



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Recurso nº. : 127.334 – EX OFFICIO
Matéria : IRF – ANO: 1994
Recorrente : DRJ em SÃO PAULO - SP
Interessado : BANCO SAFRA S.A.
Sessão de : 17 de outubro de 2001
Acórdão nº. : 104-18.398

IRF – RECURSOS PROVENIENTES DE CARTEIRA ANEXO IV – OPERAÇÕES CONJUGADAS – RENDIMENTOS PREDETERMINADOS – EQUIPARAÇÃO A APLICAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA FIXA – MARCO INICIAL DO REGIME DE TRIBUTAÇÃO – A tributação pelo Imposto de Renda na Fonte das operações conjugadas realizadas em bolsas de valores, de futuros e de mercadorias e no mercado de balcão, com recursos provenientes de Carteira Anexo IV, equiparadas como aplicações financeiras de renda fixa, só é aplicável às operações iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1995.

Recurso de ofício negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de ofício interposto pelo DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO em SÃO PAULO – SP.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 19 OUT 2001



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA CLÉLIA PEREIRA DE ANDRADE, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, VERA CECÍLIA MATTOS VIEIRA DE MORAES, JOÃO LUÍS DE SOUZA PEREIRA e REMIS ALMEIDA ESTOL.

Two handwritten signatures in black ink. The first signature is long and sweeping, while the second is more compact and stylized.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398
Recurso nº. : 127.334
Recorrente : DRJ em SÃO PAULO - SP

RELATÓRIO

O Delegado da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - SP, recorre de ofício, a este Conselho, de sua decisão de fls. 327/339, que deu provimento à impugnação interposta pelo contribuinte, declarando insubsistente o crédito tributário constituído pelo Auto de Infração de Imposto de Renda na Fonte de fls. 225/229.

Contra o contribuinte BANCO SAFRA S/A, inscrito no CNPJ nº 58.160.789/0001-28, com sede social na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Av. Paulista, n.º 2.100 - Bairro Cerqueira Cesar, jurisdicionado à Delegacia Especial das Instituições Financeiras em São Paulo - SP, foi lavrado, em 29/08/99, o Auto de Infração - Imposto de Renda Retido na Fonte de fls. 225/229, com ciência, em 30/08/99, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 30.937.208,64 (Padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Retido na Fonte, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 75% (art. 4º, inciso I, da Lei n.º 8.218/91 e art. 44, inciso I, da Lei n.º 9.430/96, c/c art. 106, inciso II, alínea "c", da Lei n.º 5.172/66), e dos juros de mora, de no mínimo, de 1% ao mês, todos calculados sobre o valor do imposto, relativo aos fatos geradores ocorridos no ano de 1994.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização, onde se constatou a falta de recolhimento do imposto de renda retido na fonte sobre rendimentos reais auferidos pela Carteira Anexo IV em operações conjugadas. Infração capitulada no artigo 32, da Lei n.º 8.383/91, combinado com o artigo 1º da Lei n.º 8.849/94.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

Os Auditores-Fiscais da Receita Federal, através do Termo de Verificação de fls. 217/224, esclarecem, ainda, entre outros, os seguintes aspectos:

- que o Banco Safra de Investimentos S/A, doravante denominado B.S.I, foi incorporado por Banco Safra S/A, em 30/06/94, tendo apresentado sua declaração de rendimentos de encerramento de atividades em 30/08/94, referente ao período compreendido entre 01/01/94 e 30/06/94;

- que conforme "Contrato de Administração" de fls. 41/45, neste período, 01/01/94 à 30/06/94, o Banco Safra de Investimentos S/A atuou como administrador da Carteira Anexo IV – Banco Safra Bahamas, tendo efetuado diversas operações na BOVESPA, envolvendo ações e opções, atuando inclusive como contraparte das operações realizadas em nome do investidor estrangeiro;

- que as operações, por conta e ordem do investidor estrangeiro (Carteira Anexo IV), foram realizadas através da própria corretora do Grupo Banco Francês (Safra C.V.C) e envolveram ações e opções sobre ações relativos aos seguintes papéis: Banco do Brasil PN; Banco do Brasil ON e Aracruz PNB;

- que as operações de compra à vista e compra e venda de opções realizadas entre 01/01/94 a 30/06/94, foram devidamente registradas na BOVESPA e documentada através das notas de corretagens de fls. 135/164 e dos Mapas de Comitentes (LQ20) de fls. 47/134. Observa-se que todas as operações foram assinaladas pela BOVESPA, nos mapas LQ20, com a abreviatura "N.D." que designa o tipo de operação como sendo um negócio direto entre as partes. Na prática, a BOVESPA serviu apenas para registro das operações como um cartório fosse;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

- que a partir das notas de negociação e dos mapas de comitentes identificamos individualmente as operações realizadas entre o BSI e o investidor estrangeiro (administrado pelo próprio BSI), desde o registro inicial até a sua liquidação. As liquidações, em sua maioria, foram antecipadas, por reversão da operação inicial. Os mapas de fls. 212/216 resumem as 15 operações realizadas pelo administrador da Carteira Anexo IV (BSI), tendo como contraparte o próprio BSI; e as liquidações por reversão ou vencimento; demonstram, ainda, o resultado global de cada operação;

- que no BSI, com a exceção da operação envolvendo opções BB ON, 40; 42; 44; 91; e 95, iniciadas em 18/04/94 e encerradas em 20/06/94, os resultados com a negociação desses ativos (ações e opções) foram fiscalmente tratados como se segue: a) os resultados das compras-vendas de ações foram considerados como sendo de renda variável, sendo adicionados/excluídos do lucro real e tributados em separado; e b) os resultados com opções foram considerados como operacionais, compondo o lucro real mensal. Foram considerados "despesas de captação", se negativos;

- que as Carteiras Anexo IV são, por exigência legal, carteiras administradas, mantidas sob a responsabilidade de uma instituição administradora brasileira, pessoa jurídica devidamente autorizada pela CVM para a prática de atividades de administração de carteiras de títulos e valores mobiliários;

