



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002725/99-11
Recurso nº. : 124.462
Matéria: : IRPJ- CSLL (01/01/95 a 31/12/98)
Recorrente : CCF BRASIL CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.
Recorrida : DRJ em São Paulo – SP.
Sessão de : 20 de setembro de 2001
Acórdão nº. : 101-93.616


IRPJ- CSLL- SIMULAÇÃO – OPERAÇÕES DE SWAP- Para que se possa caracterizar a simulação relativa é indispensável que o ato praticado, que se pretende dissimular sob o manto do ato ostensivamente praticado, não pudesse ser realizado por vedação legal ou qualquer outra razão. Se as partes queriam e realizaram negócio sob a estrutura de *swap* para atingir indiretamente economia de tributos não restou caracterizada a *declaração enganosa de vontade*, essencial na simulação.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CCF BRASIL CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.

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


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

FORMALIZADO EM: 22 OUT 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, LINA MARIA VIEIRA, RAUL PIMENTEL e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL. Ausente, justificadamente o Conselheiro CELSO ALVES FEITOSA.

Recurso n.º : 124.462
Recorrente : CCF Brasil Corretora de Títulos e Valores Mobiliários S.A

RELATÓRIO

Contra CCF Brasil Corretora de Títulos e Valores Mobiliários S.A foram lavrados os autos de infração de fls. 3/4 e 10/11, por meio dos quais estão sendo exigidos créditos tributários referentes a Imposto de Renda – Pessoa Jurídica e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, correspondentes aos anos calendário de 1995 a 1998, nos quais estão compreendidos multa por lançamento de ofício agravada de 150% e juros de mora.

AUTOS DE INFRAÇÃO

A irregularidade que deu causa às exigências, segundo os autos de infração, consistiu em pagamento sem causa e conseqüente redução do lucro líquido, tendo sido indicado enquadramento legal nos artigos 195, I: 197, par. único; 243, e 247 do RIR/94 para o Imposto de Renda, e para a CSL, art. 2º e parágrafos da Lei 7.689/88, art. 219 do RIR/94, art. 57 da Lei 8.981/95, art. 19, p. único da Lei 9.249/95 alterado pela E.C. 10/96, art. 1º e 2º da Lei 9.316/96 e art. 26 da Lei 9.430/96.

Do Relatório de Fiscalização de fls. 608 a 675 consta o seguinte:

- Em ato de fiscalização no BANCO CCF DO BRASIL S.A. verificou-se que aquela instituição registrou, no ano de 1995, com operações de *SWAP*, um prejuízo da ordem de R\$68.475.750,63.
- Do total das receitas dessas operações (R\$ 50.909.854,75), R\$ 35.048.090,70 provinham de operações com sua controlada, a CCF Corretora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. (CTVM)
- A CTVM, por sua vez, teve, conforme as inclusas relações fornecidas por essas duas instituições financeiras, denominadas “**CARTEIRAS DE OPERAÇÕES DE SWAPIHEDGE**”, os seguintes prejuízos a esse título:
 - a) ano de 1995: R\$ 33.675.541,55
 - b) ano de 1996: R\$ 71.335.852,81

YF

c) ano de 1997: R\$ 138.597.760,41

d) ano de 1998: R\$ 100.051.621,50

- Diante dos fatos constatados, foi solicitado ao Banco CCF que prestasse esclarecimentos quanto às características dessas operações e forma como eram praticadas, seja com terceiros, seja com sua controlada, bem como a apresentação de **demonstrativo** contendo a relação dos contratos firmados entre ele (BANCO) e a CTVM, com indicação dos resultados apurados.
- Em resposta o BANCO informou que a operação *Swap* é instrumento que consiste na troca de indexadores e/ou valores mobiliários entre duas empresas, sem a necessidade de imobilização de caixa, correspondendo a um mecanismo utilizado para eliminar, diminuir ou substituir riscos, com resultado futuro e incerto, em situações de descasamento de prazos, taxas ou indexadores, entre ativos e passivos. Podem ter a finalidade de *hedge* – transferindo risco da CTVM para o BANCO e deste para o mercado, se assim convier – ou inversamente, pode o BANCO efetivar operações de *Swap* com a CTVM visando descentralizar o risco desejável. Elucida que para realização desse tipo de operação é firmado um contrato genérico, envolvendo qualquer tipo de índice ou taxa, considerado “contrato mãe” e denominado “**Instrumento Particular Para Proteção (*Hedge*) Mediante Troca de Posições Financeiras**”, e Termos de Adesão, instrumentos pelos quais o Banco CCF e o Cliente identificam e assumem as obrigações que constituirão o objeto do contrato e definem todos os elementos indispensáveis para execução das cláusulas, termos e condições do contrato-mãe.
- Entende o autuante que as operações de *Swap* realizadas entre a CTVM e o Banco CCF não protegem absolutamente nada, tendo sido realizadas com o único objetivo de reduzir o lucro real da CTVM em benefício do Banco, deficitário, o que descaracteriza os valores assim transferidos como despesa efetiva, propondo-se a demonstrar o que afirma nos itens 10 a 19 do Relatório, assim intitulados:
 - Item 10- As operações de *Hedge* e as operações de *Swap* com fins de *Hedge*.
 - Item 11- Da proteção proporcionada pelas operações de *Hedge*.

JV

- Item 12- Da proteção proporcionada pelas operações de *Swap* quando realizadas para fins de proteção (*Hedge*)
- Item 13- A inexistência de proteção na operação de *Swap* especulativo, e a indedutibilidade da despesa correspondente
- Item 14- A inexistência de proteção na operação de *Swap* entre controlador e controlada, dada a impossibilidade de transferência de riscos dentro de um mesmo patrimônio
- Item 15- Da inexistência, no Banco CCF, do Ativo Ouro, cujas operações produziram, invariavelmente, prejuízo.
- Item 16- Da inexistência de comutatividade nas operações realizadas
- Item 17- Da simulação existente nas operações realizadas
- Item 18- Dos valores a Tributar.
- Item 19- Conclusão.

No item 10 do relatório, recorrendo à doutrina (Luiz Mélega, Oscar Barreto Filho, Bulhões Pedreira e Roberto Quiroga Mosquera), o autuante conceitua *Hedge* e *Swap* e conclui que as operações de *Swap* podem ter a finalidade de *hedge* ou serem especulativas, e desde que utilizadas para proteção são tranqüilamente admitidas pela legislação tributária.

No item 11 elabora exemplo para permitir a compreensão de como se operacionaliza a proteção mediante *hedge*, demonstrando que o *hedge* é realizado entre pessoas diferentes, e numa única direção : Empresa A →
Instituição Financeira → Empresa B .

No item 12 esclarece que as operações de *Swap* são efetivadas simultaneamente entre duas pessoas que tenham ativos e passivos em posições opostas, e que tais operações só se prestam ao objetivo de proteção ou cobertura se, cumulativamente, atenderem as seguintes condições : a) sejam realizadas entre empresas com interesses opostos: b) sejam realizadas entre patrimônios distintos, não hierarquizados. Esclarece que a inexistência de interesses opostos revela-se na circunstância em que as empresas: a.1) não possuam ativos e passivos cujos índices ou taxas foram fixados no Termo de Adesão, ou os possuam em valores inferiores à

parcela destacada; a.2) possuam apenas um deles; a.3) não estejam, tais ativos e passivos, em relação aos ativos e passivos do outro contratante, em posição invertida. No que tange à condição b, esclarece que só há transferência de risco quando as instituições participantes da operação não pertençam à mesma unidade econômica.

No item 13 discorre sobre as operações de *Swap* realizadas por quem não possua ativos ou passivos em montantes iguais à parcela destacada, ou não os possua em posição invertida com o outro contratante, caracterizando-as como especulativas e equiparando-as a um jogo.

No item 14, citando Bulhões Pedreira, Eliseu Martins, Sérgio de Iudícibus e Ernesto Rubens Gelbke, discorre sobre o método da equivalência patrimonial, e conclui que, em razão desse método de avaliação, os efeitos das operações *Swap* entre elementos do grupo é nulo, pois as variações a que estão sujeitos o ativo e o passivo já estão garantidas pelo método da equivalência patrimonial. Por não oferecerem nenhuma proteção, os valores transferidos dentro do mesmo patrimônio não correspondem a verdadeiras despesas, mas representam mera transferência de recursos (pagamentos sem causa), mediante simulação, com o único objetivo de pagar menos imposto.

No item 15 diz que, a partir das relações “Carteira de Operações de *Swap/Hedge*” se observa que na quase totalidade das operações o Banco CCF assumiu ônus das dívidas em ouro da CTVM, cujas perdas, nessas operações (ouro/CDI) correspondem, nos anos de 95 a 98, respectivamente, a 64,82%, 89,25%, 95,23% e 88,86% de suas perdas totais. Esclarece que o Banco não tinha ativos em ouro e se reporta a exemplos erigidos com variação hipotética de CDI e do ouro (demonstrativos 16 e 17) para evidenciar que as operações geravam invariavelmente prejuízos e que, mesmo sem a operação, o resultado numérico seria o mesmo (demonstrativos 18 e 19).

No item 16 procura demonstrar que houve desequilíbrio em relação aos índices e percentuais garantidos, pois os índices garantidos pela CTVM quanto ao passivo do Banco eram sempre maiores que os utilizados em relação a terceiros. Enquanto o cliente garante 100% da variação do ouro, o Banco garante um percentual que varia entre 90% e 98%, e quando o Banco garante 100% , há sempre uma taxa

10F

reduzora com substanciais diferenças na apuração dos resultados , verificando-se, na prática, operações em situação de favorecimento ou não equitativas, proibidas tanto pela legislação comercial como pela fiscal. Os valores lançados como despesas decorrentes dessas operações permitiram a redução do lucro real da CTVM nos anos-calandário de 1995, 1996, 1997 e 1998, enquanto a receita contabilizada no Banco CCF foi absorvida por prejuízos fiscais anteriores e correntes, transferência de renda essa cerceada pela legislação fiscal.

