

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10768.000407/2002-99
Recurso n° 142.712 Voluntário
Acórdão n° 101-97-009 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de novembro de 2008
Matéria IRPJ e outros - Ex(s): 1997 e 1998)
Recorrente Fonte Cindam S/A
Recorrida Primeira Câmara- 1º Conselho de Contribuintes

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PONTOS OMISSOS, DÚVIDAS E CONTRADIÇÕES - INEXISTÊNCIA - Acórdão que aprecia, de forma exhaustiva e elucidativa, todas as matérias ventiladas no recurso interposto não é passível de impugnação via embargos de declaração.

Apenas decisões que apresentem pontos omissos, dúvidas e contradições é que ensejam a oposição dos embargos.

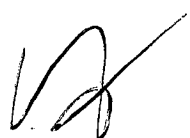
PRELIMINAR DE APLICAÇÃO RETOATIVA DE LEI SUPERVENIENTE À DECISÃO. A via dos embargos de declaração é estreita, e não se presta a alterar decisão na qual inexistem vícios, mesmo ante a superveniência de alteração legislativa que tenha aplicação retroativa aos casos não definitivamente julgados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer dos embargos para rejeitá-los. 2) Pelo voto de qualidade, REJEITAR a proposta de redução da multa de ofício ao percentual de 75% para 50% argüida pelo Relator em face da vigência da MP 303/1997, entendendo o Colegiado que essa alteração não é cabível em sede de embargos, vencidos os conselheiros João Carlos de Lima Junior (relator) Valmir Sandri, Jose Ricardo da Silva e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, que entendiam cabível essa redução em sede de embargos. Designada a conselheira Sandra Maria Faroni para redigir o voto vencedor nessa parte, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


ANTONIO PRAGA – Presidente


JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR – Relator



SANDRA MARIA FARONI – Redatora Designada

EDITADO EM:

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Sandra Maria Faroni, Valmir Sandri, Caio Marcos Cândido, João Carlos de Lima Júnior (Relator), José Ricardo da Silva, Aloysio José Percínio da Silva, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice Presidente) e Antonio Praga (Presidente da Turma).

Relatório

Tratam-se de embargos de declaração opostos em face do Acórdão nº 101-95.258 que julgou procedente em parte o recurso ordinário interposto, e improcedente o recurso ex officio.

O *decisum* manteve a exigência de multa isolada, de que trata o artigo 44 da Lei nº 9430/96, ao demonstrar, em síntese, que é possível a tributação das operações de “hedge” no mercado futuro, separado das demais receitas operacionais das instituições financeiras.

Isto porque, o § 3º do artigo 77 da lei nº 8981/95 estabelece que os rendimentos e ganhos líquidos das operações de “hedge” (cobertura) realizadas por instituições financeiras em bolsas de valores, de mercadorias e futuros devem compor a base de cálculo tratada no artigo 29 da mesma Lei.

Assim, segundo Ilustre Conselheiro Relator, os ganhos de capital, demais receitas e resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas na receita bruta, serão acrescidos à base de cálculo determinada na forma do artigo 29 da lei nº 8981/95.

Como estes valores não foram apurados corretamente pela embargante, havendo diferenças nos valores das bases de cálculo, a multa isolada é de inteiro acerto.

O contribuinte embargou de declaração a decisão, alegando que foram apresentados novos argumentos no recurso, não mencionados pelo Acórdão, todos referentes à impossibilidade de aplicação da multa isolada.

Disse que o V. Acórdão seria omissis, “na medida em que não apreciou quaisquer dos novos argumentos aduzidos pela embargante em seu recurso voluntário, limitando-se a justificar seu entendimento pela transcrição de trechos da decisão recorrida.”

Além disso, aduz a embargante que esta omissão também leva à existência de contradição e dúvida no Acórdão.

Isto porque, segundo a embargante, ao mesmo tempo em que reconhece que o artigo 32 da lei nº 8981/95 trata de acréscimos à base de cálculo do IR estimado, que o artigo 29 trata de receita bruta, e que o § 3º do artigo 77 determina que os resultados positivos de “hedge” devem ser tributados na forma do artigo 29, conclui o Acórdão que os resultados devem ser acrescidos à base de cálculo estimada, não integrando a receita bruta da atividade.

Estaria, portanto, sendo contraditório e gerando dúvida.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR,

Os embargos de declaração são tempestivos e foram apresentados por parte legítima, o que enseja o seu conhecimento.

O V. Acórdão embargado, de forma clara, enfrentou todas as matérias ventiladas no Recurso Voluntário. Vejamos:

Primeiramente, aduz a embargante que o V. Acórdão seria omissivo, “na medida em que não apreciou quaisquer dos novos argumentos aduzidos pela embargante em seu recurso voluntário, limitando-se a justificar seu entendimento pela transcrição de trechos da decisão recorrida.”

