



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Recurso nº. : 142.131
Matéria: : IRF - ANO: 1999
Recorrente : BB ADMINISTRAÇÃO DE ATIVOS - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS
E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.
Recorrida : 9ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I
Sessão de : 26 de abril de 2007
Acórdão nº. : 102-48.463

NULIDADE DO LANÇAMENTO - ENQUADRAMENTO LEGAL -
Pacífica a jurisprudência deste Conselho no entendimento de que a correta descrição dos fatos prevalece sobre eventual omissão ou erro na indicação do enquadramento legal, ainda mais quando a autuada rebate adequadamente os termos da acusação, indicados na descrição dos fatos.

NULIDADE DO LANÇAMENTO - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - Sendo o MPF mero instrumento de controle administrativo e havendo nos autos MPF-C para extensão do procedimento fiscal ao IRRF do ano de 1999, rejeita-se o pedido pela nulidade do feito.

APLICAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA VARIÁVEL - OPERAÇÕES CONJUGADAS - TRIBUTAÇÃO - São tributadas na fonte, como de aplicações financeiras de renda fixa, as operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - O artigo 44, inciso II, da Lei 9.430, de 1996, ao dispor sobre a aplicação da multa qualificada, determina a caracterização do evidente intuito de fraude.

Preliminar rejeitada.
Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BB ADMINISTRAÇÃO DE ATIVOS - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento, e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

**ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO
PRESIDENTE EM EXERCÍCIO**

**JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS
RELATOR**

FORMALIZADO EM: **11 FEV 2008**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NAURY FRAGOSO TANAKA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, SILVANA MANCINI KARAM, ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA e MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA. Ausente, justificadamente, a Conselheira LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO (Presidente).



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

Recurso nº : 142.131
Recorrente : BB ADMINISTRAÇÃO DE ATIVOS - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS
E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.

RELATÓRIO

O Recurso Voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão DRJ/RJO I nº 5.226, de 17/06/2004 (fls. 287/311), que julgou, por maioria de votos, procedente o Auto de Infração de fls. 188/242.

A infração indicada no lançamento e os argumentos de defesa suscitados pelo contribuinte foram sumariados pelo Órgão julgador a quo, nos seguintes termos:

“1. No dia 03.12.2003, em consequência da ação fiscal determinada pela DIF/RIO DE JANEIRO/RJ, foi lavrado o auto de infração de fls. 237/241, para exigir da interessada imposto de renda na fonte (IRRF) de R\$ 345.713,35, juros de mora e multa de 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do tributo.

2. A exigência tributária decorre da acusação de a interessada ter deixado de recolher o imposto na fonte sobre rendimentos produzidos por operações financeiras realizadas com seus clientes em 1999, as quais foram relatadas juntamente com o procedimento fiscal no relatório da atividade fiscal (RAF) de fls. 188/228.

3. Consta no referido relatório, em suma:

3.1. que a ação fiscal visava à verificação da correta apuração do imposto de renda da pessoa jurídica e do seu recolhimento;

3.2. que a interessada comprava ouro dos seus clientes e realizava com eles operações de “swap”, nas quais trocavam as taxas de variação do ouro pelas dos certificados de depósito interbancário (CDI), conforme as cópias dos respectivos contratos juntadas às fls. 22/29;

3.3. que, intimada a esclarecer essas transações, ela respondeu:

3.3.1. que era importante ressaltar, de início, “*que o objetivo das operações de SWAP DI x OURO era o de captar recursos junto a clientes*”; e



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

3.3.2. que, em resumo, os negócios se operavam da seguinte forma: a) ela vendia ouro ao Banco do Brasil S/A pelo preço do último negócio realizado na BM&F no dia anterior; b) o seu cliente adquiria ouro do Banco do Brasil S/A pelo mesmo preço; c) o cliente celebrava com ela um contrato de venda a termo de ouro, no qual se obrigava a vendê-lo, até a data de vencimento do contrato, pelo preço do último negócio realizado na BM&F na data anterior à da liquidação parcial ou total da operação; a entrega do metal, porém, ocorria na data da contratação da operação; e d) concomitantemente, celebrava com o cliente um contrato de "swap" com vencimento idêntico ao do contrato de venda a termo de ouro, no qual o cliente *"ficava ativo num percentual da taxa CDI (calculado para cada operação) e passivo em ouro"*;

3.4. que as informações fornecidas pela interessada sobre todas essas operações revelaram que elas foram realizadas com pessoas físicas e jurídicas, entre as quais foram identificados diversos órgãos públicos e entidades com e sem fins lucrativos (fls. 68/73);

