



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

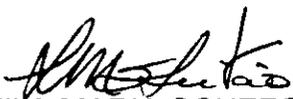
Processo nº. : 16327.003010/99-68
Recurso nº. : 123.764
Matéria : IRF – Ano(s): 1994 e 1995
Recorrente : BANCO FRANCÊS E BRASILEIRO S/A
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO - SP
Sessão de : 22 de agosto de 2001
Acórdão nº. : 104-18.230

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 provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO FRANCÊS E BRASILEIRO S/A.

ACORDAM os Membros da Quarta 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.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 SET 2001



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68

Acórdão nº. : 104-18.230

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, PAULO ROBERTO DE CASTRO (Suplente convocado) e REMIS ALMEIDA ESTOL. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JOÃO LUÍS DE SOUZA PEREIRA. Defendeu a recorrente, seu advogado, Dr. Roberto Quiroga Mosquera, OAB/SP nº. 83.755.

A handwritten signature in black ink, consisting of a long horizontal stroke that curves upwards at the end.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo n.º : 16327.003010/99-68
Acórdão n.º : 104-18.230
Recurso n.º : 123.764
Recorrente : BANCO FRANCÊS E BRASILEIRO S/A

RELATÓRIO

BANCO FRANCÊS E BRASILEIRO S/A, contribuinte inscrito no CGC/MF n.º 60.872.504/0001-23, com sede na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Av. Paulista, n.º 1318 - 5º Andar – Bairro Bela Vista, jurisdicionado à Delegacia Especial das Instituições Financeiras em São Paulo, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 176/189, prolatada pela DRJ em São Paulo - SP, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 193/217.

Contra a instituição financeira acima mencionada foi lavrado, em 22/12/99, o Auto de Infração - Imposto de Renda Retido na Fonte de fls. 110/114, com ciência, em 22/12/99, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 23.220.593,13 (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 de 31/10/94; 30/11/94 e 31/01/95.

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; artigo 1º da Lei n.º 8.849/94; e artigos 78 ao 82 da Lei n.º 8.981/95.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

Os Auditores-Fiscais da Receita Federal, através do Termo de Verificação de fls. 96/109, esclarecem, ainda, entre outros, os seguintes aspectos:

- que o Banco Francês e Brasileiro S/A, em 30 de dezembro de 1992 foi nomeado pelo Credit Lyonnais (Uruguay) S/A, com sede social na cidade de Montevideu, Uruguai, 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;

- que nos termos do mencionado "Contrato de Administração" de fls. 03/07, no período, compreendido entre junho de 1994 e janeiro de 1995, o Banco Francês atuando como administrador da Carteira Anexo IV – Credit Lyonnais (Uruguay) S/A, efetuou diversas operações na BOVESPA, envolvendo ações e opções, tendo como contraparte o Banco Safra S/A;

- que as operações, por conta e ordem do investidor estrangeiro (Carteira Anexo IV), foram realizadas através da própria corretora do Grupo Banco Francês (B.F.B Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S/A) e envolveram ações e opções sobre ações relativos aos seguintes papéis: Banco do Brasil PN; Banco do Brasil ON; Aracruz PNB; e Acesita ON;

- que as operações de compra à vista e compra e venda de opções realizadas entre junho/94 e janeiro/95, foram devidamente registradas na BOVESPA e documentada através das notas de corretagens de fls. 58/91 e dos Mapas de Comitentes de fls. 08/57. 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. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

- que a partir das notas de negociação e dos mapas de comitentes identificamos individualmente as operações realizadas entre o Banco Safra e o investidor estrangeiro (administrado pelo Banco Francês Brasileiro), desde o registro inicial até a sua liquidação. As liquidações, em sua maioria, foram antecipadas, por reversão da operação inicial. Os mapas de fls. 93/95 resumem as 15 operações realizadas pelo administrador da Carteira Anexo IV, tendo como contraparte o Banco Safra; e as liquidações por reversão ou vencimento; demonstram, ainda, o resultado global de cada operação, decorrente da diferença entre o prêmio pago e o recebido;

- que os resultados com a negociação desses ativos (opções) foram no Banco Safra, fiscalmente tratados como operacionais, compondo o lucro real. 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 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,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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;