- que às instituições administradoras competem os registros de investimento estrangeiro, os fechamentos de câmbio, os recolhimentos de tributos, a escrituração de carteira e a guarda dos documentos relativos às carteiras;

- que a lei fiscal também disciplina a aplicação de recursos estrangeiros no País. De acordo com o artigo 758 do RIR/94, "o investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no País por intermédio de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do artigo 128 do C.T.N, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizam por conta e ordem do representado;

- que os ganhos de capital auferidos e distribuídos pelas Carteiras Anexo I estão excluídos da incidência do imposto de renda, mesmo quando resultantes da liquidação parcial ou total do investimento. Entende-se por ganhos de capital os resultados positivos auferidos pelas Carteiras Anexo IV nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados, com exceção das operações conjugadas que permitem a obtenção de rendimentos predeterminados;

- que por outro lado, os rendimentos auferidos pela Carteira Anexo IV estão sujeitos ao imposto de renda na fonte. São considerados rendimentos quaisquer valores que constituam remuneração do capital aplicado, incluindo aquele produzido por títulos de renda variável, tais como juros, prêmios, comissões, ágio, deságio, e participação nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações em fundos de investimento imobiliários;

- que de acordo com a norma fiscal contida no inciso III do artigo 759 do RIR/94, "estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de quinze por cento, os rendimentos distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, inclusive em decorrência de liquidação parcial ou total de investimento pelas carteiras de valores mobiliários, inclusive vinculadas à emissão, no exterior, de certificados representativos de ações, mantidas por investidores estrangeiros". Na apuração do imposto de renda, os prejuízos apurados em operações de renda fixa e de renda variável são indedutíveis;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

- que na forma dos artigos 32 da Lei n.º 8.383/91 e 1º da Lei n.º 8.849/94, estão isentos do imposto de renda somente os ganhos de capital auferidos pela Carteira Anexo IV. A isenção não alcança outros rendimentos auferidos;

- que no caso em tela, a instituição financeira nacional administradora da Carteira Anexo IV estruturou operações envolvendo ativos de renda variável que permitiriam a obtenção de resultados de renda fixa tendo como contraparte o Banco Safra S/A . Ou seja, a partir de ativos de renda variável (ações e opções sobre ações) pretendeu-se a obtenção de taxas predeterminadas para aumentar o investidor estrangeiro, garantindo-lhe um rendimento prefixado;

- que as operações conjugadas foram, em linhas gerais, montadas da seguinte forma: o BSI alugou as ações de pessoa ligadas. De posse das ações o BSI vende as ações ao investidor estrangeiro (Banco Safra Bahamas) e compra/vende opções sobre este mesmos ativos, estruturando de tal maneira a operação que esta perde sua característica de renda variável passando funcionar como uma operação de renda fixa. Ou seja, deixa de ter resultado imprevisível passando a ser previsível os possíveis resultados em função do preço do ativo-objeto (ações BB PN, BB ON e Aracruz PNB);

- que tal fato pode ser facilmente demonstrado analisando os possíveis resultados da operação estruturada em 07/01/94, envolvendo ações BB ON e opções de vendas sobre essas ações. Na montagem da operação, o Banco Safra de Investimentos S/A vende ações BB PN e vende opções de venda sobre as mesmas ações ao investidor estrangeiro; no caso o próprio BSI, na qualidade de administrador;

- que, no entanto, a liquidação da operação, por reversão ou vencimento, os ganhos apurados pelo administrador da Carteira Anexo IV foram tratados indevidamente como "ganhos de capital" não sendo tributados na fonte. De fato, o administrador da Carteira



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

Anexo IV (BFB) apurou isoladamente os resultados de negociação desses ativos de forma que ficasse caracterizados como de ganho de capital para o investidor estrangeiro, se positivos, e portanto, isentos de tributação pelo imposto de renda;

- que conforme relatado, para a contraparte das operações (Banco Safra S/A) os resultados das operações com opções foram considerados no lucro real, ou seja, não foram incluídos nos resultados de renda variável. As operações com as opções foram considerados como de captação para a instituição financeira nacional e os seus resultados como operacionais. Contrariando ao procedimento adotado para o investidor estrangeiro, os resultados das operações com opções para a instituição financeira nacional não foram consideradas de renda variável;

- que em resumo, os resultados com opções foram assim tratados: a) Investidor estrangeiro – resultados positivos de correntes das operações foram tratados como sendo ganhos de capital; e b) Instituição Financeira Nacional (contraparte) –os resultados das operações foram tratadas como operacionais e não como ganho/perda de capital;

- que, portanto, dois pesos, duas medidas. Para os rendimentos auferidos pelo investidor estrangeiro, aplicou-se o conceito de ganho de capital, sendo remetidos ao exterior sem a incidência do imposto de renda. Para a instituição financeira nacional os resultados não eram de renda variável, sendo considerados como operacionais;

- que resta, portanto, confessado pela própria instituição financeira administradora que os resultados das operações, estrategicamente montadas entre ela e sua administrada (Banco Safra Bahamas), não eram de renda variável, sendo seus resultados previsíveis desde o momento de suas implementações. E por se tratarem de operações conjugadas, de resultados previsíveis, os rendimentos auferidos pelo investidor



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

estrangeiro apurados por operação, deveriam, na forma da lei vigente, ter sido tributados na fonte à alíquota de 15%.