3.5. que o fluxo físico do ativo ouro era, em tese, o seguinte: ele era transportado do estabelecimento da interessada para o do Banco do Brasil S/A, de onde era levado para o do cliente; de lá, retornava para o dela. Na prática, jamais saía dos cofres da interessada;

3.6. que o fluxo financeiro dele era o inverso, ficando claro que os recursos recebidos pela interessada provinham do seu cliente, uma vez que as operações eram realizadas no mesmo dia e nos mesmos valores;

3.7. que, no final do contrato, o cliente recebia de volta os recursos, os quais dependiam, em princípio, da cotação do ouro do dia anterior ao do fechamento do contrato, sugerindo a realização de uma operação de renda variável, pela incerteza do seu resultado;

3.8. que, no entanto, na mesma data em que o cliente vendia o ouro para a interessada, celebrava com ela um contrato de "swap" e ficava, assim, *"ativo em CDI e passivo em ouro"*. Em outras palavras, o cliente recebia o correspondente à variação da taxa do CDI e pagava o produto da multiplicação da variação da cotação do ouro pelo valor do contrato de "swap" (valor notional); e

3.9. que o cliente recebia e pagava o correspondente à variação da cotação do ouro e apenas recebia - e sempre - o correspondente à variação do CDI, numa típica operação de renda fixa.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

4. A partir desse ponto, o RAF:

4.1. apresenta conceitos econômicos dos mercados de renda fixa e variável extraídos de literatura especializada;

4.2. explica as operações de “swap”;

4.3. comenta que o mercado de ouro envolve riscos, uma vez que suas cotações variam em função da oferta e da procura, mas que o metal constitui um ativo real que fica em poder do comprador;

4.4. diz que os documentos de fls. 80, 87, 107, 114, 136 e 146 exemplificam as operações realizadas, e em seguida, demonstra os cálculos de apuração dos rendimentos pagos pela interessada aos seus clientes;

4.5. reafirma: a) que não há a tradição do ouro, uma vez que ele, no final da operação, volta a pertencer à interessada; e b) que, do ponto de vista financeiro, o efeito é o de uma aplicação do cliente dela, haja vista que ele fica com o direito de receber, em data futura, a quantia que lhe entregou na data da celebração da operação, acrescida de remuneração equivalente à variação do CDI;

4.6. acusa a interessada de simular negócios, com o fito de ver tributadas operações de renda fixa como se de renda variável fossem;

4.7. adverte que o imposto sobre o rendimento de aplicações de renda fixa incidia na fonte em 1999 à alíquota de vinte por cento e que incumbia ao responsável - a instituição financeira - o seu recolhimento, o qual deveria ser feito até o terceiro dia útil da semana subsequente à da ocorrência dos fatos geradores, enquanto o imposto incidente sobre o rendimento de aplicações de renda variável era apurado mensalmente pelo próprio aplicador à alíquota de dez por cento, depois de compensados os prejuízos anteriores, e recolhido até o último dia útil do mês subsequente ao da apuração tempestiva;

4.8. observa que, neste último caso, diz-se que o recolhimento do imposto é em separado, mas que fica dispensado quando os rendimentos auferidos são computados nos balanços ou balancetes de suspensão, conforme previsto no art. 35 da Lei nº 8.981, de 1995, hipótese em que o imposto será pago juntamente com o apurado nos balanços;

4.9. assevera que é evidente, portanto, que, nos meses em que eram apuradas bases de cálculo negativas de imposto de renda em balancetes de suspensão, não precisava haver a antecipação do imposto sobre os rendimentos



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

de aplicações financeiras de renda variável, coisa que não seria possível no caso de aplicações em investimento de renda fixa;

4.10. acrescenta: a) que o principal motivo para a afirmação de que o conjunto das operações realizadas pela interessada resulta numa aplicação de renda fixa é o fato de os rendimentos produzidos serem *“sempre um percentual da taxa do CDI”*, que é o custo da captação de recursos para uma instituição financeira, conforme pode ser observado na planilha apresentada em resposta à intimação datada de 28.05.2003; b) que o percentual garantido sobre a taxa do CDI era fixado contrato a contrato (fls. 33/35); e c) que o ouro, ativo financeiro, poderia gerar ganho ou perda; a celebração do contrato de “swap”, porém, passou a garantir o ganho independentemente da variação do ouro, caracterizando, portanto, uma operação de renda fixa, com rentabilidade pós-fixada; e

4.11. arremata, afirmando que, quando os clientes da interessada auferiam ganhos com essas operações, ela deixava de reter na fonte o imposto devido e de recolhê-lo.