No item 18 , após transcrever doutrina a respeito da simulação (citando Nilton Latorraca, Ricardo Mariz de Oliveira, Luiz Carlos Andrezani, João Carlos Goulart Penteado), afirma que no caso concreto ocorreu a desconformidade entre a vontade querida, qual seja, a de obter redução da carga tributária, de modo ilícito, da CTVM, e a vontade declarada (realizar operações de *swap* com a finalidade de *hedge*) , tendo se caracterizado a simulação, sendo aplicável a multa de 150%

No item 19, diz que devem ser tributadas as importâncias debitadas em cada um dos anos calendário de 1995 a 1998 à conta de Prejuízos Operações Ativo Financeiro, **por corresponderem a pagamentos sem causa, caracterizando verdadeira doação decorrente de atos simulados.**

No item 19 apresenta a seguinte conclusão :

a) as malsinadas operações de *Swap* para fins de proteção *hedge*, quando realizadas entre controlador e controlada, não protegem absolutamente nada, dada a impossibilidade de se contratar “seguro” dentro e um mesmo patrimônio;

b) mesmo que houvesse essa possibilidade de proteção, as operações que envolveram índices de ouro, que representam a esmagadora maioria em termos de valores, não tinham condições de oferecê-la, porquanto restou demonstrado que o Banco CCF não possuía dito ativo, com o que o resultado daquelas realizadas resultaram, sempre, em redução do patrimônio líquido do conjunto;

c) as operações envolvendo ouro, por não observarem bases estritamente comutativas, eram de realização proibida, eis que caracterizaram ato de improbidade por parte de seus dirigentes, e finalmente,



d) ditas operações são simuladas, por não terem, efetivamente, o objetivo de proteção, destinando-se exclusivamente a permitir a transferência de recursos da controlada para o controlador, com redução da carga tributária.

IMPUGNAÇÃO

Em impugnação tempestiva, a interessada suscita preliminar de nulidade dos autos de infração por irregularidade quanto à forma do procedimento (alega que o resultado do trabalho fiscal foi preconcebido, que meses antes de ser intimada a prestar informações relacionadas à matéria objeto da fiscalização chegou às suas mãos um “Relatório de Fiscalização” sem assinatura, com as conclusões sobre as infrações cometidas, o qual foi registrado em cartório e submetido a perícia que confirma ser o mesmo da autoria do autor do presente procedimento) e vício na tipificação da hipótese tributária (afirma haver descompasso entre os fatos descritos e as hipóteses legais citadas no Relatório de Fiscalização).

Quanto ao mérito, suas razões de defesa podem ser assim sintetizadas :

- 1) A atividade operacional da impugnante e o Banco CCF Brasil S.A.
 - a impugnante, como sociedade corretora de títulos e valores mobiliários, tem seu objeto social disciplinado pelo art. 2º da Resolução nº 1.655/89, do Conselho Monetário Nacional, cujo inciso XIX, combinado com o Título 2, Capítulo 1, Seção 19 do Manual de Normas e Instruções do Banco Central do Brasil reconhece as operações de *Swap* como atividade normal das corretoras de títulos e valores mobiliários;
 - atuando no mercado em que as oscilações de preços e taxas é fato corriqueiro, as corretoras de títulos e valores mobiliários estão sujeitas a riscos, podendo incorrer em prejuízos;
- 2) Operações de *Swap* – questões conceituais
 - A operação de *Swap* se define como troca financeira, onde se busca um fluxo de caixa de um ativo ou de uma obrigação; nessas operações se busca proteção contra riscos e os contratantes assumem a obrigação de numa data futura trocar ativos financeiros de natureza diversa, existindo, contudo operações cujo intuito é estritamente especulativo;

JS

- Para a legislação do IRPJ ou da CSLL não importa que o *Swap* tenha carácter de segurança (*hedge*) ou especulativo, pois em ambos as perdas são dedutíveis, e a única condição imposta para a dedução é que as operações sejam registradas na CETIP ou na BM&F;
- Nas operações de *Swap* não há troca efetiva dos ativos, mas apenas troca de resultados entre os contratantes, não havendo, também, necessidade de as operações serem casadas; o art. 1º, § 1º da Resolução CMN 2.138/94 permite que essa troca de ativos de natureza diversa seja apenas referencial, o que significa dizer que não é fundamental a existência do ativo, concretizando-se o *Swap* pela troca de valores equivalentes;
- Os únicos requisitos para as operações de *Swap* são a indicação de um administrador tecnicamente habilitado e a obrigatoriedade de registro das referidas operações (Resolução CMN 2.138/94, arts. 2º e 3º);

3) O *hedge*

- O *hedge* ou *hedging* está diretamente relacionado à necessidade das empresas na redução dos riscos inerentes à exploração das suas atividades, traduzindo-se como instrumento de cobertura ou proteção;

4) O *Swap* e a tributação

- Desde 01/01/95, segundo o art. 74, § 3º da Lei 8.981/95, o único requisito necessário para admissão das perdas nas operações de *Swap* é o registro das operações nos termos da legislação;
- A exposição de motivos da Medida Provisória 812/94, convertida na Lei 8.981/95, esclarece que a razão para a exigência de registro é evitar simulação de prejuízos nessas operações de *Swap*; simulação essa que no jargão do mercado financeiro convencionou-se chamar "esquentar – esfriar", realizadas com o único objetivo de transferir recursos de empresas lucrativas para empresas deficitárias;
- O registro é ato jurídico complementar e posterior à realização do negócio, consistindo em solenidade capaz de provar que foi o mesmo realizado;
- O autuante omitiu a existência do registro em todas as operações realizadas e não se referiu a ser o registro condição fundamental para fins de dedutibilidade;



- A Secretaria da Receita Federal, pela Instrução Normativa 123/99, art. 29, § 4º, ratifica a necessidade de registro para fins de dedutibilidade das perdas nas operações de *Swap*;
- Não há qualquer norma no ordenamento jurídico-tributário que condicione a dedutibilidade das referidas operações a serem elas realizadas com o intuito de *hedge* ou não;
- Embora a regulamentação expressa sobre a dedutibilidade das despesas com *Swap* seja recente, não significa que aquelas incorridas antes de 01/01/95 (Lei 8.981/95) sejam indedutíveis, pois para as corretoras de títulos e valores mobiliários elas representam despesas usuais, necessárias e normais;
- O tratamento diferenciado dado às instituições financeiras no tocante ao IRPJ e à CSLL pode ser verificado nas prescrições contidas no art. 77 da Lei 8.981/95, com a redação dada pela Lei 9.065/95 e no art. 32 da IN SRF 123/99;
- O tratamento diferenciado dado às instituições financeiras tem por fundamento o fato de que, para essas sociedades, a realização de tais operações tem caráter absolutamente operacional, o que, aliás, é expressamente declarado na Exposição de Motivos da MP 812/94 (art. 77)

5) O *hedge* e a tributação – *hedge* não é condição de dedutibilidade nas operações de *Swap*

- Para efeito de dispensa de Imposto de Renda na Fonte sobre operações de *hedge* realizadas por entidades não financeiras, o art. 77, § 1º, da Lei 8.981/95 estabelece que, para que a operação seja considerada *hedge*, deve : a) destinar-se à proteção contra riscos de oscilações de preços ou taxas; b) o objeto negociado deve : b.1-estar relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica; b.2- destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica. A Instrução Normativa SRF 02/96, no seu art. 19, § 1º, torna mais claro esse dispositivo da Lei 8.981/95, estabelecendo que as condições constantes da letra b retro são alternativas;
- A caracterização da operação de *Swap* como *hedge* resulta apenas na dispensa de retenção do IRF para as pessoas jurídicas não financeiras;

- Assim, embora não se afirme que as operações da interessada não tinham finalidade de *hedge*, essa consideração é irrelevante para efeitos de tributação;

6) O *Swap* e as operações de mercados futuros e de renda variável- dedutibilidade

- Até o ano-calendário de 1995, todas as pessoas jurídicas, inclusive as instituições financeiras, estavam sujeitas à limitação de dedutibilidade de perdas em operações de renda variável (Lei. 8.541/92, art. 29);
- A partir de 1995, pelo art. 77 da Lei 8.981/95 com a redação dada pela Lei 9.249/95, as perdas apuradas pelas instituições financeiras passaram a ser integralmente dedutíveis, desde que cumpridas as obrigações acessórias pertinentes, que no caso de *Swap* consistem no registro das operações;
- Essa dedutibilidade, para as instituições financeiras, das operações em mercados de renda variável, inclusive bolsas de valores, de futuros e assemelhados, decorre do carácter operacional de que se revestem tais operações

7) Possibilidade de realização de operações de *Swap* com empresas do mesmo grupo econômico

- A legislação brasileira considera independentes as pessoas jurídicas para fins de tributação, e quando quis evitar a simulação entre empresas do mesmo grupo, a norma disciplinou a matéria, como é o caso da distribuição disfarçada de lucros e da legislação sobre preços de transferência;
- Não há qualquer vedação na legislação para realização de operações de *Swap* com empresas do mesmo grupo;
- Ao contrário do que afirma o autuante, todas as operações realizadas entre a CTVM e o Banco foram em condições de mercado, sem qualquer favorecimento
- O Banco transfere à CTVM (e a outras instituições financeiras) a variação correspondente a 100% do CDI na contratação de operações de *Swap* porque mantém os seus ativos aplicados a, no mínimo, 100% do CDI, pois esse é o custo de oportunidade desses recursos; a transferência do Banco para a CTVM é pelo mesmo percentual pactuado com outras instituições financeiras, relacionando um série de operações que o demonstram, e solicitando perícia técnica para comprovar o que alega;



- A autoridade autuante, para demonstrar que condições de favorecimento, selecionou operações em que o percentual do CDI era inferior a 100% e afirmou categoricamente que em todas as operações com terceiros a garantia não era integral. Essa afirmativa não é verdadeira, pois nas operações em destaque nos relatórios anexos verifica-se que em inúmeras operações o Banco garantia 100% do CDI (exemplifica com 41 operações extraídas do relatório anexado à impugnação);
- É óbvio que a remuneração garantida aos clientes (pessoas jurídicas não financeiras) tende a ser menor que a aplicada no mercado interbancário, sujeito a menores riscos, mas nesses casos o banco é remunerado pela atividade que exerce mediante *spread*

8) Das manifestações da Fiscalização em seu relatório

- O autuante expressou juízo de valor sobre todas as transações efetuadas pela CTVM, trazendo como verdade absoluta meras alegações;
- Diversas alegações contidas no relatório apresentam incoerência e imprecisão, como por exemplo quando declara a impossibilidade de realização de operações de *Swap* entre empresas do mesmo grupo, ou que as perdas somente são admitidas se a operação teve fins de proteção, ou ainda, que teria havido favorecimento entre controladora e controlada;
- O autuante não verificou nem um único dos 4.395 contratos firmados entre a CTVM e o Banco a fim de conferir se estavam efetivamente desvinculados de ativos e passivos;
- O autuante se enganou ao afirmar que existe obrigatoriedade de se vincular uma determinada operação de *swap/hedge* a um determinado/ específico ativo ou passivo dentro de uma determinada instituição financeira: o que se busca é a proteção do patrimônio da instituição, de forma a preservá-lo das constantes oscilações do mercado. O procedimento é efetuado através da utilização de modelos econômicos, onde se procura manter a estabilidade das carteiras da instituição, pulverizando os riscos pelo mercado.
- A fiscalização também se equivocou ao definir que o *hedge* somente restaria caracterizado pela existência efetiva dos ativos e passivos pelo exato montante



destacado, o que significa admitir a inexistência de proteção parcial a ativos ou passivos, prática que se mostra em consonância com as disposições legais vigentes.

