



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.720345/2016-14
ACÓRDÃO	3302-015.444 – 3ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	10 de dezembro de 2025
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	ITAÚ UNIBANCO S/A E BANCO JP MORGAN FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF

Período de apuração: 01/12/2011 a 29/02/2012

IOF – CÂMBIO. ALÍQUOTA. RENDIMENTOS PREDETERMINADOS.

Os ingressos de recursos do exterior para compra de ações que posteriormente são objeto de contratos de aluguel e em seguida vendidas pelo tomador para obtenção de valores a serem investidos em títulos de renda fixa devem ser caracterizados como operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados, sujeitando a entrada das divisas estrangeiras à alíquota de 6%, como determina o art. 15-A, inciso XIII, do Decreto nº 6.306/2007.

OPERAÇÕES CONJUGADAS. RENDIMENTOS PREDETERMINADOS.

Nos termos do art. 65, § 4º, “a”, da Lei nº 8.981/95, operações conjugadas realizadas nas bolsas de valores permitem a obtenção de rendimentos predeterminados.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO.

O art. 79 da Lei nº 8.981/95, localizado na Seção VI do referido diploma legal, a qual trata da tributação das operações financeiras realizadas por residentes ou domiciliados no exterior, determina que 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 pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do Auto de Infração, vencidas as conselheiras Francisca das Chagas Lemos e Marina Righi Rodrigues Lara; e, no mérito, por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para excluir da base de cálculo do IOF/Câmbio o montante de R\$3.518.390.908,78 e dar provimento ao Recurso de Ofício, vencidas as conselheiras Francisca das Chagas Lemos, Marina Righi Rodrigues Lara e Louise Lerina Fialho, que davam provimento integral ao Recurso Voluntário e negavam provimento ao Recurso de Ofício, e vencido o conselheiro Dionísio Carvallhedo Barbosa que negava provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Lázaro Antônio Souza Soares – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Mário Sergio Martinez Piccini, Marina Righi Rodrigues Lara, Dionísio Carvallhedo Barbosa (substituto integral), Francisca das Chagas Lemos, Louise Lerina Fialho e Lázaro Antônio Souza Soares (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de exigência fiscal relativa ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF formalizada no auto de infração de e-fls. 296/302, lavrado contra o Banco Itaú Unibanco S/A (CNPJ nº 60.701.190/0001-04), na qualidade de responsável por substituição, e contra o Banco JP Morgan S/A (CNPJ nº 33.172.537/0001-98), nas condições de responsável supletivo e de responsável solidário.

O procedimento fiscal, voltado sobre fatos geradores do IOF-Câmbio ocorridos entre 01/12/2011 e 29/02/2012, constituiu crédito tributário no montante de R\$605.755.366,36, incluídos principal, multa de ofício na proporção de 75% e juros de mora.

Os motivos do lançamento estão detalhados no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 332/372, nos seguintes termos, em síntese:

4. A Comissão de Valores Mobiliários, por meio do OFÍCIO/CVM/SGE/Nº 43/2012, de 08 de agosto de 2012, comunicou à Receita Federal as conclusões da análise efetuada no Processo CVM Nº SP2012-123, bem como sua documentação de suporte.

DOS FATOS

5. Do Relatório de Análise da Gerência de Acompanhamento de Mercados-GMA-2/Nº5/2012, que é parte integrante do Processo CVM Nº SP2012-123, tem-se que:

i) A origem do procedimento interno na autarquia foi motivada pela elevada exposição de dois comitentes no mercado de empréstimo de títulos e valores mobiliários no âmbito da BMF/Bovespa (BTC) e no mercado futuro de Índice Bovespa — segmento BMF nos dois primeiros meses de 2012, sendo ambas partes relacionadas.

ii) O comitente JP Morgan Whitefriars INC é investidor não residente, tendo como único cotista o JP Morgan Chase Bank Nacional Association, que por sua vez é filial do JP Morgan Chase Bank, com sede em Nova York (EUA).

iii) O Atacama Multimercado — Fundo de Investimento tem como cotista único o Banco JP Morgan S/A.

iv) O Atacama Multimercado — Fundo de Investimento foi o principal tomador de ações da posição doada pelo JP Morgan Whitefriars INC (90,96% do volume total, ou seja, R\$ 4.825.723.404,00), que guarda significativa correlação com a carteira teórica do Índice Bovespa.

(...)

vii) Atacama Multimercado — Fundo de Investimento aplicou os recursos da venda dos ativos tomados no BTC em operações de Renda Fixa, por meio da compra de títulos públicos federais.

viii) A consolidação da carteira detida pelo JP Morgan Whitefriars INC em conjunto com a posição vendida de Ibovespa Futuro, configura operação sintética de rendimento predeterminado, bem como as operações compradas em dólar futuro travam o risco cambial advindos do ingresso de recursos em moeda estrangeira no país.

ix) A consolidação da posição detida pelo Atacama Multimercado — Fundo de Investimento, composta de venda de uma carteira obtida por empréstimo, com a aplicação do resultado da venda em títulos de renda fixa e compra de contratos futuros de Índice Bovespa seria uma operação com resultado aparentemente pouco expressivo, levando-se em conta os custos envolvidos na montagem.

x) A estratégia do investidor estrangeiro JP Morgan Whitefriars INC resultou em rendimentos predeterminados, incorrendo o mesmo no tratamento fiscal vantajoso, previsto pela legislação de IOF-Câmbio em vigor à época dos fatos, para aplicações em renda variável, comparado com aplicações de renda fixa de investidor estrangeiro.

6. Após referir que *"As posições mantidas por cada um deles, individualmente, não tem características irregulares. Mas, quando analisadas conjuntamente, permitem suspeitar que tenham sido abertas para contornar aspectos fiscais"*, conclui o Processo CVM N° SP2012-123 que a estratégia do investidor estrangeiro JP Morgan Whitefriars INC, mediante estruturação da operação com o Atacama Multimercado — Fundo de Investimento, comitente do mesmo grupo econômico, resultou em rendimentos predeterminados, o que apontaria para a ocorrência de

tratamento fiscal mais vantajoso, previsto pela legislação em vigor para aplicações em operações de renda variável, comparado a aplicações em renda fixa de investidor estrangeiro.

7. Tendo a CVM concluído inequivocamente acerca de questões afeitas a sua competência, encaminhou os elementos para a RFB, para que fosse avaliado se a montagem da operação estruturada resultou em benefício fiscal indevido em função da incorreta classificação da mesma e a consequente utilização de alíquota reduzida de IOF-Câmbio.

(...)

9. Ademais, é preciso explicitar quais os casos que a legislação considera como de rendimentos predeterminados e que estes se enquadram no conceito tributário de renda fixa, ainda que obtidos através de operações no mercado de renda variável.

10. O § 4º do artigo 65 da Lei 8.981, de 1995, abaixo transcrito, dispõe sobre tributação de operações financeiras no 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 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;

11. Já o BTC é um serviço de aluguel de títulos que atende tanto aos que querem emprestar (doadores), quanto aos que querem tomar emprestado (tomadores) um ativo financeiro mediante aporte de garantias. A BMF/Bovespa atua como contraparte, garante as operações e retém na fonte o IR devido.

(...)

Dos procedimentos adotados dentro da RFB

15. Foram abertos três procedimentos fiscais específicos para tratar das informações contidas no OFÍCIO/CVM/SGE/Nº 43/2012. Uma diligência (MPF: 0816600201400059) e uma fiscalização (MPF: 0816600201500092) no Itaú Unibanco S.A. (CNPJ: 60.701.190/0001-04), representante legal do investidor estrangeiro JP Morgan Whitefriars INC (CNPJ: 07.748.334/0001-97); e uma diligência (MPF: 0816600201500130), vinculada à fiscalização acima, na Intrag DTVM LTDA (CNPJ: 62.418.140/0001-31), empresa administradora do Atacama Multimercado — Fundo de Investimento (CNPJ: 04.885.503/0001-42) e controlada pelo Itaú Unibanco S.A.

(...)

DA ANÁLISE DOS FATOS PELA FISCALIZAÇÃO

18. A análise técnica da CVM concluiu inequivocamente que, ao final das operações, o JP Morgan Whitefriars INC obteve rendimento predeterminado, seja por operações conjugadas no mercado de renda variável, seja pelos rendimentos de carteira de ativos alugada via BTC, para o Atacama Multimercado FI, cujo rendimento principal vem de títulos públicos de renda fixa, adquiridos com o volume financeiro originado da venda da posição tomada em aluguel.

19. No que tange apenas a aspectos de mercado, isoladamente, as operações dos entes, como a própria CVM atesta, não apresentam, em princípio, qualquer irregularidade. A dúvida é levantada quando as operações de mercado abertas de dois entes do mesmo grupo empresarial são analisadas em conjunto e também sob a ótica tributária.

20 Entretanto, sob o prisma tributário, o JP Morgan Whitefriars INC, por si só, a partir do momento que ingressa divisas no país para montagem de uma operação conjugada com instrumentos de renda variável de rendimento predeterminado, com o enquadramento legal incorreto em função do Regulamento de IOF, está cometendo uma infração.

21 Apesar de o representante legal do JP Morgan Whitefriars INC ter mencionado o contrário, os contratos de câmbio de entrada de dezembro de 2011 a fevereiro de 2012 fazem referência clara à sua destinação. Há distinção quando o câmbio é para ajustes diários das posições abertas em futuros ou para liquidação de posições comparadas em ações. Entretanto, para fins tributários de enquadramento da alíquota de IOF, tal distinção é indiferente, pois todos os câmbios de entrada em comento serviram para montar ou manter a operação conjugada de rendimento predeterminado.

22. Segue abaixo a compilação dos câmbios de entrada liquidados de 01/12/11 até 29/02/12, totalizando R\$ 4.622.715.484,25, separados pela referência constante dos contratos:

i) Liquidação de compra de ações: R\$ 2.601.544.310,28

ii) Ajustes diários em mercado de derivativos: R\$ 2.021.171.173,97

23. Dos R\$ 4.622.715.484,25 que ingressaram no país, R\$ 2.098.548.407,74, ou seja, 45%, referem-se a contratos liquidados em dezembro de 2011.

24. A instituição autorizada a operar no mercado de câmbio que figura em todos os contratos de entrada de divisas é o Banco JP Morgan, CNPJ: 33.172.537/0001-98.

(...)

27. Evidencia-se que o JP Morgan Whitefriars INC, além da renda fixa obtida pela operação supracitada, tem a mesma acrescida pelo rendimento de ativos doados via BTC para o Atacama Multimercado FI.

28. Em resumo, a operação do JP Morgan Whitefriars INC, ainda que isoladamente, já apresenta características de renda fixa sob dois ângulos que seja observada.

29. No caso do Atacama Multimercado FI, a venda da posição tomada via BTC para aquisição de títulos públicos, por si só, não indica irregularidade. A grande questão surge quando analisamos a origem do recurso, a cronologia das operações e a factibilidade das mesmas, se não houvesse dois entes do mesmo grupo atuando em pontas opostas.

(...)

36. Com relação à evolução de operações de renda fixa na carteira do Atacama Multimercado FI, segue o demonstrativo:

- i) 30/11/11: R\$ 7.663.082.478,32
- ii) 30/12/11: R\$ 8.613.589.949,05
- iii) 31/01/12: R\$ 9.824.352.422,96
- iv) 29/02/12: R\$ 8.880.469.873,63 37.

Há de se registrar que, em fevereiro de 2012, houve vendas líquidas de títulos no montante de R\$ 1.126.649.339,73 38. Com relação à posição tomadora do Atacama Multimercado FI no BTC, segue o demonstrativo:

- i) 30/11/11: R\$ 4.931.321.082,54
- ii) 30/12/11: R\$ 6.030.230.427,58
- iii) 31/01/12: R\$ 6.412.943.905,97
- iv) 29/02/12: R\$ 6.498.505.553,64

39. Resta evidente a correlação entre o aumento da posição em títulos públicos e da posição tomadora no mercado de BTC do Atacama Multimercado FI, bem como entre ambas e a entrada de recursos do JP Morgan Whitefriars INC no país e o aumento de sua posição doadora de títulos no BTC.

(...)

Das conclusões

41. Baseado nos indícios apresentados pela CVM, bem como nas informações prestadas pelo Itaú e pela Intrag, além das consultadas na área de fundos do site da CVM, pode-se concluir que o JP Morgan Whitefriars INC obteve rendimento predeterminado, ou seja, de renda fixa, sobre os ingressos de recursos no país de dezembro de 2011 até fevereiro de 2012, período de análise da fiscalização, devendo os mesmos ser tributados pelo IOF-Câmbio como tal, o que não ocorreu.

42. Tal operação ainda foi mascarada pelo planejamento tributário por meio de negócio jurídico indireto intragrupo (JP Morgan Whitefriars INC/Banco JP Morgan), cujo desfecho era a aquisição de títulos públicos atrelados à variação da Selic pelo Banco JP Morgan, por meio do Atacama Multimercado FI.

(...)

Das alíquotas de IOF-Câmbio para investimentos e sua evolução até 2012

59. Segue a evolução das alíquotas de IOF-Câmbio de 2008 até 2013 para investimentos estrangeiros em renda variável em mercados regulados e para investimentos estrangeiros em mercados de capitais em geral, em especial títulos públicos.

i) Decreto nº 6.339, de 03/01/2008 — Cria um inciso específico, com alíquota zero.

Art. 15.

(...)

VI - nas operações de câmbio, realizadas por investidor estrangeiro, para aplicações nos mercados financeiros e de capitais na forma regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional: zero;

ii) Decreto nº 6.391, de 12/03/2008 — Estabelece um tratamento mais vantajoso para operações em renda variável, em ambiente de bolsa, excetuadas operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados, e aumenta a alíquota para as demais operações, incluindo operações de compra de títulos públicos, para 1,5%

Art. 15.

(...)

*IX- nas operações de câmbio, liquidadas a partir de 17 de março de 2008, relativas a transferências do e para o exterior de recursos para aplicação no País, por investidor estrangeiro, em renda variável realizada em bolsa de valores ou em bolsa de mercadorias e futuros, na forma regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional - CMN, **excetuadas operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados**: zero;*

X- nas liquidações de operações de câmbio para ingresso de recursos no País, realizadas por investidor estrangeiro, a partir de 17 de março de 2008, para aplicação no mercado financeiro e de capitais, excetuadas as operações de que tratam os incisos IX e XIII: um inteiro e cinco décimos por cento;

(...)

Quadro resumo:

OPERAÇÃO	Decreto nº 6.306, de 14/12/2007	Decreto nº 6.339, de 03/01/2008	Decreto nº 6.391, de 12/03/2008	Decreto nº 6.983, de 19/10/2009	Decreto nº 7.323, de 04/10/2010	Decreto nº 7.330, de 18/10/2010	Decreto nº 7.632, de 01/12/2011	Decreto nº 8.023, de 04/06/2013
Investidor estrangeiro - aplicação no País em renda variável realizada em bolsa de valores ou em bolsa de mercadorias e futuros, na forma regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional - CMN	0%	0%	0%	0%	2%	2%	0%	0%
Investidor estrangeiro - operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados	0%	0%	1,5%	2%	4%	6%	6%	0%
Investidor estrangeiro - aplicação no mercado financeiro e de capitais	0%	0%	1,5%	2%	4%	6%	6%	0%

(...)

Do caso concreto: operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados JP Morgan Whitefriars INC

65. Conforme já demonstrado, o Itaú, representante legal do JP Morgan Whitefriars INC, informou que, para as operações de câmbio de entrada informadas, entre 1º de dezembro de 2011 até o final de fevereiro de 2012, período em que vigia do Decreto nº 7.632, de 01/12/2011, não houve recolhimento de IOF.

66. O Fisco, em sua análise, considerou que houve o indevido enquadramento na alíquota de IOF-Câmbio no caso em tela, tendo em vista que a operação deveria ser enquadrada como "operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados", cuja alíquota em vigor à época era de 6% (seis por cento).

(...)

DOS SUJEITOS PASSIVOS DO IOF-CÂMBIO

(...)

83. De acordo com a Lei nº 8.894, de 1994:

Art. 6º São contribuintes do IOF incidente sobre operações de câmbio os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente.

Parágrafo único. As instituições autorizadas a operar em câmbio são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto.

(...)

Do contribuinte domiciliado no exterior e seu representante legal

85. Segundo a legislação acima referida "são contribuintes do IOF incidente sobre operações de câmbio os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na

operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente" (art. 6º da Lei nº 8.894/94).

86. Em se tratando de contribuinte investidor estrangeiro, como é o caso objeto de fiscalização, a indicação de representante legal no país é imprescindível, considerando-se as normas reguladoras dos investimentos estrangeiros, especialmente a Resolução nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000, do Conselho Monetário Nacional — CMN, que dispõe sobre aplicações de Investidor não residente nos mercados financeiro e de capitais:

Art. 3º Previamente ao início de suas operações, o investidor não residente deve:

I - constituir um ou mais representantes no País;

II - preencher formulário, cujo modelo constitui o Anexo a esta Resolução;

III - obter registro junto à Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo 1º O representante de que trata o inciso I deste artigo não se confunde, necessariamente, com aquele exigido pela legislação tributária.

87. As principais características da referida Resolução, em vigor desde 31 de março de 2000, são as seguintes:

- i) Os investidores não residentes podem investir nos mesmos produtos disponíveis para os aplicadores locais;
 - ii) Podem aplicar, também, em fundos de investimento regulamentados pela CVM, sendo livre o trânsito de investimentos em renda variável para renda fixa e vice-versa, respeitadas as diferenças de tratamento tributário;
 - iii) Podem investir no Brasil investidores institucionais e individuais;
 - iv) O investidor não residente precisa nomear um representante, que ficará responsável pela prestação de informações e registros junto ao Banco Central e à CVM;
- (...)

Da substituição tributária

88. Para fins tributários, aplica-se ao presente caso a regra do art. 79 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995:

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.

(...)

95. A partir do momento em que a lei geral designa o representante legal como responsável tributário "pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado" (art. 79 da Lei nº 8.981/95), e a lei específica designa como "contribuinte" do IOF-Câmbio aquele que compra ou vende a moeda estrangeira nas operações de transferências financeiras (art. 6º da Lei nº 8.894/94), fica claro que é o representante legal que assume esse papel e com ele deve ser estabelecida a relação jurídico-tributária.

96. Assim, cabe afirmar que, em se tratando de contribuinte residente e domiciliado no exterior, o representante legal escolhido para atuar no país substitui aquele para todos os fins no tocante às obrigações tributárias. Trata-se, aqui, de responsabilidade por substituição, em que o contribuinte não integra o polo passivo da relação jurídico-tributária, mas apenas o responsável tributário que o substitui.

97. Os elementos constantes do processo são suficientes para demonstrar quem é o representante legal do investidor estrangeiro.