- que para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1995, o artigo 81 da Lei n.º 8.981/95 estabeleceu a alíquota do imposto de renda na fonte em 10 (dez) por cento;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

- 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 Credit Lyonnais Uruguay, representada pelo Banco Francês Brasileiro, compra as ações-objeto (BB PN, BB ON, Aracruz PNB e Acesita ON) de pessoas ligadas ao Grupo Safra (Banco Safra S/A, Banco Safra de Investimentos S/A e Lux Fund, carteira Anexo IV que operou através da Safra C.V.C Ltda., e passageiro da conta coletiva Banco Safra Bahamas Limited, administrada pelo Banco Safra de Investimentos S/A). De posse das ações, o Credit Lyonnais Uruguay compra e vende opções de venda sobre esses ativos-objeto tendo como contraparte sempre o Banco Safra S/A, em negócios diretos (N.D.) na Bovespa. Em todos os negócios realizados entre as partes, o C.L. Uruguay aparece como aplicador e o Banco Safra S/A como financiado;

- que em todas as operações analisadas 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 constatado examinando a operação montada em 27/06/94, envolvendo 10.633.000 de ações Aracruz PNB e contratos de opções de venda sobre estas mesmas ações em quantidades iguais;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

- que se ressalve que numa operação de renda variável típica o investidor pode auferir ganhos ilimitados mas também pode sofrer perdas igualmente ilimitadas. Nos casos sob exame, uma vez que se tratam de negócios diretos entre dois comitentes, os ganhos ou perdas, fora do que foi previamente estabelecido, seriam prontamente estancados, já que não havia nenhum impeditivo à reversão das operações registradas;

- 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 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 decorrentes das operações foram tratados como sendo ganhos de capital; b) – Instituição Financeira Nacional (contraparte) – os resultados das operações foram tratadas como operacionais e não como ganho/perda de capital;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

- 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 (Credit Lyonnais Uruguay S/A), 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 estrangeiro apurados por operação, deveriam, na forma da lei vigente, ter sido tributados na fonte à alíquota de 15% se auferidos em 1994 e de 10% se auferidos em 1995.

Irresignado com o lançamento, o autuado, apresenta, tempestivamente, em 19/01/00, a sua peça impugnatória de fls. 117/120, instruída com os documentos de fls. 130/172, solicitando que seja acolhida a impugnação para que seja declarado improcedente o Auto de Infração, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que a princípio a idéia do "hedge" é garantir um contrato de venda e compra, ou opção de venda e compra ou mútuo, ou outra posição financeira, pela celebração de outro contrato. O "hedger", aquele que tem o bem ou precisa dele, busca uma cobertura contra o risco de flutuações adversas nos preços ou valores dos bens de seu interesse, assumindo posições contrapostas, de comprador e de vendedor, de forma a compensar os riscos da variação de preços;

- que no "hedge" de venda, o "hedger" tem a mercadoria ou adquire no mercado à vista e simultaneamente vende, por uma modalidade de mercado futuro (termo, futuro ou opções), quantidade do mesmo bem. Assim, se os preços caírem, a perda do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

“hedger” no mercado à vista é compensada pelos ganhos em sua posição a futuro. No “hedge” de compra, o “hedger” compra, por uma modalidade de mercado futuro, para se proteger contra uma possível elevação de preços no mercado à vista;

- que assim, em geral, a operação de “hedging” apenas diminui a intensidade do risco, que, no entanto, continua latente no decorrer da operação, podendo ser menor ou maior em função de inúmeros fatores, tais como o preço à vista do ativo protegido, o prêmio do derivativo, o preço de exercício, etc.;

- que há, no entanto, uma exceção: a realização de uma ou mais operações, com objetivo de “hedge”, que, sendo perfeito, elimina completamente os riscos de variações dos preços dos ativos e permite ao “hedger”, já no momento em que efetuar a operação, conhecer o valor dos rendimentos que irá auferir;

- que em outras palavras, o investidor sintetiza, por meio de diversas operações de renda variável, uma aplicação em que – a exemplo de um depósito a prazo fixo com juros pré-fixados ou de uma caderneta de poupança, que é pós-fixada – a renda é predeterminada;