- A caracterização do *swap* especulativo como aposta ou jogo não é acolhida pela doutrina, conforme se demonstra com texto transcrito da obra "Futuros e *Swap*: Uma Visão Jurídica" de Rachel Sztajn, Editora Cultura Paulista, 1998.
- Somente a título de argumentação, admitida a transferência indevida de recursos da CTVM para o Banco, o máximo que poderia decorrer em termos fiscais seria a postergação de impostos, pois o Banco teria reduzido os prejuízos que poderiam ser compensados em data futura, não se admitindo evasão fiscal.
- A eventual inexistência de ativo ouro nos saldos contábeis diários decorre do fato de que o Banco já transferiu para o mercado todos os riscos assumidos pela CTVM.
- A operação de *swap* não depende da existência de ativo, que é apenas um referencial, e a caracterização do *hedge* não é fundamental para a dedução dos prejuízos.
- Não corresponde à realidade a alegação de inexistência de comutatividade nas operações realizadas entre a CTVM e o BANCO, conforme comprovam as listagens em anexo.
- A assertiva do relatório de Fiscalização de que era facilmente previsível que as cotações do ouro andariam de lado ou para trás da evolução do CDI, sendo claro que teria lucro certo quem garantisse a sua evolução e prejuízo quem garantisse a evolução do CDI, constitui presunção; se o agente fiscal tivesse avançado seus trabalhos somente até janeiro de 99, veria seus argumentos desmoronarem, pois n.º nesse mês o Banco teve de pagar à CTVM, por conta do ajuste positivo da variação do ouro em relação ao CDI, R\$265.665.305,75, conforme declaração anexada e para cuja comprovação de autenticidade se requer perícia; a cotação do ouro em várias ocasiões superou a variação do CDI (tabela comparativa anexada), e esse fato foi omitido pelo Agente Fiscal.
- Não foram produzidas pela fiscalização provas que efetivamente pudessem suportar a autuação; apenas presunções, alegações, suposições.

JK

- No Relatório de Fiscalização está alegada a ocorrência de simulação, porém nenhuma das hipóteses previstas no art. 102 do Código Civil se configurou: as operações não representam declarações enganosas da vontade das partes envolvidas e nem tampouco visaram produzir efeitos diversos daqueles efetivamente descritos nos contratos.
- O autuante se antecipa à impugnação afirmando não poder ser alegado que, ainda que as despesas sejam glosadas, os valores respectivos não poderia ser adicionados para fins de base de cálculo da CSL, pois não se cuida de despesas indedutíveis, mas de pagamento sem causa, verdadeira doação.
- Entendeu o Fisco que as operações de *swap* com a finalidade de *hedge* nada protegeram, tendo sido celebradas com “evidente intuito de fraude”, e aplicou a penalidade agravada. A condição legal para reconhecimento das perdas é a prevista no § 3º do art. 74 da Lei 8.981/95, e foi atendida. Não se pode afirmar que agiu com dolo a pessoa jurídica que : a) realiza operações financeiras previstas na lei, na forma da lei e dos costumes do mercado financeiro; b) cumpre as condições impostas pela lei e pelas demais normas reguladoras emitidas pelas autoridades competentes; c) registra todas suas operações na CETIP ou na BM&F, órgãos autorizados pelo BACEN e pela CVM; d) escritura no Diário e no Razão todas as operações efetuadas; e) declara às autoridades fazendárias todas as suas operações por meio das declarações IRPJ e DCTF; f) entrega à fiscalização toda a documentação solicitada
- Requer, em sendo necessário, produção de prova pericial para comprovar qualquer dos fatos contraditados na impugnação, indicando perito e apresentando os quesitos

Requer, afinal, sejam acolhidas as preliminares e cancelados os autos de infração e, no mérito, sejam julgados improcedentes os referidos autos.

Foram apensados pareceres dos ilustres professores Roque Antônio Carazza (sobre perdas em operações de *swap*) , Arruda Alvim (sobre ilegalidade da tributação) e Paulo de Barros Carvalho (sobre ilegalidade da tributação).



DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A autoridade julgadora de primeiro grau indeferiu a perícia, rejeitou as preliminares e, no mérito, julgou procedente a ação fiscal. Da peça decisória constam as seguintes considerações, que merecem ser reproduzidas, para melhor compreensão de suas razões de decidir :

“ **Do Contrato de Swap**

“...é possível concluir que num mesmo contrato pode haver uma parte que busque *hedgear* sua posição e outra que esteja especulando. Desta forma, considerando a autonomia das partes para contratar e havendo o adimplemento da obrigação, não há que se afirmar que o contrato é nulo por haver um especulador e um contratante, pois se assim fosse, o contratante que busca proteção estaria descoberto e assim jamais buscaria se proteger no mercado futuro.

Da Legislação do Swap

A lógica explicitada no parágrafo anterior, embora importante – uma vez que o Direito não pode fugir à realidade do mundo fático – pode não estar amparada no ordenamento positivado, donde se deduz ser relevante apreciar o tratamento dado aos contratos de *swap* em nossa legislação. Em verdade, saber se há proibição no que tange a *swaps* especulativos ou se há distinção legal entre eles e os que visam *hedge*

A quase totalidade das normas que tratam da matéria são editadas por órgãos que disciplinam o mercado financeiro nacional...que receberam esta competência através das Leis nº 4.595...de 1994; 6.835...de 1976; e 9.069...de 1995.

Dessa legislação, sequer uma delas cita o termo **especulador**, donde se conclui que, para o órgão que regula o mercado financeiro nacional, não há distinção alguma entre *swap* com fim especulativo e *swap* com finalidade de *hedge*, o que só vem confirmar o estudo acima, segundo o qual o especulador é personagem fundamental no mercado futuro, não havendo sentido, portanto, em estabelecer restrições a ele.

DO Swap na Legislação Tributária

Contudo, a legislação do Imposto de Renda parece fazer algum tipo de distinção, ao menos de controle, sobre as operações de *swap*. Há pelo menos duas distinções estabelecidas pela legislação a partir da Lei nº 8.981/1995. A primeira diz respeito ao **limite às deduções com operações de swap**.

A segunda, por sua vez, aborda a questão da retenção do Imposto de Renda na Fonte. Os *swaps* com finalidade de *hedge* estão dispensados da retenção atendidos alguns requisitos da lei.....

Não restam dúvidas, portanto, que a legislação tributária brasileira se harmoniza com regras do mercado financeiro que, como já explicitado, coloca o especulador na posição de elemento essencial à existência desse mercado. Eis, portanto, uma primeira conclusão sobre a matéria. Diferentemente do que afirma o autuante, as operações realizadas por especuladores têm amparo legal (pelo princípio da autonomia privada) e as perdas podem, obedecidos alguns requisitos, ser dedutíveis na apuração do Imposto de Renda.

O Swap para as Instituições Financeiras Segundo a Legislação Tributária

Sem dúvida as operações de *swap* estão incluídas no rol de atividades das instituições financeiras, tais como bancos e corretoras de títulos e valores mobiliários. Dessa forma, o disposto na alínea “a”, acima, estará sempre atendido, resultando que as operações de *swap*, para aquelas instituições, revestem-se sempre, de caráter operacional.

Reforça esse entendimento o próprio funcionamento das operações de *swap*, nas quais as instituições financeiras exercem o fundamental papel de **intermediário**.

Vejamos o que diz...o BANCO ...quando explica a operação entre banco e outras instituições financeiras e empresas:

“.....*como em geral, as empresas não entram em contato direto para realizar um swap, recorrem a um intermediário financeiro como os Bancos e outras instituições financeiras, normalmente realizando uma operação de “hedge”.*

Esta operação de *hedge* se transforma em *swap* quando o banco encontra outro cliente disposto a assumir a posição contrária ao primeiro contratante. Ocorre que nessas oportunidades, o banco cobra por seu serviço de aproximação entre os clientes, é o chamado *spread*. Dessa forma, resta cabalmente demonstrado que as operações de *swap* são, eminentemente, da atividade operacional das instituições financeiras e em particular das corretoras de títulos e valores mobiliários.

O Swap dentro do mesmo patrimônio

O autuante afirma que seria inócua a operação realizada entre controladora e controlada....

O raciocínio do autuante é correto, pois embora no país não vigore a tributação por grupos de empresas, existe determinação legal para que as empresas efetuem um ajuste denominado EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL, do qual resultam reflexos dos resultados das pessoas jurídicas investidas e investidoras, ou das controladas e controladoras.

.....
...não há dúvida de que o efeito de realizar operações de *swap* dentro de um mesmo patrimônio é **nulo para a empresa controladora**, contudo, **pode não ser em termos fiscais para a controlada**, pois se esta estiver especulando e desta especulação resultar perda, certamente perderá para sua **controladora, que não pagará o imposto correspondente** ao ganho, uma vez que o ganho com *swap* seria anulado com o resultado negativo da Equivalência Patrimonial. Em outras palavras. O resultado da controlada restaria diminuído e o da controladora não se alteraria, donde se conclui que o **grupo pagaria menos tributo**, uma vez que a controlada teve seu lucro reduzido em razão da operação de *swap*.

Conquanto exista a peculiaridade descrita no parágrafo anterior, ...a legislação tributária procurou cercar, por assim dizer, as despesas decorrentes de operações como essa. Assim foi que limitou os gastos nas operações de *swap* aos ganhos auferidos no mesmo tipo de operação, o que, sem dúvida, impossibilitaria uma controlada de reduzir resultados por conta dessas operações, a não ser em uma situação: se a empresa controlada for uma instituição financeira, que **...não possui limites de perdas**, uma vez que as operações de *swap* fazem parte do rol de produtos relacionados como atividade operacional dessas empresas.