Irresignado com o lançamento, o autuado, apresenta, tempestivamente, em 28/09/00, a sua peça impugnatória de fls. 240/264, instruída com os documentos de fls. 265/279, solicitando que seja acolhida a impugnação para que seja declarado improcedente o Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que, preliminarmente, cabe salientar que já ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Pública efetuar os lançamentos quanto aos fatos relacionados no Auto de Infração ora impugnado. Descabe qualquer possibilidade de lançamento de Imposto de Renda relativamente aos fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos;

- que no caso de Imposto de Renda na Fonte sobre aplicações financeiras de "Anexo IV", o fisco deveria Ter, em cinco anos contados do fato gerador, homologado ou não o tratamento fiscal atribuído pelo administrador da carteira. Ao administrador coube efetivar o lançamento, pelo recolhimento tempestivo dos tributos incidentes sobre as carteiras e fundos por ele administrados à época dos fatos, deixando de reter e recolher o imposto nas hipóteses para tanto previstas na lei. O prazo para autuação, deste procedimento, expirou neste ano de 1999;

- que independentemente do descabimento, do ponto de vista acima referido, no sentido de que foram levadas a efeito, operações conjugadas, não se caracteriza um fato típico, descrito em norma fiscal, pela forma de sua contabilização, mas, isto sim, pela sua essência e pelos seus efeitos;

- que não se identifica uma operação como tributável, pela mera análise do critério de apropriação de custos, utilizado pelo administrador ou pelo aplicador dos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

recursos. O inverso é verdadeiro, e se algum critério de contabilização estivesse em desacordo com a operação, o mesmo deveria ser revisto;

- que como se demonstrará na presente, o Auto de Infração comete grave engano, ao pretender considerar como se fossem de renda fixa, operações de mercado futuro de carteira do "Anexo VI", que, o próprio Auto de Infração verificou – não tiveram, não podiam e nem pretendiam ter renda pré-determinada – tais operações de proteção de valor mínimo de ativos da carteira e previstas pelas normas da CVM e Banco Central, eram tratadas de forma clara, pela lei tributária, como não sujeitas à retenção de Imposto de Renda na Fonte. Seus resultados foram definidos como "ganhos de capital", pela Lei nº 8.849, não sujeitos à tributação;

- que o artigo 32 da Lei nº 8.383/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.849/94, em seu parágrafo 1º, contém regra de exclusão de incidência. Isto significa que é aplicável à hipótese sub judice, o artigo 111 CTN, ou seja, o comando da Lei nº 8.849/94, deve ser tomado em sua forma literal, não sendo possível emendá-la ou moldá-la, como fez a peça inicial do presente procedimento fiscal;

- que o chamado "ganho de capital" mencionado no art. 32 da Lei nº 8.383/91 só é assim definido para aplicações de não residentes, como o resultado obtido em operações de bolsa, mercado futuro, etc. Por outro lado, o conceito de "ganho de capital" na tributação de pessoas jurídicas (nacionais), que se opõe a "receitas operacionais" em nada tem a ver com tais operações, mas sim, com resultados – como se sabe – da venda de ativos da empresa. Tal comparação é totalmente imprópria, portanto, e de nada serve para definir relação jurídica ou apontar qualquer fato gerador de obrigação tributária;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

- que como é de conhecimento geral, as operações de derivativos, assim consideradas as que se utilizam de evolução futura de índices, taxas de câmbio ou equivalentes na composição de resultados, são feitas com objetivos econômicos principais: a especulação ou operação de risco, onde o participante assume algum tipo de risco de posição, por acreditar ou apostar em altas ou baixas de tais índices, e as operações de cobertura, ou hedge, onde participante minimiza uma perda eventual em seus ativos sujeitos a oscilação de valores (ouro, ações, etc.) impedindo baixas extremas e assegurando portanto cotações mínimas para tais ativos em prazos determinados. Tais operações de hedge também podem proteger passivos ou dívidas do investidor. Muitas vezes a operação é feita entre um contratante "especulador" e outro contratante que busca o hedge. Ou seja, o conceito – risco ou hedge – de uma operação de derivativos, depende sempre da ótica do participante ou contratante da operação;

- que o item II da Resolução 2.034/93 do Conselho Monetário Nacional permite, excepcionalmente, a constituição de hedge em casos como o presente, corroborando com isso o estabelecido no art. 1º da Resolução 1.935/92. Isto significa que a regra contida no item III, da Resolução 2.034/93, jamais teria aplicação ao caso presente;

- que o impugnante obedeceu rigorosamente os ditames do artigo 32, da Lei nº 8.383/91, com a nova redação que foi dada ao referido artigo, pela Lei nº 8.849/94. Não há, portanto, base legal que possa justificar o lançamento ora impugnado. Por outro lado, ainda que admitíssemos, apenas para argumentar, que fosse legítima a interpretação dada pelo Auto à lei, ainda assim, os fatos levantados pela fiscalização, não seriam enquadráveis na capitulação por ela levada a efeito.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, a autoridade singular conclui pela improcedência da ação fiscal, com base nas seguintes considerações:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

- que quanto à preliminar argüida, relativa à caducidade do lançamento, cabe frisar que o instituto de decadência está regulado no art. 173 da Lei nº 5.172/66 (CTN);

- que, porém, não obstante a competência privativa da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário, a legislação pode atribuir ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa, aplicando-se nesses casos outra regra de contagem do prazo decadencial, conforme prevê o art. 150 do CTN;

- que está claro que, na definição do termo inicial do prazo de decadência, na hipótese de lançamento por homologação, deve ser considerado o cumprimento pelo sujeito passivo o dever de se antecipar à autuação da autoridade administrativa para constituição do crédito tributário, interpretando a legislação aplicável para apurar o montante e efetuar o pagamento ou recolhimento do tributo ou contribuição correspondente;

- que, assim, a homologação efetuada pela autoridade fiscal pode recair tão-somente sobre o pagamento efetuado pelo sujeito passivo, eis que o lançamento propriamente dito carece ainda de formalidade legal, indispensável à sua caracterização, sendo no mínimo inadequado falar em homologação de ato cuja prática é de competência privativa da própria autoridade homologadora;

- que a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 150 do CTN não se aplica, pois, aos créditos tributários que não foram objeto daquela atividade exercida pelo contribuinte, que consiste no dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

- que em face da ausência de recolhimento prévio, aplica-se ao caso em exame a regra geral de contagem do prazo decadencial, prevista no art. 173, inciso I, do CTN, ou seja, o termo inicial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tratando-se de fatos geradores ocorridos no decorrer do ano-calendário de 1994, o termo inicial dos 5(cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro de 1995, dar-se-á em 31/12/99, de forma que o presente lançamento foi efetuado dentro do prazo legal, sendo descabida a alegação de decadência;