5. Depois de transcrever diversos trechos de obras de renomados juristas acerca dos defeitos do negócio jurídico, da simulação, da elisão e evasão tributárias e da prova da simulação, o RAF passa a justificar o agravamento da multa aplicada. Para tanto, afirma que, do exame dos conceitos de sonegação e fraude, pode-se concluir:

5.1. que a conduta é juridicamente reprovável se a intenção for a de suprimir, reduzir ou diferir imposto, por dolo direto; e

5.2. que a conduta continua proibida, e punida, se o agente consegue prever os mesmos resultados que possam advir dessa conduta, ainda que não os queira diretamente (dolo eventual).

6. Segundo o RAF, as peças probatórias revelam a conduta da interessada no sentido:

6.1. de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador, de modo a suprimir o imposto do qual seria responsável;

6.2. de esconder a tipicidade das aplicações financeiras de renda fixa, e assim, caracterizar a fraude, conforme o conceito do art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964; e



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

6.3. de impedir que o fisco verificasse a ocorrência do fato gerador do imposto e suas circunstâncias materiais e a condição pessoal do contribuinte, revelando-se, pois, à luz do art. 71 da sobredita lei, o crime de sonegação de imposto.

7. De acordo com as conclusões do RAF:

7.1. a interessada disfarçava de operação de renda variável uma aplicação que oferecia remuneração tipicamente de renda fixa;

7.2. ela deixava, assim, de reter e recolher o imposto de renda incidente sobre essas operações, *“ensejando condições de competição desleal”*;

7.3. deixava também de cobrar e recolher o IOF sobre essas operações, razão pela qual foi instaurado um outro processo cujo objeto é a exigência desse tributo; e

7.4. a real intenção dos seus clientes era a de realizar uma aplicação financeira de renda fixa, sem risco ou com baixíssimo risco, e não a de se aventurar em investimentos de remuneração incerta, como sugerem os contratos firmados de compra e venda de ouro.

8. Encerra-se o RAF com a indicação de que a incidência do imposto está fixada no art. 65 da Lei nº 8.981, de 1995; que a definição do responsável se encontra no § 8º daquele artigo; que a base de cálculo está estabelecida no seu § 1º; que a alíquota aplicável se encontra no art. 11 da Lei nº 9.249, de 1995; e que a multa de ofício foi aplicada com base no inciso II e no § 1º, inc. I, do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

9. Irresignada, a interessada interpôs impugnação em 09.01.2004 (fls. 251/265), alegando:

9.1. preliminarmente, que o lançamento é nulo por dois motivos: primeiro, pelo fato de o autuante exorbitar a competência que lhe foi outorgada pelo mandado de procedimento fiscal (MPF) nº 07.1.66.00-2003-00002-7 (fls. 1), pois enquanto este o autorizava a verificar apenas o cumprimento das obrigações tributárias relativas ao imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, ele, extrapolando-o, examinou também a observância das obrigações referentes ao imposto de renda na fonte e acabou por fazer a exigência ora combatida. Depois, por não ter sido citada a capitulação legal do fato, numa afronta ao art. 10, inc. IV, do Decreto nº 70.235, haja vista que, embora o auto de infração exija o imposto à alíquota de 20% (vinte por cento) estabelecida no art. 35 da



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

Lei nº 9.532, de 1997, cita, em seu lugar, o art. 11 da Lei nº 9.249, de 1995, que fixou em 15% (quinze por cento) a alíquota do tributo; e

9.2. quanto ao mérito, depois de comentar a natureza das operações com ouro, de explicar as operações de “swap” à luz da Resolução nº 2.138, de 1994, do Conselho Monetário Nacional, e os objetivos do contrato de proteção contra riscos financeiros denominado “SWAP” DI x OURO, e de transcrever dispositivos da Instrução Normativa SRF nº 87 e da Portaria MF nº 264, ambas de 1999, disse, em síntese:

9.2.1. que, consideradas individualmente, as operações realizadas são tipicamente de renda variável e não se enquadram na regra do art. 2º da IN SRF nº 87, de 1999;

9.2.2. que o contrato de “swap” tem como objeto a troca de resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais (§ 1º, art. 1º, item III, da Resolução CMN nº 2.138, de 1994), razão pela qual não se trata de operação cujo objeto seja o metal ouro, tal como previsto no art. 2º da IN SRF nº 87, de 1999;

9.2.3. que as referidas operações são legítimas e desvinculadas, pois realizadas com base no princípio da liberdade de contratar que rege as relações privadas e na vedação à interpretação econômica dos fatos jurídicos para fins tributários, sob pena de violação ao princípio da estrita legalidade tributária e da tipicidade estrita do fato gerador descrito na hipótese legal de incidência;

9.2.4. que a conclusão é a de que os efeitos tributários dos contratos (compra/venda/swap de ouro) devem ser examinados isoladamente, em obediência aos princípios, conceitos e formas do direito privado (artigos 109 e 110 do CTN);

9.2.5. que a alíquota aplicada (20%) diverge da prevista no dispositivo legal no qual se fundamentou a autuação (15%), corroborando o vício formal argüido; e

9.2.6. que não pode prevalecer a aplicação da multa de 150% (cento e cinquenta por cento), uma vez que: a) as operações estavam devidamente contabilizadas; b) elas são legítimas, pois admitidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central; c) houve a publicidade dos contratos de adesão, pois foram registrados em cartório de títulos e documentos; e assim, fica demonstrado que não houve a intenção deliberada de fraudar o fisco, havendo, no máximo, divergência de interpretação da legislação tributária.”