Essa conclusão nos leva a questionar se haveria distinção entre as operações realizadas por instituições financeiras, em razão de suas atividades, e as operações realizadas por sua conta e risco. Exemplificando, se uma instituição financeira faz um *swap* para se proteger, estará, em verdade, protegendo o sistema financeiro, mas no caso dessa instituição resolver, por sua própria conta, especular no mercado, deveria ter o tratamento dispensado às demais empresas não financeiras?....

- Da analogia

A justificativa para que as instituições financeiras possuam “tratamento privilegiado”, não se podendo limitar as perdas com *swap* aos ganhos nas operações de mesma natureza, está no fato de que elas assumem o risco de seus clientes, procurando, obviamente, encontrar outro cliente que assuma a posição contrária ao primeiro, protegendo-se, assim, dos riscos assumidos. Contudo, nem sempre é possível encontrar de imediato o cliente com posição invertida, o que obriga a instituição a adotar estratégias para minorar suas perdas. Assim, sendo da operacionalidade dessas instituições a intermediação em operações de *swap*, nada mais justo que desonerá-las de um limite imposto àqueles que só vão ao mercado para especular.

JS

Mas a instituição financeira pode agir no seu interesse próprio, especulando no mercado financeiro, nesse caso, continua sendo correto o tratamento legislativo diferenciado do qual gozam?

Certamente que não, pois interpretando teleologicamente a norma, não nos é permitido admitir uma atitude segundo a qual um benefício concedido pela lei está sendo desvirtuado, dela se valendo o beneficiário em detrimento da sociedade...

Diz o Código Tributário Nacional....que a analogia não pode resultar a exigência de tributo, portanto, não cabe ao agente da administração ressaltar, ou seja, se a Lei 8.981/1995, bem como a Instrução Normativa nº 02/1996, não fazem distinção entre as operações realizadas por instituições financeiras, por conta de sua atividade, e as realizadas por sua conta e risco, não pode o administrador fazê-lo, mesmo que da analogia, aparentemente, resulte medida mais justa.

Assim sendo, se a CTVM operou por sua conta e risco, dessas operações resultando perdas superiores às receitas, não se pode aplicar a ela o tratamento dispensado às demais pessoas jurídicas não enquadradas como instituições financeiras, limitando-lhes as perdas e tributando-lhes a diferença deduzida a maior (excedente às receitas).

Como visto, qualquer que seja a postura adotada, daquelas limitações impostas ao contrato de *swap*, somente uma se aplica às instituições financeiras, qual seja: o registro da operação junto à BM&F ou à CETIP.

Em conclusão, as perdas decorrentes de operações de *swap* realizadas por instituições financeiras serão sempre dedutíveis para fins de IRPJ, **a não ser que as operações tenham suas finalidades desvirtuadas, ou seja, tenham caráter de artificialismo, sejam operações cujos parâmetros estão fora dos estabelecidos pelo mercado, em verdade, nem operações de *swap* seriam**. Pode-se inclusive, fazer uma analogia com os termos da Instrução CVM nº 14, de 23 de dezembro de 1983, que embora não se aplique aos fatos, dá uma dimensão do tratamento dispensado a este tipo de irregularidade.

"O Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários.(....).

I- *É vedada (...) a manipulação de preços, a realização de operações fraudulentas e o uso de práticas não equitativas.*

II- *Para efeito desta instrução conceitua-se como:*

(....)

c) operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários, aquela que utilize ardis ou artifício destinado a induzir ou manter terceiros em erro, com a finalidade de obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para intermediário ou para terceiros"

Do desvirtuamento da operação de *swap*

O entendimento do autuante parece colimar exatamente com este aspecto, ou seja, os contratos teriam sido realizados de forma a prejudicar a CTVM, transferindo resultados desta para o Banco. Tal fato configura desvirtuamento do *swap*, pois é inegável que numa operação desse tipo, seja com a finalidade de *hedge*, seja com fins especulativos, certo é que os "apostadores" não desejam perder, embora essa possibilidade exista.

Para evitar perdas, ou pelo menos minimizá-las, deve-se seguir os parâmetros estabelecidos pelo mercado, pela livre concorrência. Assim, se há uma expectativa de que a rentabilidade do ouro seja maior que a do dólar, em 5% por exemplo, não há sentido em se trocar um pelo outro sem nenhuma espécie de ganho ou compensação. É nesse sentido que se observa, nos contratos, duas espécies de controle (fls. 26/36) : são as taxas ou índices e percentual de ajuste.

Em razão desses índices ou taxas e do percentual, ajustes são feitos de tal forma a tornar equivalentes, ou comutativas, as operações entre as partes contratantes.

Exemplificando, imaginemos o caso hipotético em que o ouro para 60 dias possui uma expectativa de variação de 5%; nesse mesmo período, espera-se que o CDI varie 12%. Que motivação teria alguém, com dívida em ouro, para trocar por uma dívida em CDI? Certamente nenhuma, a não ser que tivesse intenção de aumentar seus custos, o que se revela totalmente contrário à mentalidade empresarial. Assim, deve haver uma espécie de compensação para motivar o cliente que se encontra em situação mais vantajosa a mudar de posição: esses instrumentos são exatamente os tais **percentuais e taxas** ou **índices**

Se não houver disposição sobre esses percentuais e taxas, dependendo do que se troca, o resultado passa a ser evidente, somente não sendo possível saber o “quantum” se ganha ou se perde.”

Fazendo uma análise dos contratos realizados entre CTVM e BANCO, segundo os documentos juntados pelo autuante e que compõem o volume 6 do Processo (fls. 937/1412), (CARTEIRA DE OPERAÇÕES SWAP/HEDGE do Banco CCF Brasil S.A) conclui a autoridade que :

- a) Nas operações de ouro contra CDI realizadas pelo Banco, inclusive com outras empresas do mesmo grupo, havia uma margem de equilíbrio explicada pelo fato de que se tem uma expectativa de valorização superior do CDI em relação ao ouro. Contudo entre o BANCO e a CTVM essa margem não existiu, o que permite concluir que a CTVM realizava estas operações sempre em condições desfavoráveis e fora dos parâmetros adotados pelo próprio Banco, o que denota, no mínimo, condição de favorecimento.
- b) Não há um só contrato realizado entre o Banco e terceiro no qual se encontrem as mesmas condições presentes nos contratos entre Banco e CTVM
- c) Dentre os aproximadamente 12.000 registros constantes da planilha, a operação em que o Banco garante a variação do ouro e o cliente a variação do CDI somente ocorre entre o Banco e a CTVM, o que é, no mínimo, curioso, pois se todo o mercado buscava trocar variação do ouro por CDI, estranhável o fato de somente a CTVM assumir o risco inverso frente ao Banco.
- d) O mesmo se observa nos contratos de dólar americano contra CDI, em que as condições da CTVM são piores que as dos demais clientes.
- e) Observadas diversas operações com dólar, nota-se que as operações da CTVM são tratadas de forma diferenciada, como no exemplo de fls. 1081v.: operação em dólar americano contra CDI Andima, uma realizada entre o BANCO e o Banco Votorantim e outra entre a CTVM e o BANCO, iguais e invertidas, com a mesma data de início,



vencimento e liquidação, o CDI Andima, nos dois casos, remunerado com 100% da variação e 0,00% de juros, o dólar também é remunerado com 100% da variação, mas os juros são diferentes: para o Banco Votorantim é de 13,15% e para a CTVM é de 12,00%. Observando a fl. 1067, nota-se que a taxa praticada pelo BANCO é entre 13,5% e 13,70%; nesse período, a CTVM obtém apenas 12,00% ou 1,60%. Os números constantes da planilha de fls. 1067 mostram que os ajustes no contrato com a CTVM é quase o dobro dos ajustes nos contratos com a Banco de Crédito Nacional e com o Banco Europeu para a América Latina (que se equivalem). Isso significa que a CTVM sempre pagou mais que o devido, se considerarmos que o BANCO opera com terceiros em condições de mercado.

- f) O mesmo se observa nos contratos de CDI pré-fixado, como se nota, por exemplo, às fls. 1.064 v.
- g) essa situação está sempre presente nos contratos entre o BANCO e a CTVM e entre o BANCO e terceiros (inclusive empresas do mesmo grupo). E não se pode atribuir a diferença a *spread*, pois se não há *spread* nos contratos em que a CTVM não faz parte, o BANCO estaria fazendo a operação graciosamente, o que contraria a mentalidade empresarial, principalmente a dos banqueiros.

Em seguida, ressalta a autoridade julgadora que o fato de o autuante não ter feito qualquer referência à legislação que disciplina as operações *swap* decorre de que o fisco não pretendeu caracterizar os contratos entre CTVM e BANCO como operações financeiras, mas como operações simuladas para burlar a legislação tributária, resultando em transferência de recursos da CTVM para sua controladora. E essa transferência foi equiparada a doação, liberalidade da empresa e, portanto, não dedutível.

Quanto a este aspecto, registra a autoridade que a defendente afirma que a realização do registro das operações funciona como verdadeiro "antídoto" à utilização da simulação, contudo a possibilidade de simulação não resta afastada apenas com o registro. Invocando doutrina de Ferrara e Sílvia Rodrigues, diz não ser difícil concluir pela existência da simulação, no caso. E explica:

"Conforme explicitado anteriormente, as regras de tributação das operações de *swap* não se aplicam às instituições financeiras e demais pessoas jurídicas da mesma forma. Relembrando, as instituições como bancos e corretoras de títulos e valores



mobiliários não possuem limites para perdas com *swap*, não importando se a operação tem ou não finalidade de *hedge*.

Assim sendo, tanto para a CTVM quanto para o BANCO, pouco importa a inexistência de ativos ou passivos para serem *hedgeados*, pois, como afirma a defesa, não há norma que impeça a realização de operações de *swap* com fim especulativo, bem como não há impedimento para realização desse tipo de operação dentro de um mesmo grupo.

