrando a forma de cálculo dos juros e colhimento do IR/Fonte sobre os juros pagos, bem como cópia dos contratos de empréstimo e de toda a documentação relativa ao pagamento dos juros e do principal e toda a documentação de suporte das operações.

Ressalte-se que o termo de intimação é datado de 16/09/2005, e o Recorrente respondeu à intimação mediante a entrega de documentos e esclarecimentos em 31/10/2005 (fls. 50) e 21/11/2005 (fls. 151).

Posteriormente, em 12/12/2005, é emitido o Termo de Intimação DEINF/DIFIS/JM 22/05 (fls. 184), por meio do qual se exige novo demonstrativo detalhado das operações relativas aos contratos de SWAP com determinadas informações específicas, o que foi atendido pelo Recorrente em 15/12/2005 (fls. 185/186).

Subseqüente a essas inúmeras intimações, no dia 20/01/2006 são entregues ao Recorrente (i) o Mandado de Procedimento Fiscal Complementar nº 08.1.66.00-2004-00275-3-3, por meio do qual se inclui no MPF-F originário o IRRF de janeiro de 2001, e (ii) o auto de infração lavrado pela autoridade fiscal exigindo exatamente o IRRF de janeiro de 2001, incidente sobre as operações em questão.

Ora, me parece de evidente clareza que a fiscalização atuou de forma irregular na fiscalização ocorrida no período compreendido entre 09/06/2005, até o dia 19/01/2006, pois é inegável que não estava investida em poderes para averiguar quaisquer elementos relativos ao IRRF, dado que a extensão original do MPF não havia sido modificada.

Deve sempre ser lembrado à Autoridade Administrativa que sua atuação é sempre vinculada ao sistema de normas vigentes não havendo a menor margem para a atuação de forma discricionária ou arbitrária, por força do disposto nos artigos 3º, 142 e 196, todos do Código Tributário Nacional.

E para atendimento a essa atuação vinculada é que foram editadas as disposições dos arts. 2º e 10 da Portaria SRF nº 6.084 de 21/11/2005, e também a legislação anterior e posterior a ela, as quais determinam que as fiscalizações devem ser instauradas mediante Mandado de Procedimento Fiscal e sua alteração demandam a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal Complementar.

No caso concreto é evidente que a fiscalização não estava agindo amparada pelo Mandado de Procedimento Fiscal existente, pois a primeira intimação para apresentação de documentos e esclarecimentos relativos às operações que deram origem ao IRRF exigido nesse processo ocorreram em 16/09/2005, e a inclusão do IRRF no Mandado de Procedimento Fiscal só ocorreu em 20/01/2006.

Dessa forma, em todo o interregno entre o conhecimento da suspeita dos fatos pela Receita Federal, ocorrido em 09/06/2005, pelo recebimento do comunicado do Banco Central, e a conclusão do trabalho de fiscalização em 20/01/2006, a fiscalização não detinha autorização para exigência de documentos ou informações do Recorrente.

Malgrado essa minha posição, este Conselho possui o entendimento de que o MPF é antes um instrumento de controle interno, mas não um elemento formal imprescindível para a lavratura do auto de infração e a nulidade do procedimento fiscalizatório. Por tal razão, as determinações da Portaria nº 6.087/2005 não poderiam ilidir a lavratura do auto de infração, mas meramente nortear a atividade de fiscalização, sem lhe tirar o poder de lavrar o auto independentemente da lisura do procedimento fiscalizatório.

No entanto, restando afastada essa preliminar pelo entendimento majoritário desse colegiado, passo à análise da matéria de mérito.

3. Da Mudança de Critério Quando do Julgamento da DRJ

Inicialmente o auto de infração foi lavrado pela autoridade fiscalizatória sobre o argumento de se tratar de operações conjugadas que resultaram em um rendimento predeterminado, realizado em mercado de balcão, tendo identificado perfeitamente as duas operações.

Em nenhum momento a autoridade julgadora contexta a lisura operacional das operações, deixando claro que todos os contratos foram efetivamente realizados e registrados perante o Banco Central.

Porém, quando da análise do recurso pela DRJ, entenderam os julgadores estarem diante de planejamento fiscal ilegal, realizado apenas para dissimular suposta verdadeira operação, que no entendimento dos julgadores, era de mero empréstimo em dólares com rendimento predeterminado.

Ora, em momento algum a fiscalização menciona que há ilicitude nos contratos ou abuse de forma, não há qualquer evidência de dissimulação, ou qualquer outro elemento que venha a descaracterizar os contratos firmados, somente a alegação de que deveriam ser analisados em conjunto, com uma única operação que teria gerado um rendimento predeterminado.

Tanto é assim, que não há agravamento da multa, como haveria em casos de dissimulação de atos e planejamento tributário.

Do auto de infração e do relatório fiscal da autuação se verifica que os únicos dispositivos de lei citados foram os artigos 18 e 28 da Lei nº 9.249/95 e a alínea "a" do § 4º do art. 65 da Lei nº 8.981/95. Ora, nenhum desses artigos faz referência a simulações ou descon siderações a atos jurídicos. A única menção aos arts. 118 e 123 do CTN foram feitos somente na decisão da DRJ, que passou a tratar o caso como planejamento tributário ilícito.

Dessa maneira, é evidente que houve mudança na fundamentação legal da exigência fiscal, quando do julgamento da DRJ, o que evidentemente representa uma ofensa ao direito de ampla defesa e contraditório do contribuinte.

A DRJ menciona não haver vício por essa mudança na fundamentação do auto, pois no entendimento dela, estariam citados no auto de infração os arts. 727 e 729 do RIR, e a situação teria sido suficientemente descrita pela autoridade fiscalizadora, tendo ocorrido, no seu entendimento, suficiência de clareza para que o contribuinte se defendesse.

Porém não concordo com o entendimento da DRJ.

Inicialmente, o princípio da estrita legalidade previsto no inc. I do art. 150 da Constituição Federal exige que a tributação se faça com base em lei, e por isso, citar meros dispositivos genéricos do Decreto n 3.000/99 não é suficiente à lavratura do auto de infração.

Além disso, o art. 142 do CTN exige que o lançamento seja bem delimitado, com clareza no objeto da autuação e, evidentemente, também na fundamentação legal e nos motivos que levaram à autuação.

Por fim, determina o art. 146 do CTN que *"a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução"*.

Dessa maneira, entendo haver incorrido evidente prejuízo ao Recorrente, pois os erros cometidos pela fiscalização, que foram objeto de tentativa de correção pela decisão da DRJ, demonstrando que a exigência está eivada de nulidade.

Assim discordo desse entendimento dado pela decisão de primeira instância. Entretanto, não é só por isso que o caso merece melhor análise. Senão vejamos.

4. Da Inexistência de Operações Conjugadas ou de Dissimulação

Como relatado anteriormente, o Recorrente celebrou, entre os dias 02 de março e 28 de maio de 1998, 6 (seis) operações de empréstimo, em ienes, nos moldes da Resolução do Conselho Monetário Nacional ("CMN") nº 63, de 21 de agosto de 1967, figurando como mutuante o Rabobank Holanda, e como mutuário o Recorrente.

Tais empréstimos tiveram o seu valor captado via emissão no mercado internacional de notas de dívida (*"Fixed Rate Notes"*) pelo Rabobank Holanda. Nos termos contratados nos referidos empréstimos, o Recorrente comprometeu-se a efetuar o pagamento do valor principal devido em determinada data futura e a realizar o pagamento de juros em datas certas, preestabelecidas entre as partes.

Posteriormente à realização desses empréstimos, o Recorrente contratou com o Rabobank Holanda operações de arbitragem de moeda, mediante as quais vendeu os ienes a que fazia jus em vista da liberação dos montantes relativos aos empréstimos contratados anteriormente, recebendo em pagamento dólares norte-americanos.

Em razão dessa dívida, e a fim de obter proteção contra a variação da moeda japonesa (na qual estava ela baseada), o Recorrente realizou operações de *swap*, para fins de proteção (*hedge*), com o Rabobank Holanda, tendo por objeto a paridade cambial iene-dólar. Tais operações de *swap* foram registradas nos termos da Resolução CMN no 2.012, de 30 de julho de 1993, vigente à época. Os pagamentos devidos pelas partes em razão dessas operações de *swap* foram efetivados em determinadas datas futuras preestabelecidas contratualmente.