- que quanto às alegações de mérito, importa, inicialmente, fixar o alcance da hipótese de incidência invocada pela autoridade autuante, para, posteriormente, verificar se os fatos apurados estão dentro do campo de incidência normativo, ou seja, se há correspondência entre a situação descrita hipoteticamente pelo legislador e os elementos fáticos trazidos aos autos;

- que as Carteiras Anexo IV enquadram-se no inciso III do artigo 32 da Lei nº 8.383/91, submetendo-se, assim, a regime diferenciado de tributação, eis que o artigo 29 da mesma Lei, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.849/94, define que 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 rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa, ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadoria, de futuros e assemelhados e rendimentos obtidos em aplicações em fundos e clubes de investimentos de renda variável. O legislador, portanto, pretendeu dar às Carteiras Anexo IV um tratamento tributário diferenciado, prescrevendo a incidência do IRRF sobre rendimentos e excluindo a incidência do tributo para os ganhos de capital;

- que a tese da autoridade autuante funda-se na afirmação de que as operações conjugadas que possibilitem a predeterminação dos rendimentos, ainda que



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

celebradas em bolsas, são tributáveis pelo IRRF, pois, não obstante tratar-se de operações efetuadas com ativos de renda variável, os resultados são de renda fixa. O impugnante, por sua vez, assevera que a lei não contempla tal exceção, razão pela qual quaisquer operações celebradas em bolsas estão excluídas do campo de incidência da norma impositiva do IRRF;

- que conclui-se do até aqui exposto que a caracterização como tributáveis das operações que ensejaram o presente lançamento está a depender exclusivamente do conteúdo semântico dado pelo legislador aos conceitos de ganhos de capital e rendimentos, eis que, conforme a redação do artigo 32 da Lei nº 8.383/91 c/c o artigo 1º da Lei nº 8.849/94, os primeiros estão excluídos da tributação, enquanto os segundos sujeitam-se ao IRRF à alíquota de quinze por cento;

- que a conceituação de ganhos de capital, pelo § 2º, "b.1", do artigo referido, como os resultados positivos auferidos nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas é por demais precisa e evidente. Quaisquer resultados positivos auferidos em operações realizadas em bolsas são tido como ganhos de capital para efeito de tributação de IRRF, ou seja, estão excluídos da incidência da exação;

- que todas as operações que ensejaram a lavratura do presente Auto de Infração foram efetuados na Bolsa de Valores de São Paulo. A circunstância, mencionada no "Termo de Verificação", dessa instituição Ter funcionada apenas como local apropriado para registro das operações não tem o condão de descaracterizar os respectivos resultados positivos como ganhos de capital, pelo simples fato de que o legislador não contemplou tal distinção, ou seja, não há na lei qualquer menção à forma como as operações são realizadas na bolsa. A simples realização do negócio em bolsa é suficiente para caracterizar o eventual resultado positivo auferido como ganho de capital, e, portanto, é o quanto basta para sua exclusão da tributação pelo IRRF;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

- que é descabida, ainda, a interpretação de que a conceituação de rendimentos formulada pelo § 2º, "a", do dispositivo em análise, abrange os rendimentos predeterminados das operações realizadas em bolsas. Com efeito, o conceito alcança os valores produzidos por títulos de renda variável, somente enquanto remuneração do capital aplicado. O dispositivo cita, inclusive, os exemplos dos dividendos, das bonificações em dinheiro e das participações nos lucros, que, por óbvio, remuneram o capital aplicado, independentemente da operação realizada com o título de renda variável, bastando a titularidade do título para a percepção do rendimento;

- que a redação do artigo 81 da Lei nº 8.981/95 é em tudo semelhante ao artigo 32 da Lei nº 8.383/91, estabelecendo apenas algumas alterações pontuais, entre as quais está a prescrição de que os resultados positivos auferidos nas operações conjugadas, assim entendidas aquelas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas nas bolsas ou mercado de balcão, não são caracterizadas como ganhos de capital, de forma que não estão excluídas da tributação pelo IRRF. Ora, é justamente essa exceção que autoridade autuante invoca para fundamentar o lançamento. Ocorre que a Lei nº 8.981/95 só pode ser aplicada a fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1995, enquanto os fatos geradores lançados ocorreram no decorrer do ano de 1994. Assim, a inovação revela que as operações realizadas em bolsas no decorrer do ano de 1994, construídas de tal forma a permitir a obtenção de rendimentos predeterminados, estão fora do campo de incidência do IRRF. A tributação dessas operações só pode ocorrer, repita-se, a partir de 1º de janeiro de 1995.

A ementa que consubstancia a decisão da autoridade singular é a seguinte:

"Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

Data do fato gerador: 01/01/1994, 07/03/1994, 22/03/1994, 24/03/1994, 18/04/1994, 20/06/1994.

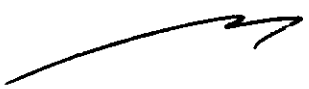
Ementa: IRRF – DECADÊNCIA – OPERAÇÕES CONJUGADAS – RENDIMENTOS PREDETERMINADOS

Para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso não haja pagamento, a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia Ter sido efetuado. A tributação pelo IRRF das operações conjugadas realizadas em bolsas com recursos provenientes de Carteira Anexo IV só é aplicável às operações iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1995. Para a tributação das operações conjugadas que permitem a obtenção de rendimentos predeterminados a legislação tributária exige a fixação prévia dos rendimentos, não bastando a previsibilidade de rendimentos possíveis, a depender da variação de preço do ativo objeto.

LANÇAMENTO IMPROCEDENTE.”

Deste ato, o Delegado da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ, recorre de ofício ao Primeiro Conselho de Contribuintes, em conformidade com o art. 3º, inciso II da Lei n.º 8.748/93, com a nova redação dada pelo art. 67 da Lei n.º 9.532/97.

É o Relatório.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O recurso de ofício está revestido das formalidades legais.