Aproveitando-se dessas características, a interessada realizou diversos contratos de *swap* que resultaram, sem dúvida alguma, em transferência de recursos para sua controladora, o Banco CCF Brasil S.A. A ilegalidade repousa exatamente nas condições em que se realizaram os contratos. Não resta dúvida que a CTVM, na ampla maioria dos casos, contratou de forma diferente dos demais clientes do BANCO, e essas diferenças eram em prejuízo dela, CTVM. Não há equilíbrio nos contratos entre CTVM e BANCO, ao menos se comparados aos demais entre BANCO e terceiros.

Conforme já descrito anteriormente os contratos de *swap* dentro do mesmo patrimônio não têm efeitos para a controladora integral, pois se ela ganha com a variação de índices, perde com a equivalência patrimonial e se perde com a variação de índices, ganha na equivalência patrimonial. Na controlada este fato não se observa. Se a subsidiária ganha, restará mais imposto a pagar, se perde, deverá pagar menos tributo. Assim, se os contratos possuem condições que desfavorecem a CTVM, pactuadas de forma proposital, pode-se concluir que houve intenção de burlar as leis tributárias."

Analisando as conseqüências do *swap* dentro do mesmo patrimônio, constrói a autoridade raciocínio em torno de oito exemplos hipotéticos de operações de *swap* entre duas empresas, *Alfa* e *Beta*, a primeira subsidiária integral da segunda, supondo as seguintes condições : 1- ambas as empresas não possuem os ativos: a) *Alfa* ganha e *Beta* perde; b) *Alfa* perde e *Beta* ganha; 2 *Alfa* possui o ativo que serviu de referência e *Beta* está especulando: c) *Alfa* ganha e *Beta* perde; d) *Alfa* perde e *Beta* ganha; 3- *Beta* possui o ativo que serviu de referência e *Alfa* está especulando: e) *Alfa* ganha e *Beta* perde; f) *Alfa* perde e *Beta* ganha; 4- ambas as empresas possuem o ativo que serviu de referência (operação de *hedge*): g) *Alfa* ganha e *Beta* perde; h) *Alfa* perde e *Beta* ganha. Considerando os reflexos da equivalência patrimonial nas situações acima, considera que :

- na situação **a**, o imposto que deveria ter sido pago por *Beta* foi pago por *Alfa*, sem qualquer alteração no patrimônio da controladora;
- na situação **b**, a equivalência patrimonial torna nulo o ganho de *Beta* com o *swap*, prejudicando o Tesouro Nacional;
- na situação **c**, *Alfa* não tem imposto a pagar e *Beta*, embora especulando, não ganha nem perde;

- na situação *d*, sem o *swap* o resultado seria o mesmo, com a única diferença que ao invés do imposto ser pago por *Beta*, seria pago por *Alfa*;
- na situação *e*, *Alfa* paga imposto, *Beta* tem seu resultado nulo, deixando inicialmente de pagar imposto, mas com a equivalência patrimonial seu patrimônio fica aumentado. Sem a operação de *swap*, teria um ganho que descontado o imposto resultaria no mesmo acréscimo patrimonial;
- na situação *f*, *Alfa* tem seu resultado reduzido, paga menos imposto, *Beta* ganha, mas compensa seu ganho com a perda na variação do ativo e com a equivalência patrimonial seu resultado será diminuído. Sem o *swap*, *Alfa* não perderia nada, *Beta* apuraria resultado negativo na variação do ativo, a equivalência patrimonial não acarretaria ganho nem perda e seu resultado seria prejuízo.
- Na situação *g*, o resultado final em ambas as empresas é nulo, e a equivalência patrimonial não altera o resultado de *Beta*;
- Na situação *h*, como *Alfa* não tem seu resultado alterado, a equivalência patrimonial não resultará ganho ou perda, não restando alterado o patrimônio de *Beta*.

A partir dessa análise, considera que “ *embora aparentemente a operação de swap possa ter efeitos na controladora integral, não há dúvida de que na ocasião da apuração do resultado esse efeito se anula pelo Método da Equivalência Patrimonial*”. E conclui que não pode a operação ter a denominação de *swap*, pois não se verifica o resultado desejado nesse tipo de operação, eis que somente uma das partes estará fazendo *hedge* ou especulando, a outra, é como se não participasse do contrato. É uma operação *sui generis*, na qual uma das partes entra apenas para que ela exista, caracterizando-se, para a controladora integral, como uma relação jurídica comparável à doação. Acrescenta que, considerando o desequilíbrio entre os índices presentes nos contratos entre CTVM e BANCO e entre esse e terceiros, de tal modo a potencializar a possibilidade de perdas pela CTVM, caracteriza-se a operação como uma simulação relativa que recai sobre a natureza da operação: sob o manto de *swap* realizou-se verdadeira doação. Considera, ainda, ter se caracterizado o evidente intuito de fraude a que se refere o art. 44, II, da Lei 9.430/96.



A seguir, acolhe a alegação da impugnante de que a existência do ativo *ouro* é irrelevante, não autorizando desqualificar a operação. Contudo, ressalva que o documento de fls. 908/926 é contraditório, pois dele constam percentagens de variação que não se coadunam com o valor do bem. Destaca que os valores do ativo estão discriminados dia a dia e os percentuais de valorização estão demonstrados mensalmente, resultando distorcida a comparação existente nas duas colunas. Acrescenta que se considerada a variação a longo de um mês, tem-se que o ouro sempre valoriza menos que o CDI. Com isso, diz que a conclusão da defesa sobre o documento de fls. 908/926 não é correta, infirmando seus argumentos. Diz, afinal, que havia expectativa de que o ouro superasse a variação do CDI, como se verificou, o que motivou os ajustes propostos nos contratos de ouro contra CDI que o BANCO firmou com terceiros, não observados nos contratos do BANCO com a CTVM.

Sobre a Contribuição Social, considera a autoridade que, uma vez constatada a fraude, não se pode admitir que dela advenham benefícios para a infratora, e que a partir do advento da Lei 9.249/95, devem ser adicionadas à base de cálculo da CSL as despesas indedutíveis. Assim por qualquer ângulo que se visualise a questão, quer sob o aspecto da fraude, quer interpretando como tendo ocorrido doação, a conclusão é a mesma, devendo ser mantida a exigência.

RECURSO

Em recurso a este Conselho a empresa reitera a preliminar de nulidade do auto de infração tendo em vista os vícios quanto à forma e ao procedimento e quanto à tipificação da hipótese de incidência. Levanta, ainda, preliminar de nulidade da decisão singular quer por ter tentado “corrigir” a autuação, trazendo novo enquadramento (arts. 242 e 394 do RIR/94, não mencionados no auto de infração), quer por ter indeferido a perícia, cerceando a defesa.

No mérito, alega, em síntese, o seguinte:

- A autuação partiu de quatro premissas que fundamentaram suas conclusões, a saber: 1) que somente seriam dedutíveis os prejuízos em operações de *swap* que se caracterizassem como *hedge*; 2) que, considerando a equivalência patrimonial, não há possibilidade de transferência de risco entre empresas do mesmo grupo econômico e, assim, as operações entre a Recorrente e o Banco CCF não possuem



caráter de *hedge*; 3) a inexistência, no BANCO CCF, do ativo OURO, evidencia, mais uma vez, não serem tais operações realizadas como *hedge* e, portanto, indedutíveis para fins tributários; 4) a diferença, em relação ao mercado, dos índices e percentuais utilizados nas operações de *swap* de que se trata (*os índices e percentuais com que a CTVM garantia o passivo do BANCO CCF eram sempre maiores do que os utilizados entre o BANCO e terceiros*) provam que as operações destinavam-se unicamente a permitir a transferência de lucros da controlada para o controlador e foram montadas para esse fim.

- A partir dessas quatro premissas, concluiu o auditor que as parcelas deveriam ser tributadas por corresponderem a pagamentos sem causa, caracterizando verdadeira doação, decorrentes de atos simulados.
- A própria autoridade julgadora reconheceu a legalidade da realização de operações de *swap* com fins especulativos, como atividade operacional da CCF Corretora, bem como que são integralmente dedutíveis as perdas incorridas por instituições financeiras em operações de *swap*, conforme prevê a Lei 8.081/95, nos seus artigos 74, 76 e 77;
- Também a irrelevância da existência do ativo ou do passivo na operação de *swap* foram reconhecidos pela autoridade julgadora
- Ainda reconheceu a autoridade julgadora não haver impedimento para realização de operações de *swap* com o fim especulativo dentro de um mesmo grupo,
- A autoridade julgadora chancelou o raciocínio do autuante direcionado a que seria inócua a operação de *swap* realizada entre controladora e controlada, sob a alegação de que, embora não vigore no País a tributação para o grupo de empresas, há a determinação legal de que seja efetuado ajuste correspondente à equivalência patrimonial. Assim, entendeu que o efeito de ser realizar operações de *swap* dentro do mesmo patrimônio é nulo para a empresa controladora, contudo pode não ser em termos fiscais para a controlada, pois se esta estiver especulando e desta especulação resultar perda, certamente perderá para sua controladora, que não pagará o imposto correspondente ao ganho, uma vez que o ganho com *swap* seria anulado com o resultado negativo da equivalência. Trata-se, porém, de

ju

equivoco da autoridade julgadora, porque o ajuste decorrente da equivalência patrimonial não provoca qualquer efeito para fins fiscais, conforme dispõe o art. 389 do RIR/99. Assim, ao contrário do que afirma o julgador, o ajuste negativo da equivalência patrimonial não anula o resultado fiscal positivo auferido na operação de *swap*.

- Contudo, apesar de tentar justificar que o método da equivalência patrimonial não seria nulo em termos fiscais para a controlada, concluiu a autoridade que a legislação tributária limitou as despesas decorrentes em operações como estas aos ganhos auferidos no mesmo tipo de operação, o que impossibilitaria a controlada de reduzir seus resultados nessas operações, a não ser que a empresa controlada seja uma instituição financeira, que não possui limites de perdas, e não tendo a Lei 8.981/95, bem como a IN 02/96, feito qualquer ressalva à limitação de prejuízos em operações de *swap* dentro do mesmo grupo, não cabe à Administração Tributária fazê-lo, pois da analogia não pode resultar exigência de tributo.
- Todavia, embora concluindo que as perdas decorrentes de operações de *swap* realizadas por instituição financeira serão sempre dedutíveis para IRPJ, apontou uma ressalva nos seguintes termos : **“...a não ser que as operações tenham suas finalidades desvirtuadas, ou seja, tenham caráter de artificialismo, sejam operações cujos parâmetros estão fora dos estabelecidos pelo mercado, em verdade, nem operações de *swap* seriam”** .

