



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 10768.002986/2003-95
Recurso nº. : 140.421
Matéria : IRPJ e OUTRO - EX.: 2000
Recorrente : BANCO BRASCAN S/A
Recorrida : 8ª TURMA/DRJ no RIO DE JANEIRO/RJ I
Sessão de : 26 DE JANEIRO DE 2006
Acórdão nº. : 105-15.503

IRPJ - RESULTADOS LÍQUIDOS DE OPERAÇÕES DE HEDGE REALIZADAS NO EXTERIOR - Aplica-se às operações de *hedge*, que se caracterizam como atividades operacionais, normais e usuais da empresa, realizadas nos termos da Resolução CMN 2.012/1993, inclusive quando realizadas no exterior mediante operações de *swap*, o tratamento tributário previsto no art. 6º do Decreto-lei 2.397/1987 (e respectivo § 1º) c/c o disposto no art. 63 da Lei 8.383/91, sendo ineficaz a restrição prevista no art. 1º da Circular Bacen 2.348/1993 que não consta da Resolução CMN 2.012/1993, bem como, no caso, ineficaz a norma prevista no art. 3º da Resolução CMN 2.138/1994, à medida que se converte em condição inexecutável em relação às operações de *swap* realizadas no exterior.

CSLL - RESULTADOS POSITIVOS OU NEGATIVOS DE OPERAÇÕES DE HEDGE REALIZADAS NO EXTERIOR - A legislação da CSLL, aplicável anteriormente à data de 1º de outubro de 1999, a partir da qual passou a ter eficácia o art. 19 da MP 1.858-6/1999, não prevê ajustes ao valor do "resultado líquido do exercício", a que se refere o art. 2º da Lei 7.689/1988, em que se encontram embutidos os resultados de operações de *hedge*, conformes à Resolução CMN 2.012/1993, mediante adição ou exclusão de tais resultados, positivos ou negativos, mormente quando se observa a ineficácia da restrição prevista no art. 1º da Circular Bacen 2.348/1993 que não consta da Resolução CMN 2.012/1993, bem como, no caso, a ineficácia da norma prevista no art. 3º da Resolução CMN 2.138/1994, à medida que se converte em condição inexecutável em relação às operações de *swap*, que foram realizadas no exterior.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO BRASCAN S/A

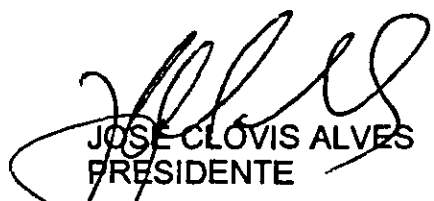
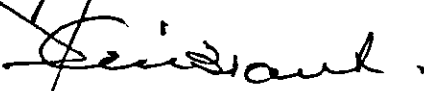
ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Nadja Rodrigues Romero, Cláudia Lúcia Pimentel Martins da Silva (Suplente Convocada) e Luís Alberto Bacelar Vidal. A Conselheira Nadja Rodrigues Romero fará declaração de voto.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503


JOSE CLOVIS ALVES
PRESIDENTE

IRINEU BIANCHI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 10 NOV 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: DANIEL SAHAGOFF, EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

Recurso nº. : 140.421
Recorrente : BANCO BRASCAN S/A

RELATÓRIO

1. BANCO BRASCAN S/A, qualificado nos autos, recorre a este colegiado da decisão proferida pela 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro, no Acórdão DRJ/RJOI nº 4.460/2003, de 31 de outubro de 2003, que julgou procedentes os autos de infração lavrados para formalizar exigências fiscais referentes ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

2. Conforme os autos de infração, lavrados em 02.04.2003, o auditor fiscal glosou resultados negativos de operações de hedge (denominando-os "despesas indedutíveis") apropriados na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, referentes ao ano-calendário de 1999, nos montantes de R\$ 92.526.776,48 (sujeito à multa de 75%) e de R\$ 32.791.062,87 (sujeito à multa de 150%), por considerá-los indedutíveis pelas razões apresentadas no Termo de Verificação Fiscal (TVF), citando como base de seu procedimento os seguintes fundamentos legais:

a) Em relação ao IRPJ:

- arts. 247, 249, inciso I, 251 e parágrafo único, e 299 do RIR/99;
- art. 17 da Lei 9.430/96, c/c art. 25, § 5º, da Lei 9.249/95;
- art. 63 da Lei 8.383/91, c/c art. 1º da Resolução CMN 2.012/93, c/c art. 1º da Circular Bacen nº 2.348/93;
- art. 74, § 3º, da lei nº 8.981/95, c/c art. 3º da Resolução CMN 2.138/94.

Em relação à CSLL:

- art. 2º e §§ da Lei 7.689/88;
- art. 1º da Lei 9.316/96 e art. 28 da Lei 9.430/96;
- art. 7º da Medida Provisória 1.807/99 e reedições;
- art. 6º da Medida Provisória 1.858/99 e reedições.

Obs.: no item 7.2.1 do TVF, consta, ainda, como enquadramento legal:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

- MP nº 2.158, art. 21 (antes, MP 1.858, art. 19, e MP 1.991, art. 21)

03. Trata-se de resultados negativos decorrentes de operações de "swap OTC" realizadas no exterior, em mercado de balcão, que foram utilizadas como instrumentos financeiros de operações de hedge destinadas a cobrir riscos de variação cambial de direitos adquiridos pelo sujeito passivo em operações de swap realizadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros (BMF) do Brasil. As operações de swap realizadas no exterior (e respectivos resultados) vão discriminadas no quadro a seguir (extraído da página 30 do TVF), tendo por contra-partes as instituições Mellon Bank N.A. e Banco Surinvest S.A.:

Contrato de câmbio	Contra-Partes	Data Base	Data da Liquid.	Valor Inicial (R\$)	Valor Inic.(US\$)	Resultado (R\$)
99/000023	Mellon	13/07/98	15/01/99	12.192.600,	10.500.000,	895.174,78
99/000044	Surinvest	12/01/99	29/01/99	60.545.000,	50.000.000,	32.791.062,87
99/000051	Mellon	02/06/98	29/01/99	11.520.000,	10.000.000,	6.258.350,10
99/000073	Mellon	14/01/99	02/02/99	13.193.000,	10.000.000,	5.936.587,36
99/000089	Mellon	04/08/98	08/02/99	5.821.500,	5.000.000,	2.944.115,30
99/000137	Mellon	31/08/98	02/03/99	5.881.500,	5.000.000,	3.894.936,78
99/000138	Mellon	12/01/99	02/03/99	12.109.000,	10.000.000,	8.300.818,61
99/000139	Mellon	01/09/98	03/03/99	23.538.000,	20.000.000,	15.387.059,08
99/000166	Mellon	03/09/98	08/03/99	11.774.000,	10.000.000,	7.400.385,58
99/000251	Mellon	21/12/98	23/03/99	6.034.000,	5.000.000,	2.905.527,72
99/000591	Mellon	22/05/98	26/05/99	22.994.000,	20.000.000,	7.707.741,21
99/000676	Mellon	29/04/99	02/06/99	5.088.900,	3.000.000,	66.970,86
99/000677	Mellon	05/05/99	02/06/99	3.346.800,	2.000.000,	16.089,10
99/000831	Mellon	15/12/98	17/06/99	6.024.000,	5.000.000,	2.224.171,25
99/000989	Mellon	11/05/99	02/07/99	8.259.000,	5.000.000,	408.807,01
99/000990	Mellon	10/05/99	02/07/99	5.013.600,	3.000.000,	210.415,37
99/001094	Mellon	13/07/98	15/07/99	12.773.200,	11.000.000,	5.540.356,48
99/001105	Mellon	14/07/98	16/07/99	12.780.900,	11.000.000,	5.315.483,85
99/001145	Mellon	16/07/98	20/07/99	13.357.250,	11.500.000,	5.598.433,51
99/001196	Mellon	23/07/98	27/07/99	6.391.000,	5.500.000,	2.764.651,72
99/001243	Mellon	11/05/99	03/08/99	8.259.000,	5.000.000,	378.838,03
99/001244	Mellon	30/07/98	03/08/99	5.816.000,	5.000.000,	2.451.729,39
99/001528	Mellon	21/08/98	25/08/99	11.738.000,	10.000.000,	4.681.000,66
99/001647	Mellon	07/06/99	02/09/99	12.155.500,	7.000.000,	755.598,10
99/001648	Mellon	08/06/99	02/09/99	8.706.000,	5.000.000,	483.534,63
TOTAL						125.317.839,00

4. As razões pelas quais o auditor fiscal considerou os resultados



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

negativos dessas operações indedutíveis podem ser resumidas na forma descrita a seguir.

5. Em relação ao IRPJ, como se extrai dos itens 5.1.1 e 5.2 do TVF, foram apresentadas duas razões (A despeito de o item 7.1 do TVF mencionar que as razões estão explicadas nos itens 5.1.1, 5.2, 6.4 e 6.5 do TVF, nota-se que os itens 6.4 e 6.5 limitam-se a apresentar fatos circunstanciais das explicações dadas, respectivamente, nos itens 5.1.1 e 5.2.):

A primeira razão é descrita, em resumo, como segue:

a) as operações de hedge (também chamadas de operações de cobertura), realizadas no exterior, foram realizadas em mercado de balcão, com base no art. 63 da Lei 8.383/91;

b) nesse caso, segundo o art. 63 da Lei 8.383/91, para que referidas operações de cobertura pudessem ser contempladas com o tratamento tributário previsto no art. 6º do Decreto-lei nº 2.397/87 (que admite a apropriação dos respectivos resultados líquidos na apuração da base de cálculo do IRPJ), seria necessário que, além de admitidas pelo CMN, observassem as normas e condições por ele (CMN) estabelecidas;

c) ocorre que as operações de cobertura, admitidas pelo CMN na Resolução CMN 2.012/93, só poderiam ser, segundo a Circular Bacen nº 2.348/93, aquelas destinadas à cobertura de [objetos sujeitos a] "pagamentos ou recebimentos em moedas estrangeiras";

d) como os objetos da cobertura, vinculados às operações de hedge realizadas no exterior em mercado de balcão, eram ativos financeiros decorrentes de operações de swap realizadas na BMF, liquidáveis, portanto, em moeda nacional, tais objetos não atenderiam ao requisito estabelecido na Circular Bacen nº 2.348/93;



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

e) não atendido o requisito previsto na Circular Bacen 2.348/93, não teria sido, em consequência, atendida norma ou condição estabelecida pelo CMN, já que, na edição da Circular Bacen nº 2.348/93, foi invocada a competência delegada pelo art. 4º da Resolução CMN nº 2.012/93;

f) por conseguinte, não atendida norma ou condição estabelecida pelo CMN, as operações de cobertura realizadas com suporte no art. 63 da Lei 8.383/91, não poderiam receber o tratamento tributário previsto no art. 6º do Decreto-lei 2.397/87, ou seja, não poderiam ter seus resultados negativos apropriados na determinação da base de cálculo do IRPJ.

Observação: sem prejuízo da compreensão dos fatos, o auditor fiscal menciona o art. 17 da Lei 9.430/96, em vez do art. 6º do Decreto-lei 2.397/87.

A segunda razão é descrita, em resumo, como segue:

a) as operações de hedge, realizadas no exterior, valeram-se, como instrumentos financeiros, de operações de swap realizadas em mercado de balcão;

b) nesse caso, como os resultados negativos das operações de hedge confundem-se com os resultados negativos das operações de swap, para que pudessem ser computados na apuração da base de cálculo do IRPJ, deve ser obedecida ainda a exigência que decorre do art. 74, § 3º, da Lei 8.981/95, que só admite “o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas nos termos da legislação vigente”;

c) a legislação vigente que prevê registro de operações de swap é o art. 3º da Resolução CMN 2.138/94, que estabeleceu a obrigatoriedade do registro das operações na CETIP ou em outro sistema de registro autorizado pelo Banco Central do Brasil (Bacen) ou pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

d) assim, o cômputo dos resultados negativos das operações de swap utilizadas como instrumentos financeiros das operações de hedge, além de depender da obediência das normas relativas ao hedge, dependia também da obediência da norma consignada no art. 3º da Resolução 2.138/94 (quanto ao registro das operações de swap);

e) como as operações de swap não foram registradas na CETIP ou em outro sistema de registro autorizado pelo Bacen ou pela CVM, os resultados negativos não podiam ser computados na apuração da base de cálculo do IRPJ.

6) Em relação à CSLL, embora o item 7.2 do TVF mencione que as considerações quanto aos motivos do lançamento encontram-se nos itens 5.1.2, 6.4 e 6.5 do TVF, na verdade, o item 6.4 tece considerações sobre a exigência constante da Circular Bacen 2.348/93 (pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira) e o item 6.5 tece considerações sobre a exigência constante da Resolução CMN 2.138/94 (registro das operações de swap); apenas o item 5.1.2 apresenta a razão, **excludente das demais**, pela qual os resultados negativos das operações de hedge não foram computados na determinação da base de cálculo da CSLL, a saber:

a) o art. 19 da MP 1.858-6, de 29 de junho de 1999, reproduzido pelo atual art. 21 da MP 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, estendeu à determinação da base de cálculo da CSLL as normas de tributação em bases universais, que dispõem sobre os efeitos da tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior;

b) segundo referidas normas de tributação em bases universais, os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior são computados na apuração do lucro real, enquanto que os prejuízos, sofridos no exterior, não podem ser compensados com os lucros auferidos no Brasil (art. 25 da Lei 9.249/95);

c) nesse contexto, o Ato Declaratório SRF 75/99 determinou que essa nova regra, introduzida pela MP 1.858-6/99, seria aplicável à CSLL em relação aos



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

lucros, rendimentos e ganhos de capital disponibilizados a partir de 01/10/1999;

d) segundo o auditor fiscal, a partir da MP nº 2.158, passa também a valer para a CSLL o disposto no art. 17 da Lei 9.430/96, que trata das operações de cobertura (hedge) realizadas no exterior, a saber: "os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos nas operações de hedge no exterior, são computados na determinação da base de cálculo da CSLL, desde que tais operações tenham sido realizadas **em bolsas** no exterior";

e) anteriormente à MP 2.158 (vale dizer MP 1.858-6/99), os resultados obtidos no exterior (lucros, rendimentos, ganhos de capital e prejuízos) não podiam ser computados na apuração da base de cálculo da CSLL, pois a tributação dos resultados da pessoa jurídica estava baseada no princípio da territorialidade;

f) assim, os prejuízos decorrentes das operações de swap realizadas no exterior em mercado de balcão (swap OTC), durante o ano de 1999, não podem ser computados na base de cálculo da CSLL, já que: (i) antes da aplicabilidade das normas da MP 1.858-6/99 (01.10.99), não era possível computar esses prejuízos na determinação da base de cálculo da CSLL; e (ii) depois de 01.10.99, os prejuízos só poderiam ser computados somente se as operações tivessem sido efetuadas com objetivo de hedge **em bolsas** no exterior, o que na realidade não ocorreu, uma vez que as operações foram feitas em mercado de balcão.

7. O TVF dá tratamento específico à operação de hedge realizada com o Banco Surinvest S.A. Alega que a operação foi simulada com o objetivo de gerar perdas dedutíveis, às quais corresponderia ganho de residente no exterior suscetível de ser a ele remetido sem incidência de imposto de renda na fonte. A simulação consistiu na falsidade da data da operação, em razão de o anexo ao contrato firmado com o Banco Surinvest ter recebido data diversa da indicada no próprio contrato. Alega, ainda, que a simulação foi facilitada pela prática do sujeito passivo de contabilizar suas operações ao final do mês e de não registrar na CETIP as operações realizadas no OTC.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

A IMPUGNAÇÃO

8. O sujeito passivo, conforme petição de fls. 1559/1602, instruída com os documentos de fls. 1603/1729, impugnou regularmente as exigências fiscais, exceto as parcelas relativas ao crédito tributário decorrente da operação realizada com o Banco Surinvest, iniciada em 12.01.99 e concluída em 29.01.99, que foi liquidada na ocasião.

9. As razões de fato e de direito apresentadas pelo impugnante podem ser assim resumidas:

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS OPERAÇÕES REALIZADAS

10. Em 1998 e 1999, muitos consideravam ser significativo o risco cambial e, por isso, havia forte especulação e demanda por hedge, por parte de quem achava provável uma 'maxidesvalorização' ou mesmo uma mudança radical da política cambial então vigente, possibilidade que o governo brasileiro negava veementemente.

11. Dentro desse quadro de extrema liquidez de mercado, o impugnante realizou quarenta operações no mercado de balcão no exterior (on the market - OTC) para 'hedgear' posições que assumira na Bolsa de Mercadorias e Futuros (BMF). Quinze dessas operações geraram ganho cambial e ingresso de divisas. Mas, com a mudança da política cambial, em janeiro de 1999, o quadro se inverteu e outras 25 operações geraram perda cambial e remessa de divisas para o exterior. A recorrente computou os ganhos e as perdas das quarenta operações na determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, bem como aplicou a alíquota zero do IRF nas remessas de divisas.

12. O impugnante estruturou as operações dentro de um modelo, que lhe propiciariam resultados positivos, segundo a ilustração que segue.

13. Segundo o modelo, o Banco contrata na BMF operação de swap, na qual troca com o mercado taxa de juros pré-fixada (juros BMF), em determinado período,



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

por uma taxa igual à variação cambial no mesmo período, ambas as taxas aplicadas sobre montantes equivalentes.

14. Ao final do período, havendo igualdade entre a taxa de juros pré-fixada e a taxa de variação cambial, o Banco teria que pagar o resultado produzido pela taxa de juros e receber o resultado produzido pela taxa de variação cambial. Assim:

a) Considerando que as taxas seriam idênticas, o resultado das operações seria nulo para o Banco.

b) Considerando que a variação da taxa cambial fosse superior à taxa de juros, o Banco pagaria o valor correspondente aos juros e receberia o valor correspondente à variação da taxa cambial. Ao final, o Banco lucraria com a operação a diferença entre o valor pago e o valor recebido.

c) Considerando que a variação da taxa cambial fosse inferior à taxa de juros, o Banco pagaria o valor correspondente aos juros e receberia o valor correspondente à variação cambial. Ao final, o Banco perderia a diferença entre o valor pago e o valor recebido.

15. Assim, as operações de swap cursadas na BMF assumiam posições de risco: podia-se ganhar ou perder. Como o banco opera de maneira prudente, procurou evitar as perdas contratando operação de hedge internacional, na forma da Resolução 2.012/93.