Como se vê dos autos, a peça recursal repousa no recurso de ofício de decisão de 1ª instância, onde foi dado provimento à impugnação interposta, para declarar insubsistente parte do crédito tributário constituído.

Da análise dos autos se constata que a autoridade julgadora singular, acatando as razões da defesa, considerou improcedente o lançamento contido no Auto de Infração.

Verifica-se, também, que a autoridade julgadora singular considerou improcedente o lançamento, amparado na convicção base de que a redação do artigo 81 da Lei nº 8.981/95 é em tudo semelhante ao artigo 32 da Lei nº 8.383/91, estabelecendo apenas algumas alterações pontuais, entre as quais está a prescrição de que os resultados positivos auferidos nas operações conjugadas, assim entendidas aquelas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas nas bolsas ou mercado de balcão, não são caracterizadas como ganhos de capital, de forma que não estão excluídas da tributação pelo IRRF. Em razão disso, entende que é justamente essa exceção que autoridade autuante invoca para fundamentar o lançamento. Alertando, ainda, que a Lei nº 8.981/95 só pode ser aplicada a fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1995, e que os fatos geradores lançados ocorreram no decorrer do ano de 1994. Conclui, que a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

inovação revela que as operações realizadas em bolsas no decorrer do ano de 1994, construídas de tal forma a permitir a obtenção de rendimentos predeterminados, estão fora do campo de incidência do IRRF. A tributação dessas operações só pode ocorrer, repita-se, a partir de 1º de janeiro de 1995.

Não há como discordar do brilhante entendimento esposado pela autoridade singular em sua decisão, pois a mesma expressa o entendimento desta Câmara, nesta matéria, conforme jurisprudência firmada em julgados anteriores.

Como visto no relatório, a peça acusatória está lastreada no entendimento de que houve, por parte da suplicante, falta de recolhimento do imposto de renda na fonte sobre rendimentos reais decorrentes de operações conjugadas realizadas em recinto bursátil (BOVESPA), envolvendo ações e opções, com recursos provenientes de Carteira Anexo IV, ou seja, relativo às operações realizadas entre 01/01/94 a 30/06/94, tendo como sujeito ativo a Carteira de Investimento Institucional do Banco Safra Bahamas, que tinha como administrador o suplicante (Banco Safra S/A sucessor de Banco Safra de Investimentos S/A), sendo, também, a contraparte das operações realizadas em nome do investidor estrangeiro, conforme previsto nas normas do Anexo IV da Resolução CVM n.º 1.289. Infração capitulada no artigo 32, da Lei n.º 8.383/91 e artigo 1º da Lei n.º 8.849/94.

Por outro lado, as principais teses argumentativas do recorrente consistem nas assertivas de que em resumo, todas as operações ora analisadas foram realizadas em recinto bursátil, ou seja, todas as operações foram devidamente apregoadas, sujeitos, sempre, à possibilidade de interferência de terceiros e que não garantiam a obtenção de rendimento, muito menos permitiam sua predeterminação, e que dessa forma estas operações não configuravam "hedge" perfeito, não se podendo falar em rendimentos predeterminados de operações conjugadas, além de que de acordo com o artigo 32, § 2º, alínea "b.1", da Lei n.º 8.383/91, com redação dada pela Lei n.º 8.849/94, ganhos de capital



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

são “os resultados positivos auferidos nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados”.

Da análise dos autos verifica-se que a discussão reside em torno da questão de que o Banco Safra de Investimentos S/A foi nomeado pelo Banco Safra Bahamas, para iniciar e administrar sua Carteira de Investimento Institucional, de acordo com as normas previstas no Anexo IV da Resolução CVM n.º 1.289, e que no período, compreendido entre 01/01/94 a 30/06/94, o Banco Safra S/A atuando como administrador da Carteira Anexo IV – Banco Safra Bahamas, efetuou diversas operações na BOVESPA, envolvendo ações e opções, tendo como contraparte o próprio Banco Safra S/A. Sendo que as operações, por conta e ordem do investidor estrangeiro (Carteira Anexo IV), foram realizadas através da própria corretora do Grupo Safra (Safra C.V.C Ltda.) e envolveram ações e opções sobre ações relativas aos seguintes papéis: Banco do Brasil PN; Banco do Brasil ON e Aracruz PNB.

Para um melhor posicionamento do Colegiado sobre o assunto, se faz necessário rever algumas posições sobre o assunto em pauta.

As Carteiras Anexo IV são, por exigência legal, carteiras administradas, mantidas sob a responsabilidade de uma instituição administradora brasileira, pessoa jurídica devidamente autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários para a prática de atividades de administração de carteiras de títulos e valores mobiliários.

Às instituições administradoras competem os registros de investimento estrangeiro, os fechamentos de câmbio, os recolhimentos de tributos, a escrituração de carteira e a guarda dos documentos relativos às carteiras.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no País por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do artigo 128 do CTN, pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizam por conta e ordem do representado.

Os ganhos de capital auferidos e distribuídos pelas Carteiras Anexo IV estão excluídos da incidência do imposto de renda, mesmo quando resultantes da liquidação parcial ou total do investimento. Entende-se por ganhos de capital os resultados positivos auferidos pelas Carteiras Anexo IV nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, com exceção, a partir de 1º de janeiro de 1995, das operações conjugadas que permitem a obtenção de rendimentos predeterminados, com disposição expressa na Lei nº 8.981/95.

Assim sendo, e após a análise dos documentos constantes dos autos, constata-se que a instituição financeira nacional administradora da Carteira Anexo IV (a suplicante) estruturou operações envolvendo ativos de renda variável (ações e opções sobre ações), cujas operações foram montadas da seguinte forma: o Banco Safra Bahamas, representado pelo Banco Safra S/A., compra as ações-objeto (BB PN, BB ON e Aracruz PNB) de pessoas ligadas ao Grupo Safra (alugadas).