98. No caso concreto, o Itaú é o representante legal e tributário do investidor estrangeiro e consoante a legislação supramencionada, quem assume o lugar de contribuinte investidor estrangeiro no caso do IOF-Câmbio.

Da responsabilidade subsidiária ou supletiva

99. De outro lado tem-se a responsabilidade da instituição que realiza a operação de câmbio. Aqui se trata de hipótese distinta da substituição acima referida. Trata-se da responsabilidade prevista na legislação que define a incidência do IOF-Câmbio (Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994):

Art. 6º (...)

Parágrafo único. As instituições autorizadas a operar em câmbio são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto.

Art. 7º Poder Executivo regulamentará o disposto nesta lei. [destacou-se]

100. O Decreto nº 6.306, de 2007, atual Regulamento do IOF, determina:

Art. 1º O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF será cobrado de conformidade com o disposto neste Decreto.

(...)

Dos Responsáveis

Art. 13. São responsáveis pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional as instituições autorizadas a operar em câmbio (Lei nº8.894, de 1994, art. 6º, parágrafo único).

101. Trata-se de outra relação jurídico-tributária, distinta daquela entre o investidor estrangeiro e seu representante legal. Em outras palavras, a responsabilidade da instituição financeira que realiza a operação de câmbio geradora do fato imponible não se confunde com a responsabilidade do representante do investidor estrangeiro no país, ainda que aquele também seja uma instituição financeira.

(...)

103. No caso do IOF, considerando-se que o legislador prevê a definição de contribuinte e de responsável, sem excluir aquele, a jurisprudência judicial e administrativa é amplamente favorável no sentido de se considerar a responsabilidade supletiva de instituição financeira, mantendo a dupla de sujeitos passivos.

104. No caso concreto, o Banco JP Morgan é a instituição financeira que realizou a operação de câmbio, logo, é o responsável pela cobrança e recolhimento do IOF, nos termos do art. 13 do Decreto nº 6.306, de 2007.

Da jurisprudência sobre a responsabilidade subsidiária

105. Nesse sentido, transcreve-se a íntegra de decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em que, analisando caso semelhante, relacionado ao IOF-Câmbio, concluiu pela manutenção no polo passivo, na qualidade de contribuinte, daquele que efetuou o fato gerador, ao lado da instituição financeira responsável pela realização da operação de câmbio, mas que não reteve nem recolheu o IOF-Câmbio devido.

(...)

106. No mesmo sentido, cabe citar decisão do antigo Conselho de Contribuintes, contida no Acórdão nº 203-11.344, de 21/09/2006, a qual foi mantida em última instância através do Acórdão CSRF nº 9303.002357, de 13/08/2013, bem como transcrever, por oportuno, a íntegra do voto vencedor que manteve a autuação perante o contribuinte, considerando se tratar de caso de responsabilidade subsidiária, em que o lançamento poderia ser feito contra a instituição financeira (responsável pela retenção e recolhimento da contribuição) ou contra o cliente eleito pela lei como contribuinte do tributo.

(...)

107. No mesmo sentido, a 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro, através do Acórdão nº 12-14032 de 27 de abril de 2007, decidiu:

(...)

Da responsabilidade solidária

108. Ainda quanto ao Banco JP Morgan, cabe destacar que sua atuação como instituição financeira responsável pelo câmbio, além de caracterizar sua responsabilidade tributária subsidiária ou supletiva, ainda caracteriza, no caso analisado, sua responsabilidade solidária.

109. Além de ser considerado responsável subsidiário pelas razões expostas anteriormente, é considerado também responsável solidário, tendo em vista a relação intrínseca entre o Banco JP Morgan e JP Morgan WhiteFriars INC, quem, embora não integre a relação jurídico-tributária ora constituída, em face do disposto na legislação, se constitui, em tese, na figura material do contribuinte. O relacionamento desses entes na situação descrita no presente termo e auto de infração, indubitavelmente, caracteriza o interesse comum exigido pelo legislador (art. 124, inciso I, do CTN), para fins de responsabilização solidária.

(...)

115. No presente caso, a "atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible", necessária para caracterizar a responsabilidade solidária, como sustenta o STJ, é verificada pelo planejamento tributário descrito anteriormente, em que se demonstra que existiu uma clara correlação entre a data da alteração do decreto do IOF, o volume de entrada de capitais via JP Morgan WhiteFriars INC, as operações opostas no BTC e o aumento da posição em títulos no Atacama Multimercado FI, cujo único cotista, naquele momento, era o próprio Banco JP Morgan.

116. O fato gerador do IOF-Câmbio se constitui, no presente caso, na liquidação da operação de câmbio realizada na entrada de moeda estrangeira no país, a qual, como já demonstrado anteriormente, pretendeu um objetivo específico distinto daquele inicialmente declarado.

(...)

RESUMO DO LANÇAMENTO

FATOS GERADORES: dias 1º de dezembro de 2011 até 29 de fevereiro de 2012

BASE DE CÁLCULO: R\$ 4.622.715.484,25

ALÍQUOTA: 6% (seis por cento)

OBJETO DO LANÇAMENTO: A diferença de alíquota de IOF câmbio de zero para 6% (seis por cento) em função do enquadramento indevido da operação como alíquota zero CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO: JP Morgan WhiteFriars INC (investidor estrangeiro)

RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO POR SUBSTITUIÇÃO: ITAÚ UNIBANCO SA, na qualidade de representante legal do investidor estrangeiro

Fundamento legal: Lei nº 8.981, de 1995, art. 79

RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO SUBSIDIÁRIO: BANCO JP MORGAN (instituição financeira que realizou a operação de câmbio)

Fundamento legal: Lei nº 8.894, de 1994, art. 6º, parágrafo único

RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO: BANCO JP MORGAN Fundamento legal: CTN, art. 124, inciso I

Os sujeitos passivos Banco JP Morgan S/A e Itaú Unibanco S/A foram cientificados em 25/05/2016. As duas pessoas jurídicas vieram aos autos em 24/06/2016 apresentar as suas impugnações, juntadas respectivamente às fls. 487/582 e 428/455.

A 14ª Turma da DRJ - Ribeirão Preto (DRJ-RPO), em sessão datada de 07/08/2017, por unanimidade de votos, julgou (i) improcedente a Impugnação apresentada pelo Banco JP Morgan S/A e (ii) procedente em parte a Impugnação apresentada por Itaú Unibanco S/A para excluir essa instituição financeira do polo de sujeição passiva. Da decisão referente ao contribuinte Itaú Unibanco S/A, a DRJ-RPO recorreu de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Foi exarado o Acórdão nº 14-69.472, às fls. 54192/ss, com a seguinte Ementa:

LANÇAMENTO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

Não é nulo o auto de infração lavrado por auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, autoridade competente para a formalização do crédito tributário e atado a Termo de Verificação que contém descrição detalhada da motivação fática e jurídica para o lançamento.

IOF-CÂMBIO. ENTRADA DE RECURSOS. INVESTIDOR ESTRANGEIRO. RENDA VARIÁVEL. ALÍQUOTA ZERO. EXCEÇÃO. OPERAÇÕES COM DERIVATIVOS. RENDIMENTOS PREDETERMINADOS. ALUGUEL DE AÇÕES. TÍTULOS PÚBLICOS.

As operações de câmbio contratadas por investidor estrangeiro, relativas a transferências do exterior de recursos para aplicação no País em renda variável beneficiam-se da incidência do IOF à alíquota zero, exceção feita às operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados. Verificado o concerto de operações com contratos derivativos que resultaram, ao investidor estrangeiro que promoveu o ingresso de recursos, rendimentos predeterminados decorrentes de aluguel de ações e de aplicações em títulos públicos exige-se o tributo à alíquota de 6%.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AUTORIZADA A OPERAR EM CÂMBIO.

É objetiva a responsabilidade tributária da instituição financeira autorizada a operar em câmbio em relação ao IOF incidente na liquidação do contrato de conversão de moeda, independentemente de qualquer condição.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUIU O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, situação que se verifica entre integrantes do mesmo grupo econômico envolvidos na conversão de moeda para ingressos de recursos destinados a operações com derivativos, situação que configura o fato gerador do IOF-Câmbio.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. REPRESENTANTE LEGAL DE INVESTIDOR ESTRANGEIRO. IOF-CÂMBIO. ART. 79 DA LEI Nº 8.981, DE 1995. ALCANCE.

A atribuição de responsabilidade tributária ao representante legal do investidor estrangeiro prevista no art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, não se aplica ao IOF-Câmbio cuja responsabilidade pelo recolhimento recai sobre a instituição financeira autorizada a operação em câmbio.

O contribuinte ITAÚ UNIBANCO S/A, tendo tomado ciência do Acórdão da DRJ-RPO em 21/08/2017 (conforme TERMO DE CIÊNCIA POR ABERTURA DE MENSAGEM, à fl. 54333), não apresentou Recurso Voluntário contra o Recurso de Ofício; o contribuinte BANCO JP MORGAN S/A, tendo tomado ciência do Acórdão da DRJ-RPO em 23/08/2017 (conforme Aviso de Recebimento - AR, à fl. 54335), apresentou Recurso Voluntário em 20/09/2017, juntado às fls. 54341/ss, cujos argumentos serão analisados ao longo do voto.

Em 28/12/2017, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo e Razões ao Recurso de Ofício, às fls. 54625/ss.

A Turma 3402 deste Conselho, em sessão datada de 30/01/2020, exarou a Resolução nº 3402-002.424, para converter o julgamento do recurso em diligência, nos seguintes termos:

A Recorrente alega que seus clientes utilizaram os recursos que ingressaram no País em aplicações de renda variável em operações bursáteis, com aquisições de ações e ajustes no mercado futuro, estando sujeitos ao IOF à alíquota zero. Tratava-se de operações múltiplas, com recursos que ingressaram no País em datas diversas, para aquisições de ações e pagamentos de ajustes negativos no mercado futuro. A Recorrente sustenta suas alegações em dois principais pontos:

I. Dos R\$4,6 bilhões ingressados no País, apenas R\$2,6 bilhões foram utilizados para aquisições de ações; aproximadamente R\$ 2 bilhões foram utilizados para pagar ajustes diários negativos de outras operações realizadas no mercado de capitais no Brasil. Dessa forma, tal parcela não poderia fazer parte do montante que gerou os rendimentos predeterminados, conforme alegação fiscal, por não se referir às aquisições de ações que posteriormente foram objeto das demais operações (aluguel e venda das ações e aquisição de títulos públicos).

II. As operações realizadas por WHITEFRIARS e ATACAMA de aluguel de ações e aquisições de títulos públicos resultaram em perdas, quando analisadas em conjunto, não resultado em rendimentos predeterminados, conforme acusação fiscal.

(...)

O julgador a quo afastou a alegação da então Impugnante, entendendo que as operações em estudo atraem a exceção prevista no inciso XIII, do art. 15-A do Decreto nº 6.306, de 2007, por se traduzirem em operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados.

Entretanto, alguns fatos merecem ser esclarecidos para fins de configuração da operação como sendo aquelas previstas no referido dispositivo regulamentar, ou seja, se tais operações foram estruturadas visando rendimentos predeterminados, ou se as mesmas são operações independentes próprias do mercado de capitais.

Quanto à alegação de que o valor de aproximadamente R\$2 bilhões foram utilizados no pagamento de margens negativas em mercados futuros na antiga BM&F, entendo que é necessário a apresentação de demonstrativos adicionais, para podemos enquadrar tais operações como uma operação estruturada que proporcionou rendimento predeterminado, ou para configurarmos como operações independentes: (i) demonstrativo vinculando tais ajustes de margens aos contratos futuros correspondentes, identificando as operações realizadas posteriormente à entrada dos recursos e às ações adquiridas, de forma a confirmar ou afastar a acusação fiscal de que a operação (aquisição de ações e pagamento de margens no mercado futuro) seria uma grande operação estruturada visando a obtenção de rendimentos predeterminados; (ii) demonstrativo considerando tanto o pagamento quanto o recebimento de margens diárias, com o detalhamento da destinação dos recursos recebidos de margem e sua comprovação na aplicação no País em renda variável realizada em bolsa de valores ou em bolsa de mercadorias e futuros, visto que o montante que ingressou no País que a recorrente afirma ter aplicado em ajustes diários de margem, não considerou os ajustes positivos recebidos que totalizaram aproximadamente R\$1,1 bilhão. Relaciono, na tabela abaixo, as margens vinculadas às operações em questão, extraído das planilhas apresentadas pela então impugnante:

(...)

Quanto à alegação de que as aquisições de ações, seguidas de aluguel ao Fundo ATACAMA e a aquisição de títulos públicos, não seriam operações estruturadas de forma conjunta, e que não existiriam rendimentos predeterminados, entendo que alguns esclarecimentos são devidos e outros demonstrativos são imprescindíveis para o deslinde da questão: (i) demonstrativo diário, com a correlação entre os ingressos dos recursos, compra de ações, o aluguel das ações e posterior venda, e as aquisições de títulos públicos; (ii) demonstrativo com o detalhamento dos títulos públicos adquiridos posteriormente à primeira operação de aluguel de ações e sua venda, excluindo os títulos anteriores já em carteira, com a indicação dos rendimentos predeterminados de cada título, e o rendimento médio da carteira com tais exclusões; (iii) complementar o Laudo Técnico com a informação dos valores totais obtidos com a carteira de títulos públicos adquiridas pelo Fundo

Atacama posterior à primeira operação de aluguel de ações e sua venda, com os ajustes referidos no item (ii) supra, e o valor da remuneração paga pelo Fundo ATACAMA ao WHITEFRIARS pelo aluguel de ações, até a extinção da operação (venda de toda a posição comprada no período e devolução das ações alugadas); complementar o Laudo Técnico com o demonstrativo do ganho/perda de toda a operação realizada com base nos recursos em questão ingressados no País entre 01/12/2011 e 29/12/2012, considerando os resultados no mercado de ações, no mercado futuro, nos títulos públicos investidos, descontando os custos financeiros de cada operação, até o encerramento da posição investida.

Portanto, torna-se imprescindível a devolução dos autos à unidade de origem, para esclarecer os fatos e adicionar demonstrativos complementares.

Diante disso, converto o julgamento do recurso voluntário em diligência à repartição de origem para que a autoridade preparadora:

(i) intime a Recorrente para apresentar:

(i.a) demonstrativo com a vinculação dos ajustes de margens a cada contrato futuro correspondente, identificando as operações realizadas posteriormente à entrada dos recursos e às ações adquiridas, de forma a confirmar ou afastar a acusação fiscal de que a operação (aquisição de ações e pagamento de margens no mercado futuro) seria uma grande operação estruturada visando a obtenção de rendimentos predeterminados;

(i.b) demonstrativo dos ajustes de margens, considerando tanto o pagamento quanto o recebimento de margens diárias, com o detalhamento da destinação dos recursos recebidos de margem e sua comprovação na aplicação no País em renda variável realizada em bolsa de valores ou em bolsa de mercadorias e futuros;

(i.c) demonstrativo diário, com a correlação entre os ingressos dos recursos, compra de ações, o aluguel das ações e posterior venda, e as aquisições de títulos públicos;

(i.d) demonstrativo analítico dos títulos públicos adquiridos posteriormente à primeira operação de aluguel de ações e sua venda, excluindo os títulos anteriores já em carteira, com a indicação dos rendimentos predeterminados de cada título, e o rendimento médio da carteira com tais exclusões;

(i.e) Laudo Técnico complementar, com a informação dos valores totais obtidos com a carteira de títulos públicos adquiridas pelo Fundo Atacama posterior à primeira operação de aluguel de ações e sua venda, com os ajustes referidos no item (i.d) supra, e o valor da remuneração paga pelo Fundo ATACAMA ao WHITEFRIARS pelo aluguel de ações, até a extinção da operação (venda de toda a posição comprada no período e devolução das ações alugadas);

(i.f) Laudo Técnico complementar, com o demonstrativo do ganho/perda de toda a operação realizada com base nos recursos em questão ingressados no País entre 01/12/2011 e 29/12/2012, considerando os resultados no mercado de ações, no

mercado futuro, nos títulos públicos investidos, descontando os custos financeiros de cada operação, até o encerramento da posição investida, considerando as informações dos demonstrativos solicitados nos itens 1.a, i.b e i.c.

(i.g) outros esclarecimentos e demonstrativos que julgar conveniente para o deslinde da questão;

(ii) analise as informações apresentadas pela Recorrente em resposta à intimação referida nos itens anteriores (i.a a i.g), juntamente com aquelas que já constam dos presentes autos, especialmente os Laudos Técnicos apresentados, de forma a confirmar a natureza dos referidos valores e se sobre eles devem incidir o IOF, apresentando demonstrativo retificador, caso entenda necessário.

A diligência fiscal objeto da Resolução foi finalizada em 15/04/2021, data da lavratura do Relatório Fiscal juntado às fls. 55008/55027. O contribuinte apresentou Manifestação referente às conclusões desta diligência, no prazo determinado, e que foi anexada aos autos às fls. 55043/55062.

Posteriormente, em 20/03/2025, após ser intimada do resultado da diligência, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou suas alegações finais sobre as conclusões apresentadas, conforme documento anexado às fls. 55073/55109.

Sobre essa manifestação da PFN, o contribuinte também apresentou suas alegações, 07/05/2025, conforme documento anexado às fls. 55115/55129.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares, Relator.

I – DO RECURSO VOLUNTÁRIO

I.1 – DA ADMISSIBILIDADE

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, por isso dele tomo conhecimento.

I.2 – DA FUNDAMENTAÇÃO

O Recorrente apresenta seus argumentos nos seguintes termos:

2. Breve resumo do caso

Em linhas gerais, o cerne da controvérsia diz respeito à alíquota de IOF/Câmbio aplicável a investimentos realizados nos mercados financeiros e de capitais.

No período autuado, a legislação relativa ao IOF/Câmbio (art. 15-A, incisos XII e XIII, do Decreto n. 6.306, com redação dada pelo Decreto n. 7.632), adotava, em relação aos investidores estrangeiros qualificados, alíquotas distintas para (i) as operações de câmbio para os ingressos de recursos no mercado de renda variável; e (ii) operações de câmbio para ingresso de recursos nos mercados financeiro e de capitais.

(...)

É justamente essa a matéria que se encontra em discussão no presente processo administrativo, pois a fiscalização alegou – e a DRJ/RPO confirmou – que o JP WHITEFRIARS realizou uma operação sintética, conjugando diversos instrumentos financeiros, com o objetivo de evitar a incidência do IOF/Câmbio à alíquota de 6%.

(...)

Ocorre que as operações em questão não ocorreram da forma narrada pela fiscalização e pelo acórdão da DRJ/RPO, que nitidamente não compreenderam as operações, a forma de atuação e as estratégias de investimento utilizadas pelo JP WHITEFRIARS e ATACAMA, as quais não são vinculadas.

