

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

Processo nº 16327.000657/2006-28
Recurso nº 163.722 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2102-00.448 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de fevereiro de 2010
Matéria IRRF - Falta de recolhimento - Operações conjugadas
Recorrentes Deutsche Bank S/A Banco Alemão
Quarta Turma da DRJ Rio de Janeiro/RJ I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2002, 2004

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

O imposto sobre a renda pessoa física é tributo sob a modalidade de lançamento por homologação e, sempre que o contribuinte efetue o pagamento antecipado, o prazo decadencial encerra-se depois de transcorridos cinco anos do encerramento do ano-calendário, salvo nas hipóteses de dolo, fraude e simulação.

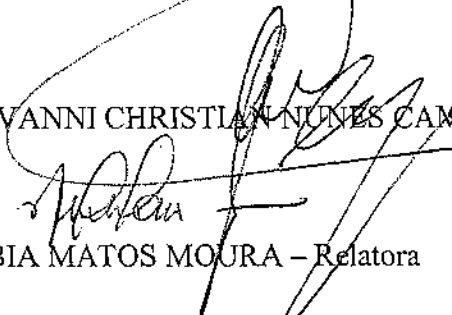
OPERAÇÕES CONJUGADAS. RENDIMENTOS DE RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR.

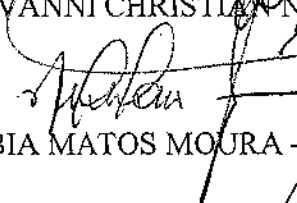
Sujeitam-se à incidência do imposto de renda os rendimentos predeterminados auferidos por residentes ou domiciliados no exterior em operações conjugadas realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como, no mercado de balcão.

Recursos de ofício e voluntário negados

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento aos recursos de ofício e voluntário e, no que tange à decadência acolhida no julgamento do recurso de ofício, os demais Conselheiros acompanham pelas conclusões, já que não consideram relevante o pagamento para definição do prazo decadencial dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos termos do voto da Relatora.


GIOVANNI CHRISTIAN NUNES CAMPOS – Presidente


NÚBIA MATOS MOURA – Relatora

EDITADO EM: 10/03/2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Giovanni Christian Nunes Campos, Núbia Matos Moura, Marcelo Freitas de Souza Costa (convocado), Rubens Maurício Carvalho, Rogério de Lellis Pinto (convocado) e Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti.

Relatório

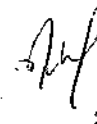
DEUTSCHE BANK S/A BANCO ALEMÃO, já qualificado nos autos, inconformado com a decisão de primeiro grau, prolatada pelos Membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ I, mediante Acórdão DRJ/RJOI nº 12.075, de 18/10/2006, fls. 276/291, recorre a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pleiteando a sua reforma, nos termos do Recurso Voluntário, fls. 335/357.

Mediante Auto de Infração, fls. 96/106, formalizou-se exigência de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), no valor total de R\$ 14.465.020,89, incluindo multa de ofício e juros de mora, estes últimos calculados até 28/04/2006.

A infração apurada pela autoridade fiscal, detalhada no Auto de Infração e no Termo de Verificação de Infração, fls. 47/91, foi falta de recolhimento de IRRF incidente em operações conjugadas que proporcionaram rendimento predeterminado a pessoa jurídica domiciliada no exterior.

No Termo de Verificação de Infração a autoridade fiscal esclarece que o contribuinte realizou operações conjugadas com Deutsche Bank AG, a saber: (i) operação de empréstimo em ienes, denominada Tomada De Linha em ienes, (ii) operação de arbitragem pronta, vendendo ienes e comprando dólares americanos e (iii) operação de arbitragem a termo, vendendo dólares americanos e comprando ienes e que na composição entre as três operações conjuntas, o fluxo líquido resultante, é idêntico ao de uma operação de empréstimo em dólares, remunerado pela taxa de juros em dólares.