Nas operações realizadas o preço de exercício das opções de venda foram estipuladas dentro de um intervalo razoavelmente grande para oscilação do preço do ativo-objeto dentro do qual seria obtida a taxa de juros desejada para remunerar o investidor estrangeiro, o que pode ser facilmente observado nas demonstrações realizadas pela autoridade autuante às fls. 285/296.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

Este relator poderia adotar tais demonstrativos como fonte de argumento para formar convencimento se as operações realizadas tinham ou não o objetivo de fixar rendimentos predeterminados ao investidor estrangeiro. Entretanto, entendo como desnecessária para o deslinde da questão ora discutida.

Nesta linha de raciocínio, importa, inicialmente, fixar o alcance da hipótese de incidência invocada pela autoridade autuante, para, posteriormente, verificar se os fatos apurados estão dentro do campo de incidência normativo, ou seja, se há correspondência entre a situação descrita hipoteticamente pelo legislador e os elementos fáticos trazidos aos autos.

Como visto, anteriormente, a peça vestibular aponta como infringidos os seguintes dispositivos legais: artigo 32, da Lei n.º 8.383/91 e artigo 1º da Lei n.º 8.849/94.

Faz-se necessário ressaltar que o assunto, ora em discussão, está disciplinado nas seguintes normas:

Lei nº 8.383/91, art. 32, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.849/94:

“Art. 32. Ressalvados os rendimentos de Fundos de Aplicação Financeira – FAF, que continuam tributados de acordo com o disposto no art. 21, § 4º, ficam sujeitos ao imposto de renda na fonte, à alíquota de quinze por cento, os rendimentos auferidos:

.....

III – pelas carteiras de valores mobiliários, inclusive vinculadas à emissão, no exterior, de certificados representativos de ações, mantidas por investidores estrangeiros.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

§ 1º Os ganhos de capital ficam excluídos da incidência do imposto de renda quando auferidos e distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, inclusive em decorrência de liquidação parcial ou total do investimento pelos fundos, sociedades ou carteiras referidos no caput deste artigo.

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

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, dividendos, bonificações em dinheiro e participações nos lucros, bem como os resultados positivos auferidos em aplicações nos fundos e clubes de investimento de que trata o art. 25;

b – ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:

b.1 – nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;

b.2 – nas operações com ouro, ativo financeiro, fora de bolsa, intermediadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

§ 3º A base de cálculo do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos pelas entidades de que trata este artigo será apurada:

a – de acordo com os critérios previstos no § 3º do art. 20 e no art. 21, no caso de aplicações de renda fixa;

b – de acordo com o tratamento previsto no § 4º do art. 20, no caso de rendimentos periódicos ou qualquer remuneração adicional não submetidos à incidência do imposto de renda na fonte;

c – pelo valor do respectivo rendimento ou resultado positivo nos demais casos.

§ 4º Na apuração do imposto de que trata este artigo serão indedutíveis os prejuízos apurados nas operações de renda fixa e de renda variável.

§ 5º O disposto neste artigo alcança, exclusivamente, as entidades que atenderem às normas e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

Nacional, não se aplicando, entretanto, aos fundos em condomínio referidos no art. 31.”

Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995 (MP nº 812/94):

“Da Tributação das Operações Financeiras – Do Mercado de Renda Fixa

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;

.....

Da Tributação das Operações Financeiras Realizadas por Residentes Ou Domiciliados no Exterior

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;

II – ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;

III – rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimentos.

Parágrafo único. Sujeitam-se à tributação pelo imposto de renda, nos termos dos arts. 80 a 82, os rendimentos e ganhos de capital decorrentes de aplicações financeiras, auferidos por fundos, sociedades de investimento e carteiras de valores mobiliários de que participem, exclusivamente, pessoas



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

físicas ou jurídicas, fundos ou outras entidades de investimento coletivo residentes, domiciliados ou com sede no exterior.

Art. 79. O investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários somente poderá ser realizado no país por intermédio de representante legal, previamente designado dentre as instituições autorizadas pelo Poder Executivo a prestar tal serviço e que será responsável, nos termos do art. 128 do Código tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

§ 1º O representante legal não será responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte sobre aplicações financeiras quando, nos termos da legislação pertinente tal responsabilidade for atribuída a terceiro.

§ 2º O Poder Executivo poderá excluir determinadas categorias de investidores da obrigatoriedade prevista neste artigo.

Art. 80. Sujeitam-se à tributação pelo imposto de renda, à alíquota de dez por cento, os rendimentos e ganhos de capital auferidos no resgate pelo quotista, quando distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, por fundos em condomínio, a que se refere o art. 50 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, constituídos na forma prescrita pelo Conselho Monetário Nacional e mantidos com recursos provenientes de conversão de débitos externos brasileiros, e de que participem, exclusivamente, pessoas físicas ou jurídicas, fundos ou outras entidades de investimentos coletivos, residentes, domiciliados, ou com sede no exterior.

§ 1º A base de cálculo do imposto é constituída pela diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição da quota.

§ 2º Os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelas carteiras dos fundos de que trata este artigo, são isentos de imposto de renda.

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

I – pelas entidades mencionadas nos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.285, de 23 de julho de 1986;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

II – pelas sociedades de investimento a que se refere o art. 49 da Lei nº 4.728, de 1965, de que participem, exclusivamente, investidores estrangeiros;

III – pelas carteiras de valores mobiliários, inclusive vinculadas à emissão, no exterior, de certificados representativos de ações, mantidas, exclusivamente, por investidores estrangeiros.

§ 1º Os ganhos de capital ficam excluídos da incidência do imposto de renda quando auferidos e distribuídos, sob qualquer forma e a qualquer título, inclusive em decorrência de liquidação parcial ou total do investimento pelos fundos, sociedades ou carteiras referidos no caput deste artigo.