Nesse ponto, deve-se ressaltar a importância do Laudo Técnico elaborado pela EY, que esclarece com detalhes as operações praticadas pelo JP WHITEFRIARS e pelo ATACAMA. Realmente, após profunda análise dos documentos disponibilizados pelas duas partes, que foram confrontados com documentos emitidos por fontes oficiais (CVM, Banco Central, CBLC, BM&F Bovespa, Bloomberg etc.) e por terceiros (ITAÚ), a EY identificou divergências irrefutáveis na descrição fática e no fluxo das operações de investimento apresentadas pela fiscalização no TVF, sendo que tais informações foram ignoradas pela DRJ/RPO no momento de construção da sua argumentação jurídica.

Entre todas as divergências identificadas no Laudo Técnico da EY, é importante destacar dois aspectos específicos, que são suficientes para, independentemente de qualquer outra investigação, cancelar a autuação fiscal.

O primeiro aspecto é que o JP WHITEFRIARS e o ATACAMA obtiveram perdas nas operações indicadas pela fiscalização, o que afasta o argumento de que as operações foram engendradas para a obtenção de rendimentos predeterminados.

O segundo aspecto, por sua vez, reside no fato de que parte significativa dos recursos ingressados no Brasil foi utilizada para a aquisição de ações para proteger as exposições assumidas no mercado internacional com clientes estrangeiros, o que comprova que os fatos não ocorreram na forma narrada pela fiscalização.

(...)

A começar pelo fato de que o valor total de R\$ 4.622.715.485,25, ingressado no Brasil durante o período autuado, foi tratado como investimento realizado em operações estruturadas com o objetivo de obter rendimentos predeterminados.

Nos itens 21 e 22 do TVF, a fiscalização reconhece que o valor de R\$2.021.171.173,97 foi utilizado para o pagamento de ajustes diários no mercado de derivativos. Porém, na prática, a fiscalização tratou os dois valores da mesma forma, exigindo IOF/Câmbio à alíquota de 6%. Por sua vez, a DRJ/RPO afirmou que “como os pagamentos dos ajustes diários são também operações com derivativos, as correspondentes entradas de câmbio destinadas ao pagamento desses ajustes diários estão abrangidas pela exceção à alíquota veiculada no inciso XIII, art. 15-A do Decreto nº 6.306, de 2007, pouco importando se a data de contratação do derivativo seja anterior a 01/12/2011.”

Ocorre que o Laudo Técnico da EY comprova que o valor de R\$ 2.021.171.173,97 foi utilizado para o pagamento de ajustes diários negativos em operações com derivativos, que não podem, em quaisquer circunstâncias, ser confundidos com rendimentos predeterminados. Esse aspecto está devidamente identificado no item 7.2 do Laudo Técnico da EY, que confirma a falta de suporte do entendimento manifestado pela DRJ/RPO.

Ainda em relação à descrição fática, o Laudo Técnico da EY comprova que o TVF narrou de forma equivocada os fatos e as estratégias de investimentos seguidas pelo JP WHITEFRIARS na aquisição das ações no mercado à vista.

Segundo informado na impugnação e confirmado pelo Laudo Técnico da EY, o valor de R\$2.603.599.434,00, investido pelo JP WHITEFRIARS no período da autuação fiscal, estava relacionado a três estratégias distintas: (i) ações adquiridas no mercado à vista para proteger as exposições assumidas no mercado internacional com clientes estrangeiros (aproximadamente 62%); (ii) ações adquiridas no mercado à vista para a manutenção de carteira de ações, cujos riscos foram parcialmente mitigados por meio de posição vendida em contratos futuros de Ibovespa (aproximadamente 38%); (iii) compra de contratos futuros de dólar para proteger o valor investido em ações da variação cambial.

(...)

Essa correta delimitação das estratégias do JP WHITEFRIARS é importante, pois rechaça, pelo menos, duas concepções equivocadas adotadas no trabalho fiscal e repetidas pela decisão da DRJ/RPO.

A primeira concepção equivocada é a de que o JP WHITEFRIARS agiu em conjunto com o ATACAMA com o intuito de obter rendimentos predeterminados em operações sintéticas com instrumentos derivativos. Em relação a esse ponto, o Laudo Técnico da EY comprova que as operações realizadas pelo JP WHITEFRIARS com ações estavam relacionadas a estratégias próprias de investimento, inclusive para a proteção de exposições assumidas no mercado internacional, sem qualquer relação com o ATACAMA.

A segunda concepção equivocada é a de que o JP WHITEFRIARS adquiriu ações e, em seguida, vendeu contratos futuros de IBOVESA, com o objetivo de travar eventuais ganhos ou perdas oriundos da oscilação da cotação das ações. Neste

ponto, o Laudo Técnico da EY mostra que, como parte das ações adquiridas pelo JP WHITEFRIARS visava a proteger exposições assumidas no mercado internacional, uma parte de sua carteira de ações no mercado à vista não estava vinculada a contratos futuros de IBOVESPA.

Ainda em caráter inicial, é importante ressaltar que a decisão da DRJ/RPO ignorou completamente o fato de que parte das ações adquiridas estava relacionada com a proteção de exposições assumidas no mercado internacional, tal como confirmado pelo Laudo Técnico de EY. Esse aspecto, ainda que considerado isoladamente, tem o condão de rechaçar completamente a tese exposta no TVF e na decisão da DRJ/RPO. A Recorrente voltará a esse ponto oportunamente, com mais detalhes.

A fiscalização e a DRJ/RPO também não compreenderam adequadamente as operações praticadas pelo ATACAMA.

De fato, tanto a fiscalização, quanto a DRJ/RPO afirmaram que o ATACAMA alugou as ações do JP WHITEFRIARS, vendeu essas ações e com o resultado dessas alienações adquiriu títulos públicos, com o intuito de obter rendimentos predeterminados.

(...)

Como se pode notar, a fiscalização e a DRJ/RPO alegam que o valor dos recursos ingressados no Brasil pelo JP WHITEFRIARS foi utilizado para a aquisição de ações, que foram posteriormente alugadas via BTC para o ATACAMA, que vendeu essas ações e utilizou o produto dessa venda para adquirir títulos públicos de renda fixa.

Contudo, conforme destacado no item 7.2 do Laudo Técnico da EY, a aquisição de títulos públicos pelo ATACAMA não guardou nenhum vínculo com o aluguel de ações do JP WHITEFRIARS. Com efeito, a investigação da EY revelou que os recursos utilizados para a aquisição de títulos públicos decorrem do recebimento de prêmio de opções lançadas e de ajustes diários positivos na BM&F Bovespa.

A maior prova disso é que o valor investido em títulos públicos pelo ATACAMA totaliza R\$ 971.306.006,00, ao passo que o valor recebido com a venda de ações foi de apenas R\$ 299.841.450,00, o que corrobora a insubsistência da acusação fiscal.

(...)

Como consequência, a compreensão equivocada das operações acabou obrigando o Recorrente a comprovar a inexistência de rendimentos predeterminados, quando, na verdade, a própria fiscalização não mensurou e não comprovou a sua existência, o que foi considerado como “irrelevante” pela decisão recorrida, como será visto adiante.

Ocorre que, como destacado no laudo técnico, a EY concluiu, após ampla análise dos resultados das operações inseridas na autuação fiscal, que, no período de

01.12.2011 a 29.2.2012, o JP WHITEFRIARS apurou uma perda no valor de R\$ 134.451.429,00.

Assim, na realidade, o que ocorreu foi que o JP WHITEFRIARS, na condição de investidor não-residente, ingressou recursos financeiros no País por meio do fechamento de contrato de câmbio com o Recorrente (Banco JP MORGAN), para a realização de investimento no mercado de renda variável.

(...)

No caso concreto, conforme dito acima, o valor de R\$ 2.603.599.434,00, investido pelo JP WHITEFRIARS em ações, pode ser desmembrado em duas estratégias distintas: (i) ações adquiridas no mercado à vista para proteger as exposições assumidas no mercado internacional com clientes estrangeiros (aproximadamente 62%); e (ii) ações adquiridas no mercado à vista de investimento em renda variável, de acordo com prática usual de manutenção de carteira de ações, cujos riscos foram parcialmente mitigados por meio de posição vendida em contratos futuros de Ibovespa (aproximadamente 38%).

A parcela do investimento relativa ao item (ii) está relacionada à necessidade de manter em estoque uma grande quantidade de ações, a fim de conservar o seu funcionamento como uma mesa de ações pronta para proteger os riscos de seus clientes a custos reduzidos, preservando, assim, a sua competitividade no mercado. É por isso que o JP WHITEFRIARS sempre mantém, em caráter mundial, uma carteira de ativos superior a 50 bilhões de dólares em ativos, bem como uma carteira substancial de ações no Brasil, com o objetivo de oferecer a seus clientes diversas oportunidades de investimentos e de mitigação de riscos, a custos atrativos e competitivos no mercado global.

Como visto no relatório, a fiscalização nos contribuintes foi deflagrada em razão do OFÍCIO/CVM/SGE/Nº 43/2012, encaminhado pela CVM em 08/08/2012 (fls. 194/198), nos seguintes termos:

Excelentíssimo Senhor Secretário,

Consoante dispõe o § 2º do art. 9º da Lei Complementar nº 105/01, encaminhamos a V. Exa. cópia integral dos autos do processo em referência, tendo em vista a existência de indícios de ilícito administrativo, para as providências que julgar cabíveis no âmbito dessa autarquia.

Ressaltamos que, nos termos do § 2º do art. 8º da Lei nº 6.385/76 e do § 3º do art. 2º da Lei Complementar nº 105/01, a CVM tem o dever de guardar sigilo das informações obtidas no exercício de seus poderes de fiscalização, cabendo ressaltar o caráter sigiloso que acompanha a documentação ora enviada.

(...)

Das Operações

4. A análise das operações realizadas no BTC apresenta os seguintes destaques:

I – O Atacama foi o principal tomador de ações da posição doada pelo Whitefriars, respondendo por 90,96% do volume total, conforme detalhado no Anexo II;

II - A carteira de ações doada pelo Whitefriars guarda uma significativa correlação com a carteira do Ibovespa, conforme detalhado no Anexo III.

Das operações realizadas na BMF

5. O Whitefriars e o Atacama detinham, respectivamente, a maior posição vendida e a maior posição comprada no mercado futuro de Ibovespa do segmento BM&F (IND), conforme quadro a seguir:

(...)

6. No mercado futuro de dólar do seguimento BM&F (DOL), o Whitefriars apresentou uma posição compradora conforme quadro a seguir:

(...)

7. Finalmente, identificamos, da divulgação que o administrador da carteira fez, que o Atacama aplicou os recursos provenientes da venda da carteira tomada em títulos públicos federais.

Das estratégias

8. A consolidação da carteira detida pelo Whitefriars, em conjunto com a posição detida no IND, configura uma operação sintética com rendimento pré-determinado. Por sua vez, a posição detida no mercado DOL protege o risco cambial da posição, garantindo o rendimento pré-determinado em dólar, moeda do investidor estrangeiro.

9. A consolidação da posição detida pelo Atacama, composta de venda de uma carteira obtida por empréstimo, com a aplicação do resultado dessa venda em títulos do governo brasileiro e com a compra de contratos IND resulta em operação de arbitragem, sem risco de mercado, mas aparentemente sem retornos significativos.

10. Fica a dúvida sobre o objetivo econômico da estratégia do Atacama, que só se justifica se a aplicação no mercado de renda fixa tiver o retorno maior que o agregado dos custos do mercado IND, somado com os custos do empréstimo da carteira e das corretagens e emolumentos referentes às operações realizadas nos mercados à vista e futuro.

Conclusão

11. A estratégia do investidor estrangeiro JPMorgan Whitefriars INC resultou em rendimentos pré-determinados, incorrendo o mesmo, SMJ, no tratamento fiscal vantajoso, previsto pela legislação em vigor para aplicações em operações de renda variável, comparado a aplicações em renda fixa de investidor estrangeiro.

Consta como anexo deste Ofício da CVM um despacho datado de 04/05/2012, anexado à fl. 205, com o seguinte teor:

Sr. Superintendente,

Trata-se de processo iniciado nesta gerência motivado pela elevada exposição que o investidor institucional Atacama Fundo de Investimento Multimercado e o investidor não residente JP Morgan Whitefriars Inc. apresentaram no mercado de empréstimo de títulos e no mercado futuro de Ibovespa - segmento BM&F nos dois primeiros meses de 2012.

Além dessa elevada participação nesses mercados, identificamos que o Atacama FIM é um fundo exclusivo cujo único cotista é o Banco -JP-Morgan S/A, o que sugere uma relação entre as atuações realizadas pelos dois comitentes no mercado brasileiro.

As posições mantidas por cada um deles, individualmente, não tem características irregulares. Mas quando analisadas conjuntamente permitem suspeitar que tenham sido abertas para contornar aspectos fiscais. O Decreto nº 7.632/11 reduziu de 2% para ZERO a alíquota do IOF/Câmbio aplicável a contratos de fechamento de câmbio relacionados a investimentos estrangeiros realizados no mercado financeiro e de capitais. O Decreto também estabeleceu que isso vale para aplicações no país em renda variável realizada em bolsa de valores ou em bolsa de mercadorias e futuros, na forma regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional - CMN, excetuadas operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados. Aparentemente a posição mantida pelo JPMorgan Whitefriars tem características de operações que buscam rendimentos predeterminados, como mostra o Relatório de Análise GMA-2/Nº05/12 – fls. 01 a 10.

Analisando os termos da autuação, conforme relatado a partir do que consta no Termo de Verificação Fiscal, em cotejo com o Ofício da CVM e os argumentos do contribuinte, expostos no Recurso Voluntário e parcialmente transcritos neste voto, é possível concluir, sem dúvidas, que a operação em questão foi realizada com o objetivo de evitar a tributação pela alíquota positiva do IOF, ao classificar a operação como sendo sujeita à alíquota zero.

Vejamos novamente o que diz o texto da norma:

Decreto nº 6.306, de 2007:

Art.15-A. A alíquota do IOF fica reduzida para trinta e oito centésimos por cento, observadas as seguintes exceções: (Incluído pelo Decreto nº 7.412, de 2010)

[...]

XIII - nas liquidações de operações de câmbio contratadas por investidor estrangeiro, a partir de 1º de dezembro de 2011, relativas a transferências do exterior de recursos para aplicação no País em renda variável realizada em bolsa de valores ou em bolsa de mercadorias e futuros, na forma regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional-CMN, **excetuadas operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados: zero**; (Redação dada pelo Decreto nº 7.632, de 2011)

Logo, a exceção acima prevista depende de duas condições: (i) que as transferências do exterior sejam aplicadas em operações com derivativos e (ii) que destas operações resultem rendimentos predeterminados.

No Portal do Investidor, da CVM, encontra-se o conceito de derivativos:

“Derivativos são contratos que derivam a maior parte de seu valor de um ativo subjacente, taxa de referência ou índice. O ativo subjacente pode ser físico (café, ouro, etc.) ou financeiro (ações, taxas de juros, etc.), negociado no mercado à vista ou não (é possível construir um derivativo sobre outro derivativo). Os derivativos podem ser classificados em contratos a termo, contratos futuros, opções de compra e venda, operações de swaps, entre outros, cada qual com suas características.

Os derivativos, em geral, são negociados sob a forma de contratos padronizados, isto é, previamente especificados (quantidade, qualidade, prazo de liquidação e forma de cotação do ativo-objeto sobre os quais se efetuam as negociações), em mercados organizados, com o fim de proporcionar, aos agentes econômicos, oportunidades para a realização de operações que viabilizem a transferência de risco das flutuações de preços de ativos e de variáveis macroeconômicas.” Fonte: CVM. Portal Investidor.

<https://www.investidor.gov.br/menu/menu_investidor/derivativos/derivativos_introduc_ao.html>. Acesso em 15/01/2020

Neste mesmo sítio da internet encontram-se modalidades de negociação com contratos derivativos, em função dos objetivos desejados pelo investidor:

Para que servem os derivativos

Publicado em 03/11/2022

Os investidores negociam contratos derivativos por diferentes motivos. A posição assumida pelo investidor, e que de certa forma caracteriza também o risco a que ele está exposto, se enquadra em um de três objetivos: hedge, especulação e arbitragem.

Hedge

O Hedge é como um seguro de preço. Tem como objetivo proteger o valor de uma posição ativa (carteira de investimentos) ou de uma posição passiva (dívidas) contra possíveis variações futuras de um determinado ativo ou passivo. Uma empresa com dívida em dólar, por exemplo, pode comprar contratos futuros desta moeda, se protegendo contra perdas que poderiam ser causadas por aumento na cotação da moeda. Da mesma forma, um pecuarista pode assumir uma posição vendedora no mercado futuro, garantindo o preço de venda e se protegendo contra queda no preço da arroba do boi gordo.

Em outras palavras, hedge é a operação realizada no mercado derivativo que visa fixar antecipadamente o preço de uma mercadoria ou ativo financeiro de forma a

neutralizar o impacto de mudanças no nível de preços. O agente econômico que busca essa proteção no mercado derivativo é chamado “hedger”.

É importante ressaltar que, ao fazer o hedge para se precaver de uma variação de preços que lhe seja prejudicial, o agente econômico também está renunciando ao ganho extraordinário que poderia auferir, posteriormente, na eventualidade de a mudança nos preços no mercado ser favorável às suas pretensões.

Especulação

Se por um lado o produtor ou investidor se livrou do risco de preço da mercadoria ou do ativo financeiro realizando uma operação de hedge, pelo outro lado alguém assumiu esse risco – esse alguém é o chamado especulador. Ele assume o risco da variação de preços da mercadoria ou ativo financeiro visando realizar lucro, mas arriscando-se, em contrapartida, a apurar prejuízo.

O especulador pode manter posições em aberto de um dia para o outro, por períodos mais ou menos longos, como pode, também, fazer uma aposta direcional de preços ao longo de um mesmo dia, realizando uma compra e uma venda não simultâneas para o mesmo vencimento, na mesma sessão de negociação, executando o chamado day-trade. Ao final daquele dia, seu resultado será a diferença apurada entre preço de venda e preço de compra.

Os investidores interessados em especular devem estar atentos aos riscos, que podem ser potencializados nessa modalidade.

(...)

Arbitragem

Arbitrar significa obter ganhos econômicos da diferença de preços de um mesmo produto negociado em mercados diferentes. O objetivo é aproveitar as discrepâncias momentâneas que eventualmente acontecem no processo de formação de preços de um mesmo ativo ou mercadoria entre mercados diferentes ou diferentes vencimentos.