Sobre os juros decorrentes dos empréstimos, quando pagos pelo Recorrente, aplicou-se o disposto na legislação tributária regente, com a devida retenção e o subsequente recolhimento do IR/Fonte no valor de R\$ 2.625.390,54. Por outro lado, sobre os rendimentos devidos ao exterior em razão de contratos de *swap* (*hedge* internacional), entendeu a Recorrente estarem tais pagamentos **isentos** do IR/Fonte, nos termos do artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 9.481, de 1997.

Em suma, tem-se, portanto, que:

(i) o Recorrente contraiu empréstimos em ienes do Rabobank Holanda, captados por este mediante a emissão de notas de dívida no mercado internacional;

(ii) posteriormente, o Recorrente efetuou, com o Rabobank Holanda, operações de arbitragem, pelas quais vendeu os ienes que possuía em contrapartida ao seu montante equivalente em dólares norte-americanos;

(iii) a fim de obter proteção (*hedge*) contra a variação cambial da moeda japonesa, na qual estava baseada sua dívida, o Recorrente realizou operação de *swap* também com o Rabobank Holanda; e

(iv) no momento de liquidação das operações, a Recorrente fez a remessa dos valores em dólares com os juros das operações liquidados por diferença, fazendo a incidência do IRRF apenas sobre a parcela dos juros dos empréstimos, dado entender que os juros do contrato de *swap* com finalidade de *hedge* foi entendida pelo Recorrente como isenta do IRRF.

No entendimento inicial da fiscalização tais operações deveriam ser entendidas como operações conjugadas, que resultam numa aplicação de renda fixa, realizadas independentemente apenas com a finalidade de redução de tributo. Segundo a fiscalização os indícios que levaram a tal conclusão foram:

- Inexistência de movimentação efetiva dos ienes. Segundo o próprio relatório fiscal, às fls. 13 dos autos, “*as telas do Sisbacen (anexas ao processo) que registram a compra e venda de ienes têm caráter meramente contábil e não representam efetivo ingresso da divisa no país e tampouco refletem uma efetiva movimentação financeira da moeda no mercado internacional*”.

- Os contratos teriam sido firmados entre as mesmas partes, e segundo a fiscalização não interessaria ao Rabobank Holanda mudar a moeda e os juros de um empréstimo recém contratado.

- Há controle acionário entre os contratantes.

- Os contratos de empréstimo em ienes e os *swaps* possuem os mesmos valores, taxas e datas de vencimentos com o objetivo de anular o fluxo em ienes.

- Os contratos foram celebrados concomitantemente.

Todavia, entendo que tais justificativas não poderiam ser opostas contra as operações realizadas pela Recorrente.

Inicialmente, é importante trazer à baila a questão da falta de definição legal para a conceituação de operações conjugadas. Deveras, não há na legislação qualquer indicação do conceito do que seriam tais operações conjugadas.

Sobre o assunto dispõe o § 4º do art. 65 da Lei nº 8.981/95:

“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.

(...)

§ 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; (...).”

Como se pode verificar, não há na disposição legal o que seria entendido como operações conjugadas, o que impede a tentativa de enquadramento de operações nesse artigo legal enquanto não houver a definição pelo legislador de quais as operações que poderiam ser consideradas como conjugadas.

Se fizermos um esforço de interpretação lógica, se poderia dizer que seriam entendidas como conjugadas quando duas ou mais operações, sendo pelo menos uma de rendimento variável, se analisadas em conjunto, resultassem na transformação do rendimento variável em rendimento predeterminado, ou fixo.

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;

O Banco Central do Brasil regulamentou as operações conjugadas:

“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.”*

Nesse contexto, então só se estaria diante de operações conjugadas com o intuito de predeterminação do rendimento final quando (i) tivermos a combinação de uma operação de renda variável com uma operação de renda fixa ou (ii) quando houver a combinação de duas operações de renda variável que combinadas gerem um rendimento prefixado. Em caso de duas operações de renda fixa não há que se falar em operações conjugadas, pois ambas já seriam tributadas.

Analisando o caso concreto, temos de fato um contrato de renda prefixada (empréstimo), e um contrato de renda variável (swap com fins de hedge). Contudo, não basta a existência de tais operações. Para a aplicação da disposição legal em questão, há de existir o efeito de, combinadas as duas operações, o rendimento possa ser predeterminado.

Creio que nesse ponto a fiscalização se equivocou, pois analisando o conceito de um contrato de swap com finalidade de hedge, é impossível dizer que o efeito de tal contrato possa ser predeterminado.

Ademais, embora se pudesse até afirmar que as duas operações em conjunto resultaram, economicamente, em empréstimo em dólar, que até poderia ter efeito predeterminado, ou seja ter resultado positivo ou negativo, o fato é que essas operações não asseguravam rendimento predeterminado, critério adotado pela fiscalização e que deve basear a análise do presente processo. Tanto é verdade, que poderia haver perda, como veremos mais adiante, restando por conseguinte afastada a aplicação do art. 65 da Lei nº 8.981/95.

De fato, o contrato de swap é um valor mobiliário, previsto pelo inc. VII do art. 2º da Lei nº 6.385/76, alterada pela Lei nº 10.303/2001. Doutrinariamente, Jefferson Siqueira de Brito Alvares, no artigo “O Atual Conceito de Valor Mobiliário”, publicado no volume 142 da Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, (Ed. Malheiros, abr/jun 2006, pgs 203/247), define que valores mobiliários “*são instrumentos negociáveis de forma livre que instrumentam a captação de recursos para a consecução de empreendimentos com fim lucrativo ou a obtenção de proteção contra riscos de variação de preço (“hedge”), com risco potencial à poupança pública.*”

E dentro do gênero valor mobiliário, encontram-se os contratos derivativos, que o mesmo autor classifica como “*instrumentos financeiros cujo valor é fixado tendo como referência o valor de outro bem ou ativo financeiro, tais como uma commodity, um índice de mercado, uma taxa de câmbio, de juros ou outro contrato derivativo*”.

Já nessa análise superficial salta aos olhos que está presente no conceito de todo e qualquer contrato derivativo a existência de outro bem ou ativo financeiro, e isso será imprescindível para nossa análise futura.

Continuando na caracterização do contrato, o mesmo autor ainda deixa claro que:

“A principal função do mercado de derivativos não é propiciar a circulação de mercadorias e ativos financeiros, mas sim assegurar aos agentes econômicos que desempenhem atividades sujeitas a algum tipo de risco um mecanismo eficaz de proteção contra a possibilidade de variações futuras de preços. Nesse mercado, os objetos de negociação não são os bens, tangíveis ou intangíveis, que servem de referência aos contratos neles negociados, mas sim um ente que também possui valor econômico: o risco”.

Como se vê, o contrato derivativo não envolve o bem ou ativo financeiro, mas sim o risco de variação do valor desse ativo no momento da sua liquidação. O contratante busca se proteger contra o risco de variação de preço e o contratado busca auferir ganhos e aceita assumir tais riscos. Ou seja, o contrato de derivativo sempre irá depender da variação do preço do ativo no momento sua liquidação, sendo impossível predeterminar seu ganho no momento da contratação.