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

a) rendimento: 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;

b) ganhos de capital, os resultados positivos auferidos:

b.1) nas operações realizadas em bolsa de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, com exceção das operações conjugadas de que trata a alínea “a” do § 4º do art. 65;”

Como visto acima, as Carteiras Anexo IV enquadram-se no inciso III do artigo 32 da lei nº 8.383/91, com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.849/94, submetendo-se, assim, a regime diferenciado de tributação, já que esta legislação define que os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às normas de tributação pelo imposto de renda, previstas para os residentes ou domiciliados no País, em relação aos rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa, ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadoria, de futuros e assemelhados e rendimentos obtidos em aplicações em fundos e clubes de investimento de renda variável. O legislador, portanto, pretendeu dar às Carteiras Anexo IV um tratamento tributário



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

diferenciado, prescrevendo a incidência do IRRF sobre rendimentos e excluindo a incidência do tributo para os ganhos de capital.

Da análise do Termo de Verificação Fiscal, emitida pela autoridade autuante, se verifica que a sua tese funda-se na afirmação de que as operações conjugadas que possibilitem a predeterminação dos rendimentos, ainda que celebradas em bolsas, são tributáveis pelo IRRF, pois, não obstante tratar-se de operações efetuadas com ativos de renda variável, os resultados são de renda fixa. A suplicante, por sua vez, assevera que a lei não contempla tal exceção, razão pela qual quaisquer operações celebradas em bolsas estão excluídas do campo de incidência na norma impositiva do IRRF.

É sabido que a tributação das operações efetuadas no mercado financeiro sofre recorrentes alterações, sobretudo em virtude da nota de extrafiscalidade que assumem os tributos nesse campo da economia. Com efeito, a tributação das operações é elemento decisivo para formação do juízo de conveniência e oportunidade a ser formulado pelo investidor, de tal forma que é comum a indução de comportamentos nessa área, por meio de utilização de normas tributárias, tendo em vista fins de política econômica. Essas características fazem com que conceitos como os de renda variável e renda fixa sejam manipulados pelo legislador, assumindo diferentes conteúdos semânticos, fixados de acordo com os fins a serem atingidos. Em síntese, o tratamento tributário a ser dispensado a uma dada operação é um dado do direito objetivo. Quer-se com isso fixar que não há nenhum elemento intrínseco nas operações financeiras, ou seja, nenhuma característica inafastável de sua própria natureza que imponha ao intérprete um dado método de tributação, sem que antes este recorra ao direito positivo para averiguar qual o tratamento tributário eleito pelo legislador para aquela dada operação.

É conclusivo, que a razão está com a recorrente, já que no nosso sistema tributário tem o princípio da legalidade como elemento fundamental para que flore o fato



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

gerador da obrigação tributária, ou seja, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Assim, o fornecimento e manutenção da segurança jurídica pelo Estado de Direito no campo dos tributos assume posição fundamental, razão pela qual o princípio da Legalidade se configura como uma reserva absoluta de lei, de modo que para efeitos de criação ou majoração de tributo é indispensável que a lei tributária exista e encerre todos os elementos da obrigação tributária.

À Administração Tributária está reservado pela lei o direito de questionar a matéria, mediante processo regular, mas sem sobra de dúvida deve se atrelar à lei existente e perseguir a busca da verdade material.

Com efeito, a convergência do fato imponível à hipótese de incidência descrita em lei deve ser analisada à luz dos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, que demandam interpretação estrita. Da combinação de ambos os princípios, resulta que os fatos erigidos, em tese, como suporte de obrigações tributárias, somente se irradiam sobre as situações concretas ocorridas no universo dos fenômenos, quando vierem descritos em lei e corresponderem estritamente a esta descrição.

Como a obrigação tributária é uma obrigação ex lege, e como não há lugar para atividade discricionária ou arbitrária da administração que está vinculada à lei, deve-se sempre procurar a verdade real à cerca da imputação, desde que o fato gerador da obrigação tributária esteja prevista em lei. Não basta a probabilidade da existência de uma fato para dizer-se haver ou não haver obrigação tributária.

De acordo com a legislação retro transcrita a conceituação de ganhos de capital, como sendo os resultados positivos auferidos nas operações realizadas em bolsas



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas é por demais precisa e evidente. Quaisquer resultados positivos auferidos em operações realizadas em bolsas são tidos como ganhos de capital para efeito de tributação pelo IRRF, ou seja, estão excluídos da incidência da exação.

Ora, no caso em questão, todas as operações que ensejaram a lavratura do presente Auto de Infração foram efetuadas na Bolsa de Valores de São Paulo. A circunstância, mencionada no Termo de Verificação, que essa instituição ter funcionado apenas como local apropriado para registro das operações não tem o condão de descaracterizar os respectivos resultados positivos como ganhos de capital, pelo simples fato de que o legislador não contemplou tal distinção, ou seja, não há na lei qualquer menção à forma como as operações são realizadas na bolsa. A simples realização do negócio em bolsa é suficiente para caracterizar o eventual resultado positivo auferido como ganho de capital, e, portanto, é o quanto basta para sua exclusão da tributação pelo IRRF.

Ademais, é bom se lembrar que a expressão "negociações diretas", empregada como jargão pelo mercado, significa apenas que o vendedor e comprador do título mobiliário encontram-se na mesma corretora, sem prejuízo à necessidade de se apregoar a operação em viva voz ou no pregão eletrônico.

Da mesma forma, não posso concordar que houve alguma simulação, já que no sentido jurídico, sem fugir ao sentido normal, é o ato jurídico aparentando enganosamente ou com fingimento, para esconder a real intenção ou para subversão da verdade. Na simulação, pois, visam sempre os simuladores a fins ocultos para engano e prejuízo de terceiros.

Ora, praticamente, a simulação resulta da substituição de uma ato jurídico por outro, ou na prática de um ao sob aparência de um outro, como com a alteração de seu



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

conteúdo ou de sua data, para esconder a realidade do que se pretende. Neste diapasão, não vejo onde estaria a vantagem da suplicante em simular operações se as mesmas não estavam sujeitas à incidência de tributos, por falta de previsão legal.

Se a ninguém é dado furtar-se a pagar tributo devido, nos exatos montante e prazo estabelecidos pela lei. Por outro lado, ninguém está obrigado a pagar tributo indevido ou, se devido, a fazê-lo em montante maior ou em prazo menor que aqueles pela lei determinados.