- que obter rendimento predeterminado significa que no momento da aplicação o investidor sabe, exatamente, o montante a ser auferido ao final do prazo da operação. Neste caso, a remuneração não está sujeita a flutuações de preços de ativos – embora possa ainda estar dependente de indexadores -, nem está subordinada à ocorrência de nenhuma condição;

- que todas as operações autuadas tinham como objetivo a proteção das posições de ações que compunham a carteira;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

- que nas operações em exame, na hipótese de o preço da ação cair, o titular da opção de venda "in-the-money" exerceria seu direito de vender o lote de ações pelo preço anteriormente fixado, maior que o valor de mercado, obtendo lucro indefinido, que corresponderia à diferença entre o preço de mercado e o preço de exercício da opção, subtraído o valor do prêmio. Ao contrário, caso o preço da ação subisse, o titular daquela opção de venda deixaria de exercer seu direito, e teria prejuízo igual ao do prêmio;

- que dessa maneira, o titular do direito minimizava suas vendas, mas não eliminava o risco de ter prejuízo. O resultado da operação – lucro ou prejuízo – só seria conhecido no momento da liquidação da operação, ao final, em razão da volatilidade das ações;

- que os próprios agentes fiscais comprovam as alegações ora expostas através da tabela de "apuração de rendimentos de operações conjugadas", em que se verifica que várias operações geraram prejuízo. Portanto, resta patente que não se tratava de operações conjugadas, com rendimento predeterminado, mas sim de operações de renda variável, em que o investidor poderia auferir lucro ou sofrer prejuízos;

- que cabe, por fim, fazer um reparo a uma observação da Fiscalização, totalmente sem fundamento. No item 4.26 do Termo de Verificação, ressaltou-se que "numa operação de renda variável típica o investidor pode auferir ganhos ilimitados mas também pode sofrer perdas igualmente ilimitadas". A afirmação não procede. O prejuízo máximo que se pode ter em uma compra de ações (operação de renda variável típica, como corretamente asseverou a Fiscalização) é o valor por elas pago, já que não existe preço negativo de ações;

- que em resumo, as operações ora analisadas não garantiam a obtenção de rendimento, muito menos permitiam sua predeterminação. Portanto, como as operações não



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

configuram “hedge” perfeito, não se pode falar em rendimentos predeterminados de operações conjugadas;

- que a obtenção de rendimentos prefixados, como entendem os agentes fiscais ter ocorrido nas operações em exame, apenas seria possível por intermédio de operações como os chamados “boxes de 4 pontas” ou “boxes de 3 pontas”, que são claramente distintos das operações realizadas pelo Impugnante;

- que nas operações sob análise, não há sequer quatro pontas que pudessem gerar o box fechado, da mesma forma, que também o box de 3 pontas não se confunde com as operações autuadas, que dão margem tanto ao prejuízo limitado ao preço pago pela ação, quanto ao lucro ilimitado, sendo imprevisível o resultado da operação;

- que em operações realizadas em Bolsa, estruturadas de maneira a garantir determinado rendimento – operações conjugadas de renda fixa -, o risco é totalmente afastado, possibilitando a obtenção de rendimento exato a ser auferido no encerramento da operação. Independentemente do valor da ação, as opções de compra/venda lançadas garantem o mesmo rendimento ao investidor;

- que a possibilidade de queda do preço da ação demonstra claramente a função de proteção exercida pela opção de venda em relação à posição detida à vista. Mas, além disso, mostra que se manteve a porta aberta para a área;

- que dois outros argumentos falaciosos da Fiscalização precisam ser combatidos. O primeiro refere-se à função da Bolsa nas operações autuadas; o segundo, de que a característica de renda fixa ficaria evidente, nas operações em apreço, por serem negócios diretos;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68

Acórdão nº. : 104-18.230

- que quanto aos chamados negócios diretos, estes não afastam a intervenção de terceiros, que é pressuposto das negociações em Bolsa. No caso em análise, todas as operações foram realizadas de acordo com o preço de mercado do momento, e se tivesse havia melhor comprador ou vendedor para as operações, outras corretoras teriam interferido, inviabilizando o negócio direto, para as operações, mais um elemento de aleatoriedade;