Uma das espécies de contrato de derivativos é o swap, que o mesmo autor conceitua como *“contratos pelos quais as partes trocam entre si o resultado da variação da cotação de certo ativo em função de diversos índices ou taxas predeterminadas. Sua função é resguardar as partes contra perdas decorrentes da variação do índice ou da taxa considerada”.*

Eduardo Salomão Neto, em sua obra, Direito Bancário (Ed. Atlas, São Paulo, 2005, pg. 324/327), deixa claro que *“quem procura a proteção o faz em relação à dívida, cujo valor quer sujeitar a um teto máximo, ou a ativo cujo valor quer preservar. Por outro lado, tal interesse frequentemente encontra por contrapartida o desejo especulativo da outra parte da transação, que procura obter proteção para posição inversa ou obter ganhos extraordinários em troca da proteção que se obriga a fornecer”.*

E tratando mais especificamente de swap envolvendo variações cambiais, menciona que *“nessa hipótese, as partes prometeriam pagar uma à outra o valor necessário para a aquisição de determinado montante de duas moedas estrangeiras diferentes pelo qual cada uma delas tivesse se obrigado com terceiros.”*

Assim, facilmente se conclui que em um contrato de swap envolvendo taxa de câmbio, o contratante pretende preservar o valor máximo da sua dívida, e em troca disso contrata um determinado valor como taxa de câmbio válida no momento futuro da liquidação do contrato. Em contrapartida, transfere esse risco de eventual variação cambial ao contratado, que se compromete a bancar aquela determinada taxa de câmbio, e em troca recebe eventuais juros por isso.

Dessa maneira, é evidente que a remuneração do contrato de swap sempre será variável, pois depende da variação cambial ocorrida entre a data da contratação e o momento da liquidação da dívida.

Também pelas características dos contratos derivativos, mais especificamente dos contratos de swap com finalidade de hedge, é ilógico falar em operações conjugadas ou separadas, por dois motivos. O primeiro é que qualquer contrato de swap de taxa de câmbio faz referência a um ativo financeiro anterior, ou seja, a alguma dívida contraída em moeda estrangeira, assim, sempre haverá uma operação anterior, pois o contrato deriva justamente dessa operação anterior, daí o nome da classificação como derivativo.

Dizer que a Recorrente predeterminou o ganho do Rabobank Holanda ao conjugar o contrato de empréstimo com o contrato de swap é dizer que a Recorrente teria poder suficiente para manipular a variação da moeda no período entre a contratação e a liquidação do contrato, de forma a garantir que uma parte dos juros do empréstimo fosse transferido a título de juros do contrato de swap, e isso é impossível de ser feito.

A fiscalização indica como motivador o fato da inexistência de movimentação efetiva dos ienes. Segundo o próprio relatório fiscal, às fls. 13 dos autos, “*as telas do Sisbacen (anexadas ao processo) que registram a compra e venda de ienes têm caráter meramente contábil e não representam efetivo ingresso da divisa no país e tampouco refletem uma efetiva movimentação financeira da moeda no mercado internacional*”. A DRJ também questiona de forma veemente porque não haveria ocorrido a movimentação efetiva dos ienes, e indica esse fato como justificativa para sua tese de planejamento fiscal por parte da Recorrente.

Ademais, por ser contrato de arbitragem na modalidade pronta liquidação, seu efeito não altera a operação original em suas características essenciais pois estão preservados os valores, prazos e taxas do contrato de empréstimo original, e o ingresso dos dólares correspondentes está comprovada nos autos.

a conversão dos ienes no Brasil é muito superior ao custo de conversão dos ienes no

Autenticado digitalmente em 11/07/2012 por RAYANA ALVES DE OLIVEIRA FRANCA, Assinado digitalmente em
13/07/2012 por MARIA HELENA COTTA CARDOZO, Assinado digitalmente em 11/07/2012 por RAYANA ALVES DE
OLIVEIRA FRANCA, Assinado digitalmente em 12/07/2012 por PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA
Impresso em 01/08/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

PTax para conversão de ienes à época era de 105 pontos no mercado brasileiro, enquanto o custo no mercado internacional era de apenas 5 pontos.

Logo, não pode exigir a Receita Federal que o contribuinte seja onerado em suas operações, só porque entende, sem fundamento legal, que deveria haver trânsito efetivo da moeda original do empréstimo.

Também entendo que o ingresso de ienes ou dólares nesse caso não alteraria em nada a situação jurídica, pois o rendimento do empréstimo, seja ele oriundo de dólares, seja ele de ienes, é tributado da mesma maneira, tendo sido oferecido à tributação pela Recorrente.

Entender como entendeu a DRJ de que o ingresso em dólares comprovaria se tratar de planejamento tributário para disfarçar operação simples de empréstimo em dólares é sinal de desconhecimento da operação de swap, pois não houve falta de tributação do rendimento empréstimo, mas sim exigência da tributação dos juros pagos a título de operação de swap, e esta operação e sua tributação independem da moeda na qual é expressa.

Dessa maneira, a ausência de movimentação dos ienes, encontra-se plenamente justificada, não havendo qualquer elemento que possa ser trazido para descaracterizar a operação.

Outro argumento trazido pela fiscalização foi no sentido de que os contratos teriam sido firmados entre as mesmas partes, e segundo a fiscalização não interessaria ao Rabobank Holanda mudar a moeda e os juros de um empréstimo recém contratado, salvo senão para justificar a redução da tributação.

Contudo, também esse argumento é frágil e absolutamente circunstancial.

Inicialmente, devemos lembrar que o Rabobank Holanda é instituição financeira atuante no mercado internacional, e sua finalidade principal é a obtenção de lucros, nas mais variadas operações. Dentre elas estão compreendidas ambas as operações em questão, ou seja o empréstimo e o swap.

Cada uma das operações tem sua finalidade específica, qual seja, os juros de cada uma das operações. Logo, para o Rabobank Holanda não importa qual a cotação do iene ou do dólar no momento da liquidação, pois esse é um custo do Recorrente na aquisição das moedas para pagamento do empréstimo, mas esse custo não envolve o Rabobank Holanda, pois ele receberá o mesmo montante em dólares.

Em um simples exemplo, se a parcela a pagar, incluindo principal e juros, for de US100, o Rabobank Holanda sempre receberá esse valor, mas o custo do Recorrente para aquisição desses dólares é que irá variar. Logo, o Rabobank Holanda não ganha juros adicionais se o custo de aquisição for maior, então ele não tem qualquer vantagem na taxa de câmbio no momento da liquidação do empréstimo, seja ela maior ou menor.

A questão da taxa de câmbio impacta apenas no Recorrente na questão do custo da operação quando da liquidação do empréstimo, pois para pagar tal empréstimo o Recorrente terá que comprar moeda estrangeira e remeter ao Rabobank Holanda.

Assim, para minimizar seu risco nessa operação é que surge o contrato de swap como forma de estancamento do custo, e o preço desse estancamento são os novos juros pagos em decorrência do swap.

Ora, essa segunda operação também faz parte do objeto social do Rabobank Holanda, e este, buscando a geração de seu lucro, aceitou assumir o risco da variação cambial do Recorrente.

Dessa forma, ao contrário do que foi alegado pela fiscalização, interessaria sim, do ponto de vista negocial, ao Rabobank Holanda contratar o swap para fins de hedge dessa operação, logo após o contrato de empréstimo, pois essa operação de swap lhe geraria lucro adicional a ser recebido, lucro esse que é variável em razão da variação cambial característica do contrato, como se viu acima, e tributado à alíquota de 0% à época do fato gerador.

A única questão que poderia macular a operação é se a fiscalização tivesse aduzido e comprovado que as taxas contratadas teriam sido absolutamente díspares daquelas praticadas pelo mercado, denotando beneficiamento injustificado do Rabobank Holanda ou que houvesse no contrato cláusulas absurdas com condições ou características que desconfigurassem o contrato de swap.

Contudo, nesse ponto a fiscalização nunca traçou uma linha sobre irregularidades dos contratos, nem mesmo o Banco Central trouxe qualquer elemento que denotasse a mais remota irregularidade regulamentar das operações. Muito pelo contrário, todas as operações foram devidamente registradas no Banco Central nas datas e formas exigidas pela legislação bancária, não havendo qualquer elemento que desabone os contratos firmados.

Também não se justifica a alegação da fiscalização de que haveria irregularidade na operação por haver controle acionário do Recorrente pelo Rabobank Holanda, pois não há qualquer dispositivo legal que impeça que tais operações sejam contratadas entre empresas controladas. Não havendo cláusulas ou condições irregulares, os contratos são lícitos e devem ser respeitados.

Tampouco, merece melhor sorte, as duas justificativas finais da fiscalização. Alegou a fiscalização que (i) os contratos de empréstimo em ienes e os *swaps* possuem os mesmos valores, taxas e datas de vencimentos com o objetivo de anular o fluxo em ienes e (ii) foram celebrados concomitantemente.