Para demonstrar que os fundamentos para as ressalvas da Delegacia de Julgamento carecem de fundamentação fática e jurídica, faz a Recorrente uma longa exposição direcionada a demonstrar que as operações realizadas entre a Corretora e o Banco foram comutativas, que não tiveram por objetivo transferir resultados, que não ocorreu simulação, que não houve doação entre o Banco e a Corretora.

Inicialmente, afirma que ao indeferir a perícia a autoridade julgadora cerceou a defesa da Recorrente no tocante à comutatividade das operações. Diz, ainda, que o auditor, ao realizar seu trabalho fiscal, preocupou-se apenas com o lado das perdas incorridas pela CCF Corretora, esquecendo-se de analisar as receitas. Se tivesse o cuidado de analisar a atividade operacional como um todo da Recorrente e do



Banco CCF, bem como os documentos, se certificaria que as operações foram realizadas em termos estritamente comutativos.

Continua demonstrando que o cumprimento das obrigações da troca financeira (*swap*) se concretiza pelo efetivo pagamento em moeda corrente nacional da diferença (positiva para uma parte e negativa para a outra) existente ao final do período pactuado, sendo impossível que as duas partes ganhem ou as duas partes percam. Diz tratar-se de operações de renda variável, como reconhecido pela própria legislação tributária, ou seja, negócios jurídicos nos quais não se tem o ganho ou perda previamente estipulados. Acrescenta que uma análise da comutatividade das operações tem que, necessariamente, considerar as características do contrato (**partes, volumes, prazos, taxas, etc.**) e circunstâncias como a **época** e o **espaço** em que foram realizados. Esclarece que nos contratos realizados entre o Banco CCF e a Corretora CCF tiveram como indexadores, respectivamente, OURO e CDI, os percentuais foram 100% e 100%, as taxas, 0% e 0% e os prazos variados de contrato para contrato. Aduz ser descabida a afirmativa do autuante de que é absurda a troca e previsível a perda da Corretora, visto que no período de 04/07/94 a 31/12/98 o ouro teve uma desvalorização (caiu de R\$11,40 para R\$ 11,00) enquanto p CDI valorizou 301,21%. Diz ser indiferente tal argumento para análise, pois o que deve ser levado em conta é a variação tendo em vista cada contrato individual, e não o artifício de considerar um período linear. Tanto assim que a Corretora foi ganhadora em vários deles. Da mesma forma o argumento da autoridade julgadora, que considera a variação a cada mês, como se todos os contratos começassem no dia 1º e terminassem no dia 30 de cada mês. Para demonstrar a imprestabilidade do trabalho fiscal, exemplifica com contratos (que já constavam das planilhas juntadas aos autos) em que a variação do Ouro superou à do CDI. Pretende, com isso, afastar a alegação de previsibilidade indicada pelo auditor.

Em seguida, ataca o fundamento utilizado pelas autoridades fiscalizadora e julgadora para a suposta falta de comutatividade das operações, alegando que em 4 anos o Banco CCF realizou outras operações com terceiros em piores condições. Para tanto, demonstra que não há como fazer tal comparação para efeito de demonstrar falta de comutatividade, eis que, além de operações de posições



inversas (CDI x OURO com terceiros, OURO x CDI com a Corretora), os terceiros são pessoas não financeiras (mercado não interbancário, onde o risco é maior). E mais, demonstra que, mesmo que nas operações entre o Banco e a Corretora fossem utilizadas as “supostas” taxas de mercado, segundo as autoridades (as utilizadas com terceiros), mesmo assim a Corretora teria suportado perdas nas operações.

Para demonstrar que as operações não tiveram por objetivo transferir resultados , assegura a Recorrente que não foi ela a empresa fiscalizada, preocupando-se o Agente Fiscal mais com o Banco CCF. Para fundamentar suas acusações, concentrou-se o Fiscal nas relações do Banco com terceiros e com a Corretora. Desconsiderou ele (sequer anexou aos autos) todas as respostas dadas pela Recorrente durante o processo fiscalizatório, especialmente as que afirmavam que as operações realizadas envolviam a proteção de obrigações assumidas com sua clientela. Em momento algum analisou as operações da Recorrente com sua clientela, o que demonstraria que as operações entre o Banco e a Corretora, afora as razões jurídicas já expostas, tinham razões econômicas absolutamente justificáveis. Tais operações visavam tão somente transferir o risco (e não os resultados) em operações financeiras realizadas entre a CCF Corretora e seus clientes. Insiste em que a **CCF Corretora não foi fiscalizada**. A fiscalização ocorreu no Banco CCF, de onde surgiram as infundadas idealizações desprovidas de conteúdo, quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista econômico.

Num passo seguinte, para afastar a acusação de simulação, argumenta a Recorrente que tanto Agente Fiscal quanto o Julgador partiram de premissas equivocadas para chegarem à conclusão de que as operações de swap realizadas entre o Banco CCF e a Corretora CCF foram simuladas, configurando verdadeiras doações, e tiveram por única finalidade transferir recursos de um para o outro. Ressalta que a autoridade julgadora confirmou serem equivocadas todas as premissas levantadas pelo auditor fiscal, concordando apenas quanto à sua conclusão de que as operações eram simuladas, tinham finalidades desvirtuadas e caráter artificial, caracterizando verdadeiras doações. Todavia, afirma ter-se equivocado o Julgador, pois para concluir pela não comutatividade comparou operações entre o Banco e terceiros com operações entre o Banco e a Corretora que não eram análogas,



não analisou pormenorizadamente as operações, fazendo-o por amostragem, não considerou que as operações nem sempre resultaram em perda, não considerou que o OURO é ativo de renda variável cuja variação, dependendo do período, pode ser para mais ou para menos, comparou volumes distintos, equivocou-se ao dizer que o método de equivalência patrimonial acarreta efeitos fiscais e, em decorrência, haveria transferência de resultados entre a Recorrente e o Banco CCF com o objetivo de pagar menos tributos.


Discorre sobre aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais da simulação para concluir que os atos jurídicos não foram simulados, uma vez que : a) as alegações apresentadas pela Recorrente de que tinha real necessidade de firmar os contratos de *swap* não eram inverídicas; b) não era impossível que o ouro, o dólar e o franco francês apresentassem variações positivas frente ao CDI no período da realização das operações; c) o objeto dos contratos era lícito; d) não restou provado pela fiscalização que o interesse da Recorrente era lesar o Fisco.

Quanto à conclusão do Delegado de Julgamento de que as operações pactuadas constituíram verdadeiras doações, e como tal devem ser tratadas, traz doutrina de Ari Cordeiro Filho a respeito dos aspectos jurídicos, operacionais e administrativos das operações de *swap*, demonstrando tratar-se de contratos bilaterais, onerosos, nunca gratuitos, pondera que na doação somente um dos contraentes assume obrigações, tratando-se de contrato não oneroso, mera liberalidade. Diz que ; i) todos os contratos objeto desta lide são intitulados de modo a identificarem uma operação de *swap*; ii) todos possuem claramente conteúdo que define troca de posições financeiras entre as partes; iii) todos estão registrados perante a CETIP e/ou BM&F como contratos de *swap*; iv) todos estão reconhecidos na contabilidade como contratos de *swap*. Ademais, são negócios jurídicos válidos, cuja nulidade não poderia ocorrer à revelia do Poder Judiciário, sendo impossível equipará-los à doação.

Aduz que a escrituração contábil faz prova a favor do contribuinte, cabendo à autoridade administrativa, para recusar os fatos registrados, fazer prova de sua inveracidade, o que não ocorreu no presente caso.


JO-

Sobre a aplicação da multa qualificada, argumenta que o evidente intuito de fraude deve estar comprovado, o que demanda dois requisitos, um de carácter subjetivo, que é a intenção de fraudar o fisco, e um de carácter objetivo, marcado por manobras intencionalmente dirigidas a iludir a administração tributária, produzindo falsa idéia da realidade, mediante simulação, ocultação, práticas ardilosas com o fim de enganar o lesado. E que, no caso, a Recorrente agiu de modo a atender a todas as disposições legais e normativas aplicáveis, de modo a tornar transparentes seus negócios e resultados deles decorrentes. Não há como afirmar que a Recorrente tenha se utilizado de expedientes ardilosos com a intenção de fraudar o fisco relativamente à dedutibilidade das despesas de *swap*, pois se trata de interpretação e aplicação do direito posto, criado pela Lei 8.981/95 e pela Resolução CMN 2.138/94. Destaca que não se pode afirmar que agiu com intuito de fraude a pessoa jurídica que : a) realiza operações financeiras previstas na lei, na forma da lei e dos costumes do mercado financeiro; b) cumpre as condições impostas pela lei e pelas demais normas reguladoras emitidas pelas autoridades competentes; c) registra suas operações na CETIP e na BM&F; d) escritura no Livro Diário e no Razão as operações efetuadas; e) declara às autoridades fazendárias todas as suas operações por meio das declarações IRPJ e DCTF; f) entrega à fiscalização toda a documentação solicitada.

Quanto à Contribuição Social, afirma a Recorrente que nem o Fiscal Autuante, nem a Autoridade Julgadora demonstraram convicção no adequado enquadramento legal da indedutibilidade das despesas para fins de CSLL. Primeiramente, argumenta-se que os prejuízos não seriam dedutíveis porque não enquadrados no conceito de despesas usuais e normais ao exercício da atividade da empresa. Ocorre que tal afirmação só seria válida em relação ao IRPJ. Para a CSLL, quando o legislador quis tornar as despesas indedutíveis, o fez expressamente, como no caso dos brinde e doações, cuja indedutibilidade foi introduzida pelo art. 13 da Lei 9.249/95. Assim, mesmo que se entendesse que as despesas se caracterizam como doações, a indedutibilidade não poderia alcançar prejuízos ocorridos em 1995. 

Finalmente, desenvolve longa argumentação, enriquecida com doutrina e jurisprudência, sobre a inaplicabilidade da taxa SELIC para efeito de juros de mora.

Conclui pedindo seja conhecido e dado provimento integral ao recurso .

É o relatório. 

VOTO

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

O recurso é tempestivo e se encontra acompanhado de liminar determinando seu prosseguimento independentemente do depósito exigido pelo § 2º do artigo 33 do Decreto nº 70.235/72, acrescido pelo artigo 32 da Medida Provisória 1.621/97 e suas reedições (hoje MP 1.973/00). Dele tomo conhecimento.