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

Ao apreciar o litígio, o Órgão julgador de primeiro grau, por maioria unanímica de votos, julgou procedente o lançamento, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

*"Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF
Ano-calendário: 1999*

Ementa: APLICAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA VARIÁVEL. COMPRA E VENDA DE OURO SIMULTÂNEAS A OPERAÇÃO DE "SWAP". MERCADO DE BALCÃO. OPERAÇÕES CONJUGADAS. TRIBUTAÇÃO.

São tributadas na fonte, como de aplicações financeiras de renda fixa, as operações conjugadas de renda variável, assim entendidas a compra e a venda de ouro num mesmo dia, simultâneas a uma operação de "swap" de variação do ouro versus variação do certificado de depósito bancário (CDI), todas de valores idênticos, realizadas no mercado de balcão e que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados.

MULTA AGRAVADA. 150 %. APLICABILIDADE.

Uma vez identificada conduta que simula operação de compra e venda de ouro, de modo a encobrir aplicação ordinária de renda fixa, com o intuito de se imiscuir de tributação mais onerosa, é de se aplicar sobre o tributo omitido a multa mais gravosa.

Lançamento Procedente."

Em sua peça recursal (fls. 317/338), o recorrente suscita, novamente, em preliminar, o vício de nulidade formal do auto de Infração, por ausência da capitulação legal do fato – o fisco aplicou a alíquota de 20% sobre os rendimentos, mas citou como fundamento legal o artigo 11 da Lei nº 9.249/1995 (que fixava a alíquota do IRRF em 15%), quando o correto seria o artigo 35 da Lei nº 9.532/97.

A segunda prefacial dirige protesto também pela nulidade do lançamento por inobservância do Mandado de Procedimento Fiscal, questão suscitada apenas na parte final do recurso (fl. 336).

No mérito, após discorrer sobre a natureza das operações com ouro, de explicar as operações de "swap" à luz da Resolução nº 2.138, de 1994, do



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

Conselho Monetário Nacional, informa que idealizou um novo produto no mercado, consistindo num contrato de proteção contra riscos financeiros denominado "SWAP" DI x OURO, cujo objetivo seria a troca do índice correspondente à variação do preço do metal (ouro), no período de vigência da operação, por um percentual da taxa média de remuneração dos depósitos interfinanceiros (DI). Esclarece que se trata de operações lícitas e amplamente praticadas no mercado, ao contrário do que assenta o fisco. O cliente compra ouro à vista do BB-BI e o vende a prazo ao BB-DTVM, pelo preço de bolsa na véspera da liquidação. A seguir, cliente e BB-DTVM celebram contrato de swap, sendo aquele devedor da variação do ouro e esta devedora do índice CDI.

Assim, consideradas individualmente, as operações realizadas são tipicamente de renda variável, eis que os efeitos financeiros oscilam na exata medida do valor do ativo, sobre o qual não há qualquer previsão, mas tão-somente expectativas e especulações próprias do mercado. Os efeitos tributários dos contratos são aqueles próprios de renda variável (não sujeitos a retenção do imposto de renda).

Argumenta que o julgador *a quo* laborou em erro, ao fazer exame global das operações e nelas vislumbrar efeitos de renda fixa, desprezando princípios e conceitos de direito à medida em que interpreta ampliativamente os fatos geradores, enquadrando-os no artigo 65, § 4º, alínea "a", da Lei nº 8.981/95, que equipara as aplicações de renda variável realizadas ao conceito de operações conjugadas (o negócio realizado produz resultado ao cliente equivalente ao índice positivo do CDI – título de renda fixa – independentemente de este ser inferior ou superior à variação do preço do ouro).

Reafirma que os contratos são dissociados e não houve desconformidade entre a vontade real e a declarada, que caracteriza a simulação lançada como fundamento da autuação pelo fisco.