Os novos argumentos mencionados pela embargante dizem respeito, sem exceção, à impossibilidade de aplicação da multa isolada de que trata o artigo 44 da lei nº 9430/96.

Na verdade, com outras palavras e atribuindo diferentes enfoques à sua argumentação, a embargante traz no recurso motivos pelos quais a referida multa não poderia ser aplicada.

Ora, sobre esta aplicação da multa isolada, nada há de omissivo no V. Acórdão.

De fato, o E. Relator demonstrou que a multa isolada, de que trata o artigo 44 da lei nº 9430/96, tem razão para ser aplicada; e para tanto, trouxe alguns argumentos.

Primeiramente, foram esmiuçadas as contas nas quais foram as operações lançadas (fls. 1648); nessa oportunidade, o V. Acórdão discorre sobre o acerto do trabalho realizado pela fiscalização, citando inclusive parte do voto proferido na Delegacia Regional de Julgamento, que de forma ampla, analisou a matéria.

Diz o V. Acórdão (fls. 1649/1651):

“Com relação aos argumentos expostos na peça recursal contra a exigência da multa isolada, peço vênia para transcrever parte do voto proferido pela decisão recorrida, a qual acolho integralmente:

a) é evidente que uma operação feita com o propósito de “hedge” pode ter ganho, o qual tem por objetivo limitar a perda em uma outra operação sob proteção da operação de “hedge”;

b) a simples afirmação do DCO. 03 de fls. 1108 a 1130, comprova que as operações realizadas nos mercados futuros tem natureza especulativa, não tem o condão de me convencer disso, valendo lembrar que os ganhos e as perdas em operações de “hedge” somados algebricamente às perdas e aos ganhos das



operações sob proteção, fixam, a priori, o resultado conjunto, o qual, só esporadicamente, é nulo, visto que dificilmente as operações têm simetria perfeita, seja nos montantes seja nas datas;

c) no COSIF, para registrar o valor dos lucros ou dos prejuízos apurados em operações de natureza especulativa com ativos financeiros e mercadorias, nos mercados a termo, futuro e de opções, que constituam receita ou despesa efetiva da instituição, no período, devem ser utilizadas, respectivamente, as subcontas 7.1.5.80.90-6 e 8.1.5.50.90-2, intituladas outros, visto que são subcontas das contas 7.1.5.80.00-9 (lucros em operações com ativos financeiros e mercadorias) e 8.1.5.50.00-5 (prejuízos em operações com ativos financeiros e mercadorias) e que essas operações não têm natureza de "hedge" (subcontas 7.1.5.80.10-2, 7.1.5.80.20-5, 7.1.5.80.30-8, 8.1.5.50.10-8, 8.1.5.50.20-1 e 8.1.5.50.30-4) nem de "swap" (subcontas 7.1.5.80.40-1 e 8.1.5.50.40-7), lembrando que os contratos correspondentes às operações devem ser registrados nos adequados títulos contábeis e segregados em subtítulos de uso interno dos usuários e que o Banco Central do Brasil ao analisar o nível de exposição a risco das instituições financeiras, evidentemente, considera que os valores registrados nas subcontas de "hedge" de taxas de juros e de "hedge" de taxas de câmbio são referentes a operações com propósito de "hedge" e não especulativo; não cabia à fiscalização provar que as operações em foco tinham finalidade de eliminar ou reduzir riscos assumidos em outras de suas operações, ativas ou passivas, visto que registradas, pela própria interessada, em subcontas específicas para operações com propósito de "hedge", o que, por si só, permite ao fisco assim considerá-las, até, pelo menos, que a interessada prove o contrário, o que, a meu ver não ocorreu até o presente.

Quanto à alegação de que mesmo que a finalidade das operações no mercado futuro tivesse sido a de "hedge", seria impossível sua tributação em separado das demais receitas operacionais das instituições financeiras, porque o § 3º do artigo 77 da Lei nº 8.981/1995 diz que os rendimentos e ganhos líquidos das operações de "hedge" (cobertura) realizadas por instituições financeiras em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros devem compor a base de cálculo tratada no artigo 29 da mesma Lei, que trataria dos acréscimos à receita bruta, devo rejeitá-la, consignando o seguinte:

a) o disposto no § 3º do artigo 77 da Lei nº 8.981/1995 determina que os rendimentos e ganhos líquidos das operações de cobertura (hedge) realizadas em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão deverão compor a base de cálculo prevista no artigo 29 da mesma Lei, isto é, devem ser adicionadas à base de cálculo e não à receita bruta como, incompreensivelmente, diz a interessada;

b) o disposto no artigo 32 da referida Lei estabelece que os ganhos de capital, demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas na receita bruta, serão acrescidos à base de cálculo determinada na forma do artigo 29 da Lei em foco, não tratando, pois, de acréscimo à receita bruta, como, provavelmente por engano, afirmou a interessada.