Não merece acolhida a preliminar de nulidade do auto de infração por vícios quanto à forma e ao procedimento e quanto à tipificação da hipótese de incidência. Conforme lição de Alberto Xavier ¹,

“Difícilmente se concebe, na verdade, que o lançamento tributário deva ser precedido de uma audiência prévia dos interessados. Duas razões desaconselham tal audiência: em primeiro lugar, o carácter estritamente vinculado do lançamento quanto ao seu conteúdo o que torna menos relevante a prévia ponderação de razões e interesses apresentados pelo particular do que nos atos discricionários; em segundo lugar, o fato de tratar-se de um ‘procedimento de massas’, dirigido a um amplo universo de destinatários e baseado em processos tecnológicos informáticos, tornaria praticamente inviável o desempenho da função, se submetida ao rito da prévia audiência individual.

Em matéria de lançamento tributário a garantia de ampla defesa não atua necessariamente pela via do direito de audiência prévia à prática do ato primário (preterminatio hearing), mas no ‘direito de recurso’ deste mesmo ato, pelo qual o particular toma a iniciativa de uma impugnação em que seu direito de audiência assumirá força plena (postterminatio hearing).

Assim, a audiência, apesar de não ser ‘prévia’ à prática do ato primário (lançamento), ainda é ‘prévia’ no que respeita à decisão final da Administração Fiscal tomada pelo órgão de julgamento no processo administrativo.

Com o direito de audiência prévia não deve confundir-se a participação do particular no procedimento administrativo, sob a forma de declarações e esclarecimentos, que não representam uma

¹¹ Xavier, Alberto- Do Lançamento- Teoria geral do Ato do Procedimento e do Processo tributário- Forense, 2ª edição, 1997



garantia de defesa, mas a realização de diligências instrutórias, no dever de colaboração para a descoberta da verdade material.”

Assim, o lançamento pode ser feito sem qualquer comparecimento do auditor ao estabelecimento do contribuinte, apenas a partir de dados constantes dos cadastros e arquivos da repartição ou obtidos junto a outros contribuintes. Desde que regularmente notificado o contribuinte e observados os princípios do contraditório e ampla defesa na fase litigiosa do processo, não há que se falar de nulidade do procedimento. Portanto, a fiscalização levada a efeito junto ao BANCO CCF pode resultar, como aconteceu, em apuração de irregularidades por parte de sua controlada sem necessidade de averiguações prévias junto a esta. Se esse resultado foi posto em um primeiro “relatório”, a exibição antecipada de sua minuta, conquanto inusitada, não acarreta a nulidade do auto de infração posteriormente lavrado, conforme, já se manifestou a autoridade recorrida.

Quanto aos invocados vícios relativos à tipificação e enquadramento legal, a jurisprudência consagrada pelos órgãos julgadores administrativos é no sentido de que, bem descritos o fato e a irregularidade de que é acusado o sujeito passivo, não padece de nulidade o ato, pois preservada sua ampla defesa. E no caso, a descrição foi longa e minuciosa, resumindo-se, afinal, em ter sido acusado o sujeito passivo de ter praticado simulação, utilizando-se de operações de *swap* para transferir receitas ao seu controlador, praticando verdadeira “doação”. Tal fato afasta a possibilidade de anulação quer do auto de infração, quer da decisão, que a Recorrente alega ter tentado corrigir as invocadas imperfeições.

Também o indeferimento da perícia não macula de nulidade a decisão. O Decreto 70.235/72 faculta ao julgador indeferir a perícia quando entendê-la desnecessária. E a autoridade julgadora fundamentou o indeferimento registrando, expressamente, em relação cada quesito proposto, sua desnecessidade e impertinência. De qualquer forma, se órgão julgador de segunda instância entender relevante a perícia, poderá determiná-la.

Passo ao mérito.



As exigências que deram origem ao presente litígio resultaram da glosa, efetuada pela fiscalização, das perdas em operações de *swap* realizadas pela Recorrente com seu controlador, o Banco CCF nos anos de 1995 a 1998. Resultou a glosa do fato de a fiscalização, entendendo que só seriam dedutíveis as perdas em operações de *swap* com finalidade de *hedge*, ter descaracterizado as operações *swap*, afirmando que: a) quando realizadas entre controlador e controlada, não protegem absolutamente nada, dada a impossibilidade de se contratar “seguro” dentro e um mesmo patrimônio; b) mesmo que houvesse essa possibilidade de proteção, as operações envolveram índices de ouro, e o Banco, por não possuir esse ativo, não tinha condição de oferecer a proteção. Entendeu, ainda, a fiscalização, que tais operações não observaram bases estritamente comutativas, tratando-se de operações simuladas, por não terem, efetivamente, o objetivo de proteção, destinando-se exclusivamente a permitir a transferência de recursos da controlada para o controlador, com redução da carga tributária.

As afirmativas fiscais de que somente as perdas incorridas em operações *swap* com o fim de *hedge* são dedutíveis, de que operações *swap* entre pessoas do mesmo grupo econômico não se prestam a proteger risco e de que a inexistência do ativo/passivo desnatura a operação como *hedge* foram eficientemente elididas pela decisão de primeira instância, que, após cuidadosa análise da legislação, demonstrou que, “*verbis*” :

“...para o órgão que regula o mercado financeiro nacional, não há distinção alguma entre *swap* com fim especulativo e *swap* com finalidade de *hedge*, o que só vem confirmar o estudo acima, segundo o qual o especulador é personagem fundamental no mercado futuro, não havendo sentido, portanto, em estabelecer restrições a ele.”

.....
.....a legislação tributária brasileira se harmoniza com regras do mercado financeiro que, como já explicitado, coloca o especulador na posição de elemento essencial à existência desse mercado. Eis, portanto, uma primeira conclusão sobre a matéria. Diferentemente do que afirma o autuante, as operações realizadas por especuladores têm amparo legal (pelo princípio da autonomia privada) e as perdas podem, obedecidos alguns requisitos, ser dedutíveis na apuração do Imposto de Renda.

.....
..a legislação tributária procurou cercar, por assim dizer, as despesas decorrentes de operações como essa. Assim foi que limitou os gastos nas operações de *swap* aos ganhos auferidos no mesmo tipo de operação, o que, sem dúvida, impossibilitaria uma controlada de reduzir resultados por conta dessas operações, a não ser em uma situação: se a empresa controlada foi uma instituição financeira, que **....não possui limites de perdas**, uma vez que as operações de *swap* fazem parte do rol de produtos relacionados como atividade operacional dessas empresas.

.....
A justificativa para que as instituições financeiras possuam “tratamento privilegiado”, não se podendo limitar as perdas com *swap* aos ganhos nas operações de mesma natureza, está no fato de que elas assumem o risco de seus clientes, procurando, obviamente, encontrar outro cliente que assuma a posição contrária ao primeiro, protegendo-se, assim, dos riscos assumidos. Contudo, nem sempre é possível encontrar de imediato o cliente com posição invertida, o que obriga a instituição a adotar estratégias para minorar suas perdas. Assim, sendo da operacionalidade dessas instituições a intermediação em operações de *swap*, nada mais justo que desonerá-las de um limite imposto àqueles que só vão ao mercado para especular.

.....
.....se a CTVM operou por sua conta e risco, dessas operações resultando perdas superiores às receitas, não se pode aplicar a ela o tratamento dispensado às demais pessoas jurídicas não enquadradas como instituições financeiras, limitando-lhes as perdas e tributando-lhes a diferença deduzida a maior (excedente às receitas).

Como visto, qualquer que seja a postura adotada, daquelas limitações impostas ao contrato de *swap*, somente uma se aplica às instituições financeiras, qual seja: o registro da operação junto à BM&F ou à CETIP.

Portanto, a solução do presente litígio cinge-se a apreciar as alegações do autuante que foram confirmadas pelo julgador singular, quais sejam, que teria ocorrido simulação, e que as operações de *swap* tinham finalidades desvirtuadas e caráter artificial, caracterizando verdadeiras doações.

Segundo a doutrina pátria, a simulação pode ser absoluta ou relativa. Na simulação absoluta não há relação negocial efetiva entre as partes, que celebram negócio jurídico apenas aparente. O ato é fictício, inexistente, subsistindo apenas na aparência, já que as partes não têm intenção de celebrar negócio algum. Na simulação relativa, dois negócios se sobrepõem: o simulado e aparente, que não traduz o íntimo querer das partes, e o dissimulado e real, que as partes efetivamente desejam celebrar.

No presente caso, é a Recorrente acusada de ter praticado simulação relativa, tendo praticado o negócio (simulado e aparente) de *swap* para encobrir o negócio (dissimulado e real) de doação, com a finalidade de pagar menos tributos.

A autoridade julgadora fez comparações entre operações realizadas pelo Banco CCF com terceiros, que entendeu mais favoráveis que as realizadas com a Corretora. Foi bem destacado pela decisão recorrida que as operações praticadas pela Corretora com o Banco eram mais vantajosas para este que as condições de mercado. Assim, por exemplo, ressalta o julgador que quando todo o mercado buscava trocar variação do ouro por CDI, somente a CTVM assumia risco inverso frente ao Banco.



Esclarece que dentre os aproximadamente 12.000 registros constantes das planilhas, a operação em que o Banco garante a variação do ouro e o cliente a variação do CDI só ocorre com a CTVM. Indica outros exemplos a demonstrar a situação desvantajosa da CTVM em suas operações com o Banco, comparadas com as operações deste com terceiros. Nesse sentido, ressalta a decisão que a operação de fls. 1081 v. mostra que, enquanto nas operações com dólar praticadas pelo Banco CCF com o Banco Votorantim o Banco CCF cobra juros de 13,15%, para o mesmo período só paga à Corretora juros de 12%. Ainda exemplificativamente, apontando números da planilha de fls. 1067 e comparando contratos com o Banco de Crédito Nacional e com o Banco Europeu para a América Latina, mostra que os resultados são sempre desfavoráveis à CTVM. Conclui, afinal que as operações de *swap* entre a CTVM e o Banco resultaram sempre em ganho menor ou despesa maior para a CTVM em relação ao mercado.

As alegações do recurso quanto à falta de similitude dos contratos comparados (Banco CCF com terceiros e Banco CCF com Corretora CCF), por envolverem, uns, pessoas jurídicas não financeiras e outros, pessoas jurídicas financeiras, perdem substância quando se observa que os exemplos destacados pela decisão se referem a instituições financeiras (Banco Votorantim, Banco Crédito Nacional, Banco Europeu para América Latina).