- que por fim, cabe acrescentar a lição de Fernando ^a Albino de Oliveira: "Na realidade, não existe contrato de hedge fora da Bolsa, pois não haveria a liquidez que assegura a possibilidade de reversão de posições, o chamado way out", o que afasta o entendimento da Fiscalização de que a mera possibilidade de reversão das posições a qualquer momento caracteriza a operação conjugada, pois estanca os ganhos e as perdas não previamente estabelecidos;

- que, não é só. Mesmo em Bolsa, a liquidez pode ser comprometida, se uma brusca variação de preços das ações ocorrer. Neste caso, não é válido o argumento de que as operações seriam revertidas caso fosse constatado o prejuízo, ou sua possível ocorrência;

- que uma vez demonstrado que as operações em questão eram de renda variável, resta demonstrar que os resultados positivos delas provenientes devem ser classificados como ganhos de capital, portanto, isentos de tributação pelo imposto sobre a renda na fonte;

- 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 são "os resultados positivos auferidos nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados";



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

- que da mera leitura do dispositivo transcrito acima, conclui-se que os resultados positivos obtidos nas operações ora analisadas são ganhos de capital, visto que foram auferidos em operações realizadas na Bolsa de Valores de São Paulo, e como tais estavam isentos do IRRF, nos termos do artigo 32, da Lei n.º 8.383/91;

- que a mesma conclusão se extrai em relação às operações liquidadas em janeiro de 1995. Por terem a mesma natureza das operações efetuadas em 1994, os rendimentos delas oriundos também são ganhos de capital, isentos de IRRF, com base no artigo 81, § 1º, da Lei n.º 8.981/95;

- que entenderam os agentes fiscais que todas as operações realizadas pelo impugnante como administrador da Carteira Anexo IV, eram conjugadas, e, portanto, passíveis de tributação pelo imposto sobre a renda retido na fonte, tanto no período de junho a dezembro de 1994, quanto no mês de janeiro de 1995;

- que, no entanto, ainda que se adote, para fins de argumentação, o entendimento da fiscalização, a pretensão fiscal mantém desprovida de fundamentação legal em razão do princípio da irretroatividade legal;

- que o artigo 150, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal veda às pessoas políticas a cobrança de tributos "em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado". Em resumo, impõe o princípio da irretroatividade como limite ao poder de tributar;

- que o dispositivo vigente em 1994 a respeito da matéria objeto dessa impugnação era o artigo 32 da Lei n.º 8.383/91, com as alterações introduzidas pelo artigo 1º



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo n.º : 16327.003010/99-68

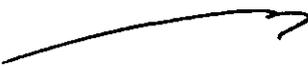
Acórdão n.º : 104-18.230

da Lei n.º 8.849/94, que conceituava ganhos de capital como “resultados positivos auferidos nas operações realizadas em bolsa de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados”;

- que assim, no período de vigência da Lei n.º 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;

- que apenas mais tarde, 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 frenda 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;

- que 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. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

- que no tocante às operações iniciadas em 1994 e encerradas em janeiro de 1995, que também foram autuadas como operações conjugadas, novamente houve violação do princípio da irretroatividade;

- que os agentes fiscais não atentaram para o fato de que as operações encerradas em janeiro de 1995 haviam se iniciado em 1994, e que, portanto, o conceito de operações conjugadas trazido pela Lei n.º 8.981/95 também não poderia ser aplicado a tais operações;

- que uma vez que a lei teve eficácia a partir de 1º de janeiro de 1995, somente as operações que se iniciassem a partir daquela data poderiam se sujeitar aos efeitos da nova lei, por força dos princípios da segurança jurídica e da certeza do direito, que garantem a previsibilidade das condutas do cidadão no tempo;

- que em que pese ser, no mínimo, desleal alguém vir a ter imputada falta com base em paradigma de comportamento alheio, e não no paradigma da lei, em especial quando não se tem acesso aos registros desses terceiros ou nem mesmo às razões de seu modo de agi;

- que foi o Banco Safra que errou ao considerar suas perdas de capital na composição do lucro real, e não o impugnante ao admitir os resultados positivos obtidos nas operações como ganhos de capital;

- que as operações de "hedging" são aquelas que objetivam a proteção de posições de ações, minimizando o risco de perdas, sem que este desapareça. Portanto, não se confundem com operações de renda fixa;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

- que as operações sob análise eram de "hedging" não perfeito, portanto existia risco de perdas. Em outras palavras, as operações não eram conjugadas;

- que em todas as operações realizadas, o resultado era conhecido apenas na data da liquidação das operações, portanto, não era predeterminado, o que é possível apenas com operações do tipo box de 4 ou 3 pontas. O lucro variava de acordo com o preço de mercado das ações na data do exercício das opções, e o prejuízo, também condicionado à volatilidade das ações, era igual ao valor do prêmio pago pelas opções, características próprias de operações de renda variável com proteção.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, a autoridade singular conclui pela procedência da ação fiscal e pela manutenção integral do crédito tributário, com base nas seguintes considerações:

- que convém notar que o evento tributário que está sendo estudado é a realização de operações financeiras no mercado de derivativos, envolvendo a negociação de opções de ações. O mercado acionário, por sua própria natureza, é volátil e sujeito às constantes oscilações e mutações conforme as expectativas dos agentes que atuam neste mercado. Como instrumento para minimizar os riscos, foi criado o mercado de derivativos, em particular o de opções;

- que na realidade, formalmente, a opção nada mais é que um contrato jurídico que se estabelece entre um titular que adquire a opção, pagando um determinado prêmio e o lançador que é aquele que vende a opção e que se compromete a cumpri-la caso esta seja exercida pelo titular. Essas opções são negociadas na bolsa de valores, fixando-se preços pelos quais as ações podem ser negociadas numa determinada data de vencimento. Usualmente, o lançador da opção efetua o seu lance na bolsa, buscando no mercado encontrar um investidor interessado em se tornar titular da opção;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68

Acórdão nº. : 104-18.230

- que existem dois tipos de opções: a opção de compra e a opção de venda. Na primeira o titular se torna o detentor do direito de poder comprar a ação, numa determinada data de vencimento a um determinado preço de exercício previamente pactuado. Por sua vez o detentor da opção de venda torna-se o titular do direito de poder vender um determinado título a um valor predeterminado;

- que a nosso pensar, é inegável que uma opção está sujeita a variações incontrolláveis e como tal, é imprevisível no momento de uma negociação usual, conhecer-se com exatidão qual será o rendimento. Entretanto é possível realizar operações envolvendo uma série de opções, obtendo resultados dentro dos limites mais ou menos definidos;

- que é de se observar que a sofisticação do mercado de derivativos, bem como a denominada engenharia, proporcionou o surgimento de uma série de estratégias que podem ser aplicadas pelos investidores com o propósito de minimizar a indesejável variabilidade de retornos. As estratégias buscam "travar" as posições do investidor, afastando dele o risco de um indesejável aumento ou redução no preço do ativo;

- que analisando as operações no caso concreto, verifica-se que as mesmas indiscutivelmente foram realizadas mediante a transação com opções. Entretanto, dois aspectos merecem ser enfatizados, que as tornam distintas das operações usuais no mercado;

- que as operações foram efetuadas através de negócios diretos entre as partes, ou seja, entre o titular e o lançador das opções. Como parte nas referidas operações, encontramos o Credit Lyonnys e na posição de contraparte figura o Banco Safra S/A ;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

- que analisando o assunto, o que se destaca é que, sendo negócios diretos entre as partes, na maioria das vezes, ocorreu a reversão das operações, suscitando dúvidas se as referidas operações não tinham como finalidade apenas constituir, formalmente, o perfil de rendimentos variáveis, mas na verdade tendo como propósito à geração de rendimentos predeterminados. Pela análise dos quadros confeccionados pela fiscalização, verificou-se que em várias operações o interessado obteve rendimentos reais, embora tivesse realizado uma série de reversões. É verdade que em algumas operações ocorreram prejuízos, mas estas podem ter sido decorrentes de ações pactuadas entre as partes;

- que a partir das constatações e dos indícios apurados, as autoridades fiscais entenderam que o interessado utilizava-se de transações no mercado de derivativos, buscando encobrir rendimentos preestabelecidos. O intuito claro era tentar elidir a tributação, beneficiando-se com a isenção dos rendimentos de aplicação em renda variável;

- que se considerando que o lançamento tenha sido realizado em operações que garantam um retorno predeterminado, este benefício deveria ter sido classificado como rendimento, e como tal sujeito à incidência do imposto de renda na fonte. Embora os retornos, formalmente, tenham procedido da venda e compra de ativos, na realidade dada a essência esse retorno representava um rendimento e não um ganho de capital. Os retornos previamente estabelecidos tornavam-se possíveis em decorrência das operações conjugadas realizadas entre as partes que se pactuavam entre si retorno para obtenção dessa vantagem;

- que cumpre examinarmos, neste passo, que o foco central do lançamento está no aspecto de que o sujeito passivo, aproveitando-se de uma lacuna legal, procurou afastar a incidência tributária sobre um rendimento que deveria ser submetido à tributação. A



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

situação descrita nos autos enquadra o contribuinte no que pode ser entendido como um abuso de forma jurídica;

- que se fala em abuso de forma jurídica quando a estrutura adotada pelo contribuinte não é adequada e compatível com o propósito desejado pelo legislador. Há abuso, quando a situação se conforma a um exame literal da norma, mas não se alcança a função (ou finalidade) da regra jurídica;

- que é bem verdade que o direito tributário pátrio contempla o princípio da legalidade segundo o qual apenas o que a lei dispõe é o que possui validade. Entretanto, quando se verifica que o sujeito age ilegalmente (ilicitamente) é o interprete que deve se abstrair da estrutura jurídica para se fixar na realidade econômica;

- que à luz da legislação pátria embora se reconheça que um negócio indireto seja na verdade um abuso na forma jurídica, existem casos em que seria possível utilizar-se dessas lacunas na legislação para obter um economia fiscal;

- que posta assim a questão é de se inferir que uma formalização jurídica que incorra em qualquer das hipótese do art.102 do Código Civil, adotada com o intuito de prejudicar o fisco e violar a lei tributária, é ato simulado, passível de anulação a bem da fazenda pública. A linha divisória entre o lícito e o ilícito em muitas situações é extremamente tênue, o que exige cuidadosa análise de cada caso particular;

- que diante do exposto o que resta comprovado é que o nosso direito tributário admite a chamada economia fiscal legítima, onde o contribuinte, em momento posterior à ocorrência do fato gerador do tributo, e com amparo na lei, esta considerada como norma modelizada deonticamente em proibido, permitido e obrigado, pratica atos, ou



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

se omite – orientado por uma vontade real e efetiva coincidente sempre com aquela declarada – visando reduzir o encargo fiscal;

- que as operações discutidas foram consideradas como transações no mercado de renda variável, tendo sido o seu resultado classificado como ganho de capital, isento da tributação. Ocorre entretanto, que segundo apurou a autoridade fiscal, foram efetuadas as operações com o nítido interesse de criar uma renda predeterminada, que, para efeitos tributários, estava sujeita à tributação;

- que no caso das operações suscitadas constata-se que a montagem de estratégias de investimento para assegurar rendimentos predeterminados é vetado pela Resolução n.º 2.034 do Conselho Monetário Nacional, de 12 de dezembro de 1993;

- que num cenário de descumprimento da norma jurídica, a estrutura formal adotada pelo interessado fica descaracterizada, e passa-se a enfocar o fato numa perspectiva estritamente econômica. Restou evidenciado que as operações geraram rendimentos, que tinham a natureza de serem predeterminados entre as partes, com base em negociações diretas e com freqüentes reversões para compatibilizar as posições detidas;

- que com grande proficiência e demonstrando profundo conhecimento sobre o mercado de opções, o interessado, representado por seu preposto, esboçou, com raro didatismo, o funcionamento do mercado de opções. Além da elucidação de conceitos obscuros do campo financeiro, o interessado apresenta também uma série de gráficos, com o propósito respaldar seus argumentos;

- que demonstrando grande entendimento da matéria, são suscitadas algumas incorreções cometidas pela autoridade fiscal, tal como a de que o agente pode ter prejuízos ilimitados nas operações. Efetivamente, nesse ponto a autoridade fiscal cometeu



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

um equívoco, certamente de linguagem na forma de expressar seu entendimento sobre a matéria;

- que é indiscutível que apenas com a Medida Provisória n.º 812/94, ocorreu à introdução explícita no nosso direito positivo de norma que prescrevia como não isentos os rendimentos decorrentes das operações conjugadas. Entretanto, utilizando-se de uma interpretação sistemática, era possível identificar-se que, com a Resolução do CMN n.º 2.034/93 não era possível realizar-se operações conjugadas no mercado de derivativos com o intuito de se obter rendimentos. Ou seja, quem fizesse já estaria ferindo as determinações baixadas pelo Conselho Monetário Nacional, órgão normativo, por excelência, responsável pela fixação das diretrizes da política monetária, creditícia e cambial do País. Portanto, como consequência, as transações efetuadas sem observância das diretrizes fixadas pelas autoridades monetárias não se revestiram dos aspectos necessários de legitimidade e validade.

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

“Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - Data do fato gerador: 31/10/1994, 30/11/1994, 31/01/95

Ementa: RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS – Conforme regulamentações do mercado financeiro pátrio, é vedada a constituição de fundos de capital estrangeiro nos termos de Anexo IV da Resolução CVM n.º 1.289 que operem no mercado de derivativos e resultem em rendimentos predeterminados.

NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO – O negócio indireto, para traduzir-se num comportamento elisivo, não pode fraudar o sistema normativo sobre o qual está erigido. Em acontecendo uma transgressão, o intérprete do direito deve se abstrair da estrutura jurídica para se fixar na realidade econômica.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

Cientificada da decisão de Primeira Instância, em 27/07/00 conforme Termo constante às folhas 190/192 e, com ela não se conformando, a recorrente interpôs, em tempo hábil (25/08/00), o recurso voluntário de fls. 193/217, instruído pelos documentos de fls. 116/247, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que, primeiramente, cabe ressaltar que as autuações não podem ser fundamentadas em indícios ou dúvidas, mas sim, e tão-somente, em fatos que, seguramente, no entendimento da fiscalização, se enquadrem na norma legal de tributação;

- que, em segundo lugar, no caso em análise, todas as operações foram realizadas de acordo com o preço de mercado do momento, e se tivesse havido melhor comprador ou vendedor para as operações, outras corretoras teriam interferido, inviabilizando o negócio direto, criando, para as operações, mais um elemento de aleatoriedade;

- que, em terceiro lugar, a mera possibilidade de reversão das posições a qualquer momento não caracteriza a operação conjugada, estancando os ganhos e as perdas não previamente estabelecidos;

- que uma vez que a lei teve eficácia a partir de janeiro de 1995, somente as operações que se iniciassem a partir daquela data poderiam se sujeitar aos efeitos da nova lei, por força dos princípios da segurança jurídica e da certeza do direito, que garantem a previsibilidade das condutas;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

- que como foi demonstrado, merece reforma integral a decisão administrativa recorrida. No entanto, se, por absurdo, a decisão for mantida, cabe observar que os encargos incidentes sobre o valor pretensamente devido estão incorretamente calculados, como se demonstra na planilha anexa.

Consta às fls. 256, cópia do DARF que versa sobre recolhimento de depósito judicial, no valor de 30% do crédito tributário mantido pela decisão singular, como forma de assegurar ao suplicante o direito de interpor recurso ao Conselho de Contribuintes na forma determinada na Medida Provisória n.º 1.621 e reedições.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a long, sweeping horizontal stroke that curves upwards at the end.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O recurso é tempestivo e preenche as demais formalidades legais, dele tomo conhecimento.

Não há qualquer argüição de preliminar.