Ora, é evidente que os contratos de empréstimo e de swap possuem os mesmos valores, taxas e datas de vencimento, pois o contrato de swap é referenciado na dívida contraída, deriva dela, e só faz sentido existir, se for contratado nessas condições, pois serve como proteção à variação cambial. Essa proteção tem que se efetivar no momento do pagamento do empréstimo e tem que ser no valor do empréstimo, mais os juros, pois é nesse momento que se verifica a taxa de câmbio e se fecha o valor necessário à aquisição de moeda para pagamento do empréstimo.

Logo, não faria sentido que a data e valores fossem descasados, pois não representariam a efetiva dívida e o Recorrente não estaria protegido contra a variação cambial. Assim, se a intenção do Recorrente foi se proteger da variação cambial, é requisito obrigatório e indispensável que os valores, taxas e datas de vencimento sejam as mesmas.

Também tomando em consideração a intenção de proteção, é mais do que natural que o contrato de swap seja firmado concomitantemente com o contrato de empréstimo, pois a variação cambial oscila constantemente, podendo gerar imensas perdas de um dia para o outro, ou ainda, até mesmo entre o começo e o final do dia.

Por fim, também afasto as alegações da DRJ no sentido de se tratarem de operações praticadas com finalidade de planejamento tributário ilícito.

Não houve simulação de atos, pois entendo que os contratos firmados pelo Recorrente estão dentro do espectro de operações normais e usuais do mercado financeiro. As cláusulas de ambos os contratos não demonstram quaisquer elementos de abuso, atos ilícitos ou manipulação de posições financeiras. Também não estão presentes cláusulas que os descaracterizem ou mudem sua classificação jurídica.

Todos os passos das operações foram devidamente registrados no Banco Central, que não apontou qualquer irregularidade operacional dos mesmos, não podendo ser alegada qualquer tentativa de dissimulação ou encobertamento das operações. Também entendo presentes o propósito negocial e o fundamento econômico das operações praticadas, de forma que estão plenamente justificadas no mundo jurídico e econômico.

Dessa maneira, não vejo presente qualquer elemento que possa asseverar a alegação de que se tratavam de operações praticadas com o intuito de dissimular mero empréstimo em dólares, pois conforme demonstrado acima, os juros do contrato de swap, é rendimento variável que depende da variação cambial, e esse elemento é impossível de ser controlado pelo Recorrente ou pelo Rabobank Holanda. Logo, não se pode dizer que os juros pagos em razão do swap seria uma parte disfarçada dos juros do empréstimo, pois os juros do swap poderiam nem ter sido pagos, se no momento da liquidação dos contratos a taxa de câmbio não fosse favorável.

No mesmo sentido entendeu, o Conselheiro Pedro Anan Jr. ao relatar processo do Lloyds TSB Bank PLC, relativo a operações consideradas conjugadas pelo Agente Fiscal, nos termos do Acórdão nº2202-00.172, datado de 29/07/2009, pelas razões a seguir transcritas:

“No mérito 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.

(...)

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:

Financiamento a importação – nesse caso quando da remessa dos recursos para o exterior haverá a incidência tributária específica ao presente caso;

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,

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.

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 a 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 do dólar 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)

Neste sentido entendo que o presente auto de infração não tem como se sustentar, e meu voto é no sentido de reconhecer a decadência nos meses de janeiro a 01 de julho de 2002, e no mérito dar provimento ao recurso apresentado pelo Recorrente."

Por outro lado, no Julgamento do Acórdão nº 2102.-00.448 de 01/02/2010, da lavra da Conselheira Núbia Matos Moura, que negou provimento ao recurso de ofício e voluntário do Deutsche Bank, por entender caracterizada operação conjugada, *in verbis*:

Da natureza das operações de arbitragens

No recurso o contribuinte afirma que as operações de arbitragem pronta e a termo foram realizadas unicamente como proteção (hedge), para repelir o risco de oscilações que poderiam influenciar positiva ou negativamente a operação de tomada de linha em ienes.

De pronto, vale destacar que durante o procedimento fiscal o contribuinte foi instado, conforme Termo de Intimação Fiscal nº04, fls. 18/19, a informar se foram registradas operações de cobertura (hedge) no Banco Central do Brasil, associadas às operações conjugadas de tomada de linha em ienes com arbitragem pronta e a termo realizadas em 2001.

Em atendimento o recorrente informou (resposta, fls. 20/22) que não foram registradas operações de hedges nos termos da Resolução 2012, por não se tratarem de operações dessa natureza.

Como se vê, o próprio contribuinte durante o procedimento fiscal afirmou que as operações de arbitragens pronta e a termo não se qualificavam como operações de cobertura (hedge) para a operação de tomada de linha em ienes.

E mais, na mesma resposta mencionada anteriormente, o contribuinte esclarece que as operações conjugadas foram realizadas de modo a adequar os seus interesses (resguardar suas posições em dólares norte-americanos) com os interesses do grupo financeiro, que possui subsidiárias no Brasil, Japão, Estados Unidos da América e países europeus e que na ocasião tinham como prioridade disponibilizar linhas de crédito para o DB Brasil em ienes.

De modo geral, pode-se entender hedge como uma operação de proteção em que o agente toma determinada posição para evitar ou diminuir variações de preço e, assim, de sua riqueza.

Ou seja, o hedge é uma ferramenta de repasse do risco do mercado de determinada atividade a outros agentes econômicos, que resolvem assumi-lo em troca de perspectiva de resultado. Deste modo, ele funciona de forma similar a um seguro, reduzindo os riscos de quem adotar esta estratégia.

Assim, pode-se afirmar que a operação de hedge envolve duas condições fundamentais: que o objeto de hedge seja idêntico ao objeto do instrumento de hedge (contrato futuro); e que a data de liquidação do hedge seja idêntica à do horizonte do instrumento.

No caso presente, o recorrente afirma que as operações de arbitragens pronta e a termo foram adotadas como proteção para a operação de tomada de linha em ienes, ou seja, as operações de arbitragens tinham como único objetivo evitar possíveis perdas em razão da flutuação da taxa de câmbio do ienes. Ora, dos autos verifica-se que a consequência das operações de arbitragem foi exatamente contrária a hipótese de proteção, pois as operações de arbitragem pronta e a termo determinaram que o contribuinte remetesse ao exterior não só os juros relativos à tomada de linha em ienes, como também rendimentos em dólares.

Vale destacar que, conforme fartamente demonstrado no Termo de Verificação de Infração, na composição entre as três operações conjugadas, a saber: (i) operação de empréstimo em ienes, denominada tomada de linha em ienes; (ii) operação de arbitragem pronta, venda de ienes e compra de dólares; e (iii)

operação de arbitragem a termo, venda de dólares e compra de ienes, o fluxo líquido resultante é idêntico ao de uma operação de empréstimo em dólares, remunerado por taxa pré-fixada de juros em dólares.

Deve-se ressaltar, ainda, que as operações conjugadas foram realizadas com instituições financeiras do mesmo grupo econômico, o que não seria usual, caso prevalecesse a hipótese de hedge argüida pela defesa, pois a transferência do risco se faria para instituição do mesmo grupo.

E mais, o dólar e o iene são moedas de baixa volatilidade, provenientes de economias estáveis, de sorte que o risco de variações da taxa de câmbio entre as mesmas é pequeno, não se justificando, portanto, a realização de operações de hedge, ainda mais, que os prazos das operações aqui tratadas eram de poucos dias, em média catorze.

Nestes termos, não há como prevalecer a hipótese da defesa de que as operações de arbitragem pronta e a termo sejam operações de hedge.

(...)

A conclusão que se impõe é de que o contribuinte realizou duas operações, quais sejam: tomada de linha em ienes e financiamento à importação em dólares.

Veja que, ao contrário do que afirma a defesa, o contrato de financiamento juntado aos autos pelo contribuinte foi firmado em dólares e não em ienes. A contraparte indicada no contrato de financiamento é Dow Agrosiences Industrial Ltda, enquanto na planilha o contribuinte aponta como contraparte Deutsche Bank AG London. Infere-se, ainda, divergência entre os números dos documentos: no contrato tem-se o número 83617048.2, enquanto na planilha o número indicado é 31640100. Apenas no que se refere às datas tem-se coincidência entre as informações prestadas na planilha, fls. 32, e aquelas extraídas do contrato apresentado na impugnação.

Logo, a conclusão que se impõe é que o contrato de financiamento à importação, juntado aos autos na impugnação, não se vincula à operação conjugada levada à tributação no lançamento.

Da conclusão

Ante o exposto, voto por negar provimento aos recursos de ofício e voluntário.

Conforme se observa entre o presente caso e caso do Deutsche Bank existe diferenças preponderantes, dentre as quais, cabe ressaltar quanto a esse último:

- não foram registradas operações de hedges nos termos da Resolução 2012, por não se tratarem de operações dessa natureza;

- o próprio contribuinte durante o procedimento fiscal afirmou que as operações de arbitragens pronta e a termo não se qualificavam como operações de cobertura (hedge) para a operação de tomada de linha em ienes;

- o fluxo líquido resultante é idêntico ao de uma operação de empréstimo em dolores remunerada por taxa pré-fixada de juros em dólares;

- as operações de arbitragem foi exatamente contrária a hipótese de proteção, pois as operações de arbitragem pronta e a termo determinaram que o contribuinte remetesse ao exterior não só os juros relativos à tomada de linha em ienes, como também rendimentos em dólares.

O próprio Acórdão apresenta duas condições fundamentais para caracterizar operação de hedge, que foram plenamente satisfeitas no caso ora em análise, que:

- o objeto de hedge seja idêntico ao objeto do instrumento de hedge (contrato futuro); e

- a data de liquidação do hedge seja idêntica à do horizonte do instrumento.

Quanto ao argumento de que o swap foi realizado entre empresas do mesmo grupo, a própria relatora ressalva “*que não seria usual, caso prevalecesse a hipótese de hedge argüida pela defesa, pois a transferência do risco se faria para instituição do mesmo grupo*”. Apesar de não ser usual, não há qualquer proibição legal, pois além dos elementos tributários pode haver escopos econômicos, sobre as quais não cabe análise desse colegiado.

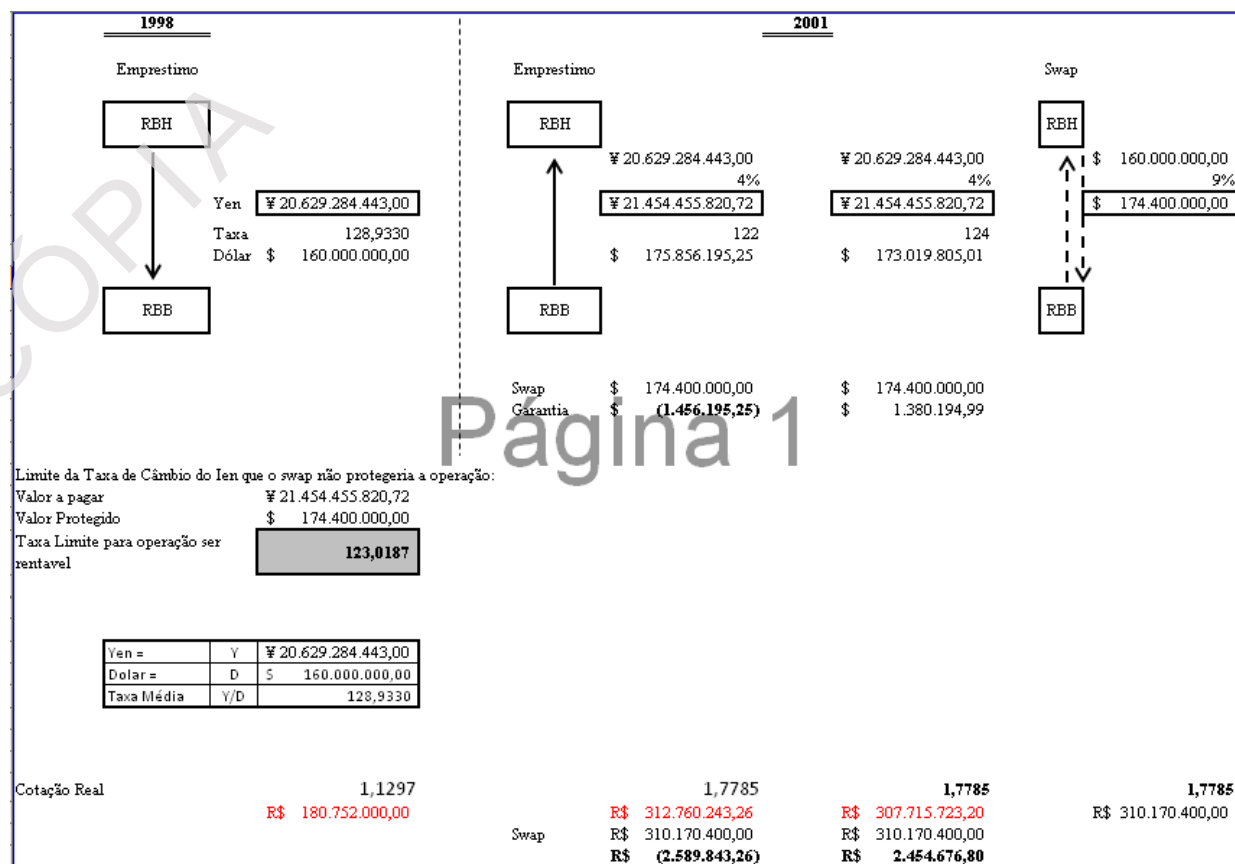
Por fim, como bem ressaltado no Acórdão do Caso Lloyds, acima referido, “*as operações realizadas pelo Recorrente não podem ser consideradas como operações conjugadas, uma vez que não se trata de operação de bolsa de valores, de mercadorias, de futuro ou mercado de balcão ou assemelhado.*” Como também não se verifica essas hipóteses no presente caso.

Afirma a PGFN em seus memoriais, que “***em face da extinção do empréstimo em ienes pela compensação com a obrigação em ienes oriunda da operação de swap, restou apenas a obrigação em dólares do swap, PLENAMENTE IMUNE A QUALQUER VARIAÇÃO CAMBIAL DE QUALQUER OUTRA MOEDA.***”

Ocorre que essa conclusão não é equivocada. Existe sim, a possibilidade da variação da taxa do dólar em relação ao Iene, que a operação daria prejuízo, ou seja a operação não é totalmente imune a variação cambial, conforme afirmado.

Partindo-se do pressuposto básico de que o Rabobank Brasil teria que pagar a parcela do financiamento mais o juros equivalente em data específica e que o swap visa garantir que o Rabobank Brasil seja capaz de saldar esse compromisso, necessitávamos encontrar o limite que o swap não funcionaria, ou seja em que taxa de conversão do Ien para o dólar, o Rabobank Brasil não teria recursos para pagar, o que poderia acarretar um prejuízo para o Rabobank Holanda, se Rabobank Brasil não conseguisse os valor suficiente para pagar o empréstimo, já que esse ultrapassaria o valor da cobertura do Swap.

Após simulação, identificamos que se houver uma valorização cambial do Ien frente ao dólar, que a cotação do dólar passe de aproximadamente 128,00 Ien para um dólar, para menos de 123,00 Ien para um dólar, a operação não estaria mais livre de risco. Para exemplificar, partindo do valores reais e considerando apenas um pagamento teríamos:



Nesse caso, com a valorização do Ien para abaixo 123,00 Ienes para 1 dólar, a operação de swap não alcançaria a cobertura necessária para saldar os compromissos assumidos em Yen pelo Rabobank Brasil.

No que se refere a volatilidade das moedas, na data da última sessão que julgamos esse processo 1 dólar equivale a 77,7000 Ien (Fonte: site Banco Central - <http://www4.bcb.gov.br/pec/taxas/port/ptaxnpesq.asp?id=txcotacao>). Nessa última década houve uma expressiva valorização do Ien frente ao dólar, na ordem de aproximadamente 40%. Uma variação considerada de aproximadamente 128 para 123 representa, uma valorização de apenas 5%. Também não é difícil verificar que o dólar tem se desvalorizado não apenas em relação ao Ien, mas também face a outras moedas, como o real.

Pelas razões acima expostas entendo que não restou configurado empréstimo em dólares remunerados a uma taxa predeterminada em favor do Rabobank Holanda, bem como não houve operações conjugadas, nos termos da legislação vigente.

Isto posto, afastadas as preliminares, voto no sentido de DAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Rayana Alves de Oliveira França

Voto Vencedor

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa – Redator designado

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade. Dele conheço.

Fundamentação

Divergi do bem articulado voto da i. Relatora quanto à preliminar de nulidade relativa ao Mandado de Procedimento Fiscal - MPF e quanto ao mérito.

Sobre o MPF a Recorrente argúi a nulidade do lançamento por vício no procedimento fiscal. Diz que o IRRF somente foi incluído no procedimento fiscal no dia da autuação por meio de MPF Complementar, o que configuraria vício a ensejar a nulidade do lançamento.

A alegação, contudo, decorre, *data venia*, de uma interpretação equivocada das normas que regem o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF.

Inicialmente, o MPF diz respeito aos procedimentos de controle interno da atividade fiscal por parte da administração tributária e não a normas que regem o processo administrativo fiscal, de modo que eventuais falhas quanto aos procedimentos e emissão desse documento, admitidas aqui apenas para argumentar, não têm nenhuma repercussão quanto à validade do procedimento fiscal. É o que se extrai das normas que disciplinam o procedimento de emissão desse documento, a saber:

O Mandado de Procedimento Fiscal foi instituído pela Portaria SRF nº 1.265, de 22 de novembro de 1999 com o objetivo de disciplinar os procedimentos fiscais relativamente aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Esta portaria foi posteriormente revogada pela Portaria SRF nº 3.007, de 26 de novembro de 2001, que disciplinou a mesma matéria, com algumas alterações:

O art. 2º da portaria nº 3.007, de 2001 assim dispõe:

Art. 2º - Os procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF serão executados, em nome desta, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal – AFRF e instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal – MPF.

Parágrafo único. Para o procedimento de fiscalização será emitido Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F), no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D).

Segue-se a este dispositivo uma série de outros que tratam, entre outros assuntos, da competência para emissão do MPF, forma, conteúdo, prazos, hipóteses de dispensa de sua emissão, etc.

Nos artigos 12 e 13, a portaria fixa os prazos de validades e as condições de sua renovação, *verbis*:

Art. 12- Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:

I - cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;

II - sessenta dias, no caso de MPF-D.

Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de trinta dias.

§ 1º A prorrogação de que trata o caput far-se-á por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII.

§ 2º Após cada prorrogação, o AFRF responsável pelo procedimento fiscal fornecerá ao sujeito passivo, quando do primeiro ato de ofício praticado junto ao mesmo, o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, contendo o MPF emitido e as prorrogações efetuadas, reproduzido a partir das informações apresentadas na Internet, conforme modelo constante do Anexo VI.

Já os artigos 15 e 16 cuidam da extinção do MPF e seus efeitos, a saber:

Art. 15. O MPF se extingue:

I - pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio;

II - pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13;

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso II do artigo anterior não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo AFRF responsável pela execução do Mandado extinto.

O prazo de que trata o art. 13 foi posteriormente aumentado para sessenta dias, pela Portaria SRF nº 1.432, de 23 de setembro de 2003.

É fácil perceber que essas orientações normativas dizem respeito apenas ao acompanhamento interno das atividades dos agentes fiscais de modo que a inobservância de alguma dessas orientações terá reflexo, inicialmente, apenas do ponto de vista disciplinar. O que importa para a validade do procedimento fiscal é que o agente fiscal esteja efetivamente autorizado a conduzi-lo.

Por outro lado, não vislumbro no caso concreto nenhum. Ao contrário, se o agente fiscal identificou a existência de crédito tributário a ser exigido referente a tributo que não estava inicialmente no MPF, poderia e deveria, como fez, ter informado o fato à autoridade administrativa que expediu MPF complementar. O fato relevante, vale ressaltar, é que o agente Fiscal estava devidamente autorizado a formalizar a exigência do crédito tributário em questão.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade do lançamento.

Quanto ao mérito, como se colhe da extensa descrição dos fatos da autuação e do relatório, o que se discute neste processo é a regularidade ou não 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 considerou ilícitas tais operações, entendendo que a operação de crédito ocorreu efetivamente em dólar americanos, sendo o hedge/swap mero artifício usado pela Recorrente (operação conjugada).

Sobre a descrição da operação em apreço, valho-me do relatório enviado pelo Banco Central do Brasil para a Receita Federal:

A operação tem origem em 6 (seis) empréstimos contratados pelo Banco Rabobank Intenational Brasil SA. (Rabobank Brasil) junto a sua matriz holandesa Cooperative Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank BA. Rabobank Nederland (Rabobank Holanda).

Tais empréstimos foram contraídos em 1998, nos moldes da Resolução 63, e registrados neste Banco Central do Brasil formalmente como referenciadas em ienes a taxas fixas (em média, pouco superiores a 4% a. a.). De se registrar que, instado a apresentar extrato do banqueiro no exterior relativo à movimentação dos ienes em 1998, o Rabobank Brasil informou não ter ocorrido movimentação em moeda japonesa naquele ano.

Para ingresso dos recursos decorrentes dos empréstimos formalmente tomados em ienes no país, o Rabobank Brasil celebrou operações de câmbio tipo 03 no Mercado de Taxas Livres em moeda japonesa figurando nos respectivos contratos como contraparte compradora e vendedora, classificadas com o código 70009 "Capitais Estrangeiros a Longo Prazo - Empréstimos a Residentes no País". Em seguida, para efetuar a arbitragem dos ienes por dólares dos Estados Unidos celebrou operações de Câmbio tipo 05 (ingresso em dólares) e tipo 06 (saída em ienes), classificando-as com o código 80013 "Arbitragens - Prontas".

Para o pagamento das parcelas de juros e da parcela única do principal dos empréstimos captados em ienes, o Rabobank Brasil celebrou operações de câmbio tipo 04 no Mercado de Taxas Livres, figurando nos respectivos contratos como contraparte compradora e vendedora da moeda japonesa.

Referidas remessas estavam amparadas em certificados de registros emitidos por este Banco Central do Brasil. Essas operações foram classificadas com o código 35415 "Rendas de Capitais - Juros de Empréstimos - Res. 63 (pagamento de juros) e 70016 "Empréstimos a Residentes no Brasil - Empréstimos Diretos (pagamento do principal)".

Concomitantemente, foram celebrados contratos de swap de moedas entre o Rabobank Brasil e o Rabobank Holanda com o suposto objetivo de proteger o Rabobank Brasil de perdas financeiras causadas por valorização relativa da moeda japonesa frente ao dólar dos Estados Unidos, quando do pagamento das parcelas de juros e do principal dos referidos

empréstimos tomados junto ao Rabobank Holanda. Assim, o Rabobank Brasil assumiu uma posição comprada em ienes

(ativo) e vendida em dólares dos Estados Unidos (passivo) em relação ao Rabobank Holanda. As trocas dos fluxos financeiros estabelecidos nos contratos de swap ocorreriam nas mesmas datas previstas para o pagamento de juros e do principal dos empréstimos. O valor nominal da posição comprada correspondia ao valor do empréstimo e o valor nominal da posição vendida ao equivalente em dólares ao valor do empréstimo, considerando-se a taxa cambial prevalecente na data da contratação do hedge. Sobre o valor nominal fixado em ienes incidiriam as mesmas taxas de juros previstas nos contratos de empréstimos em ienes, enquanto que sobre o valor nominal fixado em dólares incidiriam taxas de juros fixas superiores (em média, pouco acima de 9% a.a.).

Para que o Rabobank Brasil pudesse receber e/ou remeter os fluxos financeiros decorrentes dos contratos de swap, valeu-se de 3 formas diferentes. Em 28.1.1999, no vencimento da 1ª parcela, tanto dos swaps como dos juros dos empréstimos, o Rabobank Brasil calculou o resultado líquido de cada um dos swaps contratados, ou seja, o valor a pagar em dólares subtraído do valor a receber em ienes. Como o resultado líquido de cada um desses swaps representou valores a pagar em dólares, o banco celebrou operações de câmbio correspondentes do tipo 04. Para a 2ª parcela, em 30.1.2000, o banco calculou quanto tinha a receber em ienes e contratou as correspondentes operações de câmbio tipo 03. Ao mesmo tempo, calculou quanto deveria pagar em dólares e contratou as correspondentes operações de câmbio do tipo 04. Para a última parcela, liquidada em 31.1.2001, efetuou a somatória do valor a receber em ienes de cada um dos contratos de swap e contratou uma única operação de câmbio tipo 03. De forma análoga, obteve o valor total a pagar em dólares e contratou uma única operação de câmbio tipo 04.

Dessa forma, no Rabobank Brasil teria aparentemente ocorrido uma captação em ienes associada a um derivativo, que seria um hedge, objetivando proteção contra riscos de variações nas paridades, conforme previsto na Circular 2.348. (o grifo ndo consta do original)

O resultado final de toda a estruturação financeira consistiu em fluxos financeiros em dólares do Rabobank Brasil para o Rabobank Holanda decorrentes das obrigações assumidas pelo primeiro nos contratos de swap, já que os fluxos em ienes ao exterior relativos aos pagamentos de juros e principal dos empréstimos contratados em moeda japonesa foram totalmente cobertos, nas mesmas datas de vencimento das parcelas de juros e principal, em igual medida, pelos fluxos de ingresso de ienes relativo à posição comprada assumida nos swaps.

Pois bem, o que se tem configurado aqui é que, formalmente, ocorreram três operações distintas: o empréstimo em ienes, uma operação de câmbio e o hedge/swap. O resultado combinado dessas operações é que, apesar da contratação inicial do empréstimo em ienes, todo o fluxo financeiro se deu em dólares americanos e com uma taxa de juros prefixada de pouco mais de 9%, maior do que a que fora contratada no contrato de empréstimo. O cerne

da questão a ser aqui decidida, portanto, é se o Fisco poderia, como fez, desconsiderar a operação de câmbio e o swap/hedge e considerar que o empréstimo efetivamente foi realizado em dólares americanos a uma taxa de 9% mais fração, portanto, calcular o imposto como base na remessa de juros realizada considerando a operação nessa moeda, ou, por outro ângulo, considerar a operação como tendo sido realizada de forma estruturada/conjugada de modo que os juros remetidos são aqueles calculados sobre o percentual de pouco mais de 9%.

Inicialmente, devo reconhecer que a questão é delicada, pois encerra o tema da liberdade dos particulares de se auto-organizarem e de contratarem do modo e nas condições que melhor lhes aprouver, bem como o do respeito aos efeitos jurídicos próprios dos atos e negócios jurídicos, matérias de natureza constitucional e diretamente vinculadas aos princípios da legalidade e da tipicidade tributárias.

Todavia, se é certo que os Contribuintes gozam do direito de organizarem livremente suas atividades empresariais, se é verdade que os efeitos dos negócios jurídicos, realizados de acordo com as formas previstas em lei, devem ser aqueles que lhes são próprios, também é certo que essa liberdade e esses efeitos não podem e não devem ser entendidos como o direito de os particulares praticarem atos ou realizarem negócios jurídicos como meros artifícios para driblar o ordenamento jurídico, como penso ter ocorrido neste caso.

O tema é delicado, repito, porque, se de um lado, estão os princípios e direitos antes referidos, e que devem ser preservados, de outro lado, está o poder/dever do Fisco de reprimir as condutas irregulares praticadas com vistas à obtenção de vantagens indevidas, inclusive para preservar outros princípios constitucionais igualmente relevantes, como o da capacidade contributiva.

Em casos como os de que se cuida neste processo, o julgador administrativo caminha entre dois abismos: de um lado, deve ser especialmente cauteloso, para não vulnerar princípios e direitos constitucionais que protegem os contribuintes, e de outro, deve ser vigilante, para não se fazer ingênuo e se enredar nos eventuais artifícios urdidos pelos particulares com o propósito de obter vantagens não albergadas pelo Direito, vulnerando com isso, da mesma forma, princípios constitucionais relevantes.

Com a devida vênia, penso que, em casos como este, dada a natureza e as circunstâncias dos fatos, analisar os atos e negócios jurídicos isoladamente e apenas do ponto de vista formal, fechando os olhos aos seus desdobramentos no plano concreto, fixando-se na letra da lei em detrimento de seu espírito, não é a maneira adequada de se abordar o problema.

Em casos de simulação, por exemplo – aqui mencionado apenas para ilustrar o raciocínio – que se define pela discrepância entre a vontade e a declaração, se analisarmos os atos ou negócios jurídicos apenas do ponto de vista dos efeitos jurídicos próprios desses atos, vistos isoladamente, não se verá qualquer vício. No caso de negócios praticados com fraude à lei, da mesma forma, uma análise limitada aos seus aspectos formais jamais identificará o desvio, que, por definição, se caracteriza pela violação do espírito da lei (*mens legis*) e não da letra da lei (*verba legis*).

A doutrina e a jurisprudência apontam diversas situações em que, ainda que os negócios jurídicos, vistos de forma isolada, atendam às formas típicas, prescritas em lei, não são oponíveis ao Fisco, por estarem contaminados pelas chamadas patologias jurídicas, na feliz expressão de Marco Aurélio Grego, tais como a simulação, a fraude à lei ou o abuso do direito.

Portanto, 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 na Holanda 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 mágico 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.

O que justificaria a realização de uma operação de crédito (empréstimo, aquisição de título de renda fixa, etc) em uma moeda e imediatamente em seguida se realizar uma operação de câmbio, entre os mesmos intervenientes, para a troca de moeda? Qual a razão de se realizar uma operação de *hedge* dentre esses mesmos intervenientes da operação de crédito, o que na prática implica na anulação da primeira operação? Em condições normais de mercado a operação de crédito teria sido realizada diretamente em dólar americano e o *hedge* realizado com um terceiro. E foi precisamente a atipicidade dessas operações que chamou a atenção do Banco Central, conforme relatório daquela instituição.

O que se tem aqui, e foi muito bem exposto pela autuação e foi o aspecto destacado pelo relatório do Banco Central, é que as operações em ienes foram meramente escriturais, já que as posições ativa e passiva se anulam, restando apenas um ativo e um passivo em dólares americanos à taxa de 9%, mais frações.

A forma como as operações foram realizadas neste caso somente se justificam pelo propósito de reduzir artificialmente a tributação. Os ativos e passivos em ienes são meramente escriturais, de tal sorte que a realização de tais operações apresentam-se como totalmente desprovidas de propósito negocial. A alegação de que o *Hedge* visava a uma proteção contra a variação dos ienes com relação ao dólar é totalmente desprovida de sentido, pois bastava que a operação toda fosse realizada diretamente em dólar americano, como na prática ocorreu, para que não houvesse a necessidade de tal proteção. Como bem ressaltado no relatório fiscal, o resultado final é uma operação de renda fixa, em dólar americano, à taxa de juros de pouco mais de 9%, todavia, a pretensão dos envolvidos, ao combinar os negócios da forma como fizeram, é que a tributação do imposto na fonte considerasse uma taxa de pouco mais de 4%.

Penso que se está aqui diante da hipótese de fraude à lei. E não se diga que tal afirmação implica em mudança no critério jurídico do lançamento, pois se trata aqui apenas de uma designação dos fatos, exatamente como descritos pela autuação, sem modificar-lhe os efeitos atribuídos pela autuação. A fraude à lei caracteriza-se pela observância da letra da lei (*verba legis*), porém com o propósito de alcançar fim contrário ao seu espírito (*mens legis*).

José Carlos Moreira Alves é preciso e didático ao explicar desse modo a fraude à lei, *verbis*:

A mesma distinção é de fazer-se aqui, porque na fraude à lei o que ocorre é justamente isto: observa-se a letra da lei, mas para se alcançar um fim contrário ao espírito da lei. Emprego a palavra lei no sentido amplo, para traduzir norma jurídica, pois, embora sejam raros os exemplos, é possível, inclusive ocorrer fraude ao costume. Quando o ato vai contra as palavras e o espírito da lei, é ele contra legem, contrário à lei, em que há a violação direta da lei.

Já quando o ato preserva a letra da lei, mas ofende o espírito dela, o ato é de fraude à lei. É possível para praticar-se fraude à lei que haja a utilização de um ato só ou um complexo de atos. De um ato só, temos vários exemplos. Darei o célebre exemplo de uma Constituição Imperial do Imperador Constantino, que estabeleceu que todas as doações de valor superior a 500 sólidos precisavam observar o instituto da insinuado apud acta, ou seja, deviam ser celebrados por ato escrito e registrados em arquivo público. Então, o que se fazia para não observar essas formalidades era, ao invés de doar para a mesma pessoa 500 sólidos, celebrar seis doações cada uma de 100 sólidos. Com isso observava-se estritamente a palavra da lei: não havia, considerando-se esse fracionamento, doação de mais de 500 sólidos. Desrespeitava-se, porém, o espírito da lei, que era justamente o de que toda doação que ultrapasse o valor de 500 sólidos teria de observar aquelas formalidades.

Por vezes, há necessidade de uma conjugação de atos. Temos, por exemplo o de pessoas interpostas para o fim de fraudar a lei. Funcionário público não pode comprar em leilão bem público, então um amigo dele compra em leilão não para ficar com ele, mas com a finalidade posterior de revender esse bem para aquele funcionário público. Conseqüentemente as palavras da lei foram observadas: ele não comprou em leilão, e sim, de terceiro, mas o espírito da lei foi violado. Assim temos aqui um complexo de negócios jurídicos que em si mesmos são válidos, mas pela sua reunião passa a ser em fraude à lei. Observam os verba legis, mas ferem a mens legis ou a sententia legis.

Temos, portanto, que a fraude à lei é uma espécie do gênero violação à lei. Quando é contra legem, há violação direta: quando é in fraudem legis, temos violação indireta. (ALVES, José Carlos Moreira. As Figuras Correlatas da Elisão Fiscal. In. Fórum de Direito Tributário. v. 1, n.1, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003).

Há exemplos na jurisprudência brasileira em que o Poder Judiciário reprovou esse tipo de conduta contrária ao Fisco. Marco Aurélio Greco relata caso clássico que bem exemplifica essa questão:

"Um exemplo bem esclarece o que estou expondo. Trata-se de um caso clássico julgado pelo Supremo Tribunal Federal na década de 60 num período em que era proibido importar automóvel como instrumento para proteger a indústria automotiva nascente àquela época. Esta é a norma 1 (=ser proibido importar automóvel). Portanto, não era possível o contribuinte chegar ao resultado desejado (ter um automóvel importado) em razão de existir a norma 1. Existia, porém, uma segunda norma que reconhecia haver no Brasil uma frota de

veículos que necessitava de peças estrangeiras para continuar funcionando e esta frota não podia ser prejudicada. Por isso, existia uma segunda norma que permitia a importação de partes e peças.

Certo contribuinte importou partes e peças (hipótese de incidência da norma 2) só que todas as partes e peças com as quais montou um automóvel no Brasil. Ele cometeu abuso? Não, porque não excedeu ao direito que a norma 2 contempla. O que fez foi contornar a norma 1 pelo uso da norma 2.

Driblou a norma que proibia a importação de veículo pronto utilizando a norma que permitia a importação de partes e peças. Este caso foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como hipótese de fraude à lei tributária. O contribuinte infringiu algo, mas não a lei diretamente, tanto que sua conduta está coberta por uma lei (a das partes e peças).

Outro exemplo mais recente é o conhecido caso de uma empresa que, para beneficiar-se da tributação com base no lucro presumido, que lhe era vantajoso, constituiu 8 sociedades que exploravam a mesma atividade, de comercialização, no varejo e no atacado, de produtos da mesma fornecedora. O Fisco considerou o fracionamento indevido e procedeu à autuação, que foi legitimada pelo antigo Tribunal Federal de Recursos (Apelação Cível nº 115.478-RS, de 18/02/1987). Pergunta-se: os particulares não têm o direito de constituir ou desconstituir tantas sociedades quantas entendam necessárias aos seus fins empresariais? Não há como negar que têm. Contudo, concluiu o TFR que o ordenamento jurídico não tolera que essa liberdade de livre organização seja utilizada como mero artifício para a obtenção de vantagem não albergada pelo ordenamento. É dizer, embora a conduta estivesse de acordo com a letra da lei, fosse formalmente lícita, violava o seu espírito, pois a opção oferecida da tributação com base no lucro presumido deve levar em conta o porte real das empresas, e não uma feição aparente, criada artificialmente, apenas para usufruir de uma opção fiscal mais vantajosa.

No caso sob exame, conforme ressaltado na autuação, há uma norma que prevê a incidência do imposto na fonte sobre remessas de rendimentos a não-residentes, e as operações realizadas tiveram o claro propósito de driblar essa norma, alterando artificialmente a natureza da remessa dos recursos.

Mas, ainda que assim não fosse, a própria legislação é expressa ao determinar a incidência do imposto no caso de operações conjugadas que impliquem em rendimentos predeterminados. Trata-se do § 4º do art. 65 da Lei nº 8.981, *verbis*:

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.

[...]

§ 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;

Esta norma tem o claro propósito de servir de antídoto a operações como a que realizou a Contribuinte com sua Matriz, combinando operações para mascarar parte dos rendimentos remetidos ao exterior, sujeitos à incidência do imposto. E neste caso, claramente, as operações em conjunto implicam em rendimentos pré-determinados, referenciados em dólares americanos à taxa de pouco mais de 9%. E não se diga que a operação em questão não é de renda fixa; que o swap não poderia ser classificado como operação de renda fixa, pois tal classificação deve ser feita levando em consideração o conjunto das operações e não as partes que a constituem. Isto é, examinando em conjunto, tem-se uma operação de renda fixa, com ganhos predeterminados à taxa de 9%, mais fração.

Finalmente, um aspecto que deve ser ressaltado é o de que se trata aqui de incidência de imposto na fonte, isto é, a Contribuinte, que originalmente deveria sofrer o ônus do imposto, é a Rabobank Holanda, sendo a ora Recorrente mera responsável pela retenção e recolhimento do imposto. E o que se tem neste caso é que a Rabobank Holanda disponibilizou para a sua filial brasileira determinada quantidade de dólares americanos e recebeu após o período contratado o valor fornecido acrescido de juros de mais de 9%. Portanto, do ponto de vista da beneficiária dos rendimentos, que é a contribuinte, haveria sim um ganho predeterminado.

Assim, em conclusão, que o imposto deveria incidir considerando o resultado final da operação, isto é, o fluxo financeiro em dólares americanos e a taxa de juros de 9% mais fração. Sob esse aspecto, portanto, a decisão de primeira instância não merece reparos.

Divirjo, todavia, da decisão recorrido quanto à subtração do imposto retido e recolhido pela Recorrente relativo às mesmas operações. É que, por tudo o que foi acima exposto, o que se entendeu como tributável é a operação em dólares americanos à taxa de 9% mais fração e não a operação em ienes à taxa de 4% mais fração. Como a Recorrente já reteve e recolheu o imposto sobre os juros calculados a pouco mais de 4%, somente é exigível a diferença.

Portanto, penso que deve ser subtraído imposto retido e recolhido pela Recorrente relativo às mesmas operações.

Conclusão

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso para subtrair do imposto devido o imposto retido e colhido referente à mesma operação.

(assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa



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

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à **Segunda Câmara da Segunda Seção**, a tomar ciência da decisão consubstanciada no acórdão supra.

Brasília/DF, 14/05/2012

(assinado digitalmente)

MARIA HELENA COTTA CARDOZO
Presidente da Segunda Câmara / Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

(.....) Apenas com ciência

(.....) Com Recurso Especial

(.....) Com Embargos de Declaração

Data da ciência: ____/____/____

Procurador(a) da Fazenda Nacional