As referidas operações, portanto, são legítimas e desvinculadas, pois realizadas com base no princípio da liberdade de contratar que rege as relações privadas e na vedação à interpretação econômica dos fatos jurídicos para fins



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

tributários, sob pena de violação ao princípio da estrita legalidade tributária e da tipicidade estrita do fato gerador descrito na hipótese legal de incidência. Os efeitos tributários dos contratos (compra/venda/swap de ouro) devem ser examinados isoladamente, em obediência aos princípios, conceitos e formas do direito privado (artigos 109 e 110 do CTN). Afirma que o ouro, conforme dispõe o § 5º do artigo 153 da CF, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, é tributado exclusivamente na operação de origem, pelo IOF em 1%.

Também alega que não pode prevalecer a aplicação da multa de 150% (cento e cinquenta por cento), pois a fiscalização teve acesso a todos os livros, escriturações, sem ardis ou subterfúgios, tendentes a mascarar qualquer procedimento. Toda a operação foi estrutura de forma lícita e legal, fato inclusive reconhecido no voto vencido no julgamento de primeiro grau. Entende que sua conduta pode ser classificada, quando muito, como irregular, mas não ilícita. Para que seja imputada ao sujeito passivo a conduta delituosa deve haver o perfeito enquadramento da conduta fática à conduta legal descrita como ilícita. Não há nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, referência à punição da conduta a título de culpa, só por dolo. Conclui que não houve intenção de fraude, simulação, má-fé ou dolo na conduta, nem há provas nos autos nesse sentido. Colaciona jurisprudência deste Conselho de Contribuintes na linha do entendimento acima esposado.

A recorrente efetuou o depósito de 30% do montante do débito em discussão (fls. 377/278).

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

VOTO

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade – dele tomo conhecimento.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento, por ausência de indicação do dispositivo legal que fixou em 20% (vinte por cento) a alíquota do IRRF (MPF à fl. 02), incidente sobre os rendimentos de aplicação financeira de renda fixa (artigo 35 da Lei nº 9.532, de 10/12/1997). No Relatório da Atividade Fiscal (fl. 199), que descreve os fatos e fundamentos jurídicos da exigência tributária em exame, encontra-se indicado expressamente a aplicação da alíquota de 20% (vinte por cento).

Apesar de a fiscalização ter indicado no enquadramento legal do lançamento a legislação referente ao percentual de 15% – alíquota aplicável aos rendimentos de renda fixa até a alteração legislativa acima mencionada – nenhum prejuízo houve à defesa da autuada.

A jurisprudência deste Conselho de Contribuintes pacificou o entendimento de que a correta descrição dos fatos prevalece sobre eventual omissão ou erro na indicação do enquadramento legal, ainda mais quando a autuada demonstra conhecer a matéria tributável e rebate adequadamente os termos da acusação.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 182.364 (DJU de 26.6.00, p. 207), manifestou-se que o sistema preconiza para o reconhecimento da nulidade do ato processual a necessidade que se demonstre, de modo objetivo, os prejuízos conseqüentes, com influência no direito material e reflexo na decisão da causa.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

O pedido dirigido à nulidade do lançamento, por inobservância do Mandado de Procedimento Fiscal, novamente declinado em sede de recurso, não considerou o MPF complementar à fl. 02, que incluiu a fiscalização do IRRF no ano de 1999. Ademais, eventual falha decorrente do MPF poderá caracterizar uma irregularidade administrativa, a ensejar apuração de falha funcional do autuante, mas jamais irá macular de nulidade o lançamento.

Neste sentido, filio-me ao entendimento majoritário expressado em diversos acórdãos dos Conselhos de Contribuintes que nem mesmo a falta do MPF inicial acarreta a nulidade do procedimento, mas tão-somente uma irregularidade administrativa. Confira-se:

“Ementa: MPF – FALTA DE RENOVAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – O desrespeito à renovação do MPF no prazo previsto na Portaria SRF 1265/99 não implica na nulidade dos atos administrativos posteriores. Recurso voluntário negado. (CSRF/01-05.189, Sessão de 14/03/2005).

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PORTARIA SRF Nº 1.265/99. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE. O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. A Portaria SRF nº 1.265/99 estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF mero instrumento de controle administrativo da atividade fiscal. EXIGÊNCIA FISCAL. FORMALIZAÇÃO. Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem nos arts. 7º, 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade, quer do lançamento, quer do procedimento fiscal que lhe deu origem. (ACÓRDÃO 203-08483, Sessão de 16/10/2002)

Ementa: NULIDADE - INOCORRÊNCIA - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. (Acórdão 108-08091, Sessão de 01/12/2004).