Refuta a Recorrente a afirmativa da Autoridade Julgadora no sentido de que era previsível a perda nas operações em que a CTVM garantia a variação do CDI contra a variação do ouro, dizendo que, sendo o ouro ativo de renda variável, não se poderia afirmar previamente que sua variação seria sempre inferior à do CDI. Solicitou perícia para constatar o ajuste positivo em operações de *swap* da CTVM com o Banco em janeiro de 1999, no valor de R\$ 264.757.880,52. O julgador indeferiu a perícia por entendê-la desnecessária, sob o fundamento de que o ano de 1999 não é objeto de autuação. Sobre o que aconteceu em janeiro de 1999, realmente não se presta a demonstrar falta de previsibilidade das operações, eis que ao final de 1998 as condições se alteraram profundamente com a crise da Malásia, e em janeiro de 1999 o Governo Brasileiro alterou a política cambial. Assim, embora seja o ouro um ativo de renda variável, sua cotação sofre influência da flutuação do dólar (como, aliás, reconhecido pela Recorrente). Portanto, não é absurdo afirmar que no período de 1995



a 1998 havia uma previsibilidade em relação à *relativa estabilidade* da cotação do ouro (em função do Plano Real). As considerações recursais de que, no período, algumas vezes a variação diária do ouro superou a do CDI e de que em alguns contratos a CTVM ganhou e o Banco perdeu não alteram a condição de previsibilidade. De fato, num total de 3.943 contratos, em apenas 737 a CTVM teve ganhos, e num período de mais de 1000 dias (de 28/03/95 a 31/12/98) a Recorrente identificou apenas 30 dias em que a variação do ouro superou a do CDI. De qualquer forma, a previsibilidade era relativa, tanto que houve a inversão em janeiro de 1999, com perdas para o Banco e ganhos para a CTVM.

Não obstante as considerações supra, o fundamento da exigência não é a realização de operações de *swap* entre o Banco CCF e a Corretora em condições mais desvantajosa que as realizadas com terceiros. A decisão recorrida reconhece serem legítimas as operações de *swap* realizadas dentro do mesmo grupo econômico e que as perdas, para serem dedutíveis, têm como único requisito o registro junto à BM&F ou à CETIP. Assim, para manter a exigência, firmou-se a decisão recorrida em descaracterizar as operações como *swap* (porque, se de *swap* fossem, as perdas seriam dedutíveis).

Assim, consta da decisão recorrida que o fisco não pretendeu caracterizar os contratos entre CTVM e Banco como operações financeiras (*swap*). Ao analisar os contratos (fls. 45 a 48 da decisão), a autoridade menciona que dentre os aproximadamente 12.000 registros constantes da planilha, a operação em que o Banco garante a variação do ouro e o cliente a da CDI somente ocorre entre o Banco e a CTVM (item 6, fls. 46 da decisão), porém no item 4 faz referência contratos em que o Banco garante a variação do CDI e o cliente a do ouro, (embora ressaltando que as condições desses contratos, pela utilização das taxas e percentuais, são mais vantajosa que as celebradas com a CTVM). Diante disso, não há como descaracterizar as operações , pois se o Banco assumiu com terceiros o risco da variação do CDI frente ao ouro e assumiu posição inversa em relação à CTVM, inclusive em situação mais vantajosa para ele, Banco, fica, configurada a operação de *swap* com a finalidade de *hedge*, tal como definido no item 11 do relatório de Fiscalização (o *hedge* é realizado entre pessoas diferentes, e numa única direção : Empresa A na direção da Instituição Financeira e dessa

JK

na direção da Empresa B). Por outro lado, a acusação de que as operações realizadas pelo Banco com a CTVM eram sempre em piores condições para a Corretora (tendo em vista os índices e percentuais utilizados) que as praticadas pelo Banco com terceiros perde todo o significado ante o demonstrativo trazido aos autos de que, mesmo que aplicados os mesmos percentuais das operações com terceiros, ainda assim haveria perda para a CTVM. Ora, se não é vedado, ao contrário, faz parte da atividade operacional da CTVM praticar operações de *swap*, não há como glosar (alegando descaracterização do *swap*) as perdas nessas operações quando realizadas com seu controlador se demonstrado que tais operações, ainda que praticadas nas mesmas condições das praticadas pelo Banco com terceiros, também acarretariam perdas.

A perícia indeferida poderia, no caso, avaliar com mais precisão a falta de comutatividade das operações alegada pela decisão (que, conforme lembra a Recorrente, exige análise da equivalência de vários elementos). Por outro lado, difícil avaliar as condições das operações entre CTVM e Banco sem compará-las com operações feitas entre a CTVM e outros clientes. Todavia, tais considerações são dispensáveis, tendo em vista outros aspectos que envolvem a questão, a seguir analisados.

Pode ser que as operações de *swap* contratadas entre a CTVM e o Banco, especialmente aquelas em que a Recorrente garantia a variação do CDI contra a variação do ouro, tenham tido por objetivo diminuir ônus tributário do Grupo CCF. Efetivamente, naquela situação de previsibilidade (relativa) de que a variação do CDI normalmente superaria a do ouro, a CTVM teria perdas contra ganhos do Banco, e como a CTVM estava em situação de lucro e o Banco tinha prejuízos a compensar, o resultado final seria um pagamento a menor de tributos. Não vem ao caso considerar que o ajuste pela equivalência patrimonial não influencia o lucro real, porque a diminuição do ônus tributário do Grupo não decorreria do ajuste, mas sim da efetiva transferência de resultado tributável de uma empresa para a outra que o absorveria com prejuízos a compensar.

Resta definir se o que ocorreu foi um recurso a meio legítimo para pagar menos tributo (planejamento tributário), ou uma simulação, meio fraudulento em prejuízo da Fazenda Nacional. Por oportuno, registre-se que, caso reste caracterizada



a simulação, ao Fisco só interessa provar que ocorreu o negócio encoberto, e não demandar a nulidade do negócio simulado. Ao contrário do que entende a Recorrente, não há necessidade de prévia declaração de nulidade do ato simulado para que o Fisco possa cobrar o tributo.

A simulação, antes de mais nada, há que ser provada por quem a alega, e há que ser feita com a intenção de prejudicar terceiros ou violar preceito legal.

Para que se caracterize a simulação é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, quer por vedação legal, quer por qualquer outra razão.

No presente caso, em que se acusa a CTVM de ter praticado operações de *swap* para encobrir doações, não havia qualquer impedimento a que as “doações” fossem efetuadas (embora, é claro, sem economia tributária). Na realidade, não pretendeu a CTVM fazer “doação” ao seu controlador, mas sim, praticar com ele troca de posições financeiras de modo a obter economia de tributo.

Alberto Xavier² faz uma distinção entre *negócio indireto* e *simulação*, a saber:

“ Denomina-se *negócio indireto* o negócio jurídico que as partes celebram para através dele atingir fins diversos dos que representam a estrutura típica daquele esquema negocial. GALVÃO TELLES – que os prefere designar por ‘contratos cumulativos’- observa que eles cumulam as funções características de dois contratos, através da estrutura própria exclusivamente de um deles. ‘O contrato que se celebra compreende só os elementos típicos de determinada espécie contratual, mas na intenção das partes, pela forma como esses elementos estão dosados ou pelo jogo das circunstâncias, ela seria também adequada para atingir a finalidade inerente a outra espécie contratual’.

A característica essencial do negócio indireto está na utilização de um negócio típico para realizar um *fim* distinto do que corresponde à sua *causa-função* objetiva: daí a referência dos autores ao seu caráter ‘indireto’ ou oblíquo, anômalo ou inusual.

.....ASCARELLI – a quem se deve uma das mais sólidas investigações no campo do negócio indireto – observa que ele podia assumir relevância no Direito Fiscal quando a realização indireta dos fins das partes é determinada pela intenção de evitar a aplicação do regime tributário mais oneroso, correspondente à direta realização daqueles mesmos fins. O

² XAVIER, Alberto. “Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva - Dialética, S. Paulo

resultado econômico ou empírico alcançado pelas partes é análogo ou praticamente equivalente ao que resultaria da adoção da forma negocial normalmente escolhida para o obter. Só que a eleição pelas partes da estrutura do negócio indireto permite obter esse resultado análogo ou equivalente sem se submeter ao regime tributário aplicável ou negócio direto que economicamente lhe corresponde.

.....
A distinção entre o negócio simulado, por um lado, e os negócios indiretos (...), por outro, corresponde à fronteira que separa a *mentira* da *verdade*. Os negócios indiretos (...) são verdadeiros; os negócios simulados são *falsos e mentirosos*.

Na simulação há uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada – e daí o seu caráter mentirosos ou enganatório. No negócio indireto não há divergência entre a vontade real e a declarada – e daí o seu caráter verdadeiro; há, isso sim, uma divergência entre a causa-função típica e os motivos ou fins perseguidos pelas partes, divergência essa querida realmente e revelada às claras.

Por outras palavras: há a utilização de uma estrutura ou de uma forma para atingir *indiretamente* um resultado que não é o típico daquela estrutura e daquela forma. O fim típico, porém, é realmente querido pelas partes; só que se limita a funcionar como condição para a realização de um fim ulterior que é essencial na determinação volitiva das partes.

.....
Se os negócios em fraude à lei são realizados por via de atos simulados, aplica-se-lhes o regime de simulação. Mas não assim se são realizados por via de negócios verdadeiros, sejam estes ou não negócios indiretos...”

No presente caso alega-se que, sob a forma de *swap*, teria ocorrido uma doação (transferência de resultado tributável) com o objetivo de reduzir tributos. A hipótese enquadra-se perfeitamente na caracterização de negócio indireto descrita pelo Professor Alberto Xavier. Efetivamente, as partes queriam e realizaram negócio sob a estrutura de *swap* para atingir indiretamente economia de tributos. O fim típico do *swap* (troca de posições financeiras) foi realmente querido, só que se limitou a funcionar como condição ulterior de economia de tributos, essencial na determinação volitiva das partes.



Não restou, assim, caracterizada a *declaração enganosa de vontade*, essencial na simulação.

Pelas razões declinadas, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões, DF, em 20 de setembro de 2001.


SANDRA MARIA FARONI