Calcada neste princípio – o da estrita legalidade da obrigação tributária – decorre, tranqüila, a constatação de que cada um pode, no que concerne à sua colocação ante imposições tributárias, dirigir sua vida e seus negócios da forma que, dentro dos limites da licitude e da legalidade, melhor atenda a seus interesses, não podendo ser constrangido a organiza-los de maneira à, abrindo mão do seu próprio, melhor atender ao interesse do fisco.

É notório de que quem estabeleceu o critério diferenciado para as operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, realizados em mercado bursátil, bem como no mercado de balcão, foi o artigo 81 da Lei nº 8.981, de 1995, que é em tudo semelhante ao artigo 32 da Lei nº 8.383/91, estabelecendo, porém, algumas alterações pontuais, entre as quais está a prescrição de que os resultados positivos auferidos nas operações conjugadas, não são caracterizadas como ganho de capital, de forma que não estão excluídas da tributação pelo IRRF.

Verifica-se que a decisão da autoridade julgadora singular reconhece que é indiscutível que apenas com a Medida Provisória nº 812, de 30/12/94, ocorreu a introdução explícita no nosso direito positivo de norma que prescrevia como não isentos os rendimentos decorrentes das operações conjugadas. Desta forma, no período de vigência da Lei n.º



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

8.383/91, todos os resultados positivos provenientes de operações realizadas em bolsa de valores por carteiras de valores mobiliários mantidas, exclusivamente, por investidores estrangeiros era classificados, sem exceção, como ganhos de capital, e estavam isentos de IRRF, como já foi explicitado anteriormente.

Por outro lado, não tem como prosperar a interpretação sistemática da Resolução CMN de nº 2.034/93, para afirmar que não era possível, desde dezembro de 1993, realizar-se operações conjugadas no mercado de derivativos com intuito de se obter rendimentos. Esta norma só serve para aferição de eventuais irregularidades praticadas no campo de determinações do Conselho Monetário Nacional, cuja penalidade não é revestida de tributos e não tem o condão de fazer nascer fato gerador de obrigação tributária.

Indiscutivelmente, que com o advento da Medida Provisória n.º 812/94, convertida na Lei n.º 8.981/95, é que parte dos resultados positivos obtidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhados passaram a sofrer a incidência do imposto sobre a renda na fonte. Deixaram de ser isentos os resultados positivos provenientes de operações conjugadas. Tais operações são conceituadas como aquelas que "permitem a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados, bem como no mercado de balcão", nos termos do artigo 65, § 4º, alínea "a" da referida lei. Esses rendimentos predeterminados passaram a ser tributados como resultados positivos obtidos em operações de renda fixa, nos termos do artigo 81, § 1º combinado com o § 2º, alínea "b.1" do mesmo diploma legal.

Assim, é indiscutível que as operações autuadas, iniciadas e encerradas em 1994, se consumaram em momento anterior ao do início da vigência da Lei n.º 8.981/95, sendo, portanto, atos jurídicos perfeitos, que não podem ser afetados por lei posterior por força dos artigos 5º, inciso XXXVI, e 150, inciso III, alínea "a", ambos da Constituição Federal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

Torna-se oportuno, nesta ocasião, citar que com o fim de regulamentar a inovação legal trazida pelo § 4º, a, do art. 65 da Lei nº 8.981/95, foi estabelecida a regra do art. 2º da Instrução Normativa SRF nº 43, de 21 de setembro de 1995, nos seguintes termos:

Art. 2º São também tributados como aplicações financeiras de renda fixa:

I – as 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;

.....
§ 1º A base de cálculo do imposto será constituída:

a) pelo resultado positivo auferido no encerramento ou liquidação das operações de que trata o inciso I;

.....
§ 4º Em relação às operações de que trata o inciso I, alíneas "a" e "c", o regime de tributação previsto neste artigo aplica-se às operações iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1995."

Nota-se, que de acordo com a regulamentação administrativa acima transcrita, as operações conjugadas susceptíveis de serem equiparadas a aplicações financeiras de renda fixa, por permitirem a obtenção de rendimentos predeterminados, devem revestir determinadas características, sem as quais a equiparação extrapola os limites da previsão legal. Por outro lado, estipula, da mesma forma, que o regime de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002077/99-01
Acórdão nº. : 104-18.398

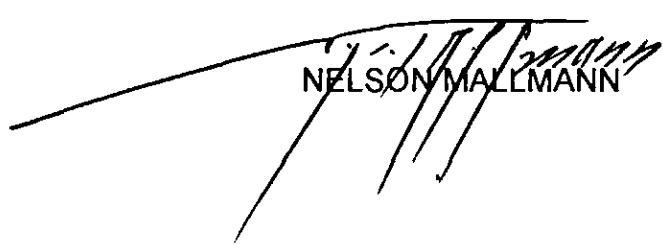
tributação previsto no artigo em questão aplica-se às operações iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1995.

Com efeito, nunca é demais citar que a convergência do fato imponible à hipótese de incidência descrita em lei deve ser analisada à luz dos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, que demandam interpretação estrita. Da combinação de ambos os princípios, resulta que os fatos erigidos, em tese, como suporte de obrigações tributárias, somente se irradiam sobre as situações concretas ocorridas no universo dos fenômenos, quando vierem descritos em lei e corresponderem estritamente a esta descrição.

Desta forma, é conclusivo, sem a necessidade de entrar no mérito se as operações realizadas pela suplicante estão ou não equiparadas a operações conjugadas, que o Auto de Infração não pode prevalecer, já que falece de previsão legal, por inexistir operações iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1995.

Assim sendo, e considerando que todos elementos de prova que compõem a presente lide foram objeto de cuidadoso exame por parte da autoridade julgadora singular e que a mesma deu correta solução à demanda, aplicando a legislação de regência à época da ocorrência do fato, fazendo prevalecer à justiça tributária, VOTO pelo conhecimento do presente recurso de ofício, e, no mérito, NEGO provimento.

Sala das Sessões – DF, em 17 de outubro de 2001



NELSON MALLMANN