Ementa: recurso "ex officio" – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – MPF. O Mandado de Procedimento Fiscal instituído pela Port. SRF nº 1.265, de 22/11/99, é um instrumento de planejamento e controle das atividades de fiscalização, dispondo sobre a alocação da mão-de-obra fiscal, segundo prioridades



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

estabelecidas pelo órgão central. Não constitui ato essencial à validade do procedimento fiscal de sorte que a sua ausência ou falta da prorrogação do prazo nele fixado não retira a competência do auditor fiscal que é estabelecida em lei (art. 7º do Lei nº 2.354/54 c/c o Dec.lei nº 2.225, de 10/01/85) para fiscalizar e lavrar os competentes termos. A inobservância da mencionada portaria pode acarretar sanções disciplinares, mas não a nulidade dos atos por ele praticados em cumprimento ao disposto nos artigos 950, 951 e 960 do RIR/94. 142 do Código Tributário Nacional. (Acórdão 107-07756, Sessão de 12/08/2004)"

No mérito, entendo que a incidência tributária em comento não se confunde com a tributação do ouro prevista no § 5º do artigo 153 da Constituição Federal. A Lei nº 7.766, de 1989, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, e que, portanto, deve ser observada por todos, inclusive pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, conforme enunciado da Súmula 1CC nº 02, claramente dispõe que as negociações com ouro, ativo financeiro, efetuadas nos pregões das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhadas, ou no mercado de balcão com a interveniência de instituição financeira autorizada, serão consideradas operações financeiras, sujeitando-se às mesmas normas de incidência do Imposto sobre a Renda aplicáveis aos demais rendimentos e ganhos de capital resultantes de operações no mercado financeiro. Confira-se:

LEI Nº 7.766, DE 11 DE MAIO DE 1989

Art. 1º O ouro em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, será, desde a extração, inclusive, considerado ativo financeiro ou instrumento cambial.

§ 1º Enquadra-se na definição deste artigo:

I - o ouro envolvido em operações de tratamento, refino, transporte, depósito ou custódia, desde que formalizado compromisso de destiná-lo ao Banco Central do Brasil ou à instituição por ele autorizada;

II - as operações praticadas nas regiões de garimpo onde o ouro é extraído, desde que o ouro na saída do município tenha o mesmo destino a que se refere o inciso I deste parágrafo.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

§ 2º As negociações com o ouro, ativo financeiro, de que trata este artigo, efetuadas nos pregões das Bolsas de Valores, de Mercadorias, de Futuros ou assemelhadas, ou no Mercado de Balcão com a interveniência de instituição financeira autorizada, serão consideradas operações financeiras.

(...)

Art. 13. Os rendimentos e ganhos de capital decorrentes de operações com ouro, ativo financeiro, sujeitam-se às mesmas normas de incidência do Imposto sobre a Renda aplicáveis aos demais rendimentos e ganhos de capital resultantes de operações no mercado financeiro.

Parágrafo único. O ganho de capital em operações com ouro não considerado ativo financeiro será determinado segundo o disposto no artigo 3º, § 2º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. (grifos acrescentados)

No que concerne às operações com lastro em ouro, no mesmo sentido dispõe a Lei nº 8.383, de 1991, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.981, de 1995, aplicável ao período em exame:

LEI Nº 8.383, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991

Art. 23. A operação de mútuo e a operação de compra vinculada à revenda, no mercado secundário, tendo por objeto ouro, ativo financeiro, iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1992, ficam equiparadas à operação de renda fixa para fins de incidência do imposto de renda na fonte.

§ 1º Constitui fato gerador do imposto a liquidação da operação de mútuo ou a revenda de ouro, ativo financeiro.

§ 2º A base de cálculo do imposto nas operações de mútuo será constituída:

a) pelo valor do rendimento em moeda corrente, atualizado entre a data do recebimento e a data de liquidação do contrato; ou

b) quando o rendimento for fixado em quantidade de ouro, pelo valor da conversão do ouro em moeda corrente, estabelecido com base nos preços médios das operações realizadas no mercado à vista da bolsa em que ocorrer o maior volume de ouro transacionado na data de liquidação do contrato.

§ 3º A base de cálculo nas operações de revenda e de compra de ouro, quando vinculadas, será constituída pela diferença positiva entre o valor de revenda e o de compra do ouro, atualizada com base na variação acumulada da Ufir diária, entre a data de início e de encerramento da operação.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

§ 4º O valor da operação de que trata a alínea a do § 2º será atualizado com base na Ufir diária.

§ 5º O imposto de renda na fonte será calculado aplicando-se alíquotas previstas no art. 20, de acordo com o prazo de operação.

§ 6º Fica o Poder Executivo autorizado a baixar normas com vistas a definir as características da operação de compra vinculada à revenda, bem como a equiparar às operações de que trata este artigo outras que, pelas suas características produzam os mesmos efeitos das operações indicadas.

§ 7º O Conselho Monetário Nacional poderá estabelecer prazo mínimo para as operações de que trata este artigo.