No que diz respeito à alegação de que a autuação se fundamenta no artigo 4º da IN da SRF de nº 93/1997, o qual não seria destinado às instituições financeiras, pois, se o fosse, estaria majorando o IRPJ por elas devido por estimativa, mediante a tributação em separado dos ganhos auferidos nas operações de “hedge”, sem que houvesse previsão em lei para tal, com o que se estaria ofendendo o princípio da legalidade, devo afastá-la, pois o artigo 4º da IN/SRF nº 93/1997, ao estabelecer que serão acrescidos à base de cálculo, no mês em que forem auferidos, os ganhos de capital, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não compreendidas na atividade, inclusive, dentre outros, os ganhos auferidos em operações de cobertura (“hedge”) realizadas em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão, nada mais fez do que repetir o disposto no § 3º do artigo 77 da Lei nº 8.981/1995 e no artigo 32 da mesma Lei, como já visto, sendo, portanto, legal, além do que, repita-se, esses dispositivos legais, ao determinarem, que, no caso de opção pelo lucro estimado, os ganhos auferidos nas operações de “hedge” sejam adicionados à base de cálculo de imposto de renda de quaisquer pessoas jurídicas, instituições financeiras ou não, obrigam, também, que esse ganhos não façam parte da receita bruta.

Com relação à alegação de que ainda que fosse cabível a autuação na forma procedida pela fiscalização, não se poderia tributar, exclusivamente, as receitas das operações no mercado futuro de taxas de juros e de taxas de câmbio mesmo como acréscimo à base de cálculo, pois, tanto o artigo 32 da lei nº 8981/1995 quando o artigo 4º da IN/SRF nº 93/1997 referem-se a resultados positivos o que pressupõe a subtração das perdas (despesas) pelos ganhos (receitas) decorrentes dessas operações, devo rejeitá-la, justamente porque esses dispositivos legais determinam que sejam acrescidos à base de cálculo os resultados positivos, mas não que sejam subtraídos os resultados negativos, exatamente o que foi feito pela fiscalização, isto é, do conjunto total das operações de “hedge”, de janeiro a outubro de 1998, algumas tiveram resultados positivos e outras negativos, sendo somado à base de cálculo estimada os ganhos daquelas e desconsiderados os prejuízos destas.

(...)”

Além disso, o V. Acórdão trouxe julgados (fls. 1649/1651; 1651/1652; 1653/1662) sobre o tema, finalizando com clara menção aos artigos de lei aplicáveis ao caso.

Aliás, nesse momento, o V. Acórdão discorre sobre os artigos de lei aplicáveis ao caso, explicando a aplicação dos mesmos, bem como demonstrando as razões pelas quais entende ser perfeitamente adequadas ao caso concreto.

Vale destacar, desde logo, que a embargante apenas trouxe em seu recurso novos argumentos para convencer o julgador da inaplicabilidade da multa isolada de que trata o artigo 44 da lei nº 9430/96; outrossim, a possibilidade da aplicação da multa foi, como dito alhures, exaustivamente demonstrada.



Como se sabe, não está o julgador obrigado a esmiuçar todos os pontos levantados pelas partes, quando sobre a matéria, já possui convencimento formado.

A este respeito oportuno mencionar os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO ACÓRDÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA A PROCEDIMENTOS ESSENCIAIS À CONSTRICÇÃO EXCEPCIONAL, INEXISTENTES, IN CASU. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO-CABIMENTO.

1. Não-ocorrência de irregularidades no acórdão quando a matéria que serviu de base à oposição do recurso foi devidamente apreciada, com fundamentos claros e nítidos, enfrentando as questões suscitadas ao longo da instrução, tudo em perfeita consonância com os ditames da legislação e jurisprudência consolidada. O não-acatamento das teses deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. As funções dos embargos de declaração, por sua vez, são, somente, afastar do acórdão qualquer omissão necessária para a solução da lide, não permitir a obscuridade por acaso identificada e extinguir qualquer contradição entre premissa argumentada e conclusão.

(...)5. Enfrentamento de todos os pontos necessários ao julgamento da causa. Pretensão de rejuízo da causa, o que não é permitido na via estreita dos aclaratórios.

6. Embargos rejeitados.”

(STJ- EDcl no REsp 890525 / SP - Min. JOSÉ DELGADO- DJ 02/08/2007 p. 400) “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO MANIFESTA. AUSÊNCIA. CONCLUSÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO DECISUM. INTERPRETAÇÃO COM BASE EM LEI ESTADUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. EMBARGOS REJEITADOS.

(...)V - O julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, competindo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu in casu, não havendo qualquer omissão ou obscuridade no julgado embargado, já que houve a efetiva análise das matérias anteriormente expostas.

U2

VI - Embargos de declaração rejeitados.”

*(STJ- EDcl no AgRg no Ag 787207 / SP- Ministro GILSON
DIPP- DJ 05/02/2007 p. 343)*

Evidente, assim, que o julgador não precisa se manifestar sobre tudo o que foi alegado pelas partes, desde que tenha formado sua convicção e demonstre, claramente, as razões que o levam a decidir de determinada maneira.

Logo, não existe qualquer omissão no V. Acórdão como faz crer a embargante.

Os embargos de declaração mencionam, anda, a existência de uma suposta confusão no V. Acórdão.

Isto porque, segundo a embargante, ao mesmo tempo em que reconhece que o artigo 32 da lei nº 8981/95 trata de acréscimos à base de cálculo do IR estimado, que o artigo 29 trata de receita bruta, e que o § 3º do artigo 77 determina que os resultados positivos de “hedge” devem ser tributados na forma do artigo 29, conclui o Acórdão que os resultados devem ser acrescidos à base de cálculo estimada, não integrando a receita bruta da atividade.

Estaria, então, o V. Acórdão sendo confuso; estaria gerando dúvida.

Outrossim, não há que se falar em confusão ou geração de dúvida, como faz crer a embargante.

Apenas para que não reste dúvida, vale ser mencionado que o V. Acórdão, ao discorrer sobre os artigos 29, 32 e 77, § 3º da lei nº 8981/95, e mencionar os trabalhos realizados pela fiscalização, faz clara manifestação sobre os tópicos levantados pela embargante em seu recurso, inclusive aqueles que não constavam da impugnação.

Chega-se a essa conclusão de forma irrefutável uma vez que a aplicação dos artigos mencionados pelo V. Acórdão, bem como a explicação dada pela decisão de 1º Instância (parcialmente transcrita no decisum embargado), afastam as alegações despendidas pela embargante.

A operação realizada foi, indiscutivelmente, da modalidade “hedge”, os valores foram lançados nas contas respectivas (hedge de taxa de juros e hedge de taxa de câmbio) e, em razão dos dispositivos legais atinentes ao caso (arts. 29, 32 e 77, § 3º da lei nº 8981/95), foi aplicada a penalidade correta em razão da ausência de acréscimo à base de cálculo das receitas registradas nas contas.

Finalmente, em relação à sistemática utilizada pela fiscalização para cálculo do montante a ser acrescido à base de cálculo, vê-se que a matéria foi discutida quando da explicação referente à legislação aplicável ao caso, que por si só, demonstra o acerto da sistemática utilizada pela fiscalização.

Percebe-se que não há possibilidade de se acatar qualquer argumento de omissão ou contradição alegadas.



Entretanto, cumpre ressaltar que após a prolação do acórdão impugnado, foi editada a MP 303/2006, a qual nos obriga a alterar a multa de ofício, passando de 75% para 50% do valor atuado.

Referida matéria, por ser de ordem pública, deve ser conhecida de ofício, sendo desnecessário o requerimento do interessado, o qual, no presente caso sequer poderia alegá-la, haja vista que o acórdão foi proferido antes da vigência da Referida MP.

Ademais, ainda que estejamos em sede de Embargos de Declaração, tal matéria deve ser suscitada, pois, não há que se falar ainda em preclusão ou exaurimento da instância administrativa, de tal forma que nos termos do art. 106, II, "c" do Código Tributário Nacional (CTN), o benefício deve ser reconhecido e aplicado.

Posto isso, voto no sentido de conhecer os embargos e provê-los em parte para nos termos definidos pela MP 303/2006 reduzir a multa de ofício de 75% para 50% do valor principal.



JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR – Relator



Voto Vencedor

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Redatora Designada.

Peço vênia ao ilustre relator para divergir quanto à possibilidade de reduzir a multa aplicada, por retroação benigna da lei.

Os embargos de declaração se prestam a corrigir vício na decisão embargada. Constituem remédio processual a ser utilizado nos casos em que se repete ao acórdão vício de obscuridade ou contradição, ou, ainda, a ocorrência de um pronunciamento incompleto ou inexistente por parte do colegiado.

Sendo constatada a inexistência dos vícios alegados pela parte, os embargos declaratórios são julgados improcedentes, findando-se a prestação jurisdicional acerca do remédio processual. A via dos embargos de declaração é estreita, e não se presta a alterar decisão na qual inexistem vícios, mesmo ante a superveniência de alteração legislativa que tenha aplicação retroativa aos casos não definitivamente julgados.

Rejeito a preliminar suscitada pelo ilustre Relator.



SANDRA MARIA FARONI – Redatora Designada