O arbitrador atua nos mercados realizando, concomitantemente, compra e venda no mercado à vista e nos mercados derivativos, ou ainda posicionando-se em vencimentos futuros diferentes, ou em opções de preços de exercício diferentes, sempre visando aproveitar o diferencial de preços, fazendo a arbitragem entre mercado à vista e derivativos, ou entre diferentes vencimentos futuros (também conhecida por operação de spread), ou, ainda, entre uma série de combinações entre duas ou mais opções do mesmo tipo, com preços de exercício diferentes (igualmente conhecida por spread). Essas combinações visam reduzir riscos e, conseqüentemente, proporcionam ganhos menores.

As estratégias de spread partem do pressuposto de que mercados e contratos são afetados pelas mesmas circunstâncias econômicas. Em consequência, a expectativa é de que os preços das duas (ou mais) posições oscilem em sincronia.

Se, por algum motivo, os preços estiverem desalinhados ou não se moverem em conjunto, poderá surgir uma oportunidade de lucro.

Especulação x Arbitragem

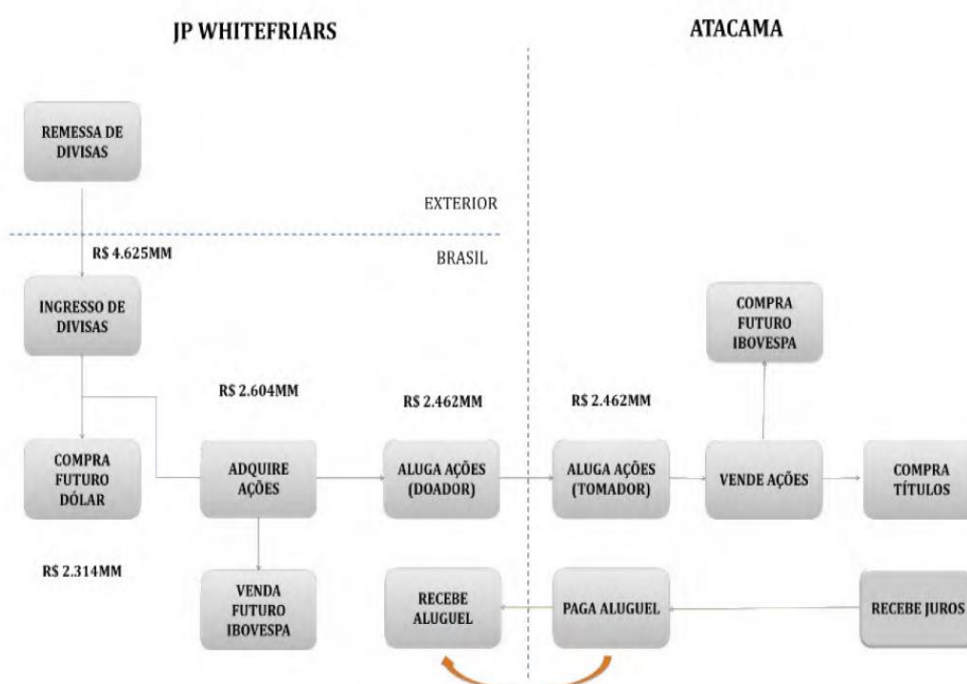
Como a preocupação do especulador é alavancar o seu capital, ele assume riscos relativamente altos, posicionando-se nos mercados derivativos através de apostas direcionais quanto ao comportamento futuro dos preços. Em contrapartida, há uma expectativa de ganhos também expressivos.

Já o arbitrador que busca tirar proveito de variações na diferença de preços entre dois ativos, ou entre duas posições no mesmo mercado derivativo, ou, ainda, entre dois mercados, assume normalmente níveis de risco inferiores aos da especulação, pois suas posições ficam travadas em dois segmentos de mercado.

<<https://www.gov.br/investidor/pt-br/investir/tipos-de-investimentos/derivativos/para-que-servem-os-derivativos>>. Acesso em 09/10/2024

Como se verifica, não há dúvidas de que os contratos de aluguel de ações são caracterizados como contratos derivativos. Também não há dúvidas de que parte dos valores transferidos do exterior para o Brasil foi utilizada para comprar ações em bolsa de valores. Resta saber se esses contratos de derivativos foram utilizados para obter renda fixa.

O Auditor-Fiscal identificou que foram feitas transferências de recursos do exterior para aquisição de carteira de ações que, posteriormente, foram alugadas para o fundo ATACAMA, do qual é sócio cotista. A operação foi assim estruturada:



A Autoridade Fiscal afirma que as operações foram formalmente realizadas em bolsa de valores, em mercado de renda variável, mas que seriam operações estruturadas com o uso de derivativos, de forma que os clientes pudessem receber rendimentos predeterminados. Por essa razão aplicou a alíquota de 6% de IOF. Podemos sintetizar os fatos segundo o entendimento fiscal:

- WHITEFRIARS remete R\$ 4,6 bilhões ao País e adquire ações no mercado de renda variável. Em seguida faz hedge de proteção contra variação do dólar (compra futuro de dólar) e faz hedge de proteção contra variação do valor das ações (vende futuro na bolsa);

- WHITEFRIARS aluga as ações ao ATACAMA. Em seguida ATACAMA vende as ações, faz hedge de proteção contra variação do valor das ações (compra futuro na bolsa) e compra títulos públicos de renda fixa.

- ATACAMA recebe rendimentos predeterminados (juros) em função da aquisição dos títulos públicos e paga rendimentos predeterminados (aluguéis) ao WHITEFRIARS em função da locação das ações.

A operação descrita não apenas pela Fiscalização, mas pelo setor competente da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), foi a seguinte: de acordo com divulgação que o próprio administrador da carteira fez, o Atacama aplicou os recursos provenientes da venda da carteira tomada em títulos públicos federais. A consolidação da carteira detida pelo Whitefriars, em conjunto com a posição detida no IND, configura uma operação sintética com rendimento pré-determinado. Por sua vez, a posição detida no mercado DOL protege o risco cambial da posição, garantindo o rendimento pré-determinado em dólar, moeda do investidor estrangeiro.

Observe-se que a Lei nº 8.981/95, em seu art. 65, § 4º, “a” deixa bastante evidente a possibilidade de realização de operações conjugadas em bolsa de valores para obtenção de rendimentos predeterminados:

CAPÍTULO VI

Da Tributação das Operações Financeiras

SEÇÃO I

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;

O recorrente fez ingressar recursos no país para obter lucros com títulos do governo brasileiro, que pagava, à época, a maior taxa de juros do mundo, tanto real quanto nominal, conforme se verifica de tabela obtida no site do Banco Central do Brasil, em <<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/historicotaxasjuros>>, com acesso em 10/10/2024:

165 ^a	07/03/2012	sem viés	08/03/2012 - 18/04/2012	9,75	n/a	1,07	9,65
164 ^a	18/01/2012	sem viés	19/01/2012 - 07/03/2012	10,50	n/a	1,30	10,40
163 ^a	30/11/2011	sem viés	01/12/2011 - 18/01/2012	11,00	n/a	1,45	10,90
162 ^a	19/10/2011	sem viés	20/10/2011 - 30/11/2011	11,50	n/a	1,21	11,40
161 ^a	31/08/2011	sem viés	01/09/2011 - 19/10/2011	12,00	n/a	1,48	11,90
160 ^a	20/07/2011	sem viés	21/07/2011 - 31/08/2011	12,50	n/a	1,40	12,42
159 ^a	08/06/2011	sem viés	09/06/2011 - 20/07/2011	12,25	n/a	1,33	12,17
158 ^a	20/04/2011	sem viés	21/04/2011 - 08/06/2011	12,00	n/a	1,49	11,92

O investimento em títulos prefixados do governo, por óbvio, caracteriza investimento com rendimento predeterminado. Não há controvérsia nos autos sobre o fato do recorrente ter realizado tais investimentos por meio do fundo ATACAMA.

Os recursos que ingressaram no país foram, de imediato, utilizados para compra de ações em bolsa de valores, as quais foram alugadas ao fundo ATACAMA e posteriormente vendidas, com o resultado dessa venda sendo utilizado na compra dos títulos do governo atrelados à taxa SELIC. Para garantir que o rendimento estaria predeterminado, houve a compra futura de índice de ações pelo fundo ATACAMA, em operação de hedge, para evitar perdas futuras quando do momento do vencimento dos derivativos de aluguel de ações; o JP MORGAN, por sua vez, fez operações de swap para se proteger de variações cambiais, quando fosse retornar para a matriz no exterior os valores investidos no país.

Dessa forma, havia a contratação de proteção contra variações da inflação, por meio de contratos de swap que evitam perdas com variações cambiais, bem como a contratação de proteção contra perdas nos valores dos ativos alugados, por meio de contratos de opções de índices (hedge). Essas proteções, por óbvio, se traduzem em custo para o investidor estrangeiro; no entanto, em razão da elevadíssima taxa de juros paga nos títulos do governo, ainda assim a operação traria lucros aos investidores.

As alegações quanto aos valores terem sido utilizados para cobrir ajustes diários não são procedentes, pois decorrem da necessidade de proceder à atualização diária do valor do contrato futuro, a fim de diminuir os riscos atinentes ao adimplemento. Com isso, os valores liquidados para tal finalidade não deixam de estar atrelados às operações com derivativos, motivo pelo qual os valores que ingressaram no país destinados a ajustes diários de contratos futuros

utilizados como hedge para perdas com as ações que deverão ser recompradas devem compor a base de cálculo do IOF à alíquota de 6%.

Existem precedentes do CARF que conferem o mesmo tratamento tributário das aplicações de renda fixa às operações simultâneas no mercado de renda variável com rendimento predeterminado:

i) Acórdão nº 2202-002.615, Sessão de 14 de abril de 2014, decisão por voto de qualidade:

IRRF. OPERAÇÕES DE RENDA FIXA. BENEFICIÁRIO RESIDENTE NO EXTERIOR. OPERAÇÕES CONJUGADAS.

Sujeitam-se à incidência de IRRF, à alíquota do 15%, os rendimentos decorrentes de operações de renda fixa, de contribuintes residentes no exterior, inclusive aquelas obtidas por meio de operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como, no mercado de balcão.

(...)

Da Operações Conjugadas, Rendimento Predeterminado e Mercado de Balcão

As operações conjugadas seriam aquelas praticadas de forma simultânea entre as mesmas partes intervenientes. Entretanto, as operações conjugadas podem ser qualificadas como de renda fixa, independentemente dos instrumentos utilizados, se permitirem a obtenção de rendimentos predeterminados, ou ser enquadradas como de renda variável, se não. As operações conjugadas caracterizadas pela realização simultânea de duas ou mais operações com características diferentes, por uma mesma instituição que, em conjunto, permitem a obtenção de um resultado desejado, que pode ser conhecido ou não desde o início da operação.

A operações de renda fixa se caracterizam por possuírem regras definidas de remuneração. Isto é, são aquelas operações cujo rendimento é conhecido previamente (juro prefixado) e/ou que depende de indexadores (taxa de câmbio ou de inflação, taxa de juros, etc.). Desse modo, operações de renda fixa não significa que a rentabilidade não varie. Estas oscilações ocorrem em função das variações da cotação do título no mercado financeiro e/ou do indexador, no caso de títulos com rentabilidade pós fixadas ou dependentes da variação cambial.

Nas operações de renda fixa você sabe quando e quanto receberá (prefixado ou indexado, independentemente o cálculo é previamente determinado). Já nas operações de renda variável não existe uma fórmula de rentabilidade preestabelecida, tudo dependerá dos valores de mercado do ativo ou passivo financeiro.

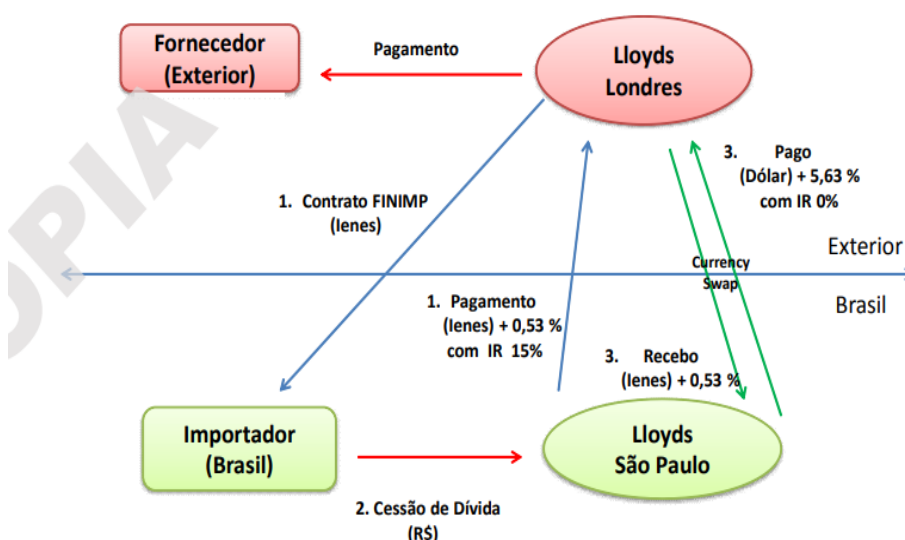
No caso, a autuada e sua matriz são contrapartes do Finimp e, ao mesmo tempo, contrapartes da operação de currency swap, que é negociada concomitantemente com aquele financiamento, e nos mesmos valores e datas.

Conforme relatado, tais operações consistiram na concessão de financiamento (Finimp), em moeda estrangeira, a importadores brasileiros, pelo Lloyds TSB Bank PLC — Londres, com a utilização de linha de crédito em ienes japoneses.

Concomitantemente, o Lloyds TSB Bank PLC — São Paulo, recebeu dos importadores quantia equivalente em reais brasileiros e assumiu a dívida destes perante o Lloyds TSB Bank PLC — Londres, sendo realizada, entre as duas instituições financeiras, uma operação de currency swap, na qual o passivo assumido pela primeira (Lloyds — São Paulo) e os direitos creditícios da segunda (Lloyds — Londres) foram indexados em dólares norte-americanos. Tal sistemática enquadra-se perfeitamente na definição de "operações conjugadas".

(...)

Esquema gráfico da operação para visualização:



Deve-se apontar os seguintes elementos, comuns nos contratos:

- Não resta dúvida que as operações foram realizadas no ambiente de mercado de balcão, ou seja, fora do ambiente de bolsas e sem a presença de leilões e negociação independentes.
- As remessas para o exterior envolviam sempre partes relacionadas, diga-se o Lloyds TSB Bank PLC São Paulo e sua vinculada em Londres.
- As 3 (três) operações mencionadas, embora distintas, eram realizadas concomitantemente, e de modo reiterado. Indicando uma habitualidade na estruturação conjunta das mesmas, tanto que isso despertou a atenção da autoridade monetária e cambial.
- Os documentos presentes nos autos apontam que as três operações eram elaboradas com valores equivalentes, assegurando a vinculação desses valores no financiamento, cessão de direitos e Currency Swap (Iene x Dólar), a única

diferença era no tocante as taxas; - As operações de financiamento envolviam a negociação de taxa irreais fora da prática do mercado. Por exemplo, os contratos de financiamento eram sempre realizados a taxa abaixo do Spread bancário internacional. Essas taxas permitiam na parte dos juros do financiamento o pagamento de um tributo irreal, quando comparado a taxa de juros corrente do mercado.

- Conforme apontado pela Banco Central na realidade as operações de financiamento não tinham propósito, pois não havia na prática um financiamento mas uma compra à vista. Nem o importador ou exportador obtinham qualquer financiamento.

- O instrumento de Currency Swap, com diferentes taxas ativas e passivas, assegurava a remessa a valores daqueles que deveriam ter sido efetuados, permitindo concomitantemente um hedge cambial contra as oscilações do risco de desvalorização.

- O único componente variável está associado ao risco cambial de oscilações do lene em relação ao dólar que era contornado com o Currency Swaps.

- Urge reiterar que as operações de Currency Swaps eram efetuadas no âmbito do SWIFT, mediante registro eletrônico, entre partes as relacionadas; - Os rendimentos eram assegurados pela diferença das taxas de juros fixas nas pontas.

Urge registrar que por definição as operações realizadas no mercado de balcão, conforme Resolução CMN/Bacen nº2873, de 23 de julho de 2001, (art. 1º, §1º, II), são aquelas cuja contração não seja efetivada por meio de leilão ou apregoamento. Ou seja, são operações caracterizadas pela ausência de padronização no objeto, prazos e outras condições do contrato, de forma que não é viável sua negociação em apregoamento ou oferta em leilões abertos aos participantes do mercado. E este é o caso dos autos.

As operações no SWIFT, Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication, que se constitui numa rede de comunicação de dados para a transferência eletrônica de fundos, com garantia de segurança, facilitavam a troca de pagamentos e outras mensagens financeiras entre instituições financeiras, incluindo corretoras-mediadoras (brokersdealers) e firmas de valores em todo o mundo. Uma mensagem de pagamento SWIFT é uma instrução para transferir fundos. A liquidação se realiza subsequentemente em um sistema de pagamento ou por meio das relações de bancos correspondentes, um autêntico mercado de balcão virtual.

(...)

Ante ao exposto, não vejo como deixar de apreciar essas operações como conjugadas. Limitar a análise dos casos concretos apenas à observância dos aspectos formais dos atos ou negócios jurídicos, de sua conformidade com a letra da lei, *data venia*, não dá conta de responder à questão da oponibilidade, ou não

oponibilidade, ao Fisco desses atos ou negócios jurídicos, que é o cerne da questão de que se cuida neste processo.

No presente caso, o que se tem configurado é que, embora do ponto de vista formal, a Recorrente e sua matriz realizaram três operações, essas três operações foram cuidadosamente combinadas com o propósito de reduzir artificialmente a incidência do imposto sobre remessas de recursos ao exterior. Embora os atos, vistos isoladamente, possam ser considerados como operações regulares, comuns no mercado, vistas em conjunto, na forma como se realizaram neste caso, são impraticáveis entre pessoas não ligadas.

Aliás, nas operações realizadas entre pessoas ligadas é sempre possível se criar uma espécie de mundo artificial em que certos tipos de negócios, inimagináveis de se realizarem entre pessoas não ligadas, são praticados sem dificuldade. E é precisamente o que se tem neste caso.

A forma como as operações foram realizadas neste caso somente se justificam pelo propósito de reduzir artificialmente a tributação. O financiamento efetuado pelo importador não se justifica, desvio de causa no dizer do Banco Central, de tal sorte que a realização de tal operações apresentam-se como totalmente desprovidas de propósito negocial.

ii) Acórdão nº 2201-01.457, Sessão de 19 de janeiro de 2012, decisão por unanimidade:

IRRF. OPERAÇÕES DE RENDA FIXA. BENEFICIÁRIO RESIDENTE NO EXTERIOR. OPERAÇÕES CONJUGADAS.

Sujeitam-se à incidência de IRRF, à alíquota do 15%, os rendimentos decorrentes de operações de renda fixa, de contribuintes residentes no exterior, inclusive aquelas obtidas por meio de operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados.

(...)

Quanto ao mérito, como se colhe da extensa descrição dos fatos da autuação e do relatório, o que se discute neste processo é a regularidade ou não das operações realizadas pela Recorrente, que implicaram, do ponto de vista da autuação, na redução indevida do imposto devido sobre a remessa de rendimentos ao exterior, ou, por outro ângulo, o acerto ou não do entendimento da Fiscalização que considerou ilícitas tais operações, entendendo que a operação de crédito ocorreu efetivamente em dólar americanos, sendo o hedge/swap mero artifício usado pela Recorrente (operação conjugada).

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

A operação tem origem em 6 (seis) empréstimos contratados pelo Banco Rabobank Intenational Brasil SA. (Rabobank Brasil) junto a sua matriz holandesa

Cooperative Centrale Raiffeisen Boerenleenbank BA. Rabobank Nederland (Rabobank Holanda).

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

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

(...)

Concomitantemente, foram celebrados contratos de swap de moedas entre o Rabobank Brasil e o Rabobank Holanda com o suposto objetivo de proteger o Rabobank Brasil de perdas financeiras causadas por valorização relativa da moeda japonesa frente ao dólar dos Estados Unidos, quando do pagamento das parcelas de juros e do principal dos referidos empréstimos tomados junto ao Rabobank Holanda. Assim, o Rabobank Brasil assumiu uma posição comprada em ienes (ativo) e vendida em dólares dos Estados Unidos (passivo) em relação ao Rabobank Holanda. As trocas dos fluxos financeiros estabelecidos nos contratos de swap ocorreriam nas mesmas datas previstas para o pagamento de juros e do principal dos empréstimos. O valor nocional da posição comprada correspondia ao valor do empréstimo e o valor nocional da posição vendida ao equivalente em dólares ao valor do empréstimo, considerando-se a taxa cambial prevalecente na data da contratação do hedge. Sobre o valor opcional fixado em ienes incidiriam as mesmas taxas de juros previstas nos contratos de empréstimos em ienes, enquanto sobre o valor nocional fixado em dólares incidiriam taxas de juros fixas superiores (em média, pouco acima de 9% a.a.).

(...)

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

Pois bem, o que se tem configurado aqui é que, formalmente, ocorreram três operações distintas: o empréstimo em ienes, uma operação de câmbio e o hedge/swap. O resultado combinado dessas operações é que, apesar da contratação inicial do empréstimo em ienes, todo o fluxo financeiro se deu em dólares americanos e com uma taxa de juros prefixada de pouco mais de 9%, maior do que a que fora contratada no contrato de empréstimo. O cerne da questão a ser aqui decidida, portanto, é se o Fisco poderia, como fez, desconsiderar a operação de câmbio e o swap/hedge e considerar que o empréstimo efetivamente foi realizado em dólares americanos a uma taxa de 9% mais fração, portanto, calcular o imposto como base na remessa de juros realizada considerando a operação nessa moeda, ou, por outro ângulo, considerar a operação como tendo sido realizada de forma estruturada/conjugada de modo que os juros remetidos são aqueles calculados sobre o percentual de pouco mais de 9%.

(...)

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

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

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

(...)

No presente caso, o que se tem configurado é que, embora do ponto de vista formal, a Recorrente e sua matriz na Holanda realizaram três operações, essas três operações foram cuidadosamente combinadas com o propósito de reduzir artificialmente a incidência do imposto sobre remessas de recursos ao exterior. Embora os atos, vistos isoladamente, possam ser considerados como operações regulares, comuns no mercado, vistas em conjunto, na forma como se realizaram neste caso, são impraticáveis entre pessoas não ligadas.

(...)

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

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

(...)

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

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

(...)

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

Nesse contexto, entendo que o recorrente estruturou operação visando à obtenção de rendimentos predeterminados a partir de contratos derivativos.

Contudo, estabelecida essa premissa, resta verificar se o Auditor-Fiscal levantou corretamente a base de cálculo do tributo. A diligência determinada por este Conselho, conforme consta do relatório deste acórdão, visava a esclarecer essa questão, pois determinava, quanto à alegação de que o valor de aproximadamente R\$2 bilhões foi utilizado no pagamento de margens

negativas em mercados futuros na antiga BM&F, a apresentação de demonstrativos adicionais, o que se segue:

(i) demonstrativo vinculando tais ajustes de margens aos contratos futuros correspondentes, identificando as operações realizadas posteriormente à entrada dos recursos e às ações adquiridas, de forma a confirmar ou afastar a acusação fiscal de que a operação (aquisição de ações e pagamento de margens no mercado futuro) seria uma grande operação estruturada visando a obtenção de rendimentos predeterminados;

(ii) demonstrativo considerando tanto o pagamento quanto o recebimento de margens diárias, com o detalhamento da destinação dos recursos recebidos de margem e sua comprovação na aplicação no País em renda variável realizada em bolsa de valores ou em bolsa de mercadorias e futuros, visto que o montante que ingressou no País que a recorrente afirma ter aplicado em ajustes diários de margem, não considerou os ajustes positivos recebidos que totalizaram aproximadamente R\$1,1 bilhão.

Além disso, quanto à alegação de que as aquisições de ações, seguidas de aluguel ao Fundo ATACAMA e a aquisição de títulos públicos, não seriam operações estruturadas de forma conjunta, e que não existiriam rendimentos predeterminados, decidiu-se na Resolução do CARF que alguns esclarecimentos são devidos e outros demonstrativos são imprescindíveis para o deslinde da questão:

(i) demonstrativo diário, com a correlação entre os ingressos dos recursos, compra de ações, o aluguel das ações e posterior venda, e as aquisições de títulos públicos;

(ii) demonstrativo com o detalhamento dos títulos públicos adquiridos posteriormente à primeira operação de aluguel de ações e sua venda, excluindo os títulos anteriores já em carteira, com a indicação dos rendimentos predeterminados de cada título, e o rendimento médio da carteira com tais exclusões;

(iii) complementar o Laudo Técnico com a informação dos valores totais obtidos com a carteira de títulos públicos adquiridas pelo Fundo Atacama posterior à primeira operação de aluguel de ações e sua venda, com os ajustes referidos no item (ii) supra, e o valor da remuneração paga pelo Fundo ATACAMA ao WHITEFRIARS pelo aluguel de ações, até a extinção da operação (venda de toda a posição comprada no período e devolução das ações alugadas); complementar o Laudo Técnico com o demonstrativo do ganho/perda de toda a operação realizada com base nos recursos em questão ingressados no País entre 01/12/2011 e 29/12/2012, considerando os resultados no mercado de ações, no mercado futuro, nos títulos públicos investidos, descontando os custos financeiros de cada operação, até o encerramento da posição investida.

A diligência fiscal objeto da Resolução foi finalizada em 15/04/2021, data da lavratura do Relatório Fiscal juntado às fls. 55008/55027, que esclareceu o seguinte:

Apesar das divergências e considerando os valores tratados no presente caso, os valores encontrados pela fiscalização e pelo Laudo EY não divergem muito. A diferença é de R\$ 16.267.337,72 (cerca de 5%) para o resultado com ações no período estendido.

O Laudo EY apresenta:

Ações: para essas operações apurou-se no Período Estendido um ganho total de R\$ 283.556.895¹⁸ (duzentos e oitenta e três milhões e quinhentos e cinquenta e seis mil e oitocentos e noventa e cinco reais), sendo que R\$ 42.247.735 (quarenta e dois milhões e duzentos e quarenta e sete mil e setecentos e trinta e cinco reais) correspondem ao ganho com as ações compradas e vendidas durante o período, e R\$ 241.262.065 (duzentos e quarenta e um milhões e duzentos e sessenta e dois mil e sessenta e cinco reais) correspondem ao ganho com as ações compradas e não vendidas até o fim do período de análise¹⁹.

e) ganhos e perdas auferidas nas operações com futuros

Informação apresentada na planilha WP.03 (WP.03). Na documentação anexa (ia – Extratos BMF), há os extratos da BMF utilizados para compor o resultado com operações de futuros. Foram verificadas, por amostragem, as operações contidas nos extratos referentes às operações com futuros. Os valores apresentados na planilha WP.03 estão de acordo com a documentação.

2.1.2 – Quesito ib

Informação apresentada na planilha WP.04 (WP.04). Na documentação anexa (ib - Extratos CC e BMF) há os extratos bancários utilizados para compor as transferências para a conta tributada, o total recebido em ajustes de operações com futuros, compra de títulos públicos e ações. Estes valores foram verificados, por amostragem, e as informações contidas nos extratos estão em acordo com os valores apresentados na planilha WP.04.

2.1.3 – Quesito ic

Parte das informações utilizadas na planilha WP.05 (WP.05) para cálculo de correlações foram extraídas das planilhas WP.01 e WP.07. Portanto, são valores auditados quando da análise de cada uma destas planilhas.

Para confirmar outras informações contidas na planilha WP.05, esta fiscalização procedeu à importação das negociações de títulos públicos (id - Extratos Selic). Na planilha anexa a este termo (Anexo I - Cálculo Fiscalização), aba “Composição Títulos Públicos (colunas N a S), foi feito um comparativo entre nossa importação e os valores apurados, referente à compra de títulos públicos pelo Laudo EY na planilha WP.05. Nenhuma divergência foi encontrada.

(...)

2.1.5 – Quesito ie

Na resposta ao quesito ie, o Laudo EY utilizou as informações apresentadas no item anterior e elaborou a planilha WP.07 (WP.07), onde calculou os juros recebidos pelo JP Morgan Whitefriars com os aluguéis de ações. Foi apresentada, ainda, a posição de aluguéis nas posições tomadora e doadora para o JP Morgan Whitefriars, assim como o comparativo tendo o Fundo Atacama como contraparte. As informações apresentadas foram elaboradas com base nos relatórios CBLC e DBAC (ie - Relatórios CBLC e DBAC).

(...)

2.1.6 – Quesito if

Para o quesito if o Laudo EY elaborou as planilhas WP.08 e WP.09.

Com relação à WP.08, que determina o rendimento dos títulos públicos adquiridos pela JP Morgan White Friars, verificamos as compras de títulos em comparação ao extrato bancário da empresa e aos dados da documentação de suporte. Posteriormente, os cálculos foram revisados, por amostragem, sem que fosse encontrada nenhuma divergência.

A planilha WP.09 apresenta cálculos elaborados a partir das planilhas WP.02 e WP.03, já auditadas. Portanto, não procedemos a análises mais aprofundadas.

Desta forma, concluímos a validação dos dados apresentados no Laudo EY e cálculos de suporte através da análise de todas as planilhas (WP.01 a WP.09). Ressalte-se que esta validação não guarda qualquer referência com as conclusões e análises realizadas pelo Laudo EY, mas trata-se, tão somente, de validação de dados importados e de cálculos realizados nas planilhas de suporte com base na documentação apresentada.

2.2 Análise das conclusões e informações apresentadas no Laudo EY

De acordo com os quesitos solicitados pelo CARF, há a necessidade de se detalhar o uso dos dólares internalizados no mercado nacional pelo JP Morgan WhiteFriars, identificando se houve aplicação destes recursos em renda variável, se os recursos foram utilizados para compra de ações e se estas foram transferidas, via aluguel, para o Fundo Atacama, de forma que toda a operação seja configurada como de rendimento pré-determinado.

Devido aos termos técnicos já terem sido detalhados em diversas ocasiões durante o processo, esta fiscalização se absterá de novamente entrar nestas questões e irá procurar se limitar a detalhar o fluxo financeiro, com o destino dos recursos e prováveis usos dos dólares internalizados.

Esta fiscalização usa o termo provável, pois, durante a análise de toda a documentação, se mostrou muito complexo determinar com exatidão o destino dos recursos. O fluxo financeiro tem origem e destino diversos, valores que entram e saem de uma mesma conta em um mesmo dia. E, por mais que

tenhamos a afirmação do contribuinte sobre o destino de cada cota do valor total, em algumas oportunidades, as evidências dão indicativo diverso do afirmado.

(...)

(i.a) demonstrativo com a vinculação dos ajustes de margens a cada contrato futuro correspondente, identificando as operações realizadas posteriormente à entrada dos recursos e às ações adquiridas, de forma a confirmar ou afastar a acusação fiscal de que a operação (aquisição de ações e pagamento de margens no mercado futuro) seria uma grande operação estruturada visando a obtenção de rendimentos predeterminados;

(...)

As remessas de câmbio dão entrada na conta bancária 79.050-6, cujo extrato se encontra na documentação anexa ao Laudo EY. Alguns valores são transferidos para outra conta, 79.037-3 (denominada conta tributada, cujo extrato também se encontra em anexo).

Desta forma, com a documentação apresentada pela EY e com a movimentação bancária do período, esta fiscalização recompôs o destino das remessas de câmbio. No Anexo I - Cálculo Fiscalização, na aba Uso câmbio, foram calculadas as seguintes destinações dos valores remetidos de câmbio para o período autuado (dez/2011 a fev/2012):

(...)

Portanto, dos R\$ 4.447.588.610,00 líquidos de câmbio (remessa menos envio), cerca de 1 bilhão foram utilizados para o pagamento de ajustes, 2,4 bilhões para a aquisição de ações e 1,1 bilhão para aquisição de títulos de renda fixa.

Apesar do questionamento do quesito ia, apenas com as informações até então apresentadas não é possível confirmar ou refutar a autuação fiscal, uma vez ainda ser necessário entender a questão com as informações da parte relacionada, Fundo Atacama.

(i.b) demonstrativo dos ajustes de margens, considerando tanto o pagamento quanto o recebimento de margens diárias, com o detalhamento da destinação dos recursos recebidos de margem e sua comprovação na aplicação no País em renda variável realizada em bolsa de valores ou em bolsa de mercadorias e futuros;

(...)

Como descrito no item precedente, a fiscalização entende como correto analisar os ajustes diários de margem pelo saldo do período. Portanto, o saldo total de margem do período autuado foi de R\$ - 984.456.329,99. Sendo assim, não há valor a ser utilizado e este saldo negativo foi quitado com parte das remessas.

(i.c) demonstrativo diário, com a correlação entre os ingressos dos recursos, compra de ações, o aluguel das ações e posterior venda, e as aquisições de títulos públicos;

Na planilha WP.05 e documentação de suporte, anexa ao Laudo EY, há a posição diária de aluguel de ações tendo o Fundo Atacama como tomador e o JP Morgan WhiteFriars como doador. Com esta informação, é possível comparar a aquisição diária de ações pelo JP Morgan WhiteFriars com os aluguéis de ações entre estas duas partes. Na planilha de apuração (Anexo I - Cálculo Fiscalização), na aba Compra ações x Aluguel, há este comparativo.

O que fica demonstrado é que, no período, houve um total de aquisição de ações no valor de R\$ 2.388.183.678,32 pelo JP Morgan WhiteFriars, enquanto houve aluguel de ações ao Fundo Atacama no valor de R\$ 2.462.649.248,00. Mesmo não tendo a posição do dia 01/12/2011, há uma convergência de valores (cerca de 97%), indicando que a carteira de ações adquiridas pelo JP Morgan WhiteFriars foi repassada, via aluguel para o Fundo Atacama.

Quanto ao uso das ações pelo Atacama, o Laudo EY informa não ter sido possível segregar, dentre as ações vendidas, aquelas que foram tomadas contra o JP Morgan White Friars e as demais, tomadas contra outras empresas. Portanto, o Laudo EY utilizou, em seu cálculo, o valor total das ações tomadas e vendidas. Na planilha WP.05 (aba Atacama Rel. Aluguel x TP v) transcrita na planilha de apuração desta fiscalização na aba Venda ações alugadas, para o período autuado (dez/11 a fev/12), o saldo de ações tomadas por empréstimos (entrada menos saídas) totaliza R\$ 4.654.141.449,67 e o saldo de posições tomadas de ações (vendas menos compras) é de R\$ 3.888.808.872,89. O Laudo EY encontrou uma correlação entre os aluguéis tomados e as ações vendidas, o que é corroborado pelos saldos apresentados acima. Não é surpresa que haja uma tendência de venda das ações tomadas por empréstimos, pois grande parte das estratégias de aluguel de ações estão relacionadas à venda destas ações.

Portanto, devido à não possibilidade de análise segregada da venda das ações tomadas junto ao JP Morgan White Friars, só restou a análise do conjunto de ações tomadas no período. Desta análise podemos concluir que há a tendência de venda das ações tomadas por empréstimos pelo Fundo Atacama, e que, por dedução, as ações emprestadas pelo JP Morgan White Friars ao Fundo Atacama devem ter sido, em sua maior parte, vendidas.

Para o comparativo entre a venda de ações tomadas por empréstimo e a aquisição de títulos públicos (Fundo Atacama), junto à documentação apresentada anexa ao Laudo EY, na pasta i.d – extratos Selic, o contribuinte apresentou extratos da Selic (Sistema Especial de Liquidação e Custódia) com a movimentação diária dos títulos adquiridos pelo Fundo Atacama do período fiscalizado.

Apesar de constar a movimentação na planilha WP.05, anexa ao Laudo EY, procedemos à análise dos títulos, via extratos, e na aba Composição Títulos

Públicos (planilha da fiscalização), apresentamos a relação de toda a movimentação do período.

Os extratos Selic apresentam movimentação de títulos para os códigos 1052/1054/1056/1060 e conforme manual do Usuário Selic (<https://www3.bcb.gov.br/novoselic/pesquisa-manual-usuario.jsp>), extraído do site da B3, os códigos 1054 e 1056 são compras e vendas compromissadas, onde o vendedor/comprador se compromete a realizar a operação inversa em data futura. Por não serem operações de aquisição definitiva de títulos e por serem operações que se anulam (restando apenas pagamento de juros), serão desconsideradas.

Assim, para o período da autuação, houve compra de Títulos Públicos no valor de R\$ 8.881.696.444,30, e vendas no valor de R\$ 7.910.390.438,12, resultando em saldo comprador no valor de R\$ 971.306.006,18.

Cabe ressaltar que a venda de ações tomadas por aluguel no período totalizou R\$3.888.808.872,89, relativo a todas as ações tomadas, não apenas contra o JP Morgan; e que as ações tomadas, via aluguel, pelo Atacama contra o JP Morgan, no período autuado, totalizam R\$ 2.462.649.248,00.

Desta forma, apesar de a compra de Títulos Públicos comportarem o investimento da venda das ações tomadas, não é possível, para esta fiscalização, afirmar se os valores de aquisição de Títulos Públicos, no período, são referentes às ações tomadas pelo Atacama, tendo como contraparte o JP Morgan White Friars.

(i.d) demonstrativo analítico dos títulos públicos adquiridos posteriormente à primeira operação de aluguel de ações e sua venda, excluindo os títulos anteriores já em carteira, com a indicação dos rendimentos predeterminados de cada título, e o rendimento médio da carteira com tais exclusões;

(i.e) Laudo Técnico complementar, com a informação dos valores totais obtidos com a carteira de títulos públicos adquiridas pelo Fundo Atacama posterior à primeira operação de aluguel de ações e sua venda, com os ajustes referidos no item (i.d) supra, e o valor da remuneração paga pelo Fundo ATACAMA ao WHITEFRIARS pelo aluguel de ações, até a extinção da operação (venda de toda a posição comprada no período e devolução das ações alugadas);

(i.f) Laudo Técnico complementar, com o demonstrativo do ganho/perda de toda a operação realizada com base nos recursos em questão ingressados no País entre 01/12/2011 e 29/12/2012, considerando os resultados no mercado de ações, no mercado futuro, nos títulos públicos investidos, descontando os custos financeiros de cada operação, até o encerramento da posição investida, considerando as informações dos demonstrativos solicitados nos itens 1.a, i.b e i.c.

À fiscalização, não resta nada a acrescentar quanto aos valores obtidos no Laudo EY para os quesitos id, ie e if, uma vez que: os quesitos id e ie tratam de cálculos de rendimentos; o quesito if trata de concatenação das informações apresentadas

até aqui; e a autoria do Laudo EY para estas questões não apresentam divergências.

2.3. Conclusão

(ii) analise as informações apresentadas pela Recorrente em resposta à intimação referida nos itens anteriores (i.a a i.g), juntamente com aquelas que já constam dos presentes autos, especialmente os Laudos Técnicos apresentados, de forma a confirmar a natureza dos referidos valores e se sobre eles devem incidir o IOF, apresentando demonstrativo retificador, caso entenda necessário.

Concluída a análise das informações prestadas pelo contribuinte, tem-se a seguinte análise.

1. Conforme visto no decorrer deste relatório, as entradas das remessas de câmbio foram utilizadas da seguinte forma:

Entrada Líquida Câmbio	4.447.588.610,00
Ajustes Mercado Futuro	- 984.456.329,99
Compra de Ações	- 2.390.061.938,19
Compra Títulos Públicos	- 1.104.324.575,47
Transf da ct tributada	34.622.019,92

2. Com relação ao pagamento de ajustes do mercado futuro e à compra de títulos, estas seriam duas operações que teriam relação com a operação apresentada na autuação, já que para se ter um rendimento pré-determinado das aplicações em dólar, haveria a necessidade de compra de dólar e venda de índice no mercado futuro, assim como a compra de títulos para compor as margens de garantia. A fiscalização procedeu ao cálculo teórico do ajuste de margem no mercado futuro que o contribuinte incorreria, para travar o valor da remessa de dólares e da compra de ações (imaginando uma carteira que simulasse o índice Ibovespa). O valor de ajuste de margem para o período seria de -R\$ 522.670.322,971.

3. Houve aplicação direta de remessa de dólares em Títulos Públicos, no valor de R\$ 1.104.324.575,47.

4. As ações adquiridas pelo JP Morgan WhiteFriars no período foram doadas, em quase sua integralidade, via aluguel de ações, ao Fundo Atacama.

5. O Fundo Atacama, no período, vendeu a maior parte das ações tomadas por aluguel, mas não foi possível estabelecer a origem das ações vendidas, uma vez que há aluguel de ações em maior quantidade do que as tomadas contra o JP Morgan WhiteFriars. Ou seja, o Fundo Atacama também alugou ações de outros doadores. Porém, apesar de não podermos estabelecer com exatidão quais ações foram vendidas pelo Fundo Atacama, podemos afirmar que grande parte o foi, pois a maioria das ações alugadas são vendidas. Assim, podemos afirmar que há grande probabilidade que as ações compradas pelo JP Morgan WhiteFriars e

doadas ao Fundo Atacama foram vendidas pelo Fundo. Pelo exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

6. Não foi possível estabelecer ligação direta entre a venda das ações e compra de títulos públicos. Há valores expressivos de compra e venda de títulos públicos no período da autuação; suficientes para a aplicação do valor da venda das ações tomadas. Porém, com a documentação apresentada, não podemos confirmar este fato.

Neste sentido, encerrado o trabalho fiscal, proponho o encerramento desta diligência, e o encaminhamento à DICAT para ciência e manifestação do contribuinte no prazo de 30 dias, com posterior retorno ao CARF.

O contribuinte apresentou Manifestação referente às conclusões desta diligência, no prazo determinado, e que foi anexada aos autos às fls. 55043/55062, cujo conteúdo transcrevo a seguir, em apertada síntese:

1. As conclusões do Relatório Fiscal

Antes de iniciar a análise do Relatório Fiscal, o Requerente entende conveniente registrar que o trabalho feito pelo d. auditor fiscal no cumprimento da diligência determinada pelo CARF merece encômios, por ter examinado o elevadíssimo número de documentos juntados aos autos do presente processo de forma técnica, detalhada e imparcial.

O d. auditor fiscal responsável pelo Relatório Fiscal fez a análise que deveria ter sido feita durante o procedimento de fiscalização, antes da lavratura do auto de infração de IOF/Câmbio. Aliás, caso a d. fiscalização tivesse, durante o procedimento de fiscalização, seguido os mesmos parâmetros, não haveria, nesse momento, autuação fiscal de IOF/Câmbio a ser objeto de um longo e dispendioso contencioso administrativo. A maior prova disso é que a autuação fiscal, supostamente baseada na realização “operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados”, em nenhum momento calculou o suposto ganho predeterminado que teria sido obtido pelo JP WHITEFRIARS.

Como se verá adiante nesta petição, essa análise detalhada feita no Relatório Fiscal conduziu a duas conclusões relevantes, que impõem o imediato cancelamento da autuação fiscal, a saber:

(i) ausência de elementos para suportar a acusação fiscal, pois “não foi possível estabelecer ligação direta entre a venda das ações e compra de títulos públicos” pelo ATACAMA;

(ii) Inexistência de rendimentos predeterminados, em virtude da apuração de uma perda de R\$ 522.670.322,97 pelo JP WHITEFRIARS no período autuado, segundo o cálculo da própria d. autoridade fiscal.

A seguir, passa-se a examinar detalhamento as conclusões do Relatório Fiscal, que comprovam a improcedência do lançamento de ofício.

1.1. O reconhecimento da ausência de elementos para suportar a acusação fiscal

Como abordado na petição de fls. 54810/54826, o novo laudo técnico examinou os quesitos propostos pela Resolução n. 3402-002.424 e concluiu, com base na análise de inúmeros documentos, que não há elementos técnicos para suportar a acusação fiscal de que o JP WHITEFRIARS realizou operações conjugadas com contratos derivativos para a obtenção de rendimentos predeterminados.

Ao analisar as informações do laudo técnico da EY, a d. auditor fiscal, em seu Relatório de Diligência, confirmou a correção dos dados e dos cálculos de suportes expostos no referido trabalho técnico, com a sua consequente validação. Veja-se:

“Desta forma, concluímos a validação dos dados apresentados no Laudo EY e cálculos de suporte através da análise de todas as planilhas (WP.01 a WP.09).”
(destaques do Requerente)

Após a validação dos dados, com a ressalva de pequenas divergências que foram consideradas imateriais pelo próprio d. auditor fiscal², o Relatório de Diligência concluiu o trabalho de diligência afirmando que:

“Não foi possível estabelecer ligação direta entre a venda das ações e compra de títulos públicos. Há valores expressivos de compra e venda de títulos públicos no período da autuação; suficientes para a aplicação do valor da venda das ações tomadas. Porém, com a documentação apresentada, não podemos confirmar este fato”. (destaques do Requerente)

Esse ponto, por ser essencial para o desfecho da controvérsia, deve ser destacado: o d. auditor fiscal, em seu Relatório de Diligência, concluiu que *“não foi possível estabelecer ligação direta entre a venda das ações e compra de títulos públicos”*.

Ora, sendo o lançamento de ofício uma atividade plenamente vinculada e cabendo ao Fisco o ônus de comprovar cabalmente a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, a única conclusão possível é que o presente auto de infração de IOF/câmbio deve ser prontamente cancelado, uma vez que o Relatório de Diligência reconhece que não foi possível “confirmar esse fato”, ou seja, que os valores ingressados no Brasil pelo JP WHITEFRIARS foram utilizados na aquisição de títulos públicos.

Essa conclusão, por isso, já desqualifica todo o trabalho fiscal, confirmando que a autuação fiscal foi pautada apenas em suposições, sem comprovação da realização de *“operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados”*.

Mas não é só.

Desde sua impugnação, o Requerente tem destacado que a presente autuação está pautada em suposições da fiscalização, sem qualquer investigação dos fatos como efetivamente ocorridos. A prova cabal disso é que, no procedimento de

fiscalização que resultou na lavratura do auto de infração de IOF/Câmbio, o Fisco não analisou – porque não pediu essas informações durante o procedimento de investigação – nenhum dos documentos e informações colacionados aos autos, que somam mais de 55.000 páginas, que contém boletos ou contratos de câmbio, notas de corretagem, extratos ou comprovantes de operações perante a BMF, SELIC, Bovespa, CBLC, BTC, além de planilhas elaboradas pela EY com as análises dessas informações.

Assim, é impressionante que a d. fiscalização, sem analisar as operações realizadas pelo JP WHITEFRIARS no período da autuação, tenha concluído que o valor total dos recursos ingressados no Brasil pelo JP WHITEFRIARS foi utilizado para a aquisição de ações, que foram posteriormente alugadas via BTC para o ATACAMA, que vendeu essas ações e utilizou o produto dessa venda para adquirir títulos públicos de renda fixa, tudo para obtenção de rendimentos predeterminados. Nas palavras da fiscalização, *“(...) todos os câmbios de entrada em comento serviram para montar ou manter a operação conjugada de rendimento predeterminado”*.

A d. fiscalização, no procedimento fiscal, chegou a essa conclusão sem analisar nenhum documento relativo a essas operações e – por mais absurdo que pareça – sem comprovar a existência de rendimento predeterminado, pois o único elemento considerado pela fiscalização para fundamentar o trabalho fiscal foi o Ofício/CVM/SGE/n. 43/2012. Ressalte-se que o Relatório Fiscal de fls. 291/294, emitido pela DEINF após diligências realizadas para apurar os supostos indícios levantados pelo Ofício/CVM/SGE n. 43/2012, havia concluído que: *“Desta forma para chegar a uma conclusão faz-se necessária uma análise mais profunda dos valores, taxas e prazos envolvidos nas operações do investidor estrangeiro e do fundo Atacama.”*

Por outro lado, o Relatório de Diligência, após analisar todos esses elementos, de forma diligente e aprofundada, confirmou as informações e dados contidos no laudo técnico da EY, chegando à conclusão de que “não é possível, para esta fiscalização, afirmar se os valores de aquisição de Títulos Públicos, no período, são referentes às ações tomadas pelo Atacama, tendo como contraparte o JP Morgan White Friars”.

Em outras passagens, o Relatório de Diligência reafirma o tom de incerteza sobre a tese adotada pela d. fiscalização ao reconhecer que “não foi possível estabelecer a origem das ações vendidas, uma vez que há aluguel de ações em maior quantidade do que as tomadas contra o JP Morgan White Friars. Ou seja, o Fundo Atacama também alugou ações de outros doadores.”

Como se vê, não há dúvidas de que o auto de infração consubstanciado no presente processo não possui condições de prevalecer, dado que em nenhum momento houve comprovação da tese que sustentou a autuação fiscal, sendo que, após analisar as operações realizadas pelo JP WHITEFRIARS (o que, ressalte-se, deveria ter sido feito originalmente pela própria fiscalização), o Relatório de

Diligência concluiu pela impossibilidade de se estabelecer qualquer ligação entre a venda das ações e a compra de títulos.

1.2. O reconhecimento da ausência de rendimentos predeterminados

Como mencionado brevemente acima, na lavratura do auto de infração, a d. fiscalização sequer se desincumbiu do ônus de comprovar que o JP WHITEFRIARS auferiu rendimentos predeterminados, embora a hipótese normativa invocada pelo Fisco exigisse a realização de “operações com derivativos que resultem em rendimentos predeterminados”, nos termos do art. 15-A, incisos XII e XIII, do Decreto n. 6.306.

Essa prova nunca foi feita pela d. fiscalização, o que, por si só, já justifica o cancelamento da autuação fiscal. De qualquer modo, o Requerente, desde a sua impugnação, vem demonstrando que não houve a apuração de rendimentos predeterminados, tendo chegado ao ponto de solicitar um novo laudo técnico para EY, que seguiu os critérios e as metodologias indicados na diligência determinada pelo CARF.

É evidente que não cabe ao Requerente o ônus de demonstrar que não houve a apuração de rendimentos predeterminados. Não cabe ao contribuinte fazer o trabalho que a d. fiscalização não fez por ocasião da lavratura do auto de infração.

De todo modo, ainda que se supere esse absurdo que vem ocorrendo neste processo administrativo, a verdade é que no novo laudo técnico, elaborado com base nos critérios indicados na diligência determinada pelo CARF, a EY confirmou, com base na análise de inúmeros documentos, que não houve a obtenção de rendimentos predeterminados pelo JP WHITEFRIARS. Ao contrário, a EY apontou que, de forma consolidada, as operações realizadas pelo JP WHITEFRIARS geraram uma perda líquida no período estendido de R\$ 318.861.937!

O Relatório de Diligência, a partir de cálculo teórico explicado na nota de rodapé 1, concluiu que o JP WHITEFRIARS teria apurado uma perda de R\$ 522.670.322,97 no período autuado.

(...)

Em suma, o Relatório de Diligência reconheceu, tanto pela análise dos documentos, quanto por meio de cálculo hipotético, que o JP WHITEFRIARS apurou perda nas operações que integram a presente autuação fiscal, inexistindo, portanto, operações conjugadas com contratos derivativos para a obtenção de rendimentos predeterminados, tal como sustentado pela d. fiscalização.

2. Esclarecimentos adicionais quanto ao Relatório de Diligência

Embora as conclusões do Relatório de Diligência estejam corretas em sua maioria e confirmem a improcedência do trabalho fiscal, o Requerente entende conveniente fazer breves esclarecimentos a respeito de passagens específicas do texto.

2.1. O equívoco relativo às migrações de ajustes diários positivos para a aquisição de títulos públicos

O primeiro ponto que merece esclarecimentos diz respeito à afirmação, contida no Relatório de Diligência, no sentido de que, do valor ingressado no Brasil, “houve aplicação direta de remessa de dólares em Títulos Públicos, no valor de R\$1.104.324.575,47”.

O d. auditor fiscal responsável pelo Relatório de Diligência chegou a essa conclusão a partir da análise do fluxo de caixa das operações, o que pode ser verificado com maior detalhamento no Anexo I do citado documento.

Ocorre que, como destacado pelo próprio d. auditor fiscal, os recursos utilizados para aquisição de títulos públicos são decorrentes da conta de ajuste de margem positiva. Trata-se, portanto, de valores gerados em ajustes diários de operações de renda variável realizadas no Brasil, o que significa dizer que a fonte de produção de tais valores está no próprio território nacional.

Ora, se tais valores foram gerados no Brasil em ajustes diários, é incorreta a afirmação de que “houve aplicação direta de remessa de dólares em Títulos Públicos”.

De fato, conforme glossário do laudo técnico complementar de EY (fl. 54883), os ajustes diários futuros são mecanismos de “equalização de todas as posições no mercado futuro, com base no preço de compensação do dia, resultando na movimentação diária de débitos (ajustes negativos) e créditos (ajustes positivos) nas contas dos clientes, de acordo com a variação negativa ou positiva no valor das posições por eles mantidas.”

A sistemática dos ajustes diários está devidamente explicada no site oficial da B3:

“Ajuste diário Já o resultado do investimento, lucro ou prejuízo, é apurado e liquidado diariamente por meio dos ajustes diários. A partir do dia em que o investidor abre uma posição comprada ou vendida ele passa a pagar ou receber os ajustes diários.

Todos os dias, a B3 apura e divulga o valor do ajuste para cada tipo de contrato, que serve de parâmetro para todos os investidores posicionados.

Quando o valor do ajuste do dia é maior do que o preço de abertura da posição ou maior do que o ajuste do dia anterior, quem está posicionado na compra recebe o dinheiro correspondente ao lucro da sua posição, e quem está posicionado na venda paga o valor correspondente ao prejuízo da sua posição.

Quando os preços caem e o ajuste diário é menor que o do preço de abertura da posição ou do que o ajuste do dia anterior, ocorre o contrário: quem está posicionado na venda recebe e quem está posicionado na compra paga. Isso se repete todos os dias, enquanto o investidor mantiver a sua posição comprada ou vendida em um contrato futuro.

A dinâmica dos ajustes diários é imprescindível para a segurança do mercado e de todos os investidores, pois reduz muito o risco de crédito e possibilita que o investidor encerre sua posição a qualquer tempo, sem precisar esperar o vencimento do contrato.” (destaques do Requerente)

Esses ajustes diários são gerados diariamente pela Bolsa de Valores, que atua como contraparte central e sistema de liquidação. Como visto acima, é calculada, ao final de cada pregão, a variação do ativo subjacente do contrato futuro, sendo definido o ajuste do contrato, que pode ser positivo, na hipótese de a variação resultar em ganho no âmbito do contrato futuro, ou negativo, caso a variação ocasione perda no âmbito do contrato futuro.

Nesse contexto, conforme reconhecido pelo Relatório de Diligência, parte dos recursos ingressados no Brasil no período em referência (R\$ 2.479.090.814 – período estendido) foi utilizada pelo JP WHITEFRIARS para o pagamento de ajustes diários negativos (os quais resultaram em perda para este investidor).

Da mesma forma, os contratos derivativos também resultaram em ajustes positivos recebidos pelo JP WHITEFRIARS (R\$ 1.822.249.595) no período estendido, cujos valores foram pagos por intermédio da contraparte central – B3, em território nacional, e portanto, pagos ao JP WHITEFRIARS no Brasil, sendo e tais recursos utilizados para aquisição de ações (R\$ 44.803.992), remessa de câmbio ao exterior (R\$ 229.784.878) e aquisição de títulos públicos utilizados, em grande parte, com a finalidade de constituição de margem de garantia em operações de renda variável no mercado futuro (R\$ 1.547.660.725). A referida alocação em títulos públicos era perfeitamente válida, uma vez que o investimento original constituiu em uma operação de renda variável, a qual inclusive gerou resultados positivos recebidos pelo JP WHITEFRIARS e utilizados da forma descrita acima.

(...)

Desse modo, ainda que essa afirmação equivocada não tenha impactado a conclusão contida no Relatório de Diligência, não se pode deixar de registrar esse equívoco, pois o próprio Anexo I do Relatório de Diligência comprova que os recursos utilizados para aquisição de títulos públicos decorrem dos ajustes diários positivos, tendo sido gerados, portanto, por contratos firmados pelo JP WHITEFRIARS no Brasil, não possuindo relação direta com os valores ingressados no país no período.

Assiste razão parcial ao recorrente. Com efeito, o resultado da diligência fiscal não deixa dúvidas sobre a impossibilidade de fazer a precisa vinculação entre a entrada da divisa estrangeira (objeto da incidência do IOF-Câmbio), a subsequente compra de ações pelo JP MORGAN com os valores que compuseram a base de cálculo da autuação, o aluguel destas ações específicas pelo Fundo ATACAMA, a venda destas mesmas ações e a utilização destes recursos na compra de título da dívida pública, atrelados à taxa SELIC.

Sem essa perfeita vinculação, não há como saber ao certo qual o montante de valores que ingressaram no país e que foram utilizados nessa operação conjugada. Tivesse o auditor-fiscal feito a vinculação operação a operação, seria até mesmo possível um provimento parcial, descartando somente as operações que não tenham integrado a estratégia de investimento objeto da autuação.

No entanto, o resultado da diligência é expresso em indicar que não é possível fazer todas essas vinculações. Nesse contexto, não há como manter a totalidade da autuação pois, apesar de ter conseguido demonstrar que havia uma sequência de operações conjugadas com derivativos que resultaram em rendimentos pré-determinados, a Autoridade Fazendária não conseguiu determinar, com precisão, a base de cálculo de toda a autuação.

Somente uma parcela da autuação, aquela identificada na diligência fiscal como destinada diretamente à aquisição de títulos públicos, que possuem rendimentos predeterminados, pode ser mantida. A diligência fiscal identificou essa parcela ao longo do seu relatório (fls. 55020/55026), cujos excertos específicos transcrevo mais uma vez:

As remessas de câmbio dão entrada na conta bancária 79.050-6, cujo extrato se encontra na documentação anexa ao Laudo EY. Alguns valores são transferidos para outra conta, 79.037-3 (denominada conta tributada, cujo extrato também se encontra em anexo). Desta forma, com a documentação apresentada pela EY e com a movimentação bancária do período, esta fiscalização recompôs o destino das remessas de câmbio. No Anexo I - Cálculo Fiscalização, na aba Uso câmbio, foram calculadas as seguintes destinações dos valores remetidos de câmbio para o período autuado (dez/2011 a fev/2012):

dez/11	
Remessa Câmbio	2.107.765.704,00
Envio Câmbio	- 7.668.000,00
Ajustes	14.527.179,90
Compra de Ações	- 1.523.211.199,00
Compra Títulos	- 588.524.081,07
Transf da ct tributada	12.134.118,99
Saldo	15.017.303,89

jan/12	
Remessa Câmbio	1.974.698.313,00
Envio Câmbio	- 436.676.450,00
Ajustes	- 683.284.065,47
Compra de Ações	- 639.477.173,48
Compra Títulos	- 227.473.886,88
Transf da ct tributada	7.140.525,75
Saldo	- 5.077.850,20

fev/12	
Remessa Câmbio	1.021.415.973,00
Envio Câmbio	- 211.946.930,00
Ajustes	- 315.699.444,42
Compra de Ações	- 227.373.565,71
Compra Títulos	- 288.326.607,52
Transf da ct tributada	15.347.375,18
Saldo	- 6.591.491,95

Total	
Remessa Câmbio	5.103.879.990,00
Envio Câmbio	- 656.291.380,00
Ajustes	- 984.456.329,99
Compra de Ações	- 2.390.061.938,19
Compra Títulos	- 1.104.324.575,47
Transf da ct tributada	34.622.019,92
Saldo de Câmbio	3.367.786,27
Acréscimos conta	2.997.694,60
Diferença	370.091,67

Os valores acima utilizados e apresentados na planilha de apuração foram extraídos conforme abaixo:

Remessa de Câmbio – Na planilha WP.01 apresentada nos documentos anexos ao Laudo EY, aba 01.002, há os valores de remessas de câmbio aqui utilizadas. Na documentação apresentada, constam também os extratos bancários onde as remessas podem ser comprovadas.

(...)

Compra de títulos – Na planilha WP.04 apresentada nos documentos anexos ao Laudo EY, há os valores destinados à compra de títulos públicos com o valor dos ajustes positivos de margem diária. No extrato bancário da conta bancária 79.037-3 (conta tributada), constam as aquisições de títulos públicos. Os valores utilizados são os informados como provenientes de ajustes positivos e destinados à aquisição de títulos públicos (coluna E da planilha WP.04).

(...)

Portanto, dos R\$ 4.447.588.610,00 líquidos de câmbio (remessa menos envio), cerca de 1 bilhão foram utilizados para o pagamento de ajustes, 2,4 bilhões para a aquisição de ações e 1,1 bilhão para aquisição de títulos de renda fixa.

(...)

Concluída a análise das informações prestadas pelo contribuinte, tem-se a seguinte análise.

1. Conforme visto no decorrer deste relatório, as entradas das remessas de câmbio foram utilizadas da seguinte forma:

Entrada Líquida Câmbio	4.447.588.610,00
Ajustes Mercado Futuro	- 984.456.329,99
Compra de Ações	- 2.390.061.938,19
Compra Títulos Públicos	- 1.104.324.575,47
Transf da ct tributada	34.622.019,92

2. Com relação ao pagamento de ajustes do mercado futuro e à compra de títulos, estas seriam duas operações que teriam relação com a operação apresentada na autuação, já que para se ter um rendimento pré-determinado das aplicações em dólar, haveria a necessidade de compra de dólar e venda de índice no mercado futuro, assim como a compra de títulos para compor as margens de garantia. A fiscalização procedeu ao cálculo teórico do ajuste de margem no mercado futuro que o contribuinte incorreria, para travar o valor da remessa de dólares e da compra de ações (imaginando uma carteira que simulasse o índice Ibovespa). O valor de ajuste de margem para o período seria de -R\$ 522.670.322,971.

3. Houve aplicação direta de remessa de dólares em Títulos Públicos, no valor de R\$ 1.104.324.575,47.

Esse entendimento coincide com aquele realizado pela Ernest&Young, empresa contratada pelo recorrente para emissão de laudo técnico (fls. 54879/54988):

Em 30 de janeiro de 2020, ao examinar os argumentos apresentados pelo Banco J.P. Morgan, o CARF entendeu ser necessária a conversão do julgamento em diligência, com vistas a aclarar os fatos apresentados e adicionar demonstrativos complementares (o “Assunto”) referentes aos quesitos:

(...)

Neste contexto, a EY foi requisitada a prestar assistência técnica para o Banco J.P. Morgan, respondendo aos quesitos supracitados elaborados pelo CARF, no que concerne à constatação das informações contidas no processo do Auto de Infração, identificando elementos que possam corroborar os fatos relevantes ao caso e examinando os documentos disponibilizados pela Administração do Banco J.P. Morgan.

Com relação aos quesitos “i.e” e “i.f.” acima, cabe esclarecer que, apesar de a requisição do CARF abranger o período de entre 01/12/2011 e 29/12/2012, o Banco J.P Morgan decidiu que os exames ora realizados deveriam compreender o período de 01/12/2011 a 31/03/2012. Isso porque, após a avaliação das posições de empréstimos de ações, foi constatado que dos 3.066 (três mil e sessenta e seis) contratos de aluguel de ações existentes na carteira do Whitefriars em 29/02/2012 (fim do Período Autuado), apenas 3 (três) operações não foram liquidadas até o final de março, as quais representam 0,10% do total da posição existente em 29/02/2012 (ou seja, 99,90% da posição existente nesta data foi liquidada até o final de março/2012), sendo tal que informação foi verificada pela EY a pedido do Banco JP Morgan. Veja-se:

(...)

Para demonstrar se a entrada de recursos utilizados em compra de ações e ajustes diários de margem de contratos de futuros apresentam elementos técnicos que confirmem ou afastam a acusação fiscal de que o conjunto dessas transações realizadas pelo Whitefriars seria uma operação estruturada visando a obtenção de rendimentos predeterminados, conforme descrito no quesito “i.a” (acima), **as avaliações foram subdivididas através dos seguintes procedimentos:**

(i) Levantamento do total de ingressos de recursos, das compras/vendas de ações e dos ajustes de margem diários de contratos futuros realizados durante o Período Estendido (de análise) e autuado;

(...)

Procedimentos efetuados:

Com o objetivo de realizar o levantamento dos ajustes diários de contratos futuros (positivos e negativos) detidos pelo Whitefriars e examinar a destinação dos recursos oriundos especificamente de margens diárias positivas de futuros,

conforme solicitado no quesito “i.b” acima, as análises deste quesito foram subdivididas através da realização dos seguintes procedimentos:

(i) Com base nos extratos de liquidação diária de Futuros da "B3" para as posições do Whitefriars, levantamos os montantes referentes aos ajustes diários de futuros positivos e negativos (considerando o ajuste líquido do dia).

(ii) Posteriormente, para as datas em que houve margens positivas (considerando o ajuste líquido do dia), por meio dos extratos de conta corrente (contas 36867443 e 36867436) e notas de corretagem/boletas do Whitefriars, examinamos qual foi a destinação dada pelo Whitefriars a tais recursos.

Os procedimentos compreenderam o período de 01 de dezembro de 2011 a 31 de março de 2012 (Período Estendido).

(i) Levantamento dos ajustes diários recebidos e pagos de margem de futuros: este procedimento tem como objetivo identificar, por meio dos extratos de liquidação diária fornecidos pela B3, os montantes de margens diárias recebidos pelo Whitefriars e pagos por ele relativamente à posição detida em contratos futuros, de forma a permitir a identificação, no procedimento **(ii), da destinação de tais recursos**.

(...)

Uma vez identificados os montantes recebidos e pagos de margens diárias pelo Whitefriars durante o Período Estendido, passa-se à análise da destinação dos ajustes positivos de margens diárias durante este período, os quais estão evidenciados no procedimento (ii) a seguir.

(ii) Destinação dos recursos oriundos de margens positivas de futuros: este procedimento tem como objetivo identificar, a partir do levantamento dos ajustes de margens diárias recebidas pelo Whitefriars no procedimento (i), qual teria sido a sua destinação.

Resultados alcançados:

Conforme pode ser observado na tabela 7.2 (acima), os recursos oriundos de margens positivas de futuros do Whitefriars totalizaram o montante de R\$1.822.249.595 (um bilhão e oitocentos e vinte e dois milhões e duzentos e quarenta e nove mil e quinhentos e noventa e cinco reais).

Posteriormente, **por meio do exame dos extratos de conta corrente (contas 36867443 e 36867436) e notas de corretagem/boletas do Whitefriars, verificamos** para o Período Estendido que os montantes recebidos de ajustes diários de margem foram destinados da seguinte forma: (a) R\$ 44.803.992 (quarenta e quatro milhões e oitocentos e três mil e novecentos e noventa e dois reais) foram utilizados para a compra de ações; (b) R\$229.784.878 (duzentos e vinte e nove milhões e setecentos e oitenta e quatro mil e oitocentos e setenta e oito reais) foram repatriados ao país de origem por este investidor através de operações de remessa câmbio em Mar/12; e **(c) R\$ 1.547.660.725 (um bilhão e**

quinhentos e quarenta e sete milhões e seiscentos e sessenta mil e setecentos e vinte e cinco reais) foram transferidos para a conta 36867436 e utilizados na compra de títulos públicos.

Analisando a planilha WP.04 (arquivo não paginável, fl. 54999), elaborada pela Ernest&Young, observo que os valores destinados à compra de títulos públicos foram indicados da seguinte forma:

Data de Liquidação	Ajuste Diário de Futuros (Positiva)	Transferência de parte do recurso da margem positiva da conta no. 36867443 para conta corrente 36867436 para conta corrente tributada	Utilização do recurso transferido para a conta no. 36867436 para compra de títulos públicos	Utilização de parte do recurso para compra de ações	Utilização de parte do recurso para envio de remessa de câmbio
20/mar/12	553.436	550.000	549.012	3.436	-
21/mar/12	50.777.238	50.773.500	50.773.413	3.738	-
22/mar/12	29.157.748	-	-	2.092	29.155.656
23/mar/12	70.129.254	-	-	1.069	70.128.185
26/mar/12	-	-	-	-	-
27/mar/12	-	-	-	-	-
28/mar/12	50.855.172	-	-	18.855	50.836.317
29/mar/12	63.240.142	-	-	18.587	63.221.555
30/mar/12	16.443.165	-	-	-	16.443.165
Total	1.822.249.595	1.547.660.726	1.553.644.990	44.803.992	229.784.878

Data de Liquidação	Ajuste Diário de Futuros (Positiva)	Transferência de parte do recurso da margem positiva da conta no. 36867443 para conta corrente 36867436 para conta corrente tributada	Utilização do recurso transferido para a conta no. 36867436 para compra de títulos públicos	Utilização de parte do recurso para compra de ações	Utilização de parte do recurso para envio de remessa de câmbio
--------------------	-------------------------------------	---	---	---	--

Legendas

- ◆ Conforme Transaction Date extraído da sheet '01.005' do WP.01 - Requerimento i.a.
- ☒ Conforme Ajuste Futuro Margem Positiva extraído no extrato da BM&F. Análises formalizadas no WP.01 (worksheet '01.004')
- ✕ Trata-se de transferências dos recursos oriundos de margem positiva da BM&F da conta corrente 79050-6 (não tributada) para a conta corrente do Whitefiars 36867436 (conta corrente tributada). Verificamos os extratos de conta corrente, análises formalizadas no WP.01 - (worksheet '01.004').
- ☒ Trata-se de utilização dos recursos transferidos para conta corrente (tributada) para compra de títulos públicos. Verificamos liquidação financeira através do documento do Banco Itaú - Movimentação Financeira da Conta Corrente enviado pelo J.P Morgan anexo em nesse WP.
- ☒ Refere-se a valores destinados a compra de ações, conforme WP.01 (worksheet '01.005')

A Autoridade Fiscal fez a análise dos títulos públicos comprados pelo recorrente de forma direta, conforme planilha anexa ao Relatório da Diligência:

NºOP.	CÓD.	Nº CONTA	SIGLA	TÍTULO	VENC.	FACE/QT	PU	VAL. FINANC	D/C
05/12/2011	1052	00380028-7	LFT	210100	07/03/2012	3.822 D	4.981,77401900	19.040.340,30	C
08/11/2011	1052	00380028-7	LFT	210100	07/03/2012	11.399 D	4.987,99832600	56.858.192,91	C
09/11/2011	1052	00380028-7	LFT	210100	07/09/2012	10.019 D	4.990,42660900	49.999.084,19	C
09/11/2011	1052	00380028-7	LFT	210100	07/03/2013	6.011 D	4.990,41079000	29.997.359,25	C
09/11/2011	1052	00380028-7	LFT	210100	07/06/2013	3.182 D	4.989,94675400	15.878.010,57	C
14/12/2011	1052	00380028-7	LTN	100000	01/01/2014	3.324 D	821,16708500	2.729.559,39	C
15/12/2011	1052	00380028-7	LTN	100000	01/07/2012	74.000 D	948,98827600	70.225.132,42	C
16/12/2011	1052	00380028-7	LTN	100000	01/07/2012	10.400 D	949,37429700	9.873.492,68	C
16/12/2011	1052	00380028-7	NTN-F	950199	01/01/2014	30.315 D	1.039,67054200	31.517.612,48	C
19/12/2011	1052	00380028-7	LTN	100000	01/07/2012	14.950 D	949,69082200	14.197.877,78	C
20/12/2011	1052	00380028-7	NTN-F	950199	01/01/2014	100 D	1.039,67054200	103.967,05	C
22/12/2011	1052	00380028-7	LTN	100000	01/07/2012	33.933 D	950,62256300	32.257.475,43	C
27/12/2011	1052	00380028-7	LFT	210100	07/09/2012	509 D	5.014,69592500	2.552.480,22	C
29/12/2011	1052	00380028-7	LTN	100000	01/07/2012	143.905 D	952,31700900	137.043.179,18	C
06/01/2012	1052	00380028-7	LTN	100000	01/07/2012	104.639 D	954,47611000	99.875.425,67	C
09/01/2012	1052	00380028-7	LTN	100000	01/07/2012	16.149 D	954,88498100	15.420.437,55	C
11/01/2012	1052	00380028-7	LTN	100000	01/01/2014	254 D	822,13882800	208.823,26	C
16/01/2012	1052	00380028-7	LTN	100000	01/07/2012	79.350 D	956,76311400	75.919.153,09	C
17/01/2012	1052	00380028-7	NTN-F	950199	01/01/2014	26 D	993,55967800	25.832,55	C

> ... Venda ações alugadas Aluguel Ações x Compra Títulos Composição Títulos Públicos **Compra Títulos JP**

Apesar do cálculo da empresa que emitiu o laudo técnico ter apontado par o valor de R\$1.553.644.990,00, observa-se que o valor calculado pelo Auditor-Fiscal foi de apenas R\$1.104.324.575,47. Isso se deve ao fato do cálculo da empresa Ernest&Young ter realizado uma apuração que incluiu o mês de março/2012, que não foi objeto da autuação; ao excluir esse período, encontra-se o exato valor indicado pela diligência fiscal.

Verificando a apuração realizada tanto na diligência fiscal quanto no laudo técnico encomendado pelo recorrente, os valores que ingressaram no país no período da autuação foram utilizados para investimento em títulos de renda fixa como LFT (Letra Financeira do Tesouro), em LTN (Letra do Tesouro Nacional) e em NTN-F (Notas do Tesouro Nacional série F).

O contribuinte se insurge contra essa conclusão nos seguintes termos (fls. 55043/55062):

2. Esclarecimentos adicionais quanto ao Relatório de Diligência

Embora as conclusões do Relatório de Diligência estejam corretas em sua maioria e confirmem a improcedência do trabalho fiscal, o Requerente entende conveniente fazer breves esclarecimentos a respeito de passagens específicas do texto.

2.1. O equívoco relativo às migrações de ajustes diários positivos para a aquisição de títulos públicos

O primeiro ponto que merece esclarecimentos diz respeito à afirmação, contida no Relatório de Diligência, no sentido de que, do valor ingressado no Brasil, “houve aplicação direta de remessa de dólares em Títulos Públicos, no valor de R\$1.104.324.575,47”.

O d. auditor fiscal responsável pelo Relatório de Diligência chegou a essa conclusão a partir da análise do fluxo de caixa das operações, o que pode ser verificado com maior detalhamento no Anexo I do citado documento.

Ocorre que, como destacado pelo próprio d. auditor fiscal, os recursos utilizados para aquisição de títulos públicos são decorrentes da conta de ajuste de margem

positiva. Trata-se, portanto, de valores gerados em ajustes diários de operações de renda variável realizadas no Brasil, o que significa dizer que a fonte de produção de tais valores está no próprio território nacional.

Ora, se tais valores foram gerados no Brasil em ajustes diários, é incorreta a afirmação de que “houve aplicação direta de remessa de dólares em Títulos Públicos”.

(...)

Nesse contexto, conforme reconhecido pelo Relatório de Diligência, parte dos recursos ingressados no Brasil no período em referência (R\$2.479.090.814 – período estendido) foi utilizada pelo JP WHITEFRIARS para o pagamento de ajustes diários negativos (os quais resultaram em perda para este investidor).

Da mesma forma, **os contratos derivativos também resultaram em ajustes positivos recebidos pelo JP WHITEFRIARS (R\$ 1.822.249.595)** no período estendido, cujos valores foram pagos por intermédio da contraparte central – B3, em território nacional, e portanto, pagos ao JP WHITEFRIARS no Brasil, **sendo tais recursos utilizados para** aquisição de ações (R\$ 44.803.992), remessa de câmbio ao exterior (R\$ 229.784.878) **e aquisição de títulos públicos utilizados, em grande parte, com a finalidade de constituição de margem de garantia em operações de renda variável no mercado futuro (R\$ 1.547.660.725)**. A referida alocação em títulos públicos era perfeitamente válida, uma vez que o investimento original constituiu em uma operação de renda variável, a qual inclusive gerou resultados positivos recebidos pelo JP WHITEFRIARS e utilizados da forma descrita acima.

Contudo, as alegações do recorrente não se sustentam. Apesar de afirmar que “O d. auditor fiscal responsável pelo Relatório de Diligência chegou a essa conclusão a partir da análise do fluxo de caixa das operações”, o que realmente ocorreu foi que essa afirmação foi realizada com base na conclusão expressa do próprio laudo técnico contratado pelo recorrente, já transcrito, que não deixa dúvidas sobre essa questão. Deve-se ter em conta, conforme mencionado na introdução do laudo técnico, que este se prestava a identificar a destinação dos recursos que ingressaram no país e que foram objeto da autuação.

A Autoridade Fiscal afirma que a aquisição foi realizada de forma direta por não ter envolvido o Fundo ATACAMA. De qualquer sorte, mesmo que se entenda que a origem desta compra não diretamente com os recursos vindos do exterior, o próprio recorrente afirma que houve a aquisição de contratos derivativos que originaram ajustes positivos, os quais foram utilizados para a compra dos títulos públicos; ou seja, foram realizadas operações com derivativos que resultaram em rendimentos predeterminados.

O valor total da base de cálculo utilizada no Auto de Infração foi de R\$4.622.715.484,25 (fl. 300):

INFRAÇÕES APURADAS EM BASE DE CÁLCULO

	Fato Gerador	Multa	Valor Tributável	Alíquota	Imposto Apurado
	10/12/2011	75,00%	726.906.737,34	6,0000%	43.614.404,24
	20/12/2011	75,00%	421.466.616,63	6,0000%	25.287.996,99
	31/12/2011	75,00%	950.175.053,77	6,0000%	57.010.503,22
	10/01/2012	75,00%	479.838.243,63	6,0000%	28.790.294,61
	20/01/2012	75,00%	733.441.689,62	6,0000%	44.006.501,37
	31/01/2012	75,00%	324.741.929,63	6,0000%	19.484.515,77
	10/02/2012	75,00%	494.543.822,14	6,0000%	29.672.629,32
	20/02/2012	75,00%	320.716.783,63	6,0000%	19.243.007,01
	29/02/2012	75,00%	170.884.607,86	6,0000%	10.253.076,47

Deste valor, apenas R\$1.104.324.575,47 foi comprovadamente aplicado em títulos de renda fixa, nos seguintes períodos, de acordo com o laudo técnico e com a diligência fiscal:

DEZ/2011 = R\$588.524.081,07

JAN/2012 = R\$227.473.886,88

FEV/2012 = R\$288.326.607,52

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial a este pedido para excluir da base de cálculo do lançamento o montante de R\$3.518.390.908,78 (R\$4.622.715.484,25 - R\$1.104.324.575,47).

II – DO RECURSO DE OFÍCIO

II.1 DA ADMISSIBILIDADE

A decisão de piso excluiu o contribuinte Itaú Unibanco S/A do polo passivo da obrigação tributária, exonerando-o de crédito tributário no valor de R\$605.755.366,36. Em razão do montante exonerado, o Colegiado *a quo* recorreu de ofício a este Conselho.

O limite de alçada para a admissibilidade de Recurso de Ofício está estabelecido na Portaria/MF nº 02, de 17/01/2023:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento de Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

Art. 2º Fica revogada a Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017.

Art. 3º Esta Portaria entrará em vigor em 1º de fevereiro de 2023.

Assim, conheço do Recurso de Ofício, em razão do valor discutido ser superior ao limite de alçada de R\$15.000.000,00, estabelecido no artigo 1º da Portaria/MF nº 02/2023.

II.2 – DA FUNDAMENTAÇÃO

A DRJ excluiu o contribuinte Itaú Unibanco S/A do polo passivo da obrigação tributária com base nos seguintes fundamentos:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Uma vez avaliada a correção do lançamento quanto ao mérito, importa examinar se o auto de infração identificou de acordo os sujeitos passivos da obrigação tributária.

Duas pessoas jurídicas foram arroladas no polo passivo da autuação: Banco JP Morgan e Itaú Unibanco S/A. O Banco JP Morgan foi chamado à sujeição passiva primeiro na qualidade de responsável de forma supletiva ou subsidiária por se tratar da instituição financeira que realizou a operação de câmbio. Depois, como responsável solidário diante do disposto no art. 124, I do Código Tributário Nacional, tendo em vista, nas palavras da autoridade, a relação intrínseca entre o Banco JP Morgan e JP Morgan Whitefriars INC. **O Itaú Unibanco S/A, por sua vez, foi identificado como sujeito passivo por substituição como sendo a representante legal do investidor estrangeiro e, nessa condição, responsável, nos termos do art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995,** pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado.

Como relatado, ambas as pessoas jurídicas alçadas à posição passiva do lançamento apresentaram arguições contrárias ao entendimento fiscal. Apreciaram-se inicialmente as razões opostas pelo Banco JP Morgan.

(...)

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO – ITAÚ UNIBANCO S/A

Itaú Unibanco S/A, representante legal do investidor estrangeiro JP Morgan Whitefriars, foi arrolado no polo passivo pela autoridade fiscal que apontou, entre os fundamentos, o disposto no art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995. Diz o comando:

Lei nº 8.981, de 1995:

*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.

O dispositivo é visto pela auditoria em conjunto com o disposto no art. 128 do CTN:

Lei nº 5.172, de 1966 (CTN):

(...)

Conjugando os dois artigos conclui a auditoria:

A partir do momento em que a lei geral designa o representante legal como responsável tributário "pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado" (art. 79 da Lei nº 8.981/95), e a lei específica designa como "contribuinte" do IOF-Câmbio aquele que compra ou vende a moeda estrangeira nas operações de transferências financeiras (art. 6º da Lei nº 8.894/94), fica claro que é o representante legal que assume esse papel e com ele deve ser estabelecida a relação jurídico-tributária.

Assim, cabe afirmar que, em se tratando de contribuinte residente e domiciliado no exterior, o representante legal escolhido para atuar no país substitui aquele para todos os fins no tocante às obrigações tributárias. Trata-se, aqui, de responsabilidade por substituição, em que o contribuinte não integra o polo passivo da relação jurídico-tributária, mas apenas o responsável tributário que o substitui.

Os elementos constantes do processo são suficientes para demonstrar quem é o representante legal do investidor estrangeiro.

No caso concreto, o Itaú é o representante legal e tributário do investidor estrangeiro e consoante a legislação supramencionada, quem assume o lugar de contribuinte investidor estrangeiro no caso do IOF-Câmbio.

A defesa de Itaú Unibanco S/A, tomando o texto do 79 da Lei nº 8.981, de 1995, frisa, inicialmente, que o comando cuida especificamente do imposto de renda sobre operações realizadas pelo investidor não-residente nos mercados financeiros e de capitais, de modo que seu âmbito normativo não se estende ao IOF/Câmbio, tributo que incide em operação diversa, a de troca de moeda.

Discorre princípios de hermenêutica jurídica para argumentar que o *caput* e os parágrafos de um dispositivo legal devem compor um conjunto normativo integrado e destinado a objeto comum e que, nesta tônica, tendo em vista que a Lei nº 8.981, 1995, trata especificamente de imposto de renda, o art. 79 do diploma não poderia ser invocado pela fiscalização para a atribuição de responsabilidade tributária relativa ao IOF/Câmbio ao representante do investidor não-residente.

Percorrendo os contribuintes e os responsáveis correspondentes a cada uma das modalidades do IOF tratadas no Decreto nº 6.306, de 2007 (Câmbio, Crédito, Seguro, Títulos os Valores Mobiliários e Ouro), destaca que em nenhuma das hipóteses **o representante do investidor não-residente é alocado como sujeito passivo do recolhimento do IOF**, o que confirmaria a interpretação de que o art. 79 da Lei nº 8.981, de 1995, aplica-se apenas ao imposto de renda.

O alcance normativo do citado artigo 79 da Lei nº 8.981, de 1995, não tem a extensão defendida pela auditoria. A razão, nesse aspecto, está do lado da defesa.

De fato, uma leitura de toda a Lei nº 8.981, de 1995, leva à conclusão de que o diploma é quase que todo ele direcionado à instalação de nova regulação para a tributação do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro.

Regras para incidência do imposto de renda das pessoas físicas recebem atenção no Capítulo II da Lei, o Capítulo III dirige-se a regular a tributação do IRPJ, o Capítulo IV dedica-se à CSL e Capítulo V ao Imposto incidente na Fonte. **O art. 79 aqui em foco insere-se no Capítulo VI, direcionado à tributação das operações financeiras efetivadas nos mercados de renda fixa ou variável e integra a Seção IV desse Capítulo, que é voltada a regras de tributação das Operações Financeiras Realizadas por Residentes ou Domiciliados no Exterior.**

Veja-se a localização do artigo dentro da organização do diploma legal:

(...)

O entendimento acima se consolida quando conjugado com o disposto no art. 66 da Instrução Normativa RFB nº 1022, de 2010, ato normativo administrativo que dispôs sobre o imposto sobre a renda incidente sobre rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiros e de capitais. O comando assim estabelece:

(...)

Note-se que o § 3º explicita os limites da responsabilidade atribuída ao representante legal sobre as operações que realizar a mando do investidor estrangeiro traçando-os na mesma extensão que se concluiu pela interpretação acima. A responsabilidade tributária do representante do investidor estrangeiro não se aplica às conversões de câmbio sujeitas ao IOF.

Nessa medida, não é legítima a alocação da pessoa jurídica Itaú Unibanco S/A no polo de sujeição passiva do lançamento.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou Razões ao Recurso de Ofício, nos seguintes termos:

RAZÕES AO RECURSO DE OFÍCIO

V – Responsabilidade tributária por substituição do Itaú Unibanco S.A.

A decisão de primeira instância afastou a responsabilidade tributária por substituição do Itaú Unibanco S.A., sob o fundamento de que o art. 79 da Lei

8.981/1995 não possui o alcance pretendido pela Autoridade Fiscal, uma vez que não incide sobre relações jurídico-tributárias decorrentes do IOF.

A motivação apresentada pela DRJ é de que o dispositivo legal em questão não seria aplicável ao presente caso, em razão de estar inserido em diploma legal voltado à disciplina do Imposto sobre a Renda “e de forma específica sobre os rendimentos das operações financeiras de renda fixa e variável, entre elas as praticadas por residentes ou domiciliados no exterior” (fl. 54.323). Transcreve-se, por oportuno, trecho da decisão recorrida:

(...)

Com a devida vênia, tal conclusão não merece prevalecer.

Ao contrário do entendimento preconizado pela DRJ, a Lei 8.981/1995 não disciplina exclusivamente o Imposto sobre a Renda de pessoas físicas e de pessoas jurídicas.

De início, deve-se atentar para o fato de que a ementa do referido diploma legal é genérica, nos seguintes termos: “Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências” (destacou-se). O legislador não fez alusão específica ao imposto de renda. Além de mencionar genericamente a legislação tributária federal, reforçou o caráter abrangente da norma pelo uso da expressão “e dá outras providências”.

Na estrutura formal das leis, a ementa integra a parte preliminar (art. 3º, I, da LC 95/1998) e possui relevante função na interpretação normativa, porquanto deve explicitar “de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei” (art. 5º da LC 95/1998).

A ementa da Lei 8.981/1995 afirma que seu objeto é a legislação tributária federal, além de outras providências, diferentemente, por exemplo, da Lei 9.250/1995 – do mesmo ano, portanto –, cuja ementa dispõe: “Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências” (destacou-se).

É clara a diferença. Pela ementa, o intérprete percebe que a Lei 9.250/1995 concentra-se em alterar a legislação do imposto de renda, ao passo que o mesmo não se pode dizer da Lei 8.981/1995.

Não bastasse a consideração desse relevante elemento norteador da interpretação jurídica, a análise da Lei 8.981/1995 revela a existência de outros dispositivos referentes às diversas espécies tributárias (ou, genericamente, a todas), a exemplo dos seguintes:

(...)

Portanto, ao contrário do que afirma a DRJ, a simples leitura do inteiro teor do diploma legal sob análise contraria a tese de que ele se destina unicamente a regular a incidência do imposto de renda.

O art. 79 está situado em capítulo intitulado “Da Tributação das Operações Financeiras”, o qual se encontra após os capítulos “Disposições Gerais”, “Do

Imposto de Renda das Pessoas Físicas”, “Do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas”, “Da contribuição social sobre o lucro” e “Da tributação do Imposto de Renda na Fonte”. Se o art. 79 se destinasse exclusivamente ao imposto de renda, o legislador, seguindo o mesmo padrão da estrutura legal, teria feito referência a essa espécie tributária.

Acrescente-se que “operações financeiras” é conceito que sintetiza todas as operações sobre as quais incide o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, integrando a abreviação da nomenclatura dessa espécie tributária.

O caput do art. 79 da Lei 8.981/1995 determina que “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” (destacou-se).

Neste caso, o IOF-Câmbio é obrigação tributária decorrente de operações (liquidações de contratos de câmbio) relacionadas ao investimento estrangeiro nos mercados financeiros e de valores mobiliários, realizadas, no País, pelo Itaú Unibanco S.A., na condição de representante legal do investidor estrangeiro, JP Morgan Whitefriars. Ora, o investimento estrangeiro não dá causa apenas a fatos geradores tributários ínsitos às operações no mercado financeiro e de capitais. O IOF-Câmbio é uma das obrigações tributárias que decorrem desse investimento, de modo que não procede a interpretação restritiva feita pela DRJ.

Com razão a Procuradoria da Fazenda Nacional. Vejamos como está estruturada a Lei nº 8.981, de 1995:

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

(...)

CAPÍTULO II

Do Imposto de Renda das Pessoas Físicas

(...)

CAPÍTULO III

Do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas

(...)

CAPÍTULO IV

DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO

(...)

CAPÍTULO V

Da Tributação do Imposto de Renda na Fonte

(...)

CAPÍTULO VI

Da Tributação das Operações Financeiras

SEÇÃO I

Do Mercado de Renda Fixa

(...)

SEÇÃO II

Do Mercado de Renda Variável

(...)

SEÇÃO III

Das Disposições Comuns à Tributação das Operações Financeiras

(...)

SEÇÃO IV

Da Tributação das Operações Financeiras Realizadas por Residentes ou Domiciliados 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.

Como se verifica, o dispositivo em questão está situado no Capítulo VI, “*Da Tributação das Operações Financeiras*”, na Seção IV, “*Da Tributação das Operações Financeiras Realizadas por Residentes ou Domiciliados no Exterior*”. O preâmbulo, por sua vez, introduz a lei nos seguintes termos: “*Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências*”.

Feitas essas considerações, passo a analisar a decisão da DRJ. Inicialmente, constato o equívoco do argumento do contribuinte, replicado pela DRJ, no sentido de que “*o 79 da Lei nº*

8.981, de 1995, frisa, inicialmente, que o comando cuida especificamente do imposto de renda sobre operações realizadas pelo investidor não-residente nos mercados financeiros e de capitais, de modo que seu âmbito normativo não se estende ao IOF/Câmbio”.

O dispositivo legal em questão não cuida especificamente do imposto de renda. Muito pelo contrário, a lei possui um capítulo específico para tratar do imposto de renda das pessoas jurídicas, o capítulo III; o art. 79, contudo, está situado no capítulo VI, que cuida da tributação das operações financeiras, e mais especificamente na Seção IV, referente à tributação das operações financeiras realizadas por residentes ou domiciliados no exterior. Não há absolutamente nenhum comando legal que possa sustentar essa afirmação do contribuinte, corroborada pela DRJ.

A alegação da DRJ de que “o diploma é quase que todo ele direcionado à instalação de nova regulação para a tributação do Imposto sobre a Renda (...)” é igualmente desprovida de embasamento legal. O próprio preâmbulo da lei já afirma que essa lei “Altera a legislação tributária Federal e dá outras providências”, deixando bastante evidente o caráter genérico da norma, que evidentemente não se destina exclusivamente ao IRPJ e à CSLL, tanto que o julgador de piso teve que recorrer, de forma inusitada para uma decisão, à utilização do termo “quase”.

Mostra-se evidente que o capítulo no qual está inserido o dispositivo em questão não trata especificamente de IRPJ. Tanto que o texto legal afirma expressamente que o “representante legal (...) será responsável, nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional (...) pelo cumprimento das obrigações tributárias decorrentes das operações que realizar por conta e ordem do representado”. Se o entendimento da DRJ estivesse correto, o texto iria se referir a “imposto de renda”, e não a “obrigações tributárias”.

Tanto é assim que no § 1º o texto legal afirma que “O representante legal não será responsável pela retenção e recolhimento **do Imposto de Renda** na fonte sobre aplicações financeiras”, ou seja, quando a lei quis tratar apenas um tributo específico, o fez de forma expressa.

O art. 128 do CTN, por sua vez, dispõe o seguinte:

CAPÍTULO V - Responsabilidade Tributária

SEÇÃO I - Disposição Geral

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

O art. 79 da Lei nº 8.981/95, ao determinar expressamente que o representante legal será responsável nos termos do art. 128 do CTN, não deixa qualquer margem de dúvidas sobre a sujeição passiva do contribuinte Itaú Unibanco S/A, afastada indevidamente pela decisão *a quo*.

Pelo exposto, dou provimento ao Recurso de Ofício.

III - DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para excluir da base de cálculo do IOF/Câmbio o montante de R\$3.518.390.908,78 e dar provimento ao Recurso de Ofício, para restabelecer a responsabilidade tributária do contribuinte Itaú Unibanco S/A.

Assinado Digitalmente

Lázaro Antônio Souza Soares