Art. 26. Ficam sujeitas ao pagamento do imposto de renda, à alíquota de vinte e cinco por cento, a pessoa física e a pessoa jurídica não tributada com base no lucro real, inclusive isenta, que auferirem ganhos líquidos nas operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, encerradas a partir de 1º de janeiro de 1992.

§ 1º Os custos de aquisição, os preços de exercício e os prêmios serão considerados pelos valores médios pagos, atualizados com base na variação acumulada da Ufir diária da data da aquisição até a data da alienação do ativo.

§ 2º O Poder Executivo poderá baixar normas para apuração e demonstração dos ganhos líquidos, bem como autorizar a compensação de perdas em um mesmo ou entre dois ou mais mercados ou modalidades operacionais, previstos neste artigo, ressalvado o disposto no art. 28 desta lei.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se, também, aos ganhos líquidos decorrentes da alienação de ouro, ativo financeiro, fora da bolsa, com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

§ 4º O imposto de que trata este artigo será apurado mensalmente.(grifos acrescidos)

LEI Nº 8.981, DE 20 DE JANEIRO DE 1995

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.

§ 1º A base de cálculo do imposto é constituída pela diferença positiva entre o valor da alienação, líquido do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF), de que trata a Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, e o valor da aplicação financeira.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

§ 2º Para fins de incidência do Imposto de Renda na fonte, a alienação compreende qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, resgate, cessão ou repactuação do título ou aplicação.

§ 3º Os rendimentos periódicos produzidos por título ou aplicação, bem como qualquer remuneração adicional aos rendimentos prefixados, serão submetidos à incidência do Imposto de Renda na fonte por ocasião de sua percepção.

§ 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;

b) às operações de transferência de dívidas realizadas com instituição financeira, demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou com pessoa jurídica não-financeira;

c) aos rendimentos auferidos pela entrega de recursos a pessoa jurídica, sob qualquer forma e a qualquer título, independentemente de ser ou não a fonte pagadora instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

§ 5º Em relação às operações de que tratam as alíneas a e b do § 4º, a base de cálculo do imposto será:

a) o resultado positivo auferido no encerramento ou liquidação das operações conjugadas;

b) a diferença positiva entre o valor da dívida e o valor entregue à pessoa jurídica responsável pelo pagamento da obrigação, acrescida do respectivo Imposto de Renda retido.

§ 6º Fica o Poder Executivo autorizado a baixar normas com vistas a definir as características das operações de que tratam as alíneas a e b do § 4º.

§ 7º O imposto de que trata este artigo será retido:

a) por ocasião do recebimento dos recursos destinados ao pagamento de dívidas, no caso de que trata a alínea b do § 4º;

b) por ocasião do pagamento dos rendimentos, ou da alienação do título ou da aplicação, nos demais casos.

§ 8º É responsável pela retenção do imposto a pessoa jurídica que receber os recursos, no caso de operações de transferência de dívidas, e a pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, nos demais casos.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

Art. 70. As operações de mútuo e de compra vinculada à revenda, no mercado secundário, tendo por objeto ouro, ativo financeiro, continuam equiparadas às operações de renda fixa para fins de incidência do Imposto de Renda na fonte.

§ 1º Constitui fato gerador do imposto:

- a) na operação de mútuo, o pagamento ou crédito do rendimento ao mutuante;*
- b) na operação de compra vinculada à revenda, a operação de revenda do ouro.*

§ 2º A base de cálculo do imposto será constituída:

- a) na operação de mútuo, pelo valor do rendimento pago ou creditado ao mutuante;*
- b) na operação de compra vinculada à revenda, pela diferença positiva entre o valor de revenda e o de compra do ouro.*

§ 3º A base de cálculo do imposto, em Reais, na operação de mútuo, quando o rendimento for fixado em quantidade de ouro, será apurada com base no preço médio verificado no mercado à vista da bolsa em que ocorrer o maior volume de operações com ouro, na data da liquidação do contrato, acrescida do Imposto de Renda retido na fonte.

§ 4º No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real deverão ser ainda observados que:

- a) a diferença positiva entre o valor de mercado, na data do mútuo, e o custo de aquisição do ouro será incluída pelo mutuante na apuração do ganho líquido de que trata o art. 72;*
- b) as alterações no preço do ouro durante o decurso do prazo do contrato de mútuo, em relação ao preço verificado na data de realização do contrato, serão reconhecidas pelo mutuante e pelo mutuário como receita ou despesa, segundo o regime de competência;*
- c) para efeito do disposto na alínea b será considerado o preço médio do ouro verificado no mercado à vista da bolsa em que ocorrer o maior volume de operações, na data do registro da variação.*

§ 5º O Imposto de Renda na fonte será calculado aplicando-se a alíquota prevista no art. 65.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

§ 6º Fica o Poder Executivo autorizado a baixar normas com vistas a definir as características da operação de compra vinculada à revenda de que trata este artigo.(grifos acrescentados)

A questão fulcral indicada no lançamento e muito bem analisada na decisão a quo (fls. 300/302), cujos fundamentos não merecem reparos, é examinar se o resultado auferido deve ser tributado como renda variável, como aduz o recorrente, ou como renda fixa, considerando tratar-se de operações conjugadas, nos termos do artigo 65, § 4º, alínea "a", da Lei 8.981, de 1995.