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 junho de 1994 e janeiro de 1995 (fatos geradores de outubro/94, novembro/94 e janeiro/95), tendo como sujeito ativo a Carteira de Investimento Institucional do Credit Lyonnais S/A (Uruguay), que tinha como administrador o suplicante e como contraparte o Banco Safra, conforme previsto nas normas do Anexo IV da Resolução CVM nº 1.289. Infração capitulada no artigo 32, da Lei n.º 8.383/91; artigo 1º da Lei n.º 8.849/94; e artigos 78 ao 82 da Lei n.º 8.981/95.

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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 são “os resultados positivos auferidos nas operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados”, bem como, a eficácia da Lei nº 8.981, somente, poderia ser aplicada às operações iniciadas em janeiro de 1995.

Da análise dos autos verifica-se que a discussão reside em torno da questão de que o Banco Francês e Brasileiro S/A, em 30 de dezembro de 1992 foi nomeado pelo Credit Lyonnais (Uruguay) S/A, com sede social na cidade de Montevidéu, Uruguai, 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 nos termos do mencionado “Contrato de Administração” de fls. 03/07, no período, compreendido entre junho de 1994 e janeiro de 1995, o Banco Francês atuando como administrador da Carteira Anexo IV – Credit Lyonnais (Uruguay) S/A, efetuou diversas operações na BOVESPA, envolvendo ações e opções, tendo como contraparte o 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 Banco Francês (B.F.B Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S/A) e envolveram ações e opções sobre ações relativas aos seguintes papéis: Banco do Brasil PN; Banco do Brasil ON; Aracruz PNB; e Acesita ON.

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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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.

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 8.981/91.

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 Credit Lyonnais Uruguay, representada pelo B.F.BI., compra as ações-objeto (BB PN, BB ON, Aracruz PNB e Acesita ON) de pessoas ligadas ao Grupo Safra (Banco Safra S/A, Banco Safra de Investimentos S/A e Luxx Fund, carteira Anexo IV que operou através da Safra C.V.C Ltda., e passageiro da conta coletiva Banco Safra Bahamas Limited, administrada pelo Banco Safra de Investimentos S/A). De



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

posse das ações, o Credit Lyonnais Uruguay compra e vende opções de venda sobre esses ativos-objeto tendo como contraparte sempre o Banco Safra S/A, em negócios diretos (N.D) na Bovespa. Em todos os negócios realizados entre as partes, o C.L. Uruguay aparece como aplicador e o Banco Safra S/A como financiado.

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. 98/107.

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; artigo 1º da Lei n.º 8.849/94; e artigos 78 ao 82 da Lei n.º 8.981/95.

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68

Acórdão nº. : 104-18.230

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.

§ 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:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68

Acórdão nº. : 104-18.230

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 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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;

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:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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 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 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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 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 furta-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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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.

Ora, a própria 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 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 pode prosperar a interpretação sistemática utilizada pela autoridade julgadora singular, no sentido de utilizar a Resolução CMN de nº 2.034, 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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.

Resta, ainda, a discussão sobre as operações iniciadas em 1994 e encerradas em janeiro de 1995, que foram autuadas, da mesma forma, ou seja, como que fossem operações conjugadas.

É bom que se esclareça, que as operações foram efetuadas através de negócios diretos entre as partes, ou seja, entre o titular e o lançador das opções, em recito bursátil, qual seja Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA, sujeitos, sempre, à possibilidade de interferência de terceiros.

Verifica-se no processo, às fls. 94/95, que as operações encerradas em janeiro de 1995, haviam se iniciado em 1994, razão pela qual é oportuno, nesta ocasião, citar que com o fim de regulamentar a inovação legal trazida pelo § 4º, a, do art. 65 da Lei nº



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

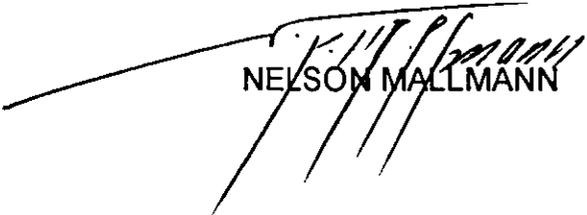
Processo nº. : 16327.003010/99-68
Acórdão nº. : 104-18.230

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.

À vista do exposto e por ser de justiça meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões – DF, em 22 de agosto de 2001



NELSON MALLMANN