16. As contratações de hedge internacional, neste caso, são operações derivadas das operações realizadas na BMF. Em conformidade com as regras estipuladas pela Resolução 2.012/93, o Banco contrata com outro banco, no exterior, operações em que se compromete a pagar taxa igual à variação cambial contra o direito de receber taxa de juros pré-fixada, sempre superior à taxa de juros pré-fixada da BMF.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

17. Ao final de um período considerado, independente da flutuação da taxa de variação cambial no período, o Banco sempre ganha a diferença entre a taxa de juros a ser paga à BMF e a taxa de juros que recebe do banco no exterior. Isso porque, após a liquidação da operação de swap na BMF, o Banco teria as seguintes possíveis movimentações financeiras:

a) Se a variação da taxa cambial for igual à taxa de juros da BMF, o Banco nada pagará ou receberá pela liquidação da operação cursada na BMF. Mas, na liquidação da operação de hedge, o Banco receberá a diferença entre taxa de juros e a variação cambial;

b) Se a variação da taxa cambial for superior à taxa de juros da BMF, o banco receberá a diferença relativamente à operação cursada na BMF, mas pagará a diferença relativamente à operação de hedge. Todavia, como a diferença resultante da operação de hedge será menor que a diferença resultante da operação cursada na BMF, o banco terá lucro;

c) Se a variação da taxa cambial for menor que a taxa da BMF, o banco pagará a diferença resultante da operação cursada na BMF, mas receberá a diferença resultante da operação de hedge. Como esta segunda diferença é maior que a primeira, o banco terá lucro.

18. Em suma, ao realizar a operação de swap na BMF o banco pode ganhar ou perder, mas, fazendo o hedge como forma de travar a operação, o banco sempre ganhará, independentemente da variação da taxa cambial.

19. O lucro do impugnante não adviria do que ocorresse com a política cambial. O que quer que ocorresse quanto a ela, seria indiferente para o impugnante, que estava protegido (hedgiado). O lucro do impugnante adviria, pura e simplesmente, do diferencial entre a taxa de juros pré-fixada nos contratos de hedge (realizados "on the markt" - OTC) e a taxa de juros pré-fixada das operações cursadas na BMF.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

20. As operações realizadas pelo impugnante no OTC eram usuais e normais no mercado financeiro, feitas todos os dias aos milhares, sendo do pleno conhecimento dos monitores do Bacen, que visitam as instituições e examinam essas operações. A política cambial teve de ser mudada, em janeiro de 1999. Veio a livre flutuação de taxas e mudou o Presidente do Bacen. Os fluxos cambiais decorrentes das operações no OTC do impugnante (e outros) se inverteram. As reservas cambiais do país passaram a 'perder' com essas operações. Eis então que o Bacen (sob nova direção) passa a entender que essas operações seriam irregulares e move processos administrativos contra o impugnante (e outros) que antes desse novo entendimento as tinham praticado.

CONSIDERAÇÕES QUANTO AO MÉRITO

PAGAMENTO OU RECEBIMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA

21. Como visto, o cerne da autuação, no que se refere ao IRPJ, está no fato de as operações realizadas pelo impugnante no OTC não terem observado a Circular Bacen 2.348/93 (baixada com base em suposta competência que lhe foi delegada pelo CMN por meio da Resolução 2.012/93), que restringe o hedge internacional a pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras.

22. No caso concreto, a delegação dada pelo CMN ao Bacen é clara: para baixar meras normas de execução. Veja-se o comando do CMN na Resolução 2.012/93: "Art. 4º. Fica delegada competência ao Banco Central do Brasil para adotar as medidas e baixar as normas **necessárias à execução** do disposto nesta Resolução". Só isso. Mais nada.

23. O Bacen ultrapassou os limites da delegação. Basta cotejar o art. 1º da Resolução 2.012/93 com o art. 1º da Circular 2.348/93. Enquanto a primeira refere-se a 'operações destinadas a proteção (hedge) contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas', o segundo diz que podem 'ser objeto de proteção



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

(hedge) contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional, **os pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras**'.

24. A jurisprudência é pacífica no sentido de rejeitar a imposição de regras ou condições, pelo Bacen, não previstas em resoluções do CMN que venham a regulamentar. Veja-se o caso do Mandado de Segurança (MS) decidido a favor do impetrante, em 1ª e 2ª instâncias, conforme ementa transcrita na Impugnação (Proc. 95030921880-SP, TRF da 3ª Região, 4ª Turma, Diário de Justiça de 05.11.1996, pág. 84.309):

25. No mesmo sentido, os acórdãos, também unânimes e do mesmo TRF-3ª Região, 4ª Turma, proferidos na Apelação em MS (AMS) 95030259282-SP (DJ de 31.03.1998, pág. 341) e na Remessa Oficial em MS 95030232821 (DJ de 26.11.1996, pág. 91005), bem como o acórdão na AMS 199901000235148-BA (DJ de 05.05.2000, pág. 648), também unânime, mas de outro TRF (o da 1ª Região, 4ª Turma).

26. Ou seja, como o Bacen não poderia restringir o alcance de uma deliberação do CMN, concluiu o impugnante que a Circular contemplaria qualquer ativo ou passivo **atrelado à variação da taxa cambial**, pouco importando se a moeda estrangeira estivesse sendo utilizada como **moeda de pagamento** (caso em que o pagamento teria de ocorrer no exterior, pois não se admitem obrigações de pagamento no país em moeda outra que não a nacional) ou meramente como **moeda de conta** (e então o pagamento ocorreria no país, em Reais, apenas com o valor respectivo indexado à moeda estrangeira). Essa seria a única interpretação que legitimaria a Circular 2.348/93, pois qualquer outra importaria em que ela extrapolasse a delegação feita pela Resolução 2.012/93. A Circular 2.348/93 teria falado em '**pagamentos em moedas estrangeiras**' tão somente porque não havia possibilidade, à época, de alguém assumir **riscos cambiais no país liquidáveis em Reais** (possibilidade que depois se abriu com as operações na BMF).



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

27. O Bacen sempre soube das operações no OTC para 'hedge' posições na BMF. Nunca se opôs a elas enquanto geravam fluxo positivo de divisas para o País. Eram tidas como regulares, até aí. Só passaram a ser tidas por irregulares quando, mudada a política cambial, o fluxo se tornou negativo. Ou seja, o Bacen, após a mudança da política cambial, mudou de entendimento e passou a querer aplicar seu novo entender retroativamente.

28. Mais um fato a denotar que o Bacen não considerava irregulares as operações em causa é o que se lê nos itens 47 e 48 da defesa apresentada no Proc. Bacen:

(47). Ademais, o Departamento de Câmbio do D. Banco Central do Brasil tinha pleno conhecimento que outras instituições financeiras estavam praticando operações semelhantes àquelas do Intimado e, nesse sentido, em cumprimento a sua atuação, que prevê também o aperfeiçoamento das normas aplicáveis ao mercado de câmbio e revisão permanente de suas matérias já regulamentadas, com vistas a atender às necessidades de modernização dos instrumentos e das práticas adotadas pelas instituições intervenientes no mercado, até sinalizou internamente à Diretoria de Assuntos Internacionais, do D. Banco Central Brasil, cuja parte transcrevemos da defesa administrativa dos demais intimados nesses autos:

Ofício DECAM/GABIN-99/197, de 23.11.1999

5. Considerando que a proliferação de casos da espécie pode resultar em expressivas e imprevisíveis remessas ao exterior e que a não manifestação pronta deste Banco Central ... pode redundar na cristalização de "praxe de mercado" ..., propõe-se a edição de Carta-Circular cuja minuta anexamos.

(48). Diante dessa manifestação: (i) era patente que as instituições financeiras tinham um mesmo entendimento sobre a Resolução nº 2.012/93 e praticavam com toda a transparência possível as operações de hedge nela permitidas; e (ii) se o D. Banco Central Brasil estivesse convicto de que a Resolução nº 2.012/93 não se prestava aos propósitos daquelas operações de hedge no Mercado Internacional (OTC), certamente teria tomado as providências sugeridas para suspender tais práticas, se tivessem [sido] julgadas cabíveis pela Diretoria da D. Autarquia, ou mesmo teria levado à frente a publicação da mencionada Carta-Circular, de forma a esclarecer o mercado a respeito do tema, o que não ocorreu!



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

29. O § 1º do art. 1º da Resolução 2.012/93, o mesmo artigo que autorizava o hedge no exterior, capacitava o Bacen a tomar providências acautelatórias, se e quando houvesse 'dissonância' entre as operações praticadas a esse título e o 'objetivo' da Resolução. Ou seja, se e quando o Bacen, conhecendo-as perfeitamente ("usuais e normais no mercado financeiro", "feitas todos os dias aos milhares" - como depôs quem o presidia à época), avaliasse estar ocorrendo "dissonância", estava autorizado a tomar providências para zelar pelo bom funcionamento do mercado e pelas reservas cambiais brasileiras (mais do que meramente "estar autorizado": **tinha de fazê-lo**, no desempenho das suas atribuições legais).

30. Mas o Bacen nunca fez isso, nem mesmo após a mudança da política cambial e a conseqüente inversão dos fluxos de divisas, dela derivada, oriundos das operações no OTC (do impugnante e de outros bancos). Se o Bacen não se opunha às referidas operações, embora delas tivesse conhecimento, só pode ser porque não considerava irregular a realização de hedge no OTC para cobrir risco de obrigações das quais não resultassem pagamentos em moeda estrangeira. Com efeito, não fosse assim, teríamos que concluir que o Bacen daria à Circular em causa a interpretação que conviesse ao fluxo de divisas e não a que decorresse de seu texto e dos precedentes então existentes.

AUSÊNCIA DE REGISTRO NA CETIP

31. Afirma o TVF que o hedge no exterior foi realizado usando o swap como instrumento e que, por isso, ter-se-ia de obedecer também às normas sobre swap. Citando o art. 74, § 3º, da Lei 8.981/95, alega que o registro, no caso, teria que ser feito na CETIP, e não foi. Ou seja, mesmo tendo admitido serem de hedge as operações realizadas pelo impugnante no OTC, materializadas através de swaps, ainda assim o TVF conclui que as perdas não seriam dedutíveis, porque teria faltado o registro na CETIP.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

32. A suposta necessidade de registro das operações na CETIP chegou a ser levantada pelo Bacen, em 1999. Na oportunidade, o impugnante respondeu que o registro só cabia quanto a swaps domésticos, não internacionais. O impugnante supôs que essa questão estava superada, pois a intimação que originou o Proc. Bacen não toca nesse ponto. A defesa aborda o assunto, no Proc. Bacen, apenas em histórico:

(111). A primeira manifestação formal do D. Banco Central do Brasil com relação às operações de hedge cursadas pelo intimado verificou-se, em 30.9.1999, por meio do expediente DEFIS/GTRJA-99/084, que indica, na súmula de irregularidades, o seguinte:

Irregularidade nº 12

Ocorrência: Contratos de swap sem registro na CETIP ou em sistema autorizado pelo Bacen ou CVM.

Capitulação: Resolução nº 2138 Art. 3º

(112). Sem prejuízo da posição adotada anteriormente pelo intimado de não mais realizar operações dessa natureza, o intimado teve a oportunidade de esclarecer prontamente, por meio do expediente BCAN-ADM-007/99, de 29.10.1999, que a falta de registro em sistema autorizado pelo D. Banco Central do Brasil decorre do entendimento que as operações não estavam sujeitas às regras da Resolução nº 2.138/94, que trata, especificamente, de operações de swap contratadas em mercado de balcão no País.

(113). De outra forma, as operações cursadas pelo intimado foram baseadas na Resolução nº 2.012/93, relativas, exclusivamente, à possibilidade de contratação de operações de hedge no mercado internacional, que não exige registro das operações no CETIP ...

33. Na verdade, não é que a contratação de hedge internacional **não exige** registro. Mais do que isso: ele é **impossível**. A CETIP pura e simplesmente **não registra**. É o que se vê nas duas cartas transcritas na Impugnação e anexadas como documentos **05 e 06**. Na primeira, de 10.04.2003, o impugnante consulta a CETIP sobre a necessidade de registro das operações com o Mellon Bank realizadas nos termos descritos em "Confirmation Agreements" (como o anexo). Na segunda, a CETIP responde que só é possível o registro de ativos padronizados, realizados no mercado



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

brasileiro.

34. Não procede, portanto, a afirmação do TVF (segundo parágrafo da folha 20 do TVF) de que as operações do impugnante no OTC deveriam ter sido registradas na CETIP. Lá não eram registráveis.

35. O TVF faz a afirmação de que seria necessário o registro com base em resposta que recebeu da CETIP, quando a intimou a respeito (primeiro parágrafo da folha 20 do TVF). Isto, numa primeira análise, pareceria significar que as duas respostas (a recebida pelo impugnante e a recebida pela Fiscalização) se contradizem. Entretanto, não é isso que ocorre.

36. A Intimação que a Fiscalização fez à CETIP (folha 1.275 dos autos) era para "Informar se a CETIP estava autorizada, pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM, a registrar um contrato **do tipo** apresentado em anexo, no período de janeiro a fevereiro de 1999". A resposta (folha 1.281) foi: "Esclarecemos que na CETIP são registrados os ativos padronizados, previstos no Regulamento Operacional. Desta forma, poderiam ter sido registrados, no período solicitado, contratos de Swap DI x Dólar, PRE x Dólar ou outro contrato qualquer, desde que permitido pela legislação do Banco Central do Brasil".

37. O TVF concluiu, então: "Uma vez que o contrato de swap OTC é do tipo PRE x Dólar, não resta dúvida de que ele poderia ter sido registrado naquela instituição" (são os termos exatos do TVF, que foram adaptados no item 34 acima).

38. Acontece que, na CETIP, só são registrados - sempre foi assim e continua sendo - ativos (ou contratos que os gerem) **domésticos**, como salientado na resposta transcrita no item 5.2.3 da Impugnação. Na Intimação do Fisco, perguntava-se se a CETIP estava autorizada a registrar um contrato "**do tipo**" do que anexava. Quem a respondeu há de ter entendido que a pergunta queria referir-se a um contrato daquele "**tipo**", mas celebrado no Brasil e **aqui liquidável**. Acredita o impugnante que nem sequer há de ter passado pela cabeça de quem respondeu à Intimação que o Fisco



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

pudesse estar querendo referir-se a um contrato liquidável **no exterior**. Ou seja, quem respondeu, no passado, deve ter entendido que o Fisco queria saber se, caso o mercado brasileiro "importasse" esse tipo de "produto" para "comercializá-lo" aqui, os contratos seriam registráveis na CETIP.

39. Na carta do impugnante, a pergunta foi bem clara e específica: disse que celebrou contratos com o Mellon Bank N.A., nos termos de 'Confirmation Agreements', dos quais anexava um, como exemplo. Ou seja, a pergunta não dava margem a nenhum mal-entendido. Queria-se saber (na verdade, já se sabia, o que se queria era apenas uma confirmação por escrito, para fazer prova nos autos) se **aqueles** contratos seriam registráveis; **aqueles** - e não outros, parecidos com aquele, daquele tipo.

40. Já no caso da Intimação fiscal, os termos da pergunta ensejavam ao destinatário subentender que estava querendo referir-se **a contratos daquele tipo**, mas liquidáveis aqui, entre partes locais; o destinatário sequer poderia imaginar que não fosse esse o sentido da pergunta, de tão inusitada que ela seria, se o sentido fosse outro. Afinal, a CETIP, como o seu próprio nome indica, é uma central **de liquidação e custódia**, não um organismo semelhante a um cartório de títulos e documentos, a que qualquer contrato pudesse ser levado para simples registro.

41. A CETIP não poderia desempenhar o seu papel, no caso de operação no exterior liquidável no exterior, pois isso não se amoldaria, de forma alguma, aos seus mecanismos operacionais.

PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE – CSLL



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

42. No que se refere especificamente à CSLL, alega a fiscalização que, até 01.10.99, data a partir da qual o art. 19 da MP 1.858-6, de 29.06.99, estendeu à CSLL a aplicação das normas previstas na Lei 9.249/95 para o IRPJ, prevaleceu o princípio da territorialidade em que, por oposição ao sistema de tributação em bases universais, só se levavam em conta os resultados derivados de fontes situadas no território nacional.

43. Segundo se observa no item 2 do TVF, as remessas para o exterior relativas às perdas verificadas nas operações de hedge ocorreram no período compreendido entre janeiro e setembro de 1999. Assim, as perdas não poderiam ser deduzidas porque ocorreram antes da aplicabilidade das normas da MP nº 1.858-6/99.

44. Diz o TVF que, enquanto prevaleceu o princípio da territorialidade, não se computavam nos resultados das pessoas jurídicas, para efeito de tributação, os ganhos e as perdas auferidos no exterior. Esse princípio teria sido aplicável à CSLL até setembro de 1999. A partir de então, os ganhos obtidos no exterior passaram a ser tributados, mas as perdas continuaram a ser desconsideradas para efeitos fiscais, por força do art. 25, § 5º, da Lei 9.249/95.

45. O art. 25 da Lei 9.249/95 (incluído o § 5º) contempla lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior e, por contraposição, perdas incorridas no exterior, vale dizer, resultados provenientes do exterior que até então eram ignorados no Brasil, para efeito de tributação.

46. Ocorre que, no caso, os resultados das operações realizadas pelo impugnante no OTC, quer sejam positivos ou negativos, jamais se classificariam como auferidos no exterior, a despeito de se localizar no exterior o pagador do ganho do impugnante (se favorável o resultado da operação) ou o beneficiário de sua perda (se desfavorável o resultado da operação).

47. Renda é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

ambos, de sorte que, para que haja renda produzida no exterior, pelo menos um desses elementos (capital ou trabalho) deve situar-se fora do Brasil. No caso concreto, as operações realizadas pelo impugnante no OTC derivam de capital aplicado no Brasil (no ativo coberto pelo hedge) e de operações concebidas exclusivamente no Brasil. Não houve qualquer tipo de aplicação de recursos no exterior (ao se contratar a operação citada no OTC, não se faz qualquer remessa de divisas para o exterior, que fossem então configurar o "capital" a produzir resultados, lá); o negócio realizado no OTC representou apenas uma perna de operação estruturada no Brasil e vinculada a ativos aqui existentes.

48. Aparentemente, o TVF parte da premissa equivocada de que o resultado teria sido produzido no exterior pelo simples fato de o responsável pelo pagamento do ganho ou beneficiário da perda situar-se fora do Brasil. Há, no TVF, uma incompreensão do alcance dos princípios da territorialidade e da tributação em bases universais.

49. A distinção entre resultados produzidos no Brasil e no exterior sempre foi essencial: (a) até o advento da Lei 9249/95, porque apenas os primeiros eram tributados; e (b) após a referida lei, porque há regras de tributação específicas aplicáveis apenas a esses últimos, dentre elas a que veda a utilização de perdas verificadas no exterior para absorver ganhos auferidos no Brasil. Esse problema é antigo, e a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria são uniformes no sentido de vincular o resultado ao país em que se situam as fontes de sua produção.

50. No Parecer Normativo CST 140/73, analisou-se a tributação, na fonte, de juros de empréstimos tomados no exterior por empresas sediadas no Brasil, e afastou-se a aplicação do "princípio da territorialidade" sob o argumento de que o juro é produzido no país em que aplicado o capital mutuado (no caso, o Brasil).

51. José Luiz Bulhões Pedreira faz as seguintes observações sobre o princípio da territorialidade:



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

O imposto brasileiro sobre o lucro das pessoas jurídicas incide apenas sobre os resultados das atividades exercidas no País, ou, como dizia o DL nº 5.844/43 (art. 35), "resultados derivados de fontes nacionais". Se a pessoa jurídica auferir resultados de atividade exercida no exterior, esse lucro está sujeito ao imposto do país onde a atividade é exercida, ou foi produzido, e a lei brasileira não o sujeita a segunda tributação, ainda que a empresa (nacional ou estrangeira) tenha domicílio no Brasil e seja contribuinte do imposto brasileiro (Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas, Justec Editora Ltda., Rio de Janeiro, 1979, vol. 1, nº 121, p. 206).

52. Alberto Xavier, por sua vez, ao analisar a aplicação do princípio da fonte para delimitação da competência tributária, conclui que o poder de tributar a renda cabe ao Estado em cujo território os rendimentos foram produzidos, o que, segundo o referido autor, dá-se "no lugar em que é exercida a atividade, em que são utilizados os fatores de produção ou em que se situam os bens ou direitos de que provém", conforme se verifica nos trechos de sua obra "Direito Tributário Internacional", Ed. Forense, 5ª edição, páginas 269 a 271, transcritos na Impugnação.

53. Ressalte-se, ainda, que, conforme o entendimento da 'Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)' e da grande maioria dos países desenvolvidos, os Estados devem considerar, para fins de formulação das normas de localização de rendimentos, o lugar onde o capital se encontra situado ou onde a atividade produtiva da renda foi posta em prática (cf. Heleno Tôrres, Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2000, p. 120, nota 4).

54. A 3ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes manifestou-se nesse mesmo sentido, no Acórdão nº 103-08.112, conforme se observa no voto do relator, Conselheiro Dicler de Assunção, excertos do qual foram transcritos na impugnação.

55. Em suma, o art. 25 da Lei 9.249/95 contempla apenas os resultados que, até seu advento, escapavam à tributação, em razão do princípio da territorialidade. Tais resultados, para que se verifiquem, é essencial que a empresa brasileira tenha estabelecimento ou capital no exterior. Essa conclusão se impõe pela leitura do art. 25,



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

que contempla lucros, rendimentos e ganhos de capital; para que ocorra a percepção de lucros, é essencial que a empresa brasileira tenha estabelecida no exterior filial, controlada ou coligada; para que aufera ganho ou rendimento de capital, é necessário que a empresa brasileira tenha capital aplicado no exterior.

56. Ganhos de natureza diversa não se excluíam de tributação, antes da Lei 9.249/95, nem se sujeitam às suas regras, após sua promulgação, ainda que a fonte responsável pelo pagamento do ganho se situe no exterior. Não fosse assim, as receitas de serviços a residentes no exterior, realizada por empresa brasileira através de prepostos que se deslocassem para o exterior, escapariam à tributação antes da referida lei e submeter-se-iam às suas regras após o seu advento; mas, não é isso que ocorre e as próprias autoridades fiscais reconhecem esse fato.

57. Com efeito, por força do art. 27 da Lei 9.249/95, as empresas que auferem receitas do exterior são obrigadas a pagar IRPJ com base no lucro real (norma repetida no inciso III do art. 14 da Lei 9.718/98). Não obstante, o Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 5, de 31.10.2001, esclarece que essa hipótese não se aplica à pessoa jurídica que auferir receita da exportação de mercadorias e da prestação direta de serviços no exterior. E esclarece, ainda, que "Não se considera prestação direta de serviços aquela realizada no exterior por intermédio de filiais, sucursais, agências, representações, coligadas, controladas e outras unidades descentralizadas da pessoa jurídica que lhes sejam assemelhadas."

58. Afirma o TVF que antes da Lei 9.249/95 prevalecia o princípio da territorialidade, no que está correto, e conclui, em seguida, que as operações de hedge sempre mereceram um tratamento especial (art. 6º do DL 2.397/87), deixando transparecer que, sem esse tratamento específico, os resultados delas decorrentes - positivos ou negativos - não poderiam ser computados no lucro real, por derivarem do exterior. Essa afirmativa não é necessariamente verdadeira.

59. Antes do referido DL 2.397/87 a matéria já era tratada pelo DL 1.418, de 03.09.1975, cujo art. 5º, em sua redação original, dispunha: "Art. 5º Serão excluídos da apuração do lucro tributável pelo Imposto sobre a Renda os proventos líquidos



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

auferidos por empresas exportadoras nacionais, em bolsas de mercadorias no exterior, obedecidas as condições estabelecidas pelo Ministro da Fazenda.”

60. Esses resultados líquidos em bolsa de mercadorias são precisamente os de hedge, como se esclarece na Portaria nº 18, de 12.01.1979, que dispôs sobre o referido art. 5º do DL 1.418/75. Ora, se, no caso, os ganhos de hedge realizados no exterior correspondessem necessariamente a resultado de atividade exercida no exterior, os mesmos escapariam à tributação por força do princípio da territorialidade, não fazendo qualquer sentido a expedição de norma que a autorizasse e, mesmo assim, sob condições estabelecidas pelo Ministério da Fazenda.

61. Portanto, os resultados das operações de hedge praticadas pelo impugnante foram produzidos no Brasil, não havendo razão para excluí-los da base de cálculo da CSLL antes de outubro de 1999. Esse era o único procedimento cabível e o impugnante destaca que, no período-base de 1998, quando todas as operações realizadas na OTC geraram receitas, foram elas computadas na base de cálculo da CSLL a despeito de, naquele ano, ainda prevalecer o princípio da territorialidade no âmbito da CSLL. Essa assertiva é comprovada pelo fato de o lucro líquido do impugnante não ter sido ajustado, para efeitos de determinação da base de cálculo da CSLL, pela exclusão de ganhos identificados como provenientes do exterior (Doc. 07).

62. Assim, pelo mesmo motivo, pelo qual o impugnante ofereceu à tributação os ganhos decorrentes das operações realizadas no OTC no ano de 1998, computou na base de cálculo da CSLL as perdas verificadas no mesmo mercado, ocorridas em 1999.

A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

63. O Acórdão DRF/RJOI nº 4460/2003, de Primeira Instancia, (fls. 1735/1773) mantém as exigências fiscais. Refuta ou desconsidera as arguições do impugnante; invoca as mesmas razões apresentadas pelo auditor fiscal no TVF; e acrescenta apenas alguns pontos novos que são destacados a seguir.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

64. Quanto às alegações do impugnante de que o Bacen, ao expedir a Circular Bacen 2.348/93, extrapolou da competência que lhe foi delegada pelo art. 4º da Resolução CMN 2.012/93, o Acórdão recorrido apresenta a seguinte ementa:

A via administrativa não é apropriada para se argüir a legalidade de ato normativo formalmente editado por outro órgão, no caso o Banco Central do Brasil. Sendo a atividade administrativa adstrita ao princípio da legalidade e, gozando as normas administrativas regularmente editadas de presunção de validade, até que o Judiciário venha a declarar a sua ilegalidade, tal questionamento deve ser dirigido a este Poder, que detém a competência legal para apreciá-lo.;

65. E o relator do voto justifica-se da seguinte forma:

a) Do que observamos, a própria lei é que determina que as operações de hedge em outros mercados de futuros, no exterior, além de bolsas, devem respeitar as normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Além disso, o próprio Conselho Monetário Nacional delegou competência ao Banco Central para regulamentar a Resolução 2.012/93, o que se depreende da leitura do artigo 4º da referida Resolução (que vai transcrito no voto).

b) Ora, conforme já ressaltado, se o Conselho Monetário Nacional baixa norma autorizando o Banco Central a regulamentar as operações de hedge e este a regula, e estando a norma em vigor, não há porque a Receita Federal desconsiderar o comando da norma legal.

66. Quanto à contestação do impugnante contra a condição restritiva criada pela Circular Bacen 2.348/93 (recebimentos ou pagamentos em moedas estrangeiras), a Autoridade julgadora, para sustentar a aplicação da Circular Bacen 2.348/93, invoca o fato de a circular anterior, a Circular Bacen 2.170, de 30.04.1992, já ter-se referido a "pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras", como se vê à pág. 26 do Acórdão 4460/2003:

Da análise do dispositivo legal [Circ. 2.170], remanesce claro que o Banco Central do Brasil, anteriormente à contestada Circular nº



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

2.348/93, vinculava as operações de hedge aos pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira e aos empréstimos, financiamentos e dívidas contraídas pelas empresas em moeda estrangeira. Essa proteção através das operações de hedge visava minimizar os riscos da empresa decorrentes de operações sujeitas a variação cambial. Como vemos, fazendo-se análise temporal da legislação aplicável ao assunto, concluímos que o Banco Central manteve o seu entendimento de que as operações de hedge são aquelas relativas a obrigações assumidas em moeda estrangeira, não se tratando este o caso das operações realizadas pelo contribuinte que foram liquidadas em moeda nacional e também não se referem a empréstimos, financiamentos ou dívidas contraídas em moeda estrangeira.;

67. Quanto às ponderações do impugnante sobre a ausência de registro na CETIP das operações de swap realizadas no exterior, a Autoridade julgadora argüi pela existência de outros sistemas de registro, como se vê no terceiro parágrafo da pág. 32 do Acórdão 4460/2003:

Devemos lembrar também, abordando a impossibilidade de registro na CETIP, que o mesmo artigo referido no parágrafo anterior [art. 3º da Res. CMN 2.138/94] estabelece a obrigatoriedade do registro das operações de que trata a Resolução CMN nº 2.138/94 em sistema administrado pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP, ou em outros sistemas de registro, de custódia e de liquidação, devidamente autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários e que atendam as necessidades de fiscalização e controle por parte do Banco Central do Brasil. Concluo assim, que haviam outras alternativas de registro das operações realizadas, além daquela questionada pelo impugnante como impossível, não podendo, desta forma, ser acatada esta alegação do impugnante.; (grifos do original)

68. Quanto à argumentação do impugnante, em relação ao lançamento da CSLL, de que os resultados das operações de hedge realizadas no exterior não se qualificam como resultados auferidos no exterior, a Autoridade julgadora apóia-se nos seguintes argumentos do Relator para manter a exigência fiscal, como se vê às págs. 36 e 37 do Acórdão 4460/2003:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

a) *Em que pesem os argumentos expendidos tanto pelo contribuinte como pelo autuante, para fins deste voto, entendo que a manutenção ou não do lançamento relativo à CSLL será melhor discutida transcrevendo-se o relato simples e objetivo contido às fls. 1485 do processo, mais precisamente no próprio auto de infração que constituiu o lançamento da contribuição:*

Lançamento decorrente da fiscalização do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, na qual foram apuradas as infrações abaixo descritas, ocasionando, por conseguinte, insuficiência na determinação da base de cálculo desta contribuição. (grifos do original)

b) *De início, devemos abordar o princípio da territorialidade invocado pelo impugnante, no qual enfatiza a importância do local onde se exerce a atividade ou o local da fonte de produção do rendimento, para ao final asseverar que os resultados das operações realizadas pelo impugnante no OTC, quer sejam positivos ou negativos, jamais se classificariam como resultados auferidos no exterior. Contradiz-se o impugnante, senão vejamos o que diz às fls. 1.569:*

Ao final de um período considerado, independentemente da flutuação que a taxa de variação cambial tiver naquele período, o Banco sempre ganha a diferença entre a taxa de juros a ser paga à BMF e a taxa de juros que recebe do banco ou da bolsa no exterior.

c) *Ora, no próprio exemplo utilizado, o impugnante afirma que a fonte de rendimento é o banco ou a bolsa no exterior. O artigo 25 da Lei 9.249 é claro: "Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano". Quanto ao significado de auferir, o Dicionário Aurélio nos informa que auferir significa colher, obter, ter ou tirar. Cabe então perguntar: De onde o impugnante colheu ou obteve os rendimentos? Justamente do banco ou bolsa no exterior. Neste sentido auferir pode ser entendido como sinônimo de receber.*

d) *Quanto à sua tese de que, em razão do princípio da territorialidade e para que se verifiquem os resultados de que trata o artigo 25 Lei 9.430, seja essencial que a empresa brasileira tenha*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

um estabelecimento ou capital no exterior, confunde os conceitos de lucros, rendimentos e ganhos de capital.

e) Relativamente aos lucros auferidos no exterior, estamos de acordo com a necessidade de que seja ele proveniente de uma filial, sucursal, coligada ou controlada relacionada à empresa, todavia, o auto não é relativo a lucros auferidos no exterior, mas sim a perdas havidas em operações de swap, cuja dedutibilidade da base de cálculo não encontra amparo legal, o que iremos ver ao longo deste voto.

f) Assim, a despeito dos argumentos do contribuinte, não estamos falando de lucros, mas sim daquelas perdas, as quais para serem suportadas, não implicam na existência de um estabelecimento da empresa no exterior, basta que tenha um contrato de swap, como os inúmeros juntados ao processo às fls. 126 a 531, para que a empresa receba do banco ou da bolsa no exterior o resultado da operação contratada quando positivo, ou tenha que arcar com a perda relativa às operações realizadas, situação em comento.

g) Definido que se trata de perdas decorrentes de operações de swap realizadas no exterior, releva notar que remanesce claro no processo serem as mesmas havidas no período de janeiro a setembro de 1999.

h) Mesmo com a excelente explanação do impugnante, os elementos do processo evidenciam a existência de perdas com as operações de swap realizadas no exterior, perfeitamente demonstradas na autuação, havidas no período janeiro a setembro de 1999, assim, por força da vinculação da atividade administrativa, em virtude do Ato Declaratório acima referenciado [AD SRF 75, de 17.08.99], tais perdas não eram possíveis de se deduzir da determinação da base de cálculo da CSLL, devendo assim serem a ela adicionadas.

O RECURSO VOLUNTÁRIO

69. O Recurso Voluntário, de fls. 1.780/1799, ratifica, de forma concisa, os argumentos apresentados na Impugnação e acrescenta algumas novas ponderações, que vão resumidas a seguir.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

70. Quanto à premissa do Acórdão recorrido, de que, gozando as normas administrativas regularmente editadas de presunção de validade, tal questionamento deve ser dirigido ao Poder Judiciário, que detém a competência legal para apreciá-lo, o recorrente argumenta em síntese que:

a) Não é aceitável que a presunção de licitude das normas administrativas seja absoluta e inquestionável perante a Administração e que somente ao Judiciário caiba pronunciar-se sobre a validade de atos administrativos. A premissa do acórdão recorrido levaria ao esvaziamento do processo administrativo fiscal, que ficaria restrito a verificação de fatos e contas e aplicação literal de normas jurídicas.

b) A Constituição também determina que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Excluir do âmbito do processo administrativo a apreciação do questionamento da validade de qualquer norma jurídica é restringir a ampla defesa do litigante assegurada pela Constituição.

c) Por esses fundamentos, há muito, os tribunais administrativos fazendários, Conselhos de Contribuintes e Câmara Superior de Recursos Fiscais, em casos concretos têm afastado a aplicação de normas legais e de atos administrativos inválidos por ofensa a normas jurídicas de hierarquia superior, inclusive da Constituição.

d) Exemplos recentes são a não aplicação do prazo decadencial de dez anos para as contribuições sociais, previsto na Lei 8.212/91, por ofensa ao art. 146, III, 'b', da Constituição, e aos arts. 150, § 4º, e 173 do CTN (Ac. 103-20766), e a não aplicação do disposto no art. 41, § 2º, do Decreto nº 332/91, por ofensa à Lei nº 8.200/91 (Ac. 107-06881).

e) Esse entendimento está ora consagrado de forma expressa no Acórdão CSRF/01-03.620, formalizado em 30.06.2003, de que foi relator o Conselheiro Carlos Alberto Gonçalves Nunes, cuja ementa tem o seguinte trecho:



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA DA PARTE - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - A jurisprudência dos Tribunais Superiores e a Doutrina reconhecem que o Poder Executivo pode deixar de aplicar lei que contrarie a Constituição do País. Os Conselhos de Contribuintes, como os órgãos judicantes superiores do Poder Executivo encarregados da realização da justiça administrativa nos litígios fiscais, têm o dever de assegurar ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, analisando e avaliando a aplicação de norma que implique em violação de princípios constitucionais estabelecidos na Lei Maior, afastando a exigência fiscal baseada em dispositivo inconstitucional.

f) Esse é, pois, o primeiro vício do Acórdão recorrido: acatar, sem questionamento, a validade da Circular 2.348/93 do Bacen, em que se funda o auto, recusando-se a sequer discutir a sua ilegalidade por inobservância da Lei 8.383/91 e da Resolução 2.012/93 do CMN, ato normativo de hierarquia superior a que se deveria ater, argüida pelo ora recorrente na sua Impugnação.

71. Quanto à invocação, pelo Acórdão recorrido, do critério constante da Circular Bacen 2.170/92, anterior à Circular Bacen 2.438/93, de que os objetos das operações de cobertura fossem sujeitos a "pagamentos ou recebimentos em moedas estrangeiras", para justificar idêntico critério constante da Circular Bacen 2.438/93, o recorrente diz o seguinte:

Esse fato é de todo irrelevante porque: (i) essa restrição da Circular de 1992 não está consagrada na Resolução nº 2.012/93, que lhe é posterior e hierarquicamente superior, e, pois, teria sido por esta revogada; (ii) sob o art. 63 da Lei nº 8.383/91, cabe ao CMN, e não ao Bacen, baixar normas e estabelecer as condições sobre o tratamento tributário do hedge e, nesse aspecto, a Circular nº 2.170/92, se pertinente fosse ao caso, seria tão ilegal quanto a de nº 2.348/93, como acima demonstrado, porque nela o Bacen regula o que não lhe cabe regular por força de lei.

72. Quanto à "conclusão" do Acórdão recorrido (pela qual se rejeitou a tese da inexistência, no País, de entidade que faça o registro de swaps cursados no exterior), de que havia alternativas de registro, além da CETIP, porque a Resolução CMN 2.138/94 refere-se a "outros sistemas de registro", o recorrente faz as seguintes



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

ponderações:

a) O ofício da CETIP, já juntado aos autos, é corroborado pelo da BMF, ora anexo, que confirma que as operações **do tipo objeto deste litígio**, contratadas no mercado internacional, também não eram nem são passíveis de registro na BMF.

b) Como atestam o ofício da CETIP e o da BMF, o pressuposto evidente da Resolução CMN 2.138/94 é de que as operações que regula sejam feitas no Brasil, tenham por objeto títulos aqui transacionados e aqui sejam liquidadas.

c) Os "outros sistemas de registro" a que se refere a Resolução CMN 2.138/94 somente podem ser aqueles que porventura viessem a ser implantados no Brasil e fossem autorizados pelo Bacen e a CVM, a exemplo da CETIP.

d) A partir dessa alternativa da norma, "CETIP ou outros sistemas", o Acórdão **conclui** que havia outros sistemas e que o recorrente não se teria valido de qualquer deles.

e) Não se trata de "conclusão": tal afirmativa do Acórdão é inferência errônea ou presunção equivocada, pois a natureza e o âmbito de um sistema como o da CETIP são estritamente locais. Nesse ponto, para validar lançamento de tributo, o Acórdão afirma um fato sem prová-lo e presume-o de forma absoluta, o que é injurídico.

f) Não se discute que o registro das operações de swap "dá transparência à operação". Mas, por causa disso não se pode exigir do contribuinte um registro impossível num sistema inexistente, nem se presumir que todas as operações por ele efetuadas sem esse registro impossível sejam simuladas.

g) Diversas operações do recorrente, que também não foram objeto de tal registro impossível, geraram-lhe resultado cambial positivo integralmente oferecido à tributação e que nem a validade dessas operações nem a das que são objeto deste litígio foi questionada pelo fiscal autuante.

h) Portanto, não procede a fundamentação do Auto nem do Acórdão quanto à exigência de IRPJ, que deve ser cancelada.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

73. Sobre a tributação da CSLL com base no princípio da territorialidade, o recorrente chama a atenção no recurso voluntário para o fato de que o "Acórdão recorrido não analisa nem refuta os argumentos da Impugnação e apenas afirma que as perdas da recorrente foram incorridas no exterior pelo simples fato de a outra parte contratante do hedge ser domiciliada no exterior."

74. Pondera, então, o recorrente que na vigência da legislação anterior à eficácia do art. 19 da MP 1.858-6/99, prevalecia o princípio da territorialidade, como reconhece o TVF (p. 12), e sob tal princípio o mero fato de um ganho ou perda decorrer de relação com parte residente no exterior não era suficiente, por si, para qualificá-lo como de origem ou fonte estrangeira.

75. Às fls. 1857, a DRF do Rio de Janeiro lavrou despacho de encaminhamento do recurso voluntário, reconhecendo que foram atendidos os pressupostos de admissibilidade e seguimento.

76. Na sequência, a recorrente acostou aos autos nota técnica tendente a corroborar a lisura no seu procedimento.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

VOTO

Conselheiro IRINEU BIANCHI, Relator

77. Estando presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso voluntário merece ser conhecido.

78. Em razão de ter sido liquidada, por ocasião da impugnação, a parcela do crédito tributário decorrente da operação realizada com o Banco Surinvest, iniciada em 12.01.99 e concluída em 29.01.99, e em razão de o Acórdão recorrido ter mantido a exigência fiscal impugnada, remanesce litígio sobre o crédito tributário decorrente das 24 operações realizadas com o Mellon Bank N.A., especificadas na relação constante da folha 2 do TVF, todas elas liquidadas no período que vai de 15.01.99 a 02.09.99.

79. Com isso extingue-se, também, o efeito da acusação fiscal registrada no item 6.3 do TVF (folha 16 do Termo), com relação à imputada "infração" de natureza contábil. O auditor fiscal refere-se a possível falha contábil que afetaria as operações que se iniciam e terminam dentro do mesmo mês. Ocorre que, a despeito de o auditor fiscal referir-se a "operações", no plural, iniciadas e terminadas dentro do mesmo mês, o recorrente realizou apenas uma operação com essa característica. Foi justamente a operação realizada com o Banco Surinvest, que teve o crédito tributário dela decorrente extinto por ocasião da impugnação. Nenhuma das demais operações, cujo crédito tributário mantém-se na lide, foi afetada pela aventada falha contábil.

80. Examinei e reexaminei os autos, por diversas vezes. Concluí que a razão pende em favor do recorrente. Explico a seguir. A explanação haverá de ser mais longa do que a usual em razão da complexidade incomum da matéria.

81. Como se vê pelo relatório, o recorrente realizou operações de 'swap' na BMF da seguinte forma: trocava com o mercado taxas de juros fixas, sobre



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

montantes determinados de reais, por variação cambial (reais/dólares), sobre montantes equivalentes de recursos. Em outras palavras, o banco vendia juros e comprava variação cambial; pagava os juros incorridos no período de cada operação e, em troca, recebia a variação cambial ocorrida no mesmo período.

82. Na realização dessas operações junto à BMF, o recorrente adquiria ativos financeiros que consistiam no direito de receber variação cambial sobre montantes de dólares equivalentes (na data de início da operação) aos montantes de reais sobre os quais incidiam os juros vendidos. Como se vê pelo último parágrafo do item 4.1 do TVF, as operações realizadas na BMF foram devidamente examinadas pela Fiscalização, que as arrolou em planilha acostada aos autos (fls. 612/617). Não há dúvida, portanto, de que as operações foram realizadas.

83. O próprio auditor fiscal reconhece expressamente, no quarto parágrafo do item 6.4 do TVF, que as operações realizadas na BMF “estão relacionadas às atividades operacionais do Banco Brascan”. Está evidente, pois, que referidas operações compunham o elenco de atividades operacionais, usuais e normais, do recorrente.

84. Com efeito, tais operações, cujo objeto consiste na negociação de ativos financeiros, são operações normais e usuais das instituições financeiras, que as realizam diariamente aos milhares. Essas operações atendem aos propósitos das referidas instituições: concorrem para gerar lucros e fortalecer seu patrimônio, além de fortalecer o sistema financeiro como um todo. A diferença em relação às operações da economia real diz respeito ao objeto das transações. Enquanto na economia real as transações envolvem mercadorias ou, em especial, “commodities”, nas transações bancárias envolvem ativos financeiros. Em ambos os casos, entretanto, as transações constituem operações de compra ou venda de bens ou direitos, por intermédio de contratos específicos.

85. Na aquisição, junto à BMF, dos ativos financeiros representados pelo direito de auferir variação cambial, no exercício regular de suas atividades operacionais,



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

o recorrente expunha-se a riscos de prejuízos operacionais. Bastaria que a variação cambial fosse inferior à taxa de juros para que o recorrente sofresse prejuízos. Cabia-lhe, portanto, como ocorre com qualquer outra empresa, a prerrogativa de proteger os ativos adquiridos mediante a realização de 'hedge', inclusive no exterior.

86. Cabe ressaltar, neste ponto, que, no contexto empresarial moderno, bem como no contexto da legislação fiscal (vide art. 396 do RIR/99), as próprias operações de hedge, destinadas à cobertura de operações ou de ativos ou obrigações resultantes de atividades operacionais, constituem também atividade operacional normal e usual.

87. Assim, o recorrente realizou, no exterior, operações de proteção ou de cobertura ('hedge') da seguinte forma: trocava variação cambial (dólares/reais) por juros fixos, sobre montantes equivalentes aos envolvidos nas operações realizadas na BMF. Em outras palavras, pagava variação cambial e recebia juros.

88. Os autos não deixam dúvidas de que as operações realizadas no exterior pelo recorrente, tendo como contra-parte a Mellon Bank N.A., sobre as quais a autoridade fiscal constituiu as exigências fiscais que ainda se encontram em litígio, eram operações de hedge. Nota-se que o próprio auditor fiscal admite, em vários tópicos do TVF, que referidas operações, realizadas com o objetivo de proteger direitos adquiridos na BMF contra riscos da variação cambial, são genuínas operações de hedge, como se vê, por exemplo:

a) no primeiro parágrafo do item 5.2 do TVF: "Como o hedge no exterior foi realizado usando o swap como instrumento financeiro, o Banco Brascan, além de ter que respeitar a legislação referente a hedge, também está obrigado à legislação relativa à operação financeira do tipo swap";

b) no quarto parágrafo do item 6.4 do TVF: "À luz da definição de hedge dada pela legislação tributária (item 3.2, deste termo), considerando que as operações realizadas na BMF estão relacionadas às atividades operacionais do Banco Brascan (alínea 'a', § 1º, da Lei nº 8.981/95), não há como negar que as operações realizadas na



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

BMF poderiam ser objeto de hedge" (observação: o auditor utiliza a forma condicional, "poderiam ser...", apenas por ressaltar, no parágrafo seguinte, que as operações de hedge feitas no exterior estão sujeitas a determinadas condições para fins tributários);

c) no sétimo parágrafo do item 6.5 do TVF: "Como o instrumento utilizado pelo Banco Brascan com o objetivo de hedge foi o swap, os requisitos formais próprios às operações de swap devem ser respeitados, inclusive o registro exigido pela Resolução CMN nº 2.138/94".

d) no último parágrafo do subitem 5.1.1 do TVF: "O hedge feito no exterior, pelo Banco Brascan, segundo ele mesmo informa (fls. 108), foi feito em mercado de balcão e tinha como objeto seus ativos na BMF que envolvem pagamentos ou recebimentos em moeda nacional."

89. Com a realização dessas operações de cobertura, o recorrente eliminava os riscos da exposição cambial sobre os ativos que adquiria na BMF, pois as operações eram estruturadas de tal forma que as despesas de variação cambial pagas no exterior correspondessem às receitas de variação cambial auferidas no País.

90. Em consequência, o resultado conjunto das operações realizadas na BMF e das operações realizadas no exterior se resumia, praticamente, na diferença entre os juros recebidos no exterior e os juros pagos no País, visto que os resultados específicos das operações relativas à variação cambial tendiam a se anular (o montante de variação cambial pago no exterior tendia a ser equivalente ao montante de variação cambial auferido no País).

91. A compensação dos resultados das operações de cobertura com os resultados das operações cobertas (ou dos respectivos ativos ou obrigações), com tendência à anulação do resultado conjunto, é uma característica intrínseca das operações de hedge.

92. E é justamente por causa dessa característica do hedge (compensação dos resultados das operações de cobertura com os resultados das



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

operações cobertas) que a legislação fiscal aplicável à matéria prevê a apropriação, nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, dos resultados, positivos ou negativos, das operações de cobertura, mesmo quando realizadas no exterior.

93. Com efeito, o empresário brasileiro estaria sujeito a ônus fiscal extraordinário se, com o objetivo de dar proteção a ativo vinculado ao dólar, ao realizar no exterior operação de hedge mediante, por exemplo, alienação de variação cambial, a legislação fiscal não admitisse a apropriação, na apuração das bases de cálculo dos tributos incidentes sobre o lucro, dos resultados negativos produzidos pela operação.

94. Pois, no caso desse exemplo, ocorrendo elevação da taxa cambial (reais/dólar), o empresário teria lucro sobre o ativo vinculado ao dólar e, ao mesmo tempo, prejuízo na operação de hedge. Todavia, com a restrição legal aventada, seria obrigado a apropriar o resultado positivo da operação coberta (ou do ativo coberto), mas não poderia computar o prejuízo havido no exterior decorrente da operação de cobertura.

95. Caso o tratamento fiscal do hedge, compreendidas as operações de cobertura e as operações cobertas, não incorporasse o critério da neutralidade (no sentido de admitir o cômputo em conjunto dos resultados produzidos pelas duas operações, independentemente do país em que sejam realizadas as operações de cobertura), estaria, na verdade, comprometendo a utilidade de um dos mais importantes instrumentos da moderna administração empresarial, mormente das empresas que atuam no mercado internacional, onde se vêem compelidas a pautar sua atuação nos limites da prudência.

96. Essas empresas estimulam-se a praticar operação de seu interesse na BMF, por exemplo, na expectativa de que possam realizar a operação de cobertura necessária para proteger os direitos e obrigações decorrentes da primeira (realizada na BMF) contra os riscos de variação cambial (v.g.). Realizam as duas operações de forma casada; obtêm lucro numa ponta e prejuízo na outra ponta, de acordo com as regras.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

97. Assim, há que predominar no ambiente de atuação dessas empresas a segurança jurídica de que os resultados de ambas as operações serão computados em conjunto, na apuração dos tributos incidentes sobre o lucro. Não podem as empresas, ao final, se surpreender com a obrigação de tributar o lucro obtido numa ponta e a proibição de computar o prejuízo obtido na outra, a não ser que razões muito sólidas, claras e objetivas, fundadas em dispositivos legais insofismáveis, autorizem a exação fiscal.

98. No entanto, a neutralidade da legislação fiscal não estaria completa se ela se restringisse a dispor sobre a apropriação em conjunto dos resultados produzidos pelas operações de cobertura e pelas operações cobertas, sem dispensar o ônus tributário incidente nas remessas de divisas. Pois, mantida a tributação do Imposto de Renda Devido na Fonte (IRF) sobre as remessas (quando necessárias para o pagamento de resultados negativos), a realização de hedges no exterior continuaria impraticável, vez que, nas transações internacionais, o ônus do IRF sobre as remessas recai, de praxe, sobre o remetente.

99. Dois fatos justificam a exclusão do ônus tributário sobre as remessas: (i) as empresas sediadas no Brasil, com frequência, somente encontram nos centros financeiros internacionais os instrumentos financeiros de que necessitam para cobrir inúmeras de suas operações; (ii) as transferências de divisas para o exterior ou do exterior resultam das contingências em que são realizadas as operações de cobertura e as operações cobertas, mas não têm qualquer repercussão nos resultados alcançados pelas operações.

100. De fato, num tipo de hedge como o praticado pelo recorrente, caso a variação cambial superasse a taxa de juros praticada no exterior, o banco estaria sujeito à remessa de divisas para pagamento da diferença. Caso a taxa de juros praticada no exterior superasse a variação cambial, caberia ao banco transferir as divisas correspondentes para o País. Num e noutro caso, todavia, considerando-se que a taxa de juros externa superava a taxa de juros interna, o resultado global obtido pelo



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

banco mantinha-se o mesmo, e positivo.

101. É nesse contexto que foram editados os atos legais e normativos, vigentes à época da ocorrência dos fatos ora discutidos, que dispunham sobre a apropriação, na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, tanto dos resultados positivos como dos resultados negativos decorrentes das operações de cobertura, bem como os atos que dispunham sobre a redução a zero da alíquota do IRF sobre as remessas de divisas, a saber:

a) o art. 5º do Decreto-lei 1.418, de 03.09.1975, regulamentado pela Portaria MF 18, de 12.01.1979, publicada no DOU de 17.01.1979, pág. 839;

b) o art. 6º do Decreto-lei 2.397/87, que deu suporte à edição do art. 63 da Lei 8.383/91;

c) o art. 63 da Lei 8.383/91;

d) o § 1º do art. 396 do RIR/99, que confirma a vigência do art. 63 da Lei 8.383/91;

e) o art. 77, V, e §§ 1º e 2º, da Lei 8.981/95;

f) os arts. 17 e 28 da Lei 9.430/96;

g) o art. 1º da Lei 9.481/97, alterada pelo art. 20 da Lei 9.532/97;

h) o art. 1º e inciso III da Portaria MF 70, de 31.03.1997, que dispõe sobre a redução a zero da alíquota do IRF sobre remessas de divisas;

i) a Resolução CMN 2.012, de 30.07.1993, que autoriza a realização de hedges no exterior e define os respectivos objetos de cobertura;

j) a Resolução CMN 2.138, de 29.12.1994, que autoriza a realização de swaps no exterior, inclusive em mercado de balcão;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

k) a Circular BACEN 2.348, de 30.07.1993, que dispõe sobre a execução da Resolução CMN 2.012/93.

102. Depois da ocorrência dos fatos, sobreveio, ainda, mais um dispositivo legal que precisa ser mencionado, em razão de ter sido lançado na contenda travada nos autos. Trata-se do art. 19 da MP 1.858-6, de 29.06.199, reproduzido no vigente art. 21 da MP 2.158-35, de 24/08/2001, que determina a aplicação à CSLL dos arts. 25 a 27 da Lei 9.249/95, dos arts. 15 a 17 da Lei 9.430/96, e do art. 1º da Lei 9.532/97.

103. Cabe assinalar neste ponto que a legislação fiscal acima referida observa o critério da neutralidade: prevê a apropriação dos resultados conjuntos das operações de cobertura e das operações cobertas e prevê a redução a zero da alíquota do Imposto de Renda na Fonte nas remessas para o exterior.

104. Todavia, na aplicação dessa legislação às operações examinadas, a fiscalização entendeu que deixaram de ser observadas normas que deveriam ser observadas sob pena de prejudicar o direito de apropriar os resultados negativos das operações de cobertura realizadas no exterior, bem como o direito de aplicar a alíquota zero do IRF sobre as remessas necessárias para cobrir referidos resultados negativos.

105. Em consequência, a inobservância dessas normas, em razão de suas implicações com as demais normas que regulam a matéria, resultaria na impossibilidade de apropriação dos resultados negativos das operações de cobertura na apuração das bases de cálculo do IRPJ (o lançamento da CSLL baseia-se exclusivamente na questão da territorialidade), bem como na impossibilidade de aplicação da alíquota zero do IRF sobre as remessas necessárias para cobri-los. Entendeu o auditor fiscal, e o Acórdão recorrido endossa-o, que não foram observadas as seguintes normas:

a) a norma constante da Circular Bacen 2.438/93, expedida com base na Resolução CMN 2.012/93, segundo a qual os objetos cobertos pelo hedge só poderiam



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

ser constituídos de pagamentos ou recebimentos em moedas estrangeiras (conforme explanei nas alíneas 'a' a 'f' do item 05 do relatório);

b) a norma constante da Resolução CMN 2.138/94, segundo a qual as operações de swap realizadas no exterior em mercado de balcão, que foram utilizadas como instrumentos financeiros das operações de hedge, deveriam ser registradas na CETIP ou em outro sistema de registro habilitado pelo Bacen ou pela CVM (conforme explanei nas alíneas 'g' a 'k' do item 05 do relatório);

c) e, especificamente em relação à CSLL, as normas decorrentes do princípio da territorialidade (aplicáveis à CSLL até a data em que passou a ter eficácia o art. 19 da MP 1.858-6, de 29.06.99), segundo as quais, diz o penúltimo parágrafo da folha 12 do TVF, "os resultados obtidos no exterior - lucros, rendimentos, ganhos de capital e prejuízos decorrentes das operações - **não podiam ser computados** na apuração da base de cálculo da CSLL, pois, a tributação dos resultados da pessoa jurídica estava baseado no princípio da territorialidade" (conforme explanei nas alíneas 'a' a 'f' do item 06 do relatório).

PAGAMENTOS OU RECEBIMENTOS EM MOEDA ESTRANGEIRA

106. **Examino em primeiro lugar** a questão relativa à condição de que os objetos das operações de hedge realizadas no exterior sejam "pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira". A partir do exame cuidadoso das circunstâncias que envolvem tal debate, recolhi os elementos relevantes na formação de minha decisão.

107. O art. 63 da Lei 8.383/91 dispõe que se aplica, às operações de hedge realizadas no exterior em mercado de balcão, o tratamento tributário previsto no art. 6º do Decreto-lei 2.397/87, desde que sejam observadas as normas e condições estabelecidas pelo CMN.

108. Na época da ocorrência dos fatos, estava em vigor a Resolução CMN 2.012/93 (revogada recentemente pela Resolução CMN nº 3.312, de 31.08.2005).



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

A Resolução CMN 2.012/93 dispunha:

Art. 1º Permitir que as entidades do setor privado realizem, no exterior, com instituições financeiras ou em bolsas, operações destinadas a proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional.

§ 1º As operações de que se trata pautar-se-ão pelos parâmetros vigentes no mercado internacional, podendo o Banco Central do Brasil, a seu exclusivo critério, exigir compensação cambial suficiente para elidir os efeitos das operações que se mostrarem dissonantes do objetivo previsto ou celebradas fora daqueles parâmetros, sem prejuízo da aplicação das sanções porventura cabíveis.

Art. 4º Fica delegada competência ao Banco Central do Brasil para adotar as medidas e baixar as normas necessárias à execução do disposto nesta Resolução.

109. Como se vê, a Resolução 2.012/93, ao autorizar a realização das operações de hedge, estabelecia que essas operações fossem destinadas à proteção "contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional".

110. É assim que foram definidas, no caput do art. 1º, as operações cobertas, sem a exigência de que as variações de paridades entre "moedas" fossem restritas a "moedas estrangeiras".

111. Quanto às correspondentes operações de cobertura, embora o TVF mencione em três tópicos distintos do item 6.5, na folha 19, que a Resolução 2.012/93 não se destina a definir instrumento específico de hedge, constata-se que o § 1º do art. 1º da referida Resolução dispõe especificamente sobre as operações de cobertura. Se não bastasse a essa conclusão o conteúdo do próprio dispositivo, aduz-se que a expressão "as operações de que se trata", com que se inicia o parágrafo, vincula-se à expressão "operações destinadas a proteção" constante do caput do artigo.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

112. Assim, as condições básicas para a realização das operações de cobertura é que se pautassem pelos parâmetros vigentes no mercado internacional.

113. Segundo o § 1º do art. 1º, caberia ao Bacen, caso as operações de cobertura não se tivessem pautado pelos referidos parâmetros, exigir compensação cambial suficiente para elidir os efeitos das operações dissonantes. Não consta que o Bacen o tenha feito. Pelo contrário, consta dos autos cópia do depoimento, anexado como documento 04 da Impugnação (fls. 1711/1716), do presidente do Bacen à época dos fatos, o Dr. Gustavo H. B. Franco, no sentido de que as operações eram regulares.

114. O próprio reconhecimento do auditor fiscal de que as operações realizadas pelo recorrente constituíam efetivamente operações de hedge, como já disse nas alíneas 'a' a 'd' do item 88 deste voto, desautoriza qualquer desconfiança de que tais operações não teriam observado os ditos parâmetros vigentes no mercado internacional. Os contratos realizados entre o Banco Brascan e as instituições estrangeiras, juntamente com as suas traduções, encontram-se às fls. 125 a 531, conforme último parágrafo do item 4.2 do TVF.

115. Quanto às operações cobertas, atendem, também, aos requisitos estabelecidos no caput do art. 1º da Resolução CMN 2.012/93. O recorrente demonstra na planilha de fls. 612 a 617, que a cada operação ou conjunto de operações realizadas na BMF corresponde uma operação realizada no mercado internacional, conforme primeiro parágrafo do item 4.3 do TVF. Eram operações sujeitas a risco de variações de paridade entre moedas (reais e dólares). É o quanto se exigia na Resolução do CMN.

116. Nem poderia ser diferente, pois, para que exista o risco de variação cambial, basta que a operação seja atrelada a uma moeda estrangeira, não importando a moeda em que seja liquidada. Com efeito, é suficiente para integrar-se numa operação de hedge a operação coberta, realizada no País, que se lastreia em moeda estrangeira como moeda de conta, mesmo que venha a ser liquidada em moeda nacional. Por exemplo, pode-se fazer no exterior operação de hedge destinada a dar proteção a



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

operação realizada no País, em que alguém assuma a obrigação de pagar quantia equivalente a mil dólares, em prazo futuro, não importando que o pagamento venha a ser feito em reais, desde que o valor pago em reais equivalha, na data do pagamento, a mil dólares.

117. As operações realizadas na BMF, examinadas pelo auditor fiscal e arroladas em planilha acostada aos autos (fls. 612/617), como se vê pelo último parágrafo do item 4.1 do TVF, foram consideradas como sujeitas a risco, passíveis, portanto, da proteção realizada. Tanto que constituíram elemento integrante das operações de hedge praticadas pelo recorrente e reconhecidas como tais pelo próprio auditor fiscal, como já disse nas alíneas 'a' a 'd' do item 88 deste voto.

118. Consta dos autos que o Bacen tinha conhecimento das operações praticadas, tanto as de cobertura, como as cobertas, ao tempo em que eram realizadas, sem que a elas tivesse se oposto. As operações eram praticadas normalmente. A situação levou o Departamento de Câmbio do Bacen a sugerir, por meio do Ofício DECAM/GABIN-99/197, de 23/11/99 (fls. 1582/1583) que o Bacen expedisse Carta Circular dispondo que tais operações não estariam contidas no âmbito da autorização dada pela Resolução CMN 2.012/93 c/c a Circular Bacen 2.348/93, antes que se cristalizassem como "praxe de mercado", com a possibilidade de gerarem expressivas remessas de recursos ao exterior.

119. A sugestão do Departamento de Câmbio do Bacen, todavia, não foi acolhida pela Instituição Banco Central do Brasil. Isso demonstra que, não obstante os reflexos sobre as movimentações de divisas, a Resolução CMN 2.012/93 combinada com a Circular Bacen 2.348/93, então vigentes, autorizavam tais operações. A instituição Bacen não viu razões para vedá-las.

120. O depoimento do presidente do Bacen à época dos fatos, anexado à Impugnação como documento 04 (fls. 1711/1716), constitui testemunho de que na época em que realizadas, as operações eram consideradas regulares. A autenticidade e o conteúdo do documento trazido aos autos não foram contestados. A autoridade



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

julgadora limitou-se, quanto a ele, a dizer que tal entendimento “trazido ao processo não vincula esta autoridade julgadora, que possui entendimento diverso”, ratificando no parágrafo seguinte que o “citado depoimento não constitui ato normativo expedido por autoridade administrativa”, como se vê nos dois últimos parágrafos da folha 27 do Acórdão recorrido.

121. Em suma, há nos autos elementos bastantes a demonstrar que, na época da ocorrência dos fatos, as operações eram tidas como regulares pelo próprio Bacen.

122. Nem poderiam as operações cobertas praticadas pelo recorrente ser tidas como irregulares, visto que eram realizadas nos moldes de outras milhares que se realizavam diariamente na BMF, com base na mesma Resolução CMN 2.012/93, em relação à negociação de commodities, sem que se tenha notícia de qualquer questionamento delas por parte do Bacen ou de qualquer outra autoridade. Mesmo porque, qualquer empecilho à realização de tais operações que envolvem commodities repercutiria no desenvolvimento econômico nacional que tanto depende do comércio internacional das commodities.

123. Concluo, pois, que as operações praticadas pelo recorrente, tanto as de cobertura (documentadas às folhas 126 a 531 conforme o segundo parágrafo da fl. 37 do acórdão recorrido), bem como as operações cobertas (documentas às fls. 612/617, como se vê pelo último parágrafo do item 4.1 do TVF), atendem às normas da Resolução CMN 2.012/93 e, portanto, atendem aos requisitos do art. 63 da Lei 8.383/91.

124. Mas, aí vem o auditor fiscal e diz que as operações cobertas não atendem a requisito da Circular Bacen 2.348/93, segundo o qual os respectivos pagamentos ou recebimentos devem ser feitos em moeda estrangeira. Assim, pelo fato de a Circular referir-se à Resolução CMN 2.012/93 (mesmo sem ter invocado a competência delegada no art. 4º), a falta de atendimento do requisito estabelecido pela Circular constituiria infração da própria Resolução. E daí, infringida a Resolução, não teria sido atendida a condição prevista na parte final do art. 63 da Lei 8.383/91. Não



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

atendida tal condição, os resultados negativos não poderiam ser apropriados na apuração da base de cálculo do IRPJ.

125. A Circular Bacen 2.348/93 dispõe:

Art. 1º Podem ser objeto de proteção (hedge) contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional, os pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras programados ou previstos para ocorrerem em momentos futuros, relacionados com obrigações e direitos de natureza comercial ou financeira.

Parágrafo único. Incluem-se, também, neste artigo os pagamentos e recebimentos:

I – em moeda nacional, decorrentes de repasses de obrigações contraídas em moeda estrangeira e admitidas na legislação vigente;

II – relativos a importação, exportação e negociação, no mercado interno, de mercadorias cujo preço seja estabelecido consoante suas cotações em bolsas no exterior.

126. Ao editar a Circular 2.348/93, o Bacen adicionou uma condição ao art. 1º da Resolução CMN 2.012/93 que diminui o alcance das operações de hedge, porque restringe os objetos das operações a “pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras”.

127. O art. 63 da Lei 8.383/91, em consonância com o art. 4º, inciso XXXI, da Lei 4.595/64, determinou que o CMN, e não o Bacen, estabelecesse as normas e condições que habilitassem as operações realizadas em mercados de balcão a desfrutarem do tratamento tributário previsto no art. 6º do Decreto-lei 2.397/87.

128. O CMN, no art. 4º da Resolução CMN 2.012/93, delegou competência ao Bacen para “adotar as medidas e baixar as normas necessárias à execução do disposto” na própria Resolução 2.012.

129. Mas o Bacen pretendeu, na verdade, restringir a amplitude das



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

operações de hedge. Com efeito, pela Resolução CMN 2.012/93, tanto as operações cursadas em moeda estrangeira como as cursadas em moeda nacional podiam ser objeto de hedge; pela Circular Bacen 2.348/93, só as operações cursadas em moeda estrangeira poderiam sê-lo.

130. Tanto é certa a restrição que o Bacen, na presunção de sua eficácia, ao atentar para o fato de que tal restrição inviabilizaria as operações de hedge destinadas a proteger os milhares de operações diárias realizadas com a negociação de commodities, cursadas exclusivamente no mercado interno, situação que produziria efeitos devastadores no comércio brasileiro das commodities, tratou logo de fazer uma ressalva no parágrafo único do art. 1º da referida Circular Bacen 2.348/93 no sentido de que, nesses casos, poder-se-ia fazer o hedge a despeito de as operações cobertas serem liquidáveis em moeda nacional.

131. Essa ressalva do § 1º do art. 1º, no entanto, dispensável ante os termos da própria Resolução CMN 2.012/93, simplesmente caracteriza mais uma vez a intromissão do Bacen em seara privativa do CMN, na medida em que o dispositivo pretende restaurar a admissibilidade de hedges para operações que deles teriam sido privadas em razão da restrição inserida no caput do art. 1º.

132. Ao editar a Circular Bacen 2.348/93, invocando como 'motivação' a Resolução CMN 2.012/93, o Bacen foi além dos limites da delegação que lhe foi atribuída pelo CMN. Pretendeu fazer mais do que adotar medidas e baixar normas necessárias à execução da Resolução CMN 2.012/93.

133. Mas as disposições que excedem os limites da atribuição delegada pelo CMN não podem ter eficácia jurídica. Por esse motivo, os autos apresentam evidências bastantes de que a Circular Bacen 2.348/98 passou a receber, tanto do Bacen como do mercado, interpretação sistêmica que lhe conferia a necessária compatibilidade com a correspondente norma superior. Aceitava-se que a referência a "pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira", na verdade, explicitava tratar-se



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

de pagamentos ou recebimentos referenciados a moeda estrangeira, como assinaei nos itens 116 e 117 deste voto.

134. A aceitação dessa interpretação sistêmica era tranqüila. No entanto, como se depreende dos autos, especialmente do depoimento do ex-presidente do Bacen, com a mudança da política cambial em janeiro de 1999, a partir da qual se reverteu o fluxo de divisas decorrentes das operações de OTC que eram realizadas, mudou-se o Presidente do Bacen e mudou-se a forma de interpretar a Circular Bacen 2.348/93. Como consequência, sobreveio o lançamento fiscal que está sob exame.

135. Todavia, como as operações eram, até então, acolhidas como regulares pelo Bacen, que as monitorava e auditava regularmente (no desempenho de suas funções rotineiras), sem contestá-las, como se confirma pelo depoimento do ex-presidente do Bacen, o procedimento do Bacen consubstanciava-se, na ocasião, como prática reiterada da administração. Nesse caso, a despeito do que diz a autoridade julgadora no último parágrafo da folha 27 do acórdão recorrido, passava a constituir norma tributária complementar, à mercê do art. 100, inciso III, do CTN:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

136. A mudança, pois, de entendimento não poderia atingir fatos passados, se é que estivessem irregulares à vista do disposto estritamente na Resolução CMN 2.012/93, hipótese que não ocorreu como já foi visto.

137. Agora, admitindo-se a rejeição da interpretação sistêmica que se fazia da Circular Bacen 2.348/93 (ou a mudança da referida "prática reiterada da administração"), não há como ignorar que a Circular, no que tange à restrição da amplitude do hedge, contraria as disposições dos arts. 63 da Lei 8.383/91 e 9º, inciso



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

XXXI, da Lei 4.595/64.

138. Nesse caso mantenho-me ao lado da sólida e vasta jurisprudência do Conselho de Contribuintes, incluída a CSRF, que sistematicamente repudia a inversão da hierarquia de leis e normas que não respeitam disposições de leis ou normas superiores, como se vê pelos inúmeros acórdãos disponibilizados no 'site' do Conselho, dos quais são identificados alguns poucos que ilustram os seguintes casos (dentre outros):

a) o não agravamento dos percentuais do lucro arbitrado determinado pelas Portarias MF 22/79 e 524/93, por ofensa ao art. 8º do Decreto-lei 1.648/78, bem como ao art. 21, § único, da Lei 8.541/92, conforme acórdãos:

- Ac. 101-93.365, de 21/02/2001, referente ao Recurso 122277;
- Ac. 103-21.049, de 16/10/2002, referente ao Recurso 127074;
- Ac. CSRF/01-05.014, de 09/08/2004, referente ao Recurso 101-116097;

b) a não aplicação do prazo decadencial de 10 anos para as contribuições sociais, previsto no art. 45 da Lei 8.212/91, por ofensa ao art. 146, III, b, da Constituição, e aos arts. 150, § 4º, e 173 do CTN, conforme acórdãos:

- Ac. CSRF/01-04.508, de 15.04.2003, referente ao Recurso 107-124500;
- Ac. CSRF/02-01.172, de 16.09.2002, referente Recurso 202-111096;
- Ac. 101-94.890, de 17.03.2005, referente Recurso 138931;

c) a não aplicação do disposto nas IN SRF 23/97 e 103/97, que impede o aproveitamento do crédito presumido do IPI relativo a compras, respectivamente, de pessoas físicas e de cooperativas, por ofensa ao art. 1º da Lei nº 9.363 de 13.12.96, conforme acórdãos:

- Ac. 201-75304, de 22/08/2001, referente Recurso 117909;
- Ac. 202-15388, de 28/01/2004, referente Recurso 118294;
- Ac. CSRF/02-01.252, de 27.01.2003, referente Recurso 201-109912;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

- Ac. CSRF/02-01.388, de 08/09/2003, referente Recurso 201-114966;

d) a não cobrança de “multa isolada”, lançada por falta de pagamento de “multa de mora” de que trata o art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, por ofensa ao art. 138 do CTN; conforme acórdãos:

- Ac. 107-07919, de 26.01.2005, referente Recurso 140125;
- Ac. CSRF/01-04.674, de 13.10.2003, referente Recurso 108-129320;
- Ac. CSRF/03-03.942, de 15/03/2004, referente Recurso 303-124728.

139. Assim, não vejo óbice algum em analisar o ato emanado do BACEN, afastando os seus efeitos, se for o caso. Para tanto, é necessária a seguinte digressão legislativa:

140. A Lei nº 4595/64, que tem eficácia de lei complementar, dispõe:

Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (Redação dada pela Lei nº 6.045, de 15/05/74)

(...)

XXXI - Baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive swaps, fixando limites, taxas, prazos e outras condições.

141. E, segundo o art. 9º, da mesma lei:

Art. 9º Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

142. Portanto, a Lei nº 4595/64 estabeleceu diferentes competências para o CMN e o BACEN e também notória hierarquia entre tais órgãos e as normas por



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

eles expedidas. O CMN tem funções político-normativas e o BACEN tem funções executivo-regulatórias. O CMN se sobrepõe ao BACEN e não pode o BACEN alterar as normas baixadas pelo CMN: compete-lhe cumprí-las, e não inová-las, ampliá-las, restringi-las nem condicioná-las.

143. O art. 6º do Decreto-lei nº 2327/87 passou a determinar que, nas operações de cobertura realizadas nos mercados de futuros em Bolsas no exterior, computam-se no lucro real os resultados positivos ou negativos. Nas operações que não se caracterizem como de cobertura, os lucros são computados e os prejuízos não são dedutíveis. A Instrução Normativa nº 173/88, definiu, para fins fiscais, os tipos de operações que se caracterizam como cobertura de riscos e disciplinou a forma de apuração dos resultados líquidos.

144. O art. 63 da Lei nº 8383/91, estendeu o tratamento previsto no art. 6º do Decreto-lei nº 2397/87 às operações de cobertura de riscos (*hedge*) realizadas em outros mercados futuros, no exterior, além de bolsas, como segue:

Art. 63. O tratamento tributário previsto no art. 6º do Decreto-lei nº 2397, de 21 de dezembro de 1987, aplica-se, também, às operações de cobertura realizadas em outros mercados futuros, no exterior, além de bolsas, desde que admitidas pelo Conselho Monetário Nacional e desde que observadas as normas e condições por ele estabelecidas.

145. Como já demonstrado, o Auto de Infração reconhece que as operações da Recorrente no exterior foram de cobertura (*hedge*), por meio de *swap* (TVF, p. 14, item 5.2), e que foram feitas com instituição estrangeira no OTC, ou seja, “em outros mercados futuros, no exterior”, nos termos do art. 63, acima transcrito.

146. Em cumprimento ao art. 63 da Lei nº 8383/91, o CMN, pela Resolução nº 2012/93, baixou as seguintes normas e estabeleceu as seguintes condições:

Art. 1º. Permitir que as entidades do setor privado realizem, no exterior, com instituições financeiras ou em bolsas, operações



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

destinadas a proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades de moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional.

(...)

Art. 4º. Fica delegada competência ao Banco Central do Brasil para adotar as medidas e baixar as normas necessárias à execução do disposto nesta Resolução.

147. Ao regular a "execução" dessa Resolução do CMN, como a ele delegado, dispôs o BACEN, na Circular nº 2348/93:

Art. 1º. Podem ser objeto de proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional, os pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras programados ou previstos para ocorrerem em momento futuro, relacionados com obrigações e direitos de natureza comercial e financeira.

148. Ou seja, a pretexto de regular a execução da Resolução CMN nº 2012/93, o BACEN extravasou-lhe os limites para exigir que as operações de *hedge* no exterior dessem cobertura a "pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras", requisito que não consta na Resolução CMN nº 2012/93 e que as operações da recorrente não satisfazem, pois as suas operações de *hedge* no exterior tinham como contrapartida operações na BMF a serem liquidadas em reais.

149. Como visto anteriormente, a lei previu um tratamento tributário para o *hedge* e delegou competência ao CMN para estabelecer as normas e condições para a aplicação desse tratamento. O CMN delegou poder ao BACEN apenas para regular a execução do que ele, CMN, normatizou com observância da lei. O BACEN, no entanto, criou uma condição adicional à lei (que não lhe delegou competência para tal) e à Resolução do CMN (que não a previu, não delegou competência ao BACEN para que a previsse e nem poderia fazê-lo, pois a delegação da lei é apenas para ele, CMN).



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

150. O CMN é órgão normativo, de hierarquia superior à do BACEN, que é mero executor das normas do CMN (e tem, ainda, poderes de monitoramento da obediência àquelas normas por parte dos que lhe devem obedecer – os bancos, por exemplo).

151. Já a Circular é norma complementar, de hierarquia menor do que uma Resolução. Uma Circular não pode restringir, limitar ou ampliar matéria tratada em uma Resolução. A esse respeito vale notar que só quando houver delegação de poderes ao Banco Central do Brasil e essa delegação é feita de forma expressa e com a clara indicação dos poderes que são delegados, como demonstram os exemplos abaixo, pode a Circular regular, mas nos estritos termos da delegação que lhe foi outorgada. Cumpre esclarecer, não é o caso da delegação contida na Resolução nº 2012/93, que se limita a permitir que sejam baixadas normas exclusivamente para executar o que vai nela estabelecido.

152. A ilegalidade, portanto, afere-se no caso ante o confronto das normas do art. 63 da Lei nº 8383/91, da Resolução nº 2012 do CMN e da Circular nº 2348/93 do Bacen; a Resolução do CMN se subordina à lei e a Circular do Bacen subordina-se à Lei e à Resolução do CMN, e não poderia delas desviar-se, como o fez.

153. A jurisprudência dos tribunais superiores é no sentido de rejeitar a imposição de regras ou condições, pelo BACEN, não previstas em resoluções do CMN que venham regularmentar. Veja-se o caso do Mandado de Segurança decidido a favor do impetrante em – Proc. Nº 95030921880-SP, TRF 3ª Região, 4ª Turma, Rel. Juíza LÚCIA FIGUEIREDO, in DJ de 05.11.96, p. 84.309):

CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE A REMESSA DE JUROS, COMISSÕES E DESPESAS DECORRENTES DA COLOCAÇÃO DE TÍTULOS DE CRÉDITO NO EXTERIOR – ART. 777 DO RIR, ART. 9 DO DECRETO-LEI 1351/74 E ART. 1 DO DECRETO-LEI 1725/79 – RESOLUÇÕES DO C.M.N. 644/80 E 1853/91. RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO COMUNICADO 2747/92 E PELAS CARTAS CIRCULARES 2269/92 E 2372/93 DO BACEN



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

(...)

O comunicado 2747/92 e as Cartas-Circulares 2269/92 e 2372/93, todos do Banco Central do Brasil, extrapolam os limites estabelecidos pelo Conselho impondo restrições aqui não contidas.

Remessa oficial desprovida.

154. Trago à colação o seguinte trecho do voto proferido pela eminente relatora:

Caber verificar a possibilidade da delegação legislativa ao Executivo e, constatada essa, a viabilidade de trespassá-la ao Banco Central do Brasil.

Já afirmamos, em voto anterior, relativo às contribuições do IBC que, mesmo em face da Constituição pretérita, proibiam-se quaisquer delegações ao Executivo, salvo as expressamente constantes do parágrafo 29, do artigo 153, do Texto Básico anterior.

Porém, jamais permitiu a Constituição anterior delegação do Legislativo ao Executivo, no que tange aos elementos essenciais do tributo, tais sejam: critério material, espacial, temporal e pessoal.

Permitida a delegação feita ao Conselho Monetário Nacional (art. 9º do DL nº 1351/74, com a redação dada pelo art. 1º do DL nº 1.411/75), cumpre verificar se seria possível trepassar-se a competência para o Banco Central do Brasil.

Dispõe o artigo 9º do Decreto-Lei nº 1.351/74, com a redação dada pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.411/75:

Art. 9º - Atendendo ao interesse da política financeira e cambial, o Conselho Monetário Nacional poderá reduzir o Imposto de Renda incidente sobre juros, comissões, despesas e descontos remetidos, creditados, pagos ou entregues a residentes ou domiciliados no exterior ou, alternativamente, conceder benefícios pecuniários em favor de tomadores de financiamentos externos para importação e de empréstimos em moeda estrangeira, estabelecidos no País.

Parágrafo 1º - Competirá ao Conselho Monetário Nacional determinar o percentual da redução do imposto ou do benefício pecuniário, os prazos em que se aplicam, bem como quais as modalidades de financiamentos e empréstimos, respectivos prazos e categorias de tomadores alcançados.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

Parágrafo 2º - O benefício a que se refere este artigo será concedido apenas quando efetivamente pago o Imposto sobre a Renda incidente sobre os juros, comissões, despesas, descontos às alíquotas estabelecidas na legislação tributária aplicável, e nunca em importância superior ao imposto recolhido.

Parágrafo 3º - A Secretaria de Planejamento da Presidência da República e o Ministério da Fazenda proporão as providências que se fizerem necessárias para cobertura orçamentária dos encargos decorrentes da aplicação do disposto neste artigo.

Caio Tácito tem, a respeito, frase feliz: "competente não é quem quer, porém quem a lei – e somente ela – assim o fez".

Lafayette Pondé, em memorável artigo, inserido na Revista de Direito Público, v. 49/50, p. 15, afirma que a delegação supõe autorização legal, fundada em norma de igual categoria da norma de competência.

Claro está que o Executivo, a quem teria sido delegada a competência, caso isso se entenda possível, por meio do Conselho Monetário Nacional, não poderia trespassar tal competência para o Banco Central do Brasil, outra pessoa jurídica, autarquia que era. As competências são indelegáveis. Apenas, seu exercício pode ser desconcentrado, se não for privativo, porém não transferido a outra pessoa jurídica.

Ocorre, no entanto, que não obstante não tenha havido delegação expressa, os atos administrativos baixados pelo Banco Central do Brasil por meio do Sr. Chefe do Departamento de Capitais Estrangeiros, extrapolaram os limites fixados nas Resoluções de nºs 644/80 e 1853/91, ambas do Conselho Monetário Nacional, como aliás muito bem salientou o MM. Juiz "a quo" (...)

155. Mudando o que deve ser mudado, a situação se afigura em tudo idêntica à hipótese tratada nestes autos.

156. Contudo, para reforçar o entendimento quanto à higidez do auto de infração, neste particular, a decisão recorrida ainda deixou assentado que:

A razão básica da impugnação do contribuinte relativamente ao crédito constituído, deve-se ao seu entendimento de que "A Circular nº 2348/93 foi além do que podia. A pretexto de normatizar a execução da Resolução no 2012/93 (era só isso que



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

tinha poderes para fazer, delegados pelo art. 4º, transcrito em 1.2), limitou o seu alcance: disse que só se poderiam hedgear pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras, restrição que a norma superior (do CMN) não fazia." Como sabemos, a Circular 2.348/93, ora questionada, foi expedida em 30.07.1993. Para melhor elucidarmos a questão, investigamos se havia norma anterior tratando do assunto para cotejarmos se houve uma mudança de entendimento do Banco Central quanto às moedas utilizáveis nas operações de swap. Encontramos a Circular 2.170, de 30 de abril de 1.992, portanto anterior à norma contestada. Vejamos, de início o caput da Circular e o seu artigo 1º:

Circular 2.170

Programa federal de desregulamentação - Decreto n. 99.179, de 15.03.90 - Define os pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira passíveis de proteção contra o risco de variação de taxas de juros e as modalidades das operações destinadas a essa proteção - Comunicamos que a Diretoria do Banco Central do Brasil, tendo em vista o disposto na Resolução n. 1.921, de 30.04.92, do Conselho Monetário Nacional, decidiu:

Art. 1º Podem ser objeto de proteção ("hedge") contra risco de variações de taxas de juros no mercado internacional os pagamentos e recebimentos, em moedas estrangeiras, programados ou previstos para ocorrer em momento futuro, decorrentes de:

I - empréstimos e financiamentos registrados no Banco Central;

II - empréstimos e/ou financiamentos de longo prazo a exportação brasileira, independentemente da fonte ou da origem dos recursos;

III - dívidas de curto prazo, de natureza comercial ou financeira, não sujeitas a registro no Banco Central.

Da análise do dispositivo legal, remanesce claro que o Banco Central do Brasil, anteriormente à contestada Circular nº 2.348/93, vinculava as operações de hedge aos pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira e aos empréstimos, financiamentos e dívidas contraídas pelas empresas em moeda estrangeira. Essa proteção através das operações de hedge visava minimizar os riscos da empresa decorrentes de operações sujeitas a variação cambial. Como vemos, fazendo-se análise temporal da legislação aplicável ao assunto, concluímos que o Banco Central manteve o seu entendimento de que as operações de hedge são aquelas relativas a obrigações assumidas em moeda estrangeira, não se



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

tratando este o caso das operações realizadas pelo contribuinte que foram liquidadas em moeda nacional e também não se referem a empréstimos, financiamentos ou dívidas contraídas em moeda estrangeira.

Da mesma Circular 2.170, também é elucidativo transcrevermos os seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º Os pagamentos e recebimentos resultantes dos mecanismos referidos no artigo anterior serão efetuados em moeda estrangeira, mediante celebração de operação de câmbio para liquidação pronta.

Art. 4º As operações de proteção ("hedge") de que trata esta circular terão como limite, a qualquer tempo, o valor remanescente em moeda estrangeira dos direitos e obrigações de natureza comercial ou financeira que lhes sejam subjacentes.

Parágrafo único. As operações de câmbio relativas a esses direitos e obrigações subjacentes serão celebradas e liquidadas na forma, prazos e condições originalmente contratados, observada a regulamentação cambial em vigor.

Mais uma vez, como vemos, fica patente que os pagamentos e os recebimentos decorrentes de direitos ou obrigações de natureza comercial ou financeira assumidos pelo contratante, decorrentes das operações de hedge devem ser efetuados em moeda estrangeira.

Observamos ainda, sob a ótica da temporalidade, que tanto o artigo 1º da Circular nº 2.348/93, como o artigo 4º da Circular 2.170, relacionavam o hedge a direitos e obrigação de natureza comercial ou financeira, o que vem, mais uma vez, reforçar as razões que já apontam no sentido da manutenção do lançamento.

157. Como visto, a decisão invoca que a Circular nº 2170, de 30.04.1992, do BACEN, anterior à Resolução nº 2012/93 do CMN e à Circular nº 2348/93 do Bacen – que são as únicas ora em causa – referia-se a "pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras" ao dispor sobre *hedge*.

158. Esse fato é de todo irrelevante, porque: (i) essa restrição da Circular de 1992 não está consagrada na Resolução nº 2012/93, que lhe é posterior e hierarquicamente superior; (ii) sob o art. 63 da Lei nº 8383/91, cabe ao CMN, e não ao



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

BACEN, baixar normas e estabelecer as condições sobre o tratamento tributário do *hedge* e, nesse aspecto, a Circular nº 2170/92, se pertinente fosse ao caso, seria tão ilegal quanto a de nº 2348/93, como acima demonstrado, porque nela o BACEN regula o que não lhe cabe regular por força de lei.

159. Mas, mesmo que se pudesse considerar válida a restrição imposta pela Circular Bacen 2.348/94, a despeito de tudo o que já foi dito, não teria ela o condão de vedar a apropriação dos resultados negativos das operações de *hedge* no exterior, pelo fato de que o § 1º do artigo 6º do DL 2.397/87 integra o conjunto do chamado "tratamento tributário" previsto no DL 2.397/87, a que se refere o art. 63 da Lei 8.383/91. E referido § 1º do art. 6º do Decreto-lei 2.397/87 diz o seguinte:

1º No caso de operações que não se caracterizem como de cobertura, para efeito de apuração do lucro real os lucros obtidos serão computados e os prejuízos não serão dedutíveis."

160. Mesmo que se pudesse considerar válida a restrição imposta pela Circular Bacen 2.348/94, a despeito de tudo o que já foi dito, não teria o condão de vedar a apropriação dos resultados negativos das operações de *hedge* no exterior, pelo fato de que o § 1º do artigo 6º do DL 2.397/87 integra o conjunto do chamado "tratamento tributário" previsto no DL 2.397/87, a que se refere o art. 63 da Lei nº 8.383/91. O referido § 1º do artigo 6º do Decreto-Lei nº 2.397/87, diz:

§ 1º. No caso de operações que não se caracterizem como de cobertura, para efeito de apuração do lucro real os lucros obtidos serão computados e os prejuízos não serão dedutíveis.

161. Nesse contexto, fica evidente que os prejuízos **só não** seriam dedutíveis na hipótese de as operações não se caracterizarem como de cobertura. Não é o caso dos autos. Pois, como já disse nas alíneas 'a' a 'd' do item 88 deste voto, as operações foram consideradas pelo auditor fiscal como operações de cobertura (*hedge*).

162. Concluo, finalmente, que a inovação inserta no caput do art. 1º da



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

Circular Bacen 2.348/94 não reúne condições de merecer a interpretação restritiva que lhe atribuíram o auditor fiscal e a autoridade julgadora. Não tem ela condições de inculcar nas operações realizadas pelo recorrente, ao amparo da Resolução CMN 2.012/93, a pecha de irregulares.

REGISTRO DAS OPERAÇÕES DE SWAP CURSADAS NO EXTERIOR

163. **Examino em segundo lugar** a questão relativa ao registro, na CETIP ou em outro sistema habilitado pelo Bacen ou pela CVM, das operações de swap realizadas em mercado de balcão no exterior, utilizadas como instrumento financeiro das operações de hedge, como condição para cômputo dos resultados negativos na apuração da base de cálculo do IRPJ.

164. O debate sobre a questão, bem documentado nos autos, está condensado nos itens 04, 05, alíneas 'g' a 'k', 31 a 41, 67 e 72, do Relatório. A partir do exame cuidadoso das circunstâncias que envolvem tal debate, recolhi os elementos relevantes na formação de minha decisão.

165. Em primeiro lugar, o Bacen, ao receber a informação do contribuinte de que as operações de swap realizadas no exterior não eram registráveis na CETIP, isto já em 1999, não a contestou nem se dispôs a indicar qualquer outro sistema habilitado a registrar ditas operações, a despeito de o próprio Bacen ser um dos órgãos incumbidos de fazer tal habilitação.

166. É o primeiro indício de que não haveria instituição no Brasil habilitada a fazer tal registro.

167. O auditor fiscal, ao ser informado pelo contribuinte, no curso da ação fiscal, de que não registrou as operações porque a CETIP não as registrava (transcrição que vai do final da página 19 ao início da página 20 do TVF), tomou a iniciativa de intimar a CETIP a prestar informações sobre o assunto, como se vê à folha 20 do TVF, numa atitude que revela desconhecimento ou, pelo menos, insegurança



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

sobre o fato de a CETIP fazer ou não tal registro.

168. Não se dignou, o auditor fiscal, ao ser informado pelo contribuinte de que a CETIP não fazia o registro, a indicar-lhe outro sistema habilitado a fazê-lo, como seria recomendável que fizesse para consignar o fato no TVF e, assim, conferir solidez ao seu procedimento.

169. A situação é indício de que o próprio auditor fiscal, não só ignorava se a CETIP fazia ou não tal registro, como desconhecia que houvesse outro sistema habilitado a fazê-lo.

170. Mais ainda, é indício de que a própria Fiscalização (para não dizer a Secretaria da Receita Federal) não tinha conhecimento da existência de instituição ou sistema habilitado a registrar as operações de swap realizadas no exterior.

171. Generalizo, pois sabe-se que os auditores fiscais dedicados à chamada "atividade externa" contam com o apoio técnico de supervisores e equipes especializadas que, operando em "ambiente interno", tranqüilo e propício, se incumbem da tarefa de realizar pesquisas e estudos para solucionar dúvidas e dificuldades práticas encontradas pelos primeiros no exercício de suas "atividades externas".

172. Ninguém demonstrou conhecer qualquer sistema ou instituição que estivesse habilitada a fazer o registro, seja para contestar as informações do contribuinte de que as operações não eram registráveis, seja para consignar objetivamente o fato no TVF.

173. Somente após receber a resposta da CETIP, o auditor fiscal, apoiado nos termos dessa resposta, ousou fazer a acusação formal ao contribuinte, ora recorrente, de que poderia ter feito o registro na CETIP e não o fez. Por isso, estaria sujeito ao lançamento fiscal.

174. Mas o impugnante demonstrou, e comprovou nos autos (fls. 1718 a



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

1725), que os termos utilizados na intimação expedida pelo auditor fiscal à CETIP, para que informasse se fazia ou não o registro, levaram-na a uma resposta positiva mas incoerente com a realidade dos fatos, como se vê adiante.

175. O contribuinte foi preciso na forma de fazer a indagação à CETIP, como se vê pelo documento 05 anexado à impugnação (fls. 1718). Encaminhou cópia de um dos contratos das operações que realizava no exterior e, descrevendo as circunstâncias envolvidas, perguntou se **aquela operação, específica**, era registrada. A resposta da CETIP foi negativa, como demonstra o documento 06 anexado à impugnação (fls. 1725).

176. O auditor fiscal, como se vê pelo documento de fls. 1275, perguntou à CETIP se estava autorizada a registrar um contrato **do tipo** do que se anexava. A resposta da CETIP foi positiva, no sentido de que poderiam ser registrados contratos **daquele tipo**, como se vê pelo documento de fls. 1281.

177. O impugnante argüiu, então, que nada impede que um tipo de operação que se realiza no exterior possa ser realizado no País, ou possa vir a ser realizado no país. Nesse caso, ao se perguntar a uma entidade incumbida de registro se registra ou não tal tipo de operação, sem a informação precisa de que seria realizada no país ou no exterior, como ocorreu com a indagação feita pelo auditor fiscal, a expectativa é de que a resposta da entidade seria positiva, como foi: é possível registrar operação **desse tipo**.

178. Levantada a celeuma perante a autoridade julgadora de primeira instância, caberia a esta, caso restasse dúvida sobre possível contradição entre as duas respostas, determinar de ofício a realização de diligência junto à CETIP, conforme art. 18 do Decreto 70.235/72, para confirmar se a entidade registra ou não, especificamente, as operações de swap realizadas no exterior e, assim, remover a possível dúvida.

179. Mas a autoridade julgadora não só dispensou a providência, numa evidência de que não teria dúvidas, como deixa transparecer que acredita na resposta



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

dada ao recorrente (de que a CETIP não faz o registro das operações realizadas no exterior), segundo o teor da justificativa proferida no voto que instrui a decisão (fls. 1766):

Devemos lembrar também, abordando a impossibilidade de registro na CETIP, que o mesmo artigo referido no parágrafo anterior estabelece a obrigatoriedade do registro das operações de que trata a Resolução CMN nº 2.138/94 em sistema administrado pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP, ou em outros sistemas de registro, de custódia e de liquidação, devidamente autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários e que atendam as necessidades de fiscalização e controle por parte do Banco Central do Brasil. Concluo assim, que haviam (sic!) outras alternativas de registro das operações realizadas, além daquela questionada pelo impugnante como impossível, não podendo, desta forma, ser acatada esta alegação do impugnante; (o grifo em negrito não é do original)

180. A autoridade julgadora, desconhecendo também qualquer outro sistema habilitado a fazer o registro, saiu-se com o argumento (acima transcrito) que se resume no seguinte: se a norma prevê a possibilidade de registro em outros sistemas, *ipso facto* existem outros sistemas que fazem o registro. Não se dignou, porém, a exemplificar seu argumento com a indicação de qualquer sistema habilitado a fazer o registro.

181. À vista dessa "equivocada conclusão" da autoridade julgadora, o contribuinte oferece à colação, na fase recursal, cópia do ofício da BMF (documento 2 do recurso - fls. 1808), em que a BMF também esclarece que as operações realizadas no exterior não eram nem são passíveis de registro na BMF.

182. Salta aos olhos de quem analisa com atenção os ofícios da CETIP e da BMF oferecidos à colação pelo contribuinte, que as duas conhecidas entidades que se dedicam, no Brasil, a registro, custódia e liquidação de títulos e valores mobiliários esclarecem com ênfase que as operações de swap realizadas no exterior, objeto das indagações, **não eram (nem são) registráveis pelo fato de serem operações realizadas no exterior.**



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

183. Uma coisa é certa: o contribuinte vem afirmando e reafirmando, desde 1999, que as operações não são registráveis porque não há sistema ou instituição que as registra. E ninguém, nem Bacen nem auditor fiscal nem autoridade julgadora, foi capaz, desde então, de desacreditar a informação do contribuinte com a indicação de, sequer, um sistema habilitado a fazer o registro das operações de swap realizadas no exterior.

184. Além de tudo isso, para que as operações de swap cursadas no exterior pudessem ser registráveis no país, seria necessário que, preliminarmente, fossem regulamentados os procedimentos operacionais que deveriam ser observados pelos inúmeros mercados de balcão existentes no mundo (cada qual com suas peculiaridades), com instruções detalhadas sobre a geração e transmissão dos arquivos eletrônicos relativos aos dados das operações cursadas nesses mercados, bem como sobre as formas possíveis de liquidação das operações (envolvidas as transações cambiais), segundo os modelos de operação adotados pelas entidades brasileiras incumbidas do registro. Ou, inversamente, seria preciso que as entidades brasileiras se amoldassem a cada um dos inúmeros mecanismos de swap existentes no mundo.

185. Essa utopia constitui mais um indício de que as operações de que trata o presente processo não eram nem são registráveis no país.

186. Todo esse conjunto de fatos indiciários, demonstrados e documentados no processo, é suficiente para convencer-me de que as operações de swap cursadas em mercado de balcão no exterior não eram e não são registráveis no Brasil.

187. Ora, no caso presente, o auditor fiscal, manifestando o entendimento (no último parágrafo da folha 10 e nos três primeiros parágrafos da folha 11 do TVF) de que o art. 6º do Decreto-lei 2.397/87 teria sido substituído pelo art. 17 da Lei 9.430/96 e de que o art. 63 da Lei 8.383/91 está vigente pelo fato de ter sido reproduzido no § 1º do art. 396 do RIR/99, o auditor fiscal reconhece que as operações foram realizadas com base no art. 63 da Lei 8.383/91 combinado com o art. 6º do Decreto-lei nº 2.397/87.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

188. Observo que o art. 63 da Lei 8.383/91 estava vigente na época dos fatos. Com relação ao art. 6º do Decreto-lei 2.397/87, nota-se que o exato teor de seu caput foi reproduzido no caput do art. 396 do RIR/99, que cita como fonte legal o art. 17 da Lei 9.430/96. Mas é preciso salientar que o § 1º do referido art. 6º do Decreto-lei 2.397/87 também está em pleno vigor, pois seus termos foram transcritos, "ipsis litteris", no § 2º do art. 396 do RIR/99, a despeito de o regulamento não citar a fonte legal correspondente.

189. Seja como for, essa legislação básica que autoriza a realização de hedge no exterior, que se vale de instrumentos que atendem aos parâmetros internacionais (de que fala o § 1º do art. 1º da Resolução CMN 2.012/93), um dos quais são as operações de swap realizadas em mercado de balcão, não pode ver usurpada sua eficácia pela inserção no seu contexto de condição inexecutável.

190. A lei tem o atributo intrínseco da eficácia, que se remove apenas com a revogação da própria lei, ou se suspende temporariamente com a edição de outra lei, ou se submete ao implemento de determinada condição, mas desde que executável a condição. O que não se pode admitir é que a eficácia de uma lei seja aniquilada pela criação de condição inexecutável, como se pretendeu fazer no presente caso.

191. Caso se pretenda retirar em definitivo a eficácia de uma lei, que se revogue a lei, como ocorreu com o indigitado art. 63 da Lei 8.383/91, que foi finalmente revogado pelo art. 24 da Lei 11.033/2004, mas somente a partir de 1º de janeiro de 2005.

CSLL

192. **Examino, finalmente,** a questão relativa à alegação fiscal de que, anteriormente à eficácia do art. 19 da MP 1.858-6/99, os resultados obtidos no exterior (lucros, rendimentos, ganhos de capital e prejuízos) não podiam ser computados na apuração da base de cálculo da CSLL, pois que, em relação à CSLL, a tributação dos resultados da pessoa jurídica estava baseada no princípio da territorialidade.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

193. A controvérsia está apresentada nos itens 04, 06, alíneas 'a' a 'f', 42 a 62, 68, alíneas 'a' a 'h', 73 e 74, do Relatório.

194. Para se conhecer a forma correta de tributar a CSLL, é mais importante examinar objetivamente a legislação aplicável à matéria, do que se nortear pelos chamados princípios da territorialidade ou da tributação em bases universais, que podem ajudar, mas são imprecisos quanto à conceituação.

195. Pelo enquadramento legal do lançamento, indicado no próprio auto de infração (excluídos o art. 7º da MP 1.807/99 e o art. 6º da MP 1.585/99, que tratam das alíquotas aplicáveis), a base de cálculo da CSLL **é o valor do resultado do exercício**, antes da provisão para o imposto de renda (art. 2º da Lei 7.689/88) e antes, também, da provisão para a própria contribuição social (art. 1º da Lei 9.316/96), com os ajustamentos (adições e exclusões) especificados na legislação (§§ do art. 2º da Lei 7.689/88 e legislação posterior que não foi indicada no auto de infração).

196. Ora, **resultado do exercício é o valor**, apurado em determinado período (definido segundo os arts. 1º a 3º da Lei 9.430/96), **que decorre da gestão de todos os bens e direitos integrantes do patrimônio da empresa**, incluídos os investimentos em coligadas ou controladas, existentes no país ou no exterior, bem como os eventuais capitais aplicados no exterior que não estejam abrigados em conta de investimento, valor aquele apurado mediante escrituração contábil que observe especialmente os critérios estabelecidos nos art. 177 e 187 da Lei 6.404/76.

197. Em suma, **o valor do resultado líquido** do exercício decorre de todas as operações realizadas pela empresa, com a movimentação dos bens, direitos e obrigações integrantes de seu patrimônio, quer sejam essas operações realizadas no País ou no exterior, mediante atuação direta (por intermédio de representações) ou mediante atuação indireta (por intermédio de coligadas ou controladas).

198. Esse chamado **resultado líquido do exercício**, ou resultado



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

líquido do período segundo a linguagem da Lei 9.430/96, consiste num conceito eminentemente contábil, cujo teor pode ser aferido, dentre outras obras de renome, pela magistral obra editada sob responsabilidade da FIECAFI (Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras - FEA/USP), denominada "Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (Aplicável às Demais Sociedades)", 6ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2003, páginas 326 a 330. Nas páginas seguintes, 331 a 367, encontra-se o detalhamento aplicável às contas básicas que compõem o resultado líquido do exercício.

199. Nesse contexto contábil, todos os resultados obtidos no exterior por intermédio de filiais, sucursais, coligadas ou controladas, já sintetizados em lucros ou prejuízos, bem como todos os resultados (receitas, custos e despesas) decorrentes da aplicação no exterior de capital que não integre contas de investimento (atividades realizadas por intermédio de representantes), resultados esses sintetizados pela Lei 9.249 na expressão "rendimentos ou ganhos de capital", devem ser contabilizados, pela empresa controladora ou titular do capital aplicado por conta própria, como resultados positivos ou negativos, de tal forma que sejam computados, juntamente com os resultados obtidos no país, na determinação global do resultado líquido do exercício, em consonância com as orientações da Lei 6.404/76, arts. 177 e 187.

200. Ressalte-se que o próprio auditor fiscal adota o entendimento de que na expressão "rendimentos e ganhos de capital" subsumem-se os "prejuízos" decorrentes das operações (poderia ter dito, com mais propriedade, os "custos e despesas"), como se vê, por exemplo, no penúltimo parágrafo da folha 12 do TVF.

201. Para se entender com mais clareza o critério de tributação da CSLL, em relação aos "rendimentos e ganhos de capital" obtidos no exterior, no período anterior ao período em que passou a ter eficácia o disposto no art. 19 da MP 1.858-6, de 29.06.99, atual art. 21 da MP 2.158-35/2001, convém olhar para o tratamento que se deu ao IRPJ com a introdução do chamado critério de tributação em "bases universais" (art. 25 da Lei 9.249/95).



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

202. O critério de ajuste aplicável aos "rendimentos e ganhos de capital" obtidos no exterior, na determinação da base de cálculo do IRPJ difere do critério de ajuste aplicável aos "lucros" obtidos no exterior. Quanto aos últimos, a lei prevê que sejam computados mediante adição ao resultado líquido do período; quanto aos primeiros, não há determinação legal de que sejam adicionados.

203. Examine-se o art. 25 da Lei 9.249/95. Enquanto estabelece regras sobre o cômputo dos "lucros" mediante procedimentos de adição ao "resultado líquido do exercício", ao tratar dos "rendimentos e ganhos de capital", limita-se a disciplinar a forma de conversão desses rendimentos e ganhos de capital em reais, **apenas para fins contábeis**, nada mencionando sobre adição dos mesmos ao resultado líquido.

204. Esse tratamento diferenciado não decorre do fato de haver diferenças significativas entre os critérios de apropriação contábil dos "lucros" e de apropriação contábil dos "rendimentos e ganhos de capital". Os "lucros" são contabilizados em contas de "resultados de investimentos", enquanto os "rendimentos e ganhos de capital" são contabilizados em contas analíticas de "receitas, custos ou despesas", de tal forma que tanto os "primeiros" como os "segundos" são levados à conta de "resultado líquido do exercício" pelos próprios procedimentos contábeis subseqüentes.

205. A diferença de tratamento tributário decorre do fato de os "lucros" gerados por coligada ou controlada serem levados às contas de "resultado líquido do exercício", tanto da empresa coligada ou controlada (que gera diretamente tais lucros), como da empresa titular do investimento (que registra o "resultado do investimento"), enquanto que os "rendimentos e ganhos de capital" são levados apenas à conta de "resultado líquido do exercício" da empresa titular do capital aplicado (que gera tais "rendimentos e ganhos").

206. Nesse caso, considerando-se que a determinação da base de cálculo do IRPJ (bem como a da CSLL) tem como ponto de partida o valor do "resultado líquido do exercício", se não houvesse mecanismos de ajuste, o valor dos "lucros" seria



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

tributado duas vezes: a primeira vez na empresa que os gera, a segunda vez na empresa titular do investimento. Isso não aconteceria com os "rendimentos e ganhos de capital", que seriam tributados apenas na empresa que os gera.

207. Para evitar essa dupla tributação, a legislação prevê que, na determinação das bases de cálculo dos tributos incidentes sobre o lucro, de responsabilidade da empresa investidora, **os resultados dos investimentos** sejam excluídos do "resultado líquido do exercício" (no caso de lucros), ou adicionados ao "resultado líquido do exercício" (no caso de prejuízos), de tal forma que os lucros sejam efetivamente tributados ou os prejuízos sejam efetivamente compensados **somente na empresa que os gere.**

208. No entanto, no caso de coligada ou controlada situada no exterior, o tributo que incidiria sobre o lucro excluído pela empresa investidora é pago no exterior, de forma que não haveria, no País, a dupla tributação. Por essa razão, certamente, entenderam os mentores do projeto de lei que se converteu no art. 25 da Lei 9.249/95 que, em compensação, seria adequado que os lucros gerados por coligadas ou controlas situadas no exterior viessem a ser adicionados ao "resultado líquido do exercício" da empresa investidora.

209. Pois bem, em relação à **CSLL**, à semelhança do que ocorre com o **IRPJ**, o ponto de partida para apuração da base de cálculo da CSLL é exatamente o "resultado líquido do exercício" (ou do período, na linguagem da Lei 9.430/96), **na sua genuína expressão contábil**, antes de computada a provisão para pagamento do imposto de renda (Lei 6.404/76, art. 187, inciso V) e antes de computada a provisão para pagamento da própria CSLL (Lei 9.316/96, art. 1º). Desse ponto de partida, a apuração da base de cálculo da CSLL se completa com os ajustamentos previstos na legislação, ou seja, com as adições e exclusões previstas em lei.

210. Cabe salientar que os ajustamentos previstos em lei para apuração da base de cálculo da CSLL diferem dos ajustamentos previstos para a apuração da



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

base de cálculo do IRPJ, conhecida como "lucro real".

211. É comum aos dois tributos, por exemplo, a exclusão dos resultados (lucros) de investimentos avaliados pela equivalência patrimonial. Mas há diversos casos em relação aos quais o tratamento legal dado a um tributo difere do tratamento dado a outro, como por exemplo:

a) os juros sobre capital próprio sempre foram dedutíveis para efeito do IRPJ; mas, para efeito da CSLL, ora foram dedutíveis ora não;

b) os lucros de coligadas e controladas no exterior, em relação ao IRPJ, são adicionados desde janeiro de 1997; em relação à CSLL, são adicionados só a partir de 01.10.99;

c) algumas despesas operacionais (pró-labore, por exemplo), em relação ao IRPJ eram dedutíveis só até certo limite; em relação à CSLL eram integralmente dedutíveis;

d) a compensação fiscal pela veiculação de propaganda eleitoral gratuita aplica-se apenas para efeitos do IRPJ, mas não para efeitos da CSLL;

e) em relação à compensação de prejuízos, as regras previstas nos arts. 32 e 33 do Decreto-lei 2.341/87, só foram estendidas à CSLL pela MP 2.158-35/2001;

212. Então, considerando-se que a definição da base de cálculo da CSLL tem como ponto de partida o valor do "resultado líquido do exercício", em que já estão embutidos os saldos das contas analíticas de "receitas, custos ou despesas" que formam os "rendimentos e ganhos de capital" obtidos no exterior, para se saber se esses resultados devem ou não ser objeto de exclusão ou adição, na determinação da base de cálculo da referida contribuição, deve-se examinar tão somente a legislação da própria CSLL. Nesse exame, há que se concentrar a atenção especialmente sobre a legislação que regia a CSLL até o momento em que foi submetida à eficácia do art. 19 da MP 1.858-6/99, ou seja, até o momento em que passou a ser tributada pelo critério de "bases universais".



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

213. E o resultado desse exame é que, até 30.09.1999, não havia dispositivo algum que determinasse tratamento de adição ou de exclusão dos referidos "rendimentos e ganhos de capital" obtidos no exterior, para fins de determinação da base de cálculo da CSLL. Pelo contrário, os arts. 28 e 87 da Lei 9.430/96 já determinavam que fossem aplicadas à CSLL, a partir de janeiro de 1997, as disposições dos arts. 17 e 71 da mesma Lei 9.430, que cobrem todo o elenco de operações praticadas pelo recorrente.

214. Nesse contexto, observo que as alegações apresentadas pelo contribuinte, na impugnação e no recurso voluntário, que não foram contestadas pela autoridade julgadora de primeira instância, estão em consonância com a explanação apresentada neste voto, especialmente as arguições que têm por base o Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 05, de 31.10.2001, e a Portaria MF nº 18, de 12.01.79 (que complementa o disposto no art. 5º do Decreto-lei nº 1.418, de 03.09.75).

215. Por essas razões, entendo que o contribuinte agiu de forma correta, ao ter oferecido à tributação da CSLL os resultados positivos obtidos no ano de 1998 e ao ter apropriado nas contas de resultado as perdas ocorridas no ano de 1999.

216. Superada a confusão feita pela autoridade lançadora e pela autoridade julgadora de primeira instância sobre a tributação da CSLL pelo chamado critério da territorialidade, impõe-se ressaltar que as restrições aventadas pelo auditor fiscal, em relação ao IRPJ, com base na Circular Bacen 2.348/93 e na Resolução CMN 2.138/94, não se transmitem à CSLL, seja porque o auditor fiscal não as invocou na formalização da exigência da CSLL, seja porque aquelas restrições foram elididas nos dois primeiros tópicos deste voto.

217. Além disso, cabem também em relação à CSLL as considerações já feitas nos itens 162 e 163 deste voto.

218. E finalmente, para encerrar o voto, relembro as ressalvas que fiz nos itens 92 a 97, mas especialmente a do item 97, que peço licença para transcrever novamente:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

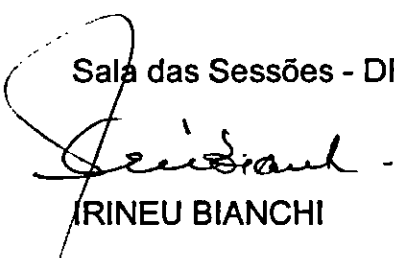
Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

97. Assim, há que predominar no ambiente de atuação dessas empresas a segurança jurídica de que os resultados de ambas as operações serão computados em conjunto, na apuração dos tributos incidentes sobre o lucro. Não podem as empresas, ao final, se surpreender com a obrigação de tributar o lucro obtido numa ponta e a proibição de computar o prejuízo obtido na outra, a não ser que razões muito sólidas, claras e objetivas, fundadas em dispositivos legais insofismáveis, autorizem a exação fiscal.

219. Não é o caso dos autos. A pretendida exação fiscal monta-se em três equívocos: (i) na inépcia de uma Circular do Bacen, que só poderia modificar as condições do hedge se fosse possível admitir-se a legalidade da invasão de competência do CMN por parte do Bacen; (ii) numa exigência de registro inexecutável e, finalmente, (iii) numa errônea suposição de que a legislação aplicável à CSLL, na época dos fatos, impediria a apropriação na conta de "resultado líquido do exercício" dos "rendimentos e ganhos de capital" obtidos no exterior.

220. Por essas razões, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 26 de janeiro de 2006.


IRINEU BIANCHI





Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira NADJA RODRIGUES ROMERO, Relatora

Na sessão de 26 de janeiro de 2006 da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuinte, discordei do voto do ilustre relator do Acórdão nº 105-15.503, por esta razão decidi apresentar declaração de voto no sentido de que ficasse registrada a minha manifestação divergente.

A recorrente, no que tange ao lançamento de IRPJ, ataca os dois fundamentos legais utilizados pela autoridade lançadora, para justificar a não dedutibilidade, no cálculo do lucro real, das perdas incorridas nas operações de hedge, realizadas por ela no exterior. Trata-se, portanto, de questão de direito, relacionadas à interpretação de norma jurídica.

O primeiro fundamento legal, utilizado para o lançamento do IRPJ, atacado pela recorrente é o seguinte:

O art. 63 da Lei nº 8.383/91, assegura a dedutibilidade de perdas em operações de cobertura de risco em mercados estrangeiros desde que admitidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e observadas as normas e condições por ele estabelecidas. Estas normas e condições foram estabelecidas pela Resolução do CMN nº 2012 e pela Circular do Banco Central do Brasil (Bacen) nº 2.348, ambas de 30/07/1993. O lançamento foi realizado porque, segundo a autoridade lançadora, a recorrente não respeitou as normas estabelecidas pelo CMN.

A norma, cuja validade foi questionada pela recorrente e que serviu como um dos fundamentos para o lançamento do IRPJ, é a Circular Bacen nº 2.348/93.

Para a recorrente, o Bacen, ao baixar a Circular nº 2.348/93, teria ido além da competência dada pelo CMN na Resolução nº 2.012/93.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

O art. 4º da Resolução CMN nº 2.012/93 delega competência ao Bacen para: *"adotar as medidas e baixar as normas necessárias à execução do disposto nesta Resolução"*.

Segundo a recorrente, o Bacen, ao exigir, no *caput* do art. 1º da Circular nº 2.348/93, que o objeto de proteção contra o risco de variações de juros, de paridade entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional, fossem pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras, teria estabelecido uma condição adicional não prevista pelo Conselho Monetário Nacional na Resolução nº 2.012/93.

Esta condição, que segundo a recorrente teria sido estabelecida pelo Bacen, não caberia em uma norma cuja atribuição seria somente tratar da execução do disposto na Resolução, conforme estabelecido no seu art. 4º, já comentado.

Em resumo, o argumento da recorrente para refutar o primeiro fundamento do lançamento de ofício do IRPJ é o seguinte:

"A lei [Lei nº 8.383/91] previu um tratamento tributário para o hedge e delegou competência ao CMN para estabelecer as normas e condições para aplicação desse tratamento. O CMN delegou poder ao Bacen apenas para regular a execução do que ele, CMN, normatizou com observância da lei. O Bacen, no entanto, criou uma condição adicional contrariamente à lei (que não lhe delegou competência para tal) e à Resolução do CMN (que não a previu, não delegou competência ao Bacen para que a previsse nem poderia fazê-lo, pois a delegação da lei é apenas para ele, CMN)."

A recorrente afirma que o acórdão recorrido teria lhe restringido o direito constitucional à ampla defesa por ter excluído do âmbito do processo administrativo a apreciação do questionamento da validade de norma jurídica, no caso, a Circular Bacen nº 2.348/93.

Passo, então, à interpretação do art. 1º da Circular Bacen nº 2.348/93, dispositivo dito inválido pela recorrente.

Art. 1º Podem ser objeto de proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional, os pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras programados ou previstos

72



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

para ocorrerem em momento futuro, relacionados com obrigações e direitos de natureza comercial ou financeira.

Parágrafo Único. Incluem-se também neste artigo os pagamentos e recebimentos:

I - em moeda nacional, decorrentes de repasses de obrigações contraídas em moeda estrangeira admitidas na legislação vigente;

II - relativos a importação, exportação e negociação, no mercado interno, de mercadorias cujo preço seja estabelecido consoante suas cotações em bolsa no exterior.

O *caput* deste artigo define o objeto do *hedge* a ser realizado no exterior - pagamentos ou recebimentos em moedas estrangeiras - e os riscos relacionados a este objeto - variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional.

Quanto aos riscos, o dispositivo faz mera repetição do disposto no art. 1º da Resolução CMN nº 2.012/93, como pode ser visto a seguir.

Art. 1º Permitir que as entidades do setor privado realizem, no exterior, com instituições financeiras ou em bolsas, operações destinadas a proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional.

A discussão surge quanto ao objeto, já que a Resolução não menciona pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras.

No entanto, antes de tratar desse ponto controverso levantado pela recorrente, vamos examinar o parágrafo único do art. 1º da Circular.

Nos seus incisos, estão previstas duas exceções à regra definida no *caput* de que o objeto do *hedge* devem ser pagamentos ou recebimentos em moedas estrangeiras.

O inciso I permite o *hedge* no exterior de pagamentos e recebimentos em moeda nacional decorrentes de repasses de obrigações, admitidas na legislação, contraídas em moeda estrangeira. Caso, por exemplo, de repasses de empréstimos externos tomados por bancos a empresas situadas no País, admitidos pela Resolução CMN nº 63/67.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

O inciso II prevê que os pagamentos e recebimentos relativos à negociação, no mercado interno, de mercadorias cujo preço seja estabelecido consoante suas cotações em bolsa no exterior (caso da soja, por exemplo) sejam objeto de *hedge* no exterior. Vale notar que, como a negociação se dá no mercado interno, trata-se de mais um caso em que foi admitido o *hedge* no exterior de pagamentos ou recebimentos em moeda nacional.

São essas as duas únicas exceções admitidas pela Circular Bacen nº 2.348/93. não estando permitido, portanto, o *hedge* no exterior de pagamentos e recebimentos em moeda nacional decorrentes de operações em bolsas de mercadorias e futuros no País, como os realizados pela recorrente.

Para julgarmos se o Bacen extrapolou a sua competência ao exigir que o objeto do *hedge* no exterior fossem somente pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira, ressalvadas as exceções já vistas, temos que analisar cada um dos riscos relacionados ao objeto do *hedge* previstos igualmente na Resolução e na Circular. Tais riscos são: variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional.

O risco de preços de mercadorias no mercado internacional decorre de importação, exportação ou negociação de mercadorias no exterior, casos que, naturalmente, envolvem pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira.

Quanto ao risco de preços de mercadorias que têm preço estabelecido em bolsa no exterior e que são negociadas no mercado interno, implicando pagamentos e recebimentos em moeda nacional, já vimos que tal risco pode ser protegido no exterior devido à excepcionalidade prevista no inciso II, do art. 1º da Circular Bacen nº 2.348/93.

Portanto, no que diz respeito ao risco de preços de mercadorias no mercado internacional, o fato de a Circular Bacen nº 2.348/93 prever como objeto de *hedge* no exterior apenas pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira, não implica em estabelecer condição não prevista na Resolução CMN nº 2.012/93.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

Passo então à análise do risco de taxas de juros no mercado internacional. É incontroverso que taxas de juros no mercado internacional somente podem vincular-se a pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras. Seria inconcebível um *hedge* no exterior de operações de crédito cursadas exclusivamente em moeda nacional, sem qualquer vínculo com o mercado externo.

O que é permitido, como já visto, é o *hedge* no exterior de pagamentos e recebimentos em moeda nacional, decorrentes de repasses¹ de empréstimos contraídos em moeda estrangeira (art.1º, I, da Circular Bacen nº 2.348/93).

Uma vez mais, chega-se a conclusão, agora quanto ao risco de taxas de juros no mercado internacional, que a Circular não impôs condição não prevista na Resolução ao fixar como objeto de *hedge* no exterior apenas pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira.

Por último, vamos analisar o risco de paridade de moedas no mercado internacional. Mas antes, é preciso salientar que o termo "**paridade**", utilizado nas normas do CMN e do Bacen, tem um significado bastante preciso.

O sítio do Bacen (www.bcb.gov.br) se refere a paridade como: "*a relação de preço que se verifica entre duas moedas estrangeiras*". Quando o CMN e o Bacen querem se referir à relação de preço entre uma moeda estrangeira e a moeda nacional o termo usado é "**taxa de câmbio**", que é tratada da seguinte forma no sítio do Bacen: "*taxa de câmbio é o preço de uma moeda estrangeira medido em unidades ou frações (centavos) da moeda nacional*".

Para fixar bem a diferença entre os termos "**paridade**" e "**taxa de câmbio**", vale transcrever o que diz Emílio Garofalo Filho, ex-Diretor da Área Externa do Bacen²:

¹ Definição de repasse dada pelo art. 6º da Resolução CMN nº 2.770, de 30/08/2000.

Entende-se por operação de repasse a concessão de crédito vinculada à captação externa original na qual a instituição repassadora transfere à repassatária, pessoa física ou jurídica no País, idênticas condições de custo da dívida originalmente contratada em moeda estrangeira (principal, juros e encargos acessórios), assim como a tributação aplicável, não podendo ser cobrado, pelos serviços de intermediação financeira, qualquer outro ônus, a qualquer título, além de comissão de repasse.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

"qualquer moeda contra o real tem uma taxa de câmbio; uma moeda estrangeira contra outra moeda estrangeira tem a relação expressa em paridade".

Assim, está sujeito ao risco de paridade entre moedas quem, por exemplo, tem um direito em iene e uma obrigação em Dólar Americano.

Em vista do exposto, pode-se concluir que o risco de paridade de moedas no mercado internacional envolve, necessariamente, pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras.

Conclui-se assim que a Circular Bacen nº 2.348/93 ao definir como objeto do *hedge* no exterior pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira não impôs condição adicional, não prevista pelo CMN na Resolução nº 2.012/93, já que todos os riscos passíveis de proteção no exterior previstos na Resolução envolvem, necessariamente, pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira.

Indo ainda mais longe, pode-se afirmar que a Resolução CMN nº 2.012/93 não prevê a possibilidade de *hedge* no exterior contra o risco de taxa de câmbio que é, como já visto, essencialmente diferente de risco de paridade entre moedas.

As operações realizadas pela recorrente na BM&F e que foram objeto de *hedge* no exterior estavam sujeitas ao risco de taxa de câmbio, não de paridade entre moedas. **Portanto tais operações de *hedge* não eram permitidas nem mesmo pela Resolução CMN nº 2.012/93.**

Vale ainda uma última observação. Somente em agosto de 2005, com a Resolução CMN nº 3.312, de 31/08/2005³, que revogou a Resolução CMN nº 2.012/93, o CMN permitiu o *hedge* no exterior de pagamentos e recebimentos em moeda nacional

² GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbio\$: Princípios Básicos do Mercado Cambial*. São Paulo: Saraiva. 2005. p 84.

³ Art. 2º Incluem-se entre os direitos e obrigações a que se refere o artigo anterior os pagamentos e os recebimentos em moeda nacional decorrentes de repasses de obrigações contraídas em moeda estrangeira, bem como aqueles relativos a:

a:

(...)

II – operações em bolsas de mercadoria e de futuros no País;

(...)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

relativos à operações em bolsa de mercadorias e de futuros no País. Se um *hedge* no exterior desta natureza já fosse permitido à época em que a recorrente efetuou as operações, a norma não o teria incluído expressamente, uma vez que, em normas, não há palavras inúteis.

Assim, não prospera a alegação da recorrente de que o Bacen estabeleceu, na Circular nº 2.348/93, uma condição adicional não prevista pelo CMN.

O segundo fundamento legal, utilizado para o lançamento do IRPJ, atacado pela recorrente é a necessidade de registro das operações de swap, nos termos da legislação vigente, para permitir o reconhecimento de perdas delas decorrentes no cálculo do lucro real, conforme previsto no art. 74, § 3º da Lei nº 8.981/95, combinado com o art. 3º da Resolução CMN nº 2.138, de 29/12/1994.

Argumenta a recorrente que tanto a Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP) quanto a Bolsa de Mercadoria & Futuros (BM&F) não registram operações de swap contratadas no mercado internacional e que, como consequência, o pressuposto da Resolução CMN nº 2.138/94 é que as operações que regula sejam feitas no Brasil.

O Acórdão recorrido conclui que, diante da impossibilidade de registro na Cetip, haveriam outras alternativas de registro das operações. No entanto, não aponta que alternativas seriam estas.

O § 3º, do art. 74, da Lei nº 8.981/95 é claro ao exigir o registro das operações de swap para o reconhecimento das perdas no cálculo do lucro real.

Art. 74
(...)

§ 3º Somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas nos termos da legislação vigente.

A mesma clareza se denota no art. 3º da Resolução CMN nº 2.138/94, norma que regulamenta o dispositivo citado da Lei nº 8.981/95



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

Art. 3º Estabelecer a obrigatoriedade do registro das operações de que trata esta Resolução em sistema administrado pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP ou em outros sistemas de registro, de custódia e de liquidação, devidamente autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários e que atendam às necessidades de fiscalização e controle por parte do Banco Central do Brasil.

No entanto, não foi apontada, nem pela autoridade lançadora, nem pelo Acórdão recorrido, uma central de custódia que fizesse o registro de um swap contratado no mercado internacional. Estamos, assim, diante de uma condição de cumprimento impossível, ao menos à época em que as operações foram realizadas.

Dessa forma, tem razão a recorrente ao afirmar a improcedência da fundamentação da falta de registro das operações de swap.

Saliente-se, porém, que o lançamento de IRPJ fica totalmente mantido em virtude da primeira fundamentação: descumprimento da Resolução CMN nº 2.012/93 e da Circular Bacen nº 2.348/93.

CSLL

No período em que as operações de *hedge* no exterior foram realizadas, ainda prevalecia, para efeito de determinação da base de cálculo da CSLL, o princípio da territorialidade, ou seja, **os resultados auferidos no exterior não eram computados na determinação da base de cálculo da CSLL.**

Neste sentido, destaca-se, do livro *"Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e Prática"*⁴, o seguinte trecho:

"Até a vigência da MP nº 1.858-8, de 27-08-99, os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil estavam sujeitos **exclusivamente ao imposto de renda**. O art. 21 daquela MP (atual nº 2.158-35/01) estendeu a tributação também para a incidência da CSLL". (grifei)

⁴ HIGUCHI, Hiromi; HIGUCHI, Fábio Hiroshi; HIGUCHI, Celso Hiroyuki. *Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e Prática*. São Paulo. IR Publicações Ltda. 30ª Ed., 2005, p.103.



Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

No entanto, a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, já dava tratamento especial para os resultados de operações de cobertura (hedge) realizadas no exterior para efeito da determinação da base de cálculo da CSLL. Assim é que o art. 28 da citada lei dispõe que se aplique, na determinação da base de cálculo da CSLL, as normas do seu art. 17, abaixo transcrito.

Art. 17. Serão computados na determinação do lucro real os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos em operações de cobertura (hedge) realizadas em mercados de liquidação futura, diretamente pela empresa brasileira, em bolsas no exterior.

Ou seja, deverão ser computadas na determinação da base de cálculo da CSLL os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos em operações de cobertura (hedge) realizadas em mercados de liquidação futura, diretamente pela empresa brasileira, **em bolsas no exterior**. A contrário senso, os resultados líquidos positivos ou negativos, obtidos em operações de hedge realizadas no exterior **fora de bolsa** (mercado de balcão) **não poderão ser computados na determinação da base de cálculo da CSLL**.

É importante salientar, portanto, que a condição, prevista na lei, para que os resultados líquidos, positivos ou negativos, oriundos de operações de hedge realizadas no exterior, sejam computados na base de cálculo da CSLL é de que **tais operações sejam realizadas em bolsas no exterior**.

Esta condição não foi respeitada, já que as operações de hedge realizadas no exterior pelo recorrente **não foram feitas em bolsa, mas no mercado de balcão**.

Destaque-se que o art. 28 da Lei 9430/96 é dispositivo **próprio da legislação da CSLL** que se encontrava em pleno vigor à época em que as operações foram realizadas.

Cai por terra, portanto, toda a argumentação construída, no voto vencedor, de que não havia, à época em que as operações foram realizadas, previsão na legislação que regia a CSLL, de **adição ou exclusão** dos resultados provenientes de operações de hedge realizadas no exterior, da base de cálculo da CSLL.



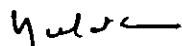
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº. : 10768.002986/2003-95
Acórdão nº. : 105-15.503

Ou seja, ainda que, conforme defende o voto vencedor, os resultados negativos das operações de *hedge* realizadas em mercado de balcão no exterior estivessem computados no “resultado líquido do exercício” – ponto de partida da determinação da base de cálculo da CSLL – tais resultados devem ser adicionados para a determinação da base de cálculo da CSLL. Caso contrário, a norma disposta no art. 28 da Lei 9.430/96 estaria flagrantemente sendo descumprida, uma vez que as operações de *hedge* foram realizadas **no mercado de balcão e não em bolsa no exterior**.

Estas são, portanto, as minhas razões para proferir o voto divergente.


NADJA RODRIGUES ROMERO