Inconformado com a exigência, o contribuinte apresentou impugnação, fls. 110/137, que foi devidamente apreciada pela autoridade julgadora de primeira instância, conforme Acórdãos DRJ/RJOI nºs. 12.075, de 18/10/2006, fls. 276/291 e 12-13.881, de 12/04/2007, fls. 436/438. Naquelas oportunidades, decidiu-se pela procedência em parte do lançamento, por unanimidade de votos, para acolher a arguição de decadência, relativamente aos fatos geradores ocorridos até 09/05/2001 e considerar devido o IRRF, no valor de R\$ 2.730.768,34. Acrescente-se que a DRJ Rio de Janeiro I recorreu de ofício de sua decisão ao Primeiro Conselho de Contribuintes, em razão do limite de alçada estabelecido na Portaria MF nº 333, de 11 de dezembro de 1997.



Cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, em 08/12/2006, Aviso de Recebimento (AR), fls. 197, o contribuinte apresentou, em 08/01/2007, Recurso Voluntário, fls. 335/357, no qual suscita as seguintes alegações a seguir resumidas:

Da natureza das operações de arbitragem – 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 o negócio principal, não ensejando qualquer rendimento passível de tributação.

Da violação ao princípio da tipicidade – Seja por um viés (ausência de previsão de tributação de operações conjugadas para residentes e domiciliados no exterior), ou pelo outro (mercado de câmbio é diferente de mercado de balcão) é patente a não-obediência ao princípio da tipicidade.

A pretensão da autoridade fiscal de tributar supostas operações conjugadas de residente e domiciliado no exterior, cuja previsão não encontra amparo em Lei, é manifestamente ofensiva ao princípio da tipicidade.

Impende salientar que a decisão recorrida afirma que o lançamento deve reportar-se à época da ocorrência do fato gerador, quando a legislação estabelecia a sujeição dos residentes e domiciliados no exterior às mesmas normas de tributação previstas para os residentes e domiciliados no país, buscando, assim, o entendimento de que a norma em questão seria válida para as operações autuadas.

Tal entendimento não pode prosperar na medida que o art. 106 do CTN prevê a retroação da norma para fato pretérito caso a norma mais recente deixe de defini-lo como infração, deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência ou omissão ou lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à sua época.

Assim sendo, verifica-se que, se a legislação nova deixou de trazer a equiparação dos residentes e domiciliados no exterior aos residentes e domiciliados em território nacional, a mesma fez com que o fato gerador do tributo deixasse de existir, sendo totalmente aplicável o dispositivo do CTN ao presente caso, estando a Administração Pública impossibilitada de aplicar ao presente caso a norma antiga.

A prática da operação de arbitragem pronta e a termo, está confinada ao mercado de câmbio que se difere, substancialmente, do mercado de balcão.

A autoridade julgadora, no entanto, pretende fazer crer que as operações autuadas poderiam ter sido praticadas em mercado de balcão por entender que uma não excluiria a outra, sendo possível que tais operações sejam praticadas em mercado de balcão, utilizando-se dessa simples possibilidade para enquadrar as operações autuadas naquele dispositivo.



A simples possibilidade de tais operações serem praticadas em mercado de balcão não significa que as operações autuadas o foram, sendo certo que nem a própria autoridade julgadora faz essa afirmação, razão pela qual não se pode suscitar que o fato gerador da obrigação tributária tenha efetivamente ocorrido, lembrando, sempre, que cumpre à Administração Pública provar suas alegações e não apenas mencioná-las.

Fato gerador ocorrido em 2003 -- Financiamento à importação – A operação realizada em 20/03/2003, refere-se ao contrato de financiamento à importação, firmado em ienes, não havendo qualquer possibilidade de lhe ser inculcida a adjetivação de operação financeira de caráter conjugado.

Com efeito a comprovação de que não se trata da mesma operação se deu através da juntada do contrato de financiamento à importação firmado entre as partes envolvidas – que, evidentemente não são as mesmas das demais transações autuadas já que não se trata da mesma operação – jamais podendo ser incluídas nesta autuação sob a rubrica de operação financeira de caráter conjugado como as demais.

É o Relatório.

Voto

Conselheira NÚBIA MATOS MOURA

Do recurso de ofício

O recurso de ofício preenche os requisitos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele conheço.

A decisão recorrida considerou procedente em parte o lançamento para acolher a arguição de decadência, relativamente aos fatos geradores ocorridos até 09/05/2001 e considerar devido o IRRF, no valor de R\$ 2.730.768,34.

No que se refere à decadência, tem-se que o Auto de Infração exige do contribuinte crédito tributário relativo ao IRRF de fatos geradores ocorridos no período compreendido de 05/01/2001 a 20/03/2003. Já a ciência ao lançamento se deu em 22/05/2006, fls. 96.

Embora o prazo decadencial do Imposto de Renda atrele-se, regra geral, ao prazo de 05 (cinco) anos estabelecido pelo art. 173, inciso I da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN); vem-se assentando na jurisprudência administrativa que o referido tributo subsume-se, também, em determinados casos ao lançamento por homologação, desde que atendidos os requisitos do art. 150, § 4º do CTN.

— No meu entendimento, que difere da jurisprudência majoritária, considero que os requisitos do art. 150, § 4º do CTN são atendidos na medida que o tributo amolde-se à sistemática de lançamento por homologação e, o contribuinte, também, tenha efetuado o pagamento antecipado do imposto, sem prévio exame da autoridade administrativa.



E este é o caso dos autos. O contribuinte recolheu o IRRF sobre as operações de empréstimos em ienes. Ocorreu, portanto, a antecipação do pagamento, de sorte que se deve aplicar, para a contagem do prazo decadencial, o previsto no § 4º do art. 150 do CTN.

Nessa conformidade, considerando que a ciência ao lançamento se deu em 22/05/2006, tem-se que nesta data já se encontravam alcançados pela decadência os fatos geradores ocorridos até 22/05/2001.

Logo, correta a decisão da autoridade de primeira instância que acolheu a preliminar de decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos até 09/05/2001, permanecendo na lide os fatos geradores ocorridos no período compreendido de 23/05/2001 a 20/03/2003.

Quanto aos recolhimentos que o contribuinte efetivou em razão das operações de empréstimos em ienes a decisão recorrida entendeu que quando da apuração do imposto devido nas operações conjugadas a autoridade fiscal deveria ter considerado tais recolhimentos. Nesse sentido, assim se pronunciou:

Finalmente, peço vênia pra discordar da autuação quanto à questão dos recolhimentos de IRRF efetuados pela interessada relativamente às tomadas de linha em ienes, já que, por serem consideradas operações conjugadas, complementando-se todo o negócio com a união das operações descritas no termo de verificação, não posso compartilhar de que os fatos geradores seriam distintos para cada tributação do IRRF. Tais pagamentos, segundo entendo, fazem parte das operações que deram azo à autuação e por tal razão, em face da sua espontaneidade, devem ser considerados na presente demanda, cujo abatimento do valor do Auto de Infração faz-se necessário.

Mais uma vez andou bem a decisão recorrida. Os recolhimentos efetuados pelo contribuinte estão umbilicalmente ligados aos valores exigidos no lançamento, de sorte que totalmente descabida a exigência dos mesmos com multa de ofício.

Nestes termos, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

Do recurso voluntário

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

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 nº 04, 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.

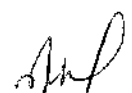
Assim, pode-se afirmar que a operação de *hedge* envolve duas condições fundamentais: que o objeto de *hedge* seja idêntico ao objeto do instrumento de *hedge* (contrato futuro); e que a data de liquidação do *hedge* seja idêntica à do horizonte do instrumento.

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.

 6

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

Da violação ao princípio da tipicidade

Segundo o entendimento do contribuinte desde a edição da Medida Provisória nº 2.189-49, de 23 de agosto de 2001, não existe previsão legal para a retenção do imposto incidente sobre os ganhos auferidos em operações conjugadas por residentes e domiciliados no exterior e nestes termos entende, com base no art. 106 do CTN, que o disposto na citada Medida Provisória deve-se aplicar aos fatos pretéritos.

De pronto, vale observar que o art. 16 da MP nº 2.189-49, de 2001, não alterou a incidência do imposto de renda sobre os ganhos auferidos por residentes ou domiciliados no exterior, no que se refere aos rendimentos recebidos em operações conjugadas.

Veja-se que a tributação dos rendimentos de operações conjugadas recebidas por residentes ou domiciliados no exterior está definida nos arts. 65, 78 e 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, abaixo transcritos, que não sofreram alteração com a MP nº 2.189-49, de 1991.

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;

(...)

Art. 78. Os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda, previstas para os residentes ou domiciliados no país, em relação aos:

I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

(...)

Art. 81. Ficam sujeitos ao Imposto de Renda na fonte, à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos:

(...)

§ 2º Para os efeitos deste artigo, consideram-se:

 7

a) rendimentos: quaisquer valores que constituam remuneração de capital aplicado, inclusive aquela produzida por títulos de renda variável, tais como juros, prêmios, comissões, ágio, deságio e participações nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações nos fundos e clubes de investimento de que trata o art. 73;

Aliás, a MP nº 2.189-49, de 2001, é na verdade reedição da MP nº 1.990-26, de 1999, e o objetivo do seu art. 16 (17 na MP 1.990) foi ampliar o rol de investimentos sujeitos ao Regime Especial de Tributação para incluir o investidor individual, residente ou domiciliado no exterior. Ou seja, em nenhum momento, seja antes ou depois da edição das MP 1.999-26 e 2.189-49, os rendimentos provenientes de operações conjugadas recebidos por residentes ou domiciliados no exterior deixou de ser tributado.

Ainda no que diz respeito ao princípio da tipicidade o contribuinte afirma que a prática da operação de arbitragem pronta e a termo, está confinada ao mercado de câmbio que se difere, substancialmente, do mercado de balcão.

Por definição as operações realizadas no mercado de balcão, conforme Resolução CMN/Bacen nº 2.873, de 23 de julho de 2001, (art. 1º, §1º, II), são aquelas cuja contratação não sejam efetivadas por meio de leilão ou apregoamento. Ou seja, são operações caracterizadas pela ausência de padronização no objeto, prazos e outras condições do contrato, de forma que não é viável sua negociação em apregoamento ou oferta em leilões abertos aos participantes do mercado.

E este é o caso dos autos. As condições especificadas nos contratos das operações de arbitragem pronta e a termo foram negociadas de forma particular, entre as partes envolvidas, de sorte que são classificadas como negociações realizadas no mercado de balcão.

De fato, a negociação de operações relacionadas com o mercado de câmbio pode muito bem ocorrer por meio de leilão ou apregoamento, contudo, nada impede que se dê no mercado de balcão. E esta é a hipótese que se verifica nos autos. Ademais, ainda que as operações de arbitragem envolvidas no lançamento tivessem ocorrido nas bolsas de valores, de mercadorias ou de futuros, ainda assim, os rendimentos auferidos seriam tributáveis, na forma especificada nos arts. 65, 78 e 81 da Lei nº 8.981, de 1995.

Nestes termos, há de se concluir pela ausência de violação ao princípio da tipicidade, dado que o fato descrito na autuação guarda perfeita consonância com a norma legal discriminada pela autoridade fiscal no Auto de Infração, normas estas que se encontravam em pleno vigor tanto na data da ocorrência do fato gerador como na data do lançamento.

Do fato gerador ocorrido em 2003 – Financiamento à importação

Por fim, o contribuinte afirma que a operação realizada em 20/03/2003, refere-se ao contrato de financiamento à importação, firmado em ienes, não havendo qualquer possibilidade de lhe ser incutida a adjetivação de operação financeira de caráter conjugado. Para comprovar sua afirmação o contribuinte juntou aos autos cópia de contrato de financiamento à importação nº 83617048.2, celebrado entre si e Dow Agrosciences Industrial Ltda, fls. 238/249, acompanhada da devida tradução juramentada, fls. 220/237.

Da tradução juramentada infere-se que em razão do referido contrato o contribuinte concedeu, em 21/03/2002, empréstimo para Dow Agrosciences Industrial Ltda, no valor de US\$ 15.085.681,36. O contrato estipula ainda que o prazo para quitação da dívida era 20/03/2003.

Ocorre que durante o procedimento fiscal o recorrente apresentou planilha, fls. 32, na qual discrimina as operações de tomada de linha em ienes liquidadas de 01/01/2001 a 31/12/2004. Na referida planilha o contribuinte informou que realizou operação de tomada de linha em ienes em 25/03/2002, no valor de 2.004.132.769,00 de ienes. A contraparte indicada foi Deutsche Bank AG London, o número do documento 31640100 e a liquidação da referida operação se deu em 20/03/2003.

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.


NÚBIA MATOS MOURA - Relatora