Parece-me evidente que os contratos celebrados às fls. 22/25 (Contrato de Proteção contra Riscos Financeiros) e 27/28 (Contrato de Compra e Venda de Ouro), exemplificam, na prática, o conceito de operações conjugadas. A compra e a venda de ouro num mesmo dia, simultâneas a uma operação de "swap" de variação do ouro versus variação do CDI, todas de valores idênticos, com a flagrante finalidade de proporcionar-lhes remuneração igual à variação do CDI. As operações conjugadas permitem a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como no mercado de balcão, nos termos do artigo 17 da Instrução Normativa nº 123, de 1999. De fato, os contratos celebrados, em operações conjugadas, retiram o risco subjacente à toda operação de renda variável, conferindo ao cliente resultado predeterminado, característico de aplicação financeira de renda fixa.

Não se trata de interferir na liberdade de contratar que rege as relações privadas. A fiscalização, por atuar de forma vinculada à lei (cuja vigência não pode ser negada por este Colegiado), ao deparar-se com as operações enlaçadas, simultâneas, como as do presente caso, não podia agir de forma diversa da disciplinada no artigo 65, § 4º, da Lei nº 8.981, de 1995.

Quanto à multa de ofício aplicada, pleiteada em extenso arrazoado pela recorrente, entendo que esta deve ser desqualificada. Todos os documentos apresentados – contratos, lançamentos contábeis, documentos e esclarecimentos



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

solicitados – permitiram à fiscalização avaliar a correção das operações. Os contratos foram registrados em cartório de títulos e documentos e geraram direitos e obrigações para as partes que o assinaram. Não há nos autos nenhum elemento de prova a caracterizar ter utilizado de ardis ou subterfúgios tendentes a escamotear as sucessivas operações, que são monitoradas pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil. Trata-se de operações de conhecimento público, realizadas por pessoas físicas e jurídicas, muitas delas, inclusive, de direito público, consoante relação às fls. 68/73. Os investidores ao comprarem e venderem ouro, de fato, apenas recebem ou entregam certificados de custódia. O Contrato de Proteção contra Riscos Financeiros foi efetivo, tanto assim que deu suporte à caracterização de operações conjugadas.

Quanto à redução da penalidade, pleiteada em extenso arrazoado pela recorrente, entendo que a multa de ofício deve ser desqualificada. Todos os documentos apresentados – contratos, lançamentos contábeis, documentos e esclarecimentos solicitados – permitiram à fiscalização avaliar a correção das operações. Os contratos foram registrados em cartório de títulos e documentos e geraram direitos e obrigações para as partes que o assinaram. Não há nos autos prova de que a recorrente tenha se utilizado de ardis ou subterfúgios tendentes a escamotear as operações, que são monitoradas pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil. Trata-se de operações de conhecimento público, realizadas por pessoas físicas e jurídicas, muitas delas, inclusive, de direito público, consoante relação às fls. 68/73. Os investidores ao comprarem e venderem ouro, de fato, apenas recebem ou entregam certificados de custódia. Os atos praticados eram lícitos. Não houve declaração enganosa de vontade, até porque as cláusulas contratuais determinavam exatamente o que foi cumprido – garantiam ao investidor resultados predeterminados. Os Contratos de Compra e Venda de Ouro e de Proteção contra Riscos Financeiros foram efetivos, tanto assim que deram suporte à caracterização de operações conjugadas. Sem a previsão normativa do artigo 65, § 4º, da Lei nº 8.981, de 1995, haveria enormes dificuldades para a fiscalização ter atuado. Por outro lado, não se pode concluir que a aplicação do referido dispositivo implica na qualificação da



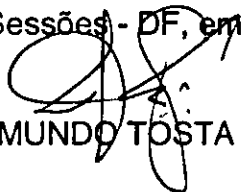
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 19740.000671/2003-96
Acórdão nº. : 102-48.463

multa. Em termos financeiros nenhum benefício houve ao BB DTVM S/A, pois a tributação exclusiva na fonte, sob a responsabilidade desta, diminui o valor líquido a ser pago ao beneficiário do rendimento.

Em face ao exposto, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento, e, no mérito, dou provimento parcial do recurso, para desqualificar a multa de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 26 de abril de 2007.


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS