



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**

**Processo nº** 10768.002986/2003-95  
**Recurso nº** 140.421 Especial do Procurador  
**Acórdão nº** **9101-00.707 – 1ª Turma**  
**Sessão de** 8 de novembro de 2010  
**Matéria** IRPJ/CSLL - Operações de hedge no exterior  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** BANCO BRASCAN S/A

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 1999

IRPJ - RESULTADOS LÍQUIDOS DE OPERAÇÕES DE COBERTURA (*HEDGE*) REALIZADAS NO EXTERIOR - DEDUTIBILIDADE - as operações de cobertura (*hedge*), realizadas para proteção de posições assumidas na BM&F expressas em moeda nacional, mas atreladas a derivativos de variação cambial não podem ser consideradas não admitidas por falta de normativo expresso de conteúdo proibitivo. São computados na apuração do lucro real, os resultados negativos verificados nas operações de *hedge*, de que trata a Resolução CMN nº 2.012/1993, inclusive quando realizadas mediante operações de *swap* liquidadas em moeda nacional, não constituindo restrição o disposto no art. 1º da Circular Bacen nº 2.348/1993.

CSLL - RESULTADOS LÍQUIDOS DE OPERAÇÕES DE COBERTURA (*HEDGE*) REALIZADAS NO EXTERIOR - NOVO FUNDAMENTO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - Serão computados na determinação da base de cálculo da CSLL os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos e operações de cobertura (*hedge*) realizadas em mercados de liquidação futura, diretamente pela empresa brasileira, em bolsas no exterior (art. 17 c/c art. 28 da Lei nº 9.430/96). Não se considera dispositivo violado quando este não constituir fundamento da autuação e não fora trazido à lide desde o seu início. O embasamento legal do lançamento não pode ser reformulado na fase recursal, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

*(documento assinado digitalmente)*

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

*(documento assinado digitalmente)*

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Relator.

EDITADO EM: 20/01/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), Leonardo de Andrade Couto, Claudemir Rodrigues Malaquias, Viviane Vidal Wagner, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Susy Gomes Hoffman (Vice-Presidente), Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Antonio Carlos Guidoni Filho, Karen Jureidini Dias e Valmir Sandri.

## **Relatório**

Com fundamento no art. 56, inciso II do Regimento Interno do Conselhos de Contribuintes - RICC c/c arts. 7, inciso I e 15 § 1º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais – RICSRF, ambos aprovados pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, a Fazenda Nacional interpõe recurso especial (fls. 2.126/2.135) em face do acórdão nº 105-15.503, proferido pela antiga Quinta Câmara do Primeiro Conselhos de Contribuintes assim ementado:

*“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 inexequível 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 nº 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 inexequível em relação às operações de swap, que foram realizadas no exterior.”*

De início, cumpre registrar que os fatos que deram origem aos presentes autos, ensejaram também o lançamento do Imposto de Renda na Fonte (IRF), que constitui o objeto do processo de nº 10768.003317/2003-31, que será apreciado nesta mesma oportunidade. A ação fiscal que resultou em ambos os processos foi motivada por comunicação feita pelo Banco Central do Brasil à Superintendência Regional da Receita Federal, da 7ª Região Fiscal, por meio do expediente DESUP/GABIN-2001/036, de 20/04/2001, assim como, pela informação do Ministério Público Federal feita pelo Ofício nº 109/PR/RJ/GAB/AG, de 10.07.2001 (fls. 1.461). No âmbito daquela Autarquia, a matéria foi objeto de investigação simultânea, cujas conclusões foram consubstanciadas no Processo BCB nº 0101088985, julgado em caráter definitivo na 267ª Sessão de Julgamento do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) e que resultou no Acórdão CRSFN nº 7.842/06, de 07.11.2006.

Deve-se destacar também que, em vista das disposições regimentais vigentes, especificamente quanto às atribuições para julgamento das Turmas desta Câmara Superior, foi suscitado conflito de atribuição, nos termos da Informação nº 9101-00248, de 27.09.2010 (fls. 2.159/2.161), cuja competência para sua solução é do Presidente do Carf, nos termos do art. 20, inciso IX do atual Regimento.

Em 28.09.2010, o Presidente do Carf, manifestando-se sobre o conflito suscitado, determinou a relatoria e julgamento conjunto pela 1ª Turma da CSRF dos processos de nº 10768.002986/2003-95 (IRPJ/CSLL) e de nº 10768.003317/2003-31 (IRF) (fls. 2.162/2.163).

### **Da autuação**

A contribuinte foi cientificada do auto de infração em 02.04.2003, lavrado para formalizar exigência fiscal referentes ao **Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ)** e à **Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)**. A autoridade fiscal promoveu a glosa dos resultados negativos de *hedge*, denominando-os “despesas indedutíveis”, apropriados indevidamente nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, referentes ao ano-calendário de 1999.

Conforme os autos de infração lavrados (fls. 1.480/1.487), o lançamento do IRPJ importou nos montantes de R\$ 23.131.694,12 (sujeitos à multa de 75%) e de R\$ 8.197.765,72 (sujeitos à multa de 150%) e a CSLL nos montantes de R\$ 8.644.339,17 (sujeitos à multa de 75%) e de R\$ 3.063.513,93 (sujeitos à multa de 150%).

Os dispositivos que embasara a autuação, apresentados no corpo dos autos de infração no quadro “Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is), foram os seguintes (fls. 1.480/1.487):

**a) 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.

**b) CSLL**

- art. 2º e §§ da Lei 7.689/88;
- art. 10 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.

Ao indicar os fundamentos legais da autuação, no item 7.2.1 do Termo de Verificação Fiscal, a autoridade lançadora apresenta como “Enquadramento Legal” para o lançamento da CSLL somente “a MP nº 2.158, art. 21 (antes, MP 1.858, art. 19, e MP 1.991, art. 21)” (fls. 1.477).

O crédito tributário em discussão tem origem na glosa de despesa, promovida pela auditoria, por considerar **inedutíveis os resultados negativos decorrentes de operações de swap OTC market**, expressão financeira usual para designar *over the counter market*, referenciado no País como “mercado de balcão” ou mercado organizado fora de bolsa. Tais operações foram realizadas no exterior e utilizadas como instrumentos financeiros de operações de cobertura (*hedge*), destinadas a cobrir riscos de variação cambial de direitos adquiridos em operações de *swap* realizadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros (BMF) do Brasil.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal (fls. 1.447/1.479), as razões pelas quais a autoridade fiscal considerou os resultados negativos dessas operações não dedutíveis, podem ser sintetizadas da seguinte forma:

**a) IRPJ**

Duas razões foram apresentadas como fundamento para a glosa dos resultados negativos das operações de *swap OTC*:

**1. PAGAMENTO OU RECEBIMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA**

1.1 as operações de *swap OTC*, utilizadas como instrumentos financeiros para operações de cobertura (*hedge*), foram realizadas no exterior no mercado de balcão, cujos resultados deveriam ser considerados no País com base no art. 63 da Lei nº 8.383/91;

1.2 segundo o art. 63, para que as 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 condição necessária que, além de “*admitidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN)*”, em relação a tais operações fossem “*observadas as normas e condições por ele (CMN) estabelecidas*”;

1.3 ocorre que as operações de cobertura (*hedge*), admitidas pelo CMN pela Resolução nº 2.012/93, só poderiam ser, segundo a Circular Bacen nº 2.348/93, aquelas destinadas à cobertura de “*pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira*”. Ou seja, poderiam ser objeto de *hedge* no exterior somente pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira, **excluídos os expressos em moeda nacional**;

1.4 como, no caso dos autos, os ativos financeiros a serem protegidos decorriam de operações de *swap* realizadas na BM&F, **liquidáveis, portanto, em moeda nacional**, tais objetos **não atenderiam ao requisito** estabelecido pela Circular Bacen nº 2.348/93;

1.5 não atendido o requisito previsto na referida Circular Bacen, não teria sido, em consequência, cumprida a norma ou condição estabelecida pelo Conselho Monetário, uma vez que a Circular fora expedida mediante competência para regulamentação delegada pelo art. 4º da Resolução CMN nº 2.012/93;

1.6 desta forma, uma vez não atendida a condição estabelecida pelo CMN, as operações de cobertura realizadas com suporte no art. 63 da Lei nº 8.383/91 **não poderiam receber o tratamento tributário previsto no art. 6º do Decreto-lei nº 2.397/87**, ou seja, não poderiam ter seus resultados negativos apropriados na determinação da base de cálculo do IRPJ, **não sendo dedutíveis, portanto**.

## 2. FALTA DE REGISTRO DA OPERAÇÃO NA CETIP

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

2.2 nesse caso, para que pudessem ser computados na apuração da base de cálculo do IRPJ, deveria 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**”;

2.3 a **exigência de registro das operações de *swap***, consta da Resolução CMN nº 2.138/94, que estabeleceu a obrigatoriedade do registro na Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP) ou em outro sistema de registro autorizado pelo Banco Central do Brasil (Bacen) ou pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM)<sup>1</sup>;

2.4 assim, o cômputo dos resultados negativos das operações de *swap OTC* utilizadas como instrumentos financeiros das operações de *hedge*, além de depender da

<sup>1</sup> 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.

obediência das normas relativas ao *hedge*, **deveria observar o disposto no art. 3º da referida Resolução CMN nº 2.138/94, quanto ao registro das operações de *swap***;

2.5 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.**

#### b) CSLL

Em relação à CSLL, a autuação decorreu de fundamentos parcialmente distintos da do IRPJ. Conforme se verifica no item 7.2 do TVF (fls. 1.477), as considerações quanto aos fundamentos do lançamento encontram-se em três itens do referido termo, a saber: 5.1.2, 6.4 e 6.5.

O item 6.4 do TVF apresenta as razões já descritas neste relatório no item 1, alínea “a” acima, que em síntese, refere-se à exigência constante da Circular Bacen nº 2.138/93 “**pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira**”. Já as considerações do item 6.5, descritas neste relatório no item 2, alínea “a” acima, referem-se à exigência constante da Resolução CMN nº 2.138/94, ou seja, a “**obrigatoriedade do registro das operações de *swap***”. Portanto, torna-se desnecessária nova transcrição, neste tópico, das razões para o lançamento da CSLL, uma vez que a própria autoridade fiscal faz apenas sua remissão, sem representá-las.

Como dito acima, para a CSLL, a Fiscalização apresentou fundamentação parcialmente distinta do lançamento do IRPJ, com base na qual, justificou a glosa dos resultados negativos das operações no exterior, indevidamente computados na sua base de cálculo. A argumentação diferenciada ocupou o item “5.1.2 – Legislação da CSLL” do TVF (fls. 1.458), cuja síntese é a seguinte:

#### 1. IMPOSSIBILIDADE DE COMPUTAR PREJUÍZOS DECORRENTES DAS OPERAÇÕES DE *SWAP/OTC* NA BASE DE CÁLCULO DA CSLL, ANTES DA MP 2.158/99

1.1 o art. 19 da MP nº 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 às normas de tributação em bases universais, que dispõem sobre os efeitos da tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior;

1.2 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 nº 9.249/95);

1.3 nesse contexto, o Ato Declaratório SRF nº 75/99 determinou que essa nova regra, introduzidas pela MP nº 1.858-6/99, seria aplicável à CSLL em relação aos lucros, rendimentos e ganhos de capital disponibilizados a partir de 01/10/1999;

1.4 segundo o auditor fiscal, **somente a partir da MP nº 2.158**, passa a valer, também para a CSLL, o disposto no art. 17 da Lei nº 9.430/96 (c/c art. 28 da mesma lei),

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*" (fls. 1.458)

1.5 anteriormente à MP nº 2.158 (vale dizer MP nº 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*" (fls. 1.458);

1.6 assim, conclui a autoridade fiscal, os resultados 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 nº 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 (fls. 1.458).

### Da impugnação

O sujeito passivo, conforme petição de fls. 1.559/1.602, impugnou a exigência fiscal, exceto a parcela relativa 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. Referida operação ensejou o lançamento do IRPJ e da CSLL com multa de ofício no percentual de 150% em razão da conduta considerada qualificada pela autoridade fiscal. Desta forma, desde a primeira instância, não foi objeto de litígio a parte do crédito tributário lançada, relativa à operação em que figurava como contra-parte o Banco Surinvest, correspondente ao contrato de câmbio nº 99/00044, conforme TVF (fls. 1.476/1.477).

Para o preciso desfecho da questão apresentada, oportuno transcrever a síntese das razões da defesa em sede de impugnação, conforme o relatório da DRJ:

“a) a contribuinte realizou várias operações que lhe propiciaram ganhos em razão da diferença de taxas de juros relativas as operações realizadas na BM&F (e no OTC e sempre esteve *hedgiada* contra os riscos cambiais. Algumas dessas operações geraram remessas para o exterior e outras geraram o ingresso de moeda estrangeira, mas esse aspecto nunca foi relevante para a contribuinte;

b) as operações realizadas pela contribuinte no OTC, cujas perdas foram consideradas indedutíveis pela fiscalização para fins tributários, eram usuais e normais no mercado financeiro;

c) a Resolução CMN nº 2.012/93 autoriza a contratação de *hedge* internacional, sem restringi-lo à cobertura de riscos relativos a pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras, pelo que as operações realizadas pela contribuinte no OTC são por ela respaldadas;

d) a Resolução CMN nº 2.012/93 delegou ao BACEN competência apenas para baixar normas necessárias à sua execução, e não para restringir o seu alcance;

e) se a Circular BACEN nº 2.348/93 tiver restringido, efetivamente, o *hedge* internacional aos pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira, terá extrapolado os limites da delegação de competência feita pela Resolução CMN nº 2.012/93, razão por que suas regras não podem justificar a indedutibilidade das perdas incorridas pela contribuinte nas operações realizadas no OTC;

f) entretanto, o próprio BACEN sempre interpretou a Circular BACEN nº 2.348/93, a despeito de seu texto, no sentido de que ela permitia a realização de *hedge* internacional para cobrir riscos relativos a qualquer ativo ou passivo atrelado à variação da taxa cambial, independentemente de a moeda estrangeira ser utilizada como moeda de pagamento ou como moeda de conta. Comprova essa assertiva o fato de o BACEN sempre ter tido conhecimento das operações realizadas no OTC, como aquelas realizadas pela contribuinte, sem nunca as ter questionado, considerando-as legítimas;

g) as operações realizadas no OTC não são registráveis no Brasil na CETIP razão por que a falta do referido registro não impede que as perdas delas decorrentes sejam consideradas para fins de apuração do lucro real;

h) para que determinado resultado se classifique como produzido no exterior é necessário que o trabalho ou o capital de que deriva esteja situado fora do Brasil;

i) os resultados das operações realizadas pela contribuinte no OTC não se classificam como resultados auferidos no exterior, já que não houve qualquer tipo de aplicação de recursos no exterior e o negócio foi concebido pela contribuinte no Brasil. As operações no OTC representaram apenas urna "perna" de operação estruturada Brasil e vinculada a ativos aqui existentes;

j) por não decorrerem do exterior, os resultados das operações realizadas no OTC: (i) tinham que ser computados na base de cálculo do IRPJ e da CSLL mesmo antes da promulgação de Lei 9249/95; e (ii) não se sujeitam à restrição - quanto à sua dedutibilidade contida no art. 25, § 5º, da referida lei."

Quanto à CSLL, se faz necessária também a seguinte transcrição (fls. 1.599/1.560):

"5.3.22 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).

5.3.23 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".

O Acórdão DRF/RJO-I nº 4460/2003, de Primeira Instância, (fls. 1.735/1.773, mantém a exigência fiscal. Refuta ou desconsidera as arguições da impugnante, invocando, as mesmas razões apresentadas pelo auditor fiscal no TVF.

### Do recurso voluntário

Em sede de recurso voluntário (fls. 1.780/1.799), a contribuinte ratifica, os argumentos apresentados na Impugnação e acrescenta novas ponderações: a) quanto à premissa em que se baseou o acórdão da DRJ 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; e b) quanto à conclusão da decisão da DRJ de que havia alternativas de registro, além da CETIP, porque a Resolução CMN nº 2.138/94 refere-se a “outros sistemas de registro”.

Sobre a tributação da CSLL com base no princípio da territorialidade, a contribuinte 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”.

Pondera a contribuinte que, na vigência da legislação anterior à eficácia do art. 19 da MP nº 1.858-6/99, ou seja, até 01.10.99, prevalecia o princípio da territorialidade, como reconhece o TVF (fls. 1.458), 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.

A Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por meio da decisão recorrida de fls. 1.878/1.957), por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário, corroborando o estudo do i. relator Conselheiro Irineu Bianchi, que em síntese, concluiu que:

a) quanto aos pagamentos em moeda estrangeira, objeto das operações de cobertura

“157. Corno visto, a decisão invoca que a Circular nº 2170, de 30.04.1992, do BACEN, anterior à Resolução nº 2.012/93 do CMN e à Circular Bacen nº 2.348/93 - 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 2.012/93**, que lhe é posterior e hierarquicamente superior; (ii) sob o art. 63 da Lei nº 8383/91, 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.

159. Mas, mesmo que se pudesse considerar válida a restrição imposta pela Circular Bacen nº 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 nº 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.*

(...)

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 Circular Bacen nº 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 nº 2.012/93, a pecha de irregulares.**” (*os destaques não são do original*)

b) quanto à necessidade de registro das operações na CETIP

“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**.

(...)

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 nº 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 exequível 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.”

(...)(*os grifos não constam do original*)

## c) quanto à CSLL

“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.

(...)

“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.

(...)

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".

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 9.430/96, 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.

(...)"

A Câmara *a quo* afastou, então, a exigência do IRPJ e da CSLL considerando dedutíveis as perdas nas referidas operações de *hedge*, instrumentalizadas por contratos *swap OTC*, considerando, em síntese, a exigência fiscal se funda de forma equivocada: “(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.

### Dos embargos de declaração

Em face da decisão da Quinta Câmara, a Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração (fls. 1.960/1.999), alegando, em síntese:

- a) quanto à questão do “registro das operações”, que a Câmara deixou de observar que a exigência de tal registro decorre do art. 3º e seguintes da Lei nº 4.131 c/c Circular Bacen nº 2.348, art. 5º;
- b) quanto à “autonomia do BCB para editar atos pertinentes a câmbio” argumenta que a Câmara ao rejeitar a condição estabelecida pela Circular Bacen nº 2.348, sob o argumento de que o Bacen extrapolou a competência que lhe fora delegada, deixou de observar que a Lei nº 4.595, art. 4º, inciso XVIII, ao atribuir ao Bacen o “monopólio das operações de câmbio”, atribuiu-lhe autonomia para editar atos referentes à matéria cambial; e, finalmente,
- c) quanto à questão da “paridade entre moedas”, a PFN argumenta que a Câmara, ao entender que o Bacen alterou condições das operações de *swap/hedge*, por inserir na Circular nº 2.348 exigência de que os objetos do *hedge* fossem “pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras”, deixou de observar que, à vista do conceito de “paridade”, assentado no Glossário do Bacen, a Circular Bacen nº 2.348 não colide com a disposição da Resolução CMN nº 2.012, visto que as operações enquadradas como “operações de paridade entre moedas” resultam necessariamente em “pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras”.

Oportuno registrar que, em 20.06.07, na sua manifestação perante os embargos de declaração, a contribuinte aduziu as seguintes informações ao processo, peticionando a juntada de diversos documentos:

“5. Como indicado nos autos, a fiscalização do Bacen considerou que determinadas operações de *hedge* do contribuinte eram violadoras das normas administrativas do CMN e do Bacen. Dessa fiscalização decorreram um processo administrativo na esfera do Bacen (nº 01001088985), o Auto de Infração objeto do processo em epígrafe e um processo criminal.

6. A decisão de primeira instância na esfera do Bacen foi contrária à PETICIONÁRIA, à qual aplicou multas em valor superior a R\$ 18 milhões; no entanto, o recurso dela interposto pela PETICIONARIA (nº 5523) foi provido por acórdão unânime do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), proferido na 266ª sessão, de 07 e 08.11.2006, que contou com parecer favorável do Procurador da Fazenda Nacional, Rodrigo Pirajá Wienkoski.

7. (...)

8. A PETICIONARIA vem juntar cópia aos autos da p. 58 do Diário Oficial de 20.12.2006 (Doc. 1), que noticia que o processo 01001088985 foi arquivado em razão do provimento doseu recurso nº 5523, e cópia do pertinente parecer do Procurador da Fazenda Nacional, Rodrigo Pirajá Wienkoski (Doc. 2), favorável à PETICIONARIA.” (fls. 2.000/2.003)

Em 21.08.2007, foram juntados aos autos cópia do Acórdão proferido pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional nº 7842, de 07.11.2006, o qual, por unanimidade de votos, “concluiu que as operações de *hedge* praticadas pela PETICIONARIA foram válidas e encontram amparo na Lei nº 4.595/64 e nas normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), notadamente a Resolução nº 2.012/93, vigente à época” (fls. 1.857/1.936).

Ao analisar os referidos embargos, o i. relator concluiu pela inexistência das imperfeições alegadas, não padecendo a decisão da câmara *a quo* de qualquer vício de omissão, obscuridade ou contradição, qualificando de inovadores os argumentos trazidos pela embargante. Assim, as alegações foram rejeitadas pelo então presidente da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, conforme despacho de 24.01.2008 (fls. 2.105/2.120).

### **Do recurso especial**

Mantido sem reparos o teor do acórdão proferido pela antiga Quinta Câmara do Primeiro Conselhos de Contribuintes, a Fazenda Nacional apresentou, então, recurso especial com fundamento no art. 56, inciso II do RICC c/c art. 7º, inciso I, alegando o seguinte (fls. 2.126/2.135):

**“O v. acórdão ora recorrido, proferido pela Colenda Quinta Câmara do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, deu provimento ao recurso voluntário interposto, afastando a autuação do IRPJ e da CSLL, a partir da desconstrução da argumentação exposta no procedimento fiscal, em três pontos capitais; a) suposto vício de delegação do Conselho Monetário Nacional ao Banco Central, em face da ilegalidade material constante na Circular Bacen nº 2.348/93; b) impossibilidade concreta de registro das operações, conforme exige a legislação tributária; c) possibilidade de contabilização dos resultados negativos obtidos no exterior na base de cálculo da CSLL.**

**Verifica-se que tal decisão contraria o art. 63, da Lei nº 8.383, a Resolução CMN nº 2.012 e a Circular do Bacen nº 2.348, de 30/07/1993, o art. 17 e 28, da Lei nº 9.430/96. (destaques do original)**

A Fazenda Nacional insurge-se contra a decisão recorrida com base nos seguintes fundamentos, em síntese:

1. IRPJ e CSLL – a decisão contrariou o disposto nos arts. 63, da Lei nº 8.383/91 e art. 6º do Decreto-Lei nº 2.397/97, na Resolução CMN nº 2.012 e na Circular do Bacen nº 2.348, de 30/07/1993, pois:

a) o tratamento tributário previsto no art. 6º do referido decreto-lei, aplica-se às operações de riscos realizadas em outros mercados de futuros, no exterior, além de bolsas,

**desde que admitidas pelo Conselho Monetário Nacional** e desde que sejam observadas as normas e condições por ele estabelecidas;

b) o mero cotejo entre o objeto do *hedge* aqui discutido e a Resolução CMN nº 2.012/93 comprova que **o Conselho Monetário Nacional não previu esta hipótese** de garantia, qual seja, a de pagamentos a serem liquidados em moeda nacional;

c) trata-se de **benefício fiscal** que deve ser interpretado de restritivamente;

d) a licitude das operações, considerada pelo órgão julgador do Sistema Financeiro Nacional, não produz a consequência tributária pretendida pela contribuinte, pois as **esferas financeira e tributária são distintas**.

2. CSLL – a decisão contrariou o disposto nos arts. 17 e 28 de Lei nº 9.430/96, pois:

a) segundo o art. 17 da Lei nº 9.430/96, é **condição** para que sejam computados na determinação do lucro real (critério estendido à CSLL por força do art. 28) os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos em *hedge*, **a sua realização em bolsas no exterior**;

b) como no caso dos autos, as operações *swap* no exterior foram realizadas no mercado de balcão, não restou exigida a condição para dedutibilidade das referidas perdas.

Em suas contrarrazões (fls. 2.146/2.158), a contribuinte destaca a decisão definitiva que lhe foi favorável prolatada sobre a mesma matéria pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (fls. 2.148). Aquele órgão, com o apoio do parecer do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Rodrigo Pirajá Wienkoski, por meio de decisão unânime do colegiado, deu provimento ao recurso da contribuinte e considerou lícitas e conformes à legislação cambial e às normas do CMN e do Bacen as operações objeto dos presentes autos.

Quanto ao mérito, assevera que a Lei nº 4.595/64 estabeleceu diferentes competências para o CMN e o Bacen, além de notória hierarquia entre tais órgãos e as normas por eles expedidas. O CMN se sobrepõe ao Bacen e esse não pode alterar as normas baixadas pelo CMN; compete-lhe cumpri-las, e não inová-las, ampliá-las, restringi-las nem condicioná-las.

Reitera o argumento de que, ao regulamentar a Resolução CMN nº 2.012/93, 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 da Resolução CMN nº 2.012/93 (fls. 2.149).

Acrescenta, ainda, os mesmos fundamentos do Acórdão do CRSFN, anteriormente mencionado, cuja decisão lhe foi favorável:

"113. Com base nas considerações lançadas no item IV.2 do Tópico antecedente, adoto os fundamentos do suscitados há pouco pelo Dr. Rodrigo Pirajá, em seu novel Parecer, substitutivo do anterior, quanto ao errôneo enquadramento conferido pelo BACEN ao caso sob análise que levam à inexorável conclusão de que não houve descumprimento, por qualquer dos Recorrentes, de nenhuma restrição estabelecida em lei não havendo, conseqüentemente, como apená-los pelos fatos descritos pelo BACEN. As operações efetuadas pelo Banco Brascan foram regulares

e a Autarquia Recorrida não logrou êxito na comprovação da materialidade das infrações por ela imputadas aos Recorrentes." (destaques do original)

No que se refere à segunda fundamentação do auto, quanto à necessidade de registro das operações na CETIP, destaca que "*o Recurso não mais argui a suposta ilicitude das operações da Recorrida em razão da ausência de seu registro na Cetip, o que limita o seu âmbito à não conformidade das operações à legislação cambial*" (fls. 2.155).

Quanto à CSLL, destaca a contribuinte que a Fazenda Nacional, "invoca o voto vencido que se funda em normas jurídicas diferentes das arguidas no TVF e que o próprio Recurso reconhece que somente se aplicariam a operações posteriores às realizadas pela Recorrida" (fls. 2.155)

Às fls. 2.159, a Delegacia Especial de Instituições Financeiras no Rio de Janeiro retorna os autos a esta Câmara Superior de Recursos Fiscais para as providências cabíveis.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS

O presente recurso foi interposto tempestivamente, desafia decisão não unânime da Câmara *a quo* e, nos termos do art. 15, inciso I do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais (RICAL), demonstra fundamentadamente que a decisão recorrida apresenta suposta contrariedade à lei.

Dele, portanto, tomo conhecimento.

Preliminarmente, cumpre registrar que a matéria submetida a exame deste Colegiado não inclui a parcela do crédito tributário decorrente da operação realizada com o Banco Surinvest, iniciada em 12.01.99 e concluída em 29.01.99. Referida operação ensejou o lançamento do IRPJ e da CSLL com multa de ofício no percentual de 150% em razão da conduta considerada qualificada pela autoridade fiscal. Desta forma, desde a primeira instância, não foi objeto de litígio a parte do crédito tributário, relativa à operação em que figurava como contra-parte o Banco Surinvest, correspondente ao contrato de câmbio nº 99/00044, conforme TVF (fls. 1.476/1.477).

Portanto, estão sendo discutidas nestes autos, as consequências tributárias relativas a 24 operações realizadas com o Mellon Bank N.A., discriminadas no quadro constante do Termo de Verificação Fiscal (TVF), (fls. 1.448), todas liquidadas entre 15.01.99 e 02.09.99.

Cumpra também registrar que os fundamentos da autuação referente ao IRPJ e da CSLL são parcialmente coincidentes com os que embasaram o lançamento do IRF no processo de nº 10768.003317/2003-31, que será também apreciado nesta oportunidade.

Pois bem, como se verifica no relatório, a contribuinte realizou nos anos de 1998 e 1999 operações de cobertura (*hedge*) que empregaram, como instrumentos, contratos de *swap OTC market (over the counter market)*, firmados no exterior. Tais contratos correspondem a operações realizadas no chamado mercado organizado fora de bolsa, aqui no Brasil referenciado com a expressão “mercado de balcão”. As operações de *hedge*, como o próprio nome sugere, destinam-se a cobrir riscos potenciais sobre ativos financeiros. No caso dos autos, a contribuinte realizou no exterior tais operações para cobrir ou “*hedgear*” posições assumidas em outras operações, também do tipo *swap*, realizadas na Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F), no Brasil.

As operações de *hedge* são justificadas por pressupostos verificáveis objetivamente, quais sejam, a existência de uma obrigação futura ou um ativo financeiro e a possibilidade de uma provável perda (risco). Da análise da documentação acostada aos autos, pode-se afirmar que as operações realizadas pela contribuinte se iniciavam com assunção de posições na BM&F, por meio de dois contratos simultâneos de *swap*: um *swap* de dólar contra Certificado de Depósito Interbancário (CDI) e outro *swap* de CDI contra uma taxa de juros pré-fixada. Os CDI constavam em ambos os contratos, mas em posições inversas e, portanto, sua variação era neutralizada, caracterizando-se tais operações os chamados *swaps* sintéticos de dólar contra taxa de juros pré-fixada. Estas operações cursadas na BM&F, apesar de justapostas, configuravam ainda uma situação de risco pela possível discrepância entre a variação da taxa de juros pré-fixada e a variação do dólar, passível, portanto, de ser objeto de *hedge*.

Em outras palavras, a operação da contribuinte consistia em trocar no mercado a variação dos juros pré-fixados pela variação cambial; pagava os juros incorridos no período de cada operação e, em troca, recebia a variação cambial ocorrida neste mesmo período. Se neste lapso, a variação do dólar fosse maior do que a taxa de juros pré-fixada, a contribuinte receberia a diferença, obtendo lucro. E, caso a variação da cotação do dólar fosse menor que a taxa de juros pré-fixada contratada, ou fosse negativa, a contribuinte arcaria com a diferença, tendo prejuízo.

Estas posições assumidas na BM&F caracterizam risco potencial decorrente da variação do preço da moeda estrangeira. Ela poderia ganhar ou perder. Porém, ao fazer o *swap* inverso no *OTC* como forma de “travar” a operação na BM&F, a contribuinte estaria protegida do risco cambial. É esta a justificativa para as operações de cobertura no exterior, que foram estruturadas em posições inversas àquelas assumidas na BM&F. Ao final do período, a contribuinte, por meio destas operações, pagava à sua contraparte no exterior a variação cambial e recebia o valor correspondente a uma taxa de juros pré-fixada.

Foi justamente a liquidação destas operações no exterior deu origem aos contratos de câmbio (remessas) que ensejaram a presente autuação (fls. 1.448). Os valores remetidos ao exterior, a título de pagamento das perdas incorridas nas operações de *swap OTC*, foram computados na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Ao considerar dedutíveis estas despesas, a contribuinte levou em conta o disposto no art. 6º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, combinado com o art. 63 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, *verbis*:

## Decreto-Lei nº 2.397/87

*"Art. 6º Serão computados na determinação do lucro real da pessoa jurídica os resultados líquidos obtidos em operações de cobertura **realizadas nos mercados de futuros, em bolsas no exterior**, iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1988.*

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

(...)"

## Lei nº 8.383/91

*"Art. 63. O **tratamento tributário** previsto no art. 6º do Decreto-lei nº 2397, de 21 de dezembro de 1997, **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.**" (os grifos não são do original)*

Na vigência do Decreto-Lei nº 2.397/87, as operações de *hedge*, cujos resultados líquidos deveriam ser computados na apuração do lucro real, eram somente aquelas realizadas nos mercados futuros **em bolsas** no exterior. Com a edição da Lei nº 8.383/91, as demais operações de cobertura realizadas em outros mercados futuros, além das bolsas, passaram a receber o mesmo tratamento tributário do Decreto-Lei, desde que **admitidas pelo Conselho Monetário Nacional** e desde que **observadas as normas e condições** por ele estabelecidas.

O Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999), em seu art. 396 reproduz o disposto no art. 17 da Lei nº 9.430/96 e o § 1º do mesmo artigo traz a mesma redação do mencionado art. 63 da Lei nº 8.383/91.

À luz destes dispositivos, o resultado negativo proveniente de operações de cobertura (*hedge*) realizadas no exterior poderia ser computado na determinação do lucro real. No entanto, isto só poderia ser feito se tais operações fossem **admitidas pelo Conselho Monetário Nacional e cumpridas as demais normas e condições estabelecidas**.

À época dos fatos, a regulamentação pertinente referida na aludida Portaria ministerial, for expedida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), por meio da Resolução CMN nº 2.012, de 30.07.1993<sup>2</sup>, que assim disciplinou o assunto, na parte que interessa a esta análise:

<sup>2</sup> A Resolução CMN 2.012/93 foi revogada pela Resolução CMN nº 3.312, de 31.08.2005, que assim dispõe sobre matéria:

"Art. 1º Estabelecer que as transferências financeiras do e para o exterior, decorrentes de operações destinadas à proteção (*hedge*) de direitos ou obrigações de natureza comercial ou financeira, sujeitos a riscos de variação, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridades entre moedas estrangeiras ou de preços de mercadorias, podem ser realizadas por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, em bancos autorizados a operar no mercado de câmbio, observado o disposto na presente Resolução.

Parágrafo único. Observados os riscos de variação previstos no caput deste artigo, pode ser utilizada qualquer modalidade de *hedge* regularmente praticada no mercado internacional.

“O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31.12.64, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 28.07.93, com base nos arts. 4º, incisos V e XXXI, e 57 da referida lei, e tendo em vista as disposições do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.351, de 24.10.74, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.411, de 31.07.75, e do art. 63 da Lei nº 8.383, de 30.12.91,

**R E S O L V E U:**

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.**

(...) *(os grifos não constam do original)*

O Banco Central do Brasil, no exercício da competência delegada pelo CMN, regulamentou a referida Resolução por meio da Circular nº 2.348, de 30.07.1993, dispondo o seguinte, na parte que interessa a esta análise:

“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:

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:

I - importação, exportação ou negociação no mercado interno de mercadorias cujo preço seja estabelecido consoante suas cotações em bolsa no exterior;

II - operações em bolsas de mercadorias e de futuros no País;

III - exposições assumidas, no País, pelos bancos autorizados a operar no mercado de câmbio com seus clientes, desde que vinculadas a direitos ou obrigações passíveis de hedge no exterior nos termos desta Resolução.

Art. 3º Podem também ser efetuadas transferências financeiras referentes a hedge de variações de taxas de juros e de paridade entre moedas estrangeiras:

I - destinadas à constituição de depósitos a título de caução (collateral, escrow accounts);

II - necessárias à efetivação de hedge relativo a recursos externos a serem desembolsados no futuro.

Art. 4º Para as operações previstas nesta Resolução, são admitidas remessas destinadas à abertura de contas correntes em corretores no exterior e a depósitos de margens de garantia, bem como o financiamento dessas margens pelos bancos autorizados a operar no mercado de câmbio, mediante a utilização de linhas de crédito externas.”

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.” (*os grifos não constam do original*).

Da simples leitura dos dispositivos regulamentares tem-se que o CMN **permitiu** “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**”.

Ao seu turno, o Banco Central, por força da delegação conferida pelo art. 4º da Resolução CMN, declarou que **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.

Tecidas estas considerações iniciais e transcritos os dispositivos legais pertinentes, passo à análise das razões da ora recorrente Fazenda Nacional.

#### 1. IRPJ – GLOSA DE DESPESAS: PERDAS EM OPERAÇÕES DE *HEDGE*

A Fazenda Nacional insurge-se contra o acórdão recorrido alegando que a decisão contrariou o disposto nos arts. 63, da Lei nº 8.383/91 e art. 6º do Decreto-Lei nº 2.397/97, na Resolução CMN nº 2.012 e na Circular do Bacen nº 2.348, de 30/07/1993.

Segundo a recorrente, o tratamento tributário previsto no art. 6º do referido decreto-lei, aplica-se às operações de riscos realizadas em outros mercados de futuros, no exterior, além de bolsas, “*desde que admitidas pelo Conselho Monetário Nacional e desde que sejam observadas as normas e condições por ele estabelecidas*”. Destaca que o “*Conselho Monetário Nacional na Resolução 2.012/93, previa no seu art. 1º a possibilidade de se realizar hedge no exterior para a proteção contra 3 tipos de riscos: a) variações de taxas de juros; b) paridade entre moedas; c) preços de mercadorias no mercado internacional*” (fls. 2.129).

Aduz que, o contribuinte não faz *jus* ao tratamento do Decreto-Lei 2.397/87, independentemente do texto contido no art. 1º da Circular do Banco Central nº 2.348/93 e, por esse motivo, **não a utiliza como razão de seu recurso** (fls. 2.130). Justifica que as operações de cobertura realizadas no exterior tinham “por objetivo trocar posição de “variação cambial” por posição de “juros fixos”. E conclui, que o mero cotejo entre o objeto do *hedge* aqui discutido e a Resolução CMN nº 2.012/93 comprova que **o Conselho Monetário Nacional não previu esta hipótese** de garantia, qual seja, a de pagamentos a serem liquidados em moeda nacional.

Entendo, com todas as vênias, que não assiste razão à recorrente tendo por base as razões que seguem.

No caso dos presentes autos, as operações realizadas pela contribuinte devem ser consideradas admitidas segundo o disposto na Resolução CMN nº 2.012/93. Isto por que o CMN ao resolver “*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 (Art. 1º)*”, **não estabeleceu restrição alguma quanto aos riscos cobertos, limitando-se a permitir operações de cobertura (hedge)**. Ou seja, as operações realizadas pela contribuinte no exterior devem ser consideradas admitidas, pois não há que se falar em falta de previsão, uma vez que se o Conselho Monetário Nacional desejasse vedar algum tipo de operação o teria feito de forma expressa.

Assim, as operações realizadas pela contribuinte devem ser consideradas admitidas e, portanto, albergadas pelas disposições do CMN, **ainda que os riscos cobertos sejam decorrentes de posições assumidas na BM&F, no Brasil, portanto, expressas em moeda nacional**.

Não obstante esta linha argumentativa e a despeito das informações trazidas pela recorrente, deve-se analisar as características e natureza das posições assumidas pela contribuinte nas operações cursadas na BM&F e indagar se tais posições deveriam ou justificariam a realização de operações de cobertura no mercado internacional. Analisando-se diversos documentos acostados aos autos, bem como a síntese trazida pelo Termo de Verificação Fiscal no seu item 4.1 – Operações Financeiras Feitas na BM&F (fls. 1.451/1.452), a autoridade fiscal relaciona as operações, classificando-as por tipo. Verifica-se que a contribuinte realizou no País as seguintes modalidades de *swap* e contratos futuros: Swap SDC, Swap SDP, DDIFN9, DOLFG9, DOLFH9 e DOLFQ9.

Conforme as características apresentadas pela própria autoridade fiscal, todas as operações são de derivativos atrelados à variação cambial. Ou seja, ainda que realizadas no País, necessariamente firmadas na moeda local, que possui curso forçado por disposição da Autoridade Monetária, as operações objeto dos *hedges* contratados no exterior, embutem o risco da variação cambial. **Tal risco, o de variação na taxa de câmbio, é justamente o previsto na Resolução CMN que autoriza a realização das operações objeto dos presentes autos.**

Destarte, ainda que se considere que a Resolução CMN não previu, como objeto das operações de cobertura, pagamentos e recebimentos em moeda nacional, como entende a recorrente, não há como não considerar que apesar dos contratos firmados na BM&F serem liquidados em moeda nacional, estariam fora do escopo da Resolução CMN, pois em sua totalidade estão embutidos derivativos atrelados à variação cambial.

Em suma, as operações de cobertura realizadas no exterior para proteção de riscos inerentes a posições assumidas na BM&F, expressas em moeda nacional mas atreladas à variação cambial (preço de moeda estrangeira), **devem ser consideradas dentro do escopo da Resolução nº 2.012/93, infirmando a tese da recorrente.**

Ainda que seja ultrapassada esta tese, qual seja, a de que o Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução CMN nº 2.012/93, não previu que os ativos financeiros representados pelas posições assumidas pela contribuinte na BM&F, poderiam ser objeto de operações de cobertura (*hedge*) realizados no exterior, deve-se analisar esta questão à luz da argumentação trazida pelo i. Procurador da Fazenda Nacional Dr. Rodrigo Pirajá Wienkoski em parecer juntado aos autos do Processo BCB nº 0101088985.

Referido processo foi instaurado no âmbito daquela Autarquia para investigação das mesmas operações. Tal parecer, favorável à contribuinte, fundamentou a decisão final proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, conforme Acórdão nº 7842/06, de 07.11.2006, cujo inteiro teor foi juntado aos presentes autos (fls. 2.000/2.096).

No sessão de julgamento daquele Conselho, a relatora Rita Maria Scarponi adotou, como razão de decidir os argumentos trazidos pelo i. Procurador da Fazenda Nacional com atuação naquele colegiado. A decisão final foi assim ementada (fls. 2.020):

*“EMENTA: RECURSOS VOLUNTÁRIOS – Câmbio – Falsas declarações prestadas em contrato – Incorreta classificação de operações – Celebração de contratos de hedge em moeda nacional sem objeto de proteção de pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira – Irregularidades não caracterizadas – Auferimento de lucros correspondentes com diferencial de taxas de juro implícitas no Brasil e no exterior – Transações sem estabelecimento de condição não equitativa – Enquadramento como prática comum de mercado à época – Ausência de elementos comprobatórios de infringência a normativos legais e regulamentares – Apelos a que se dá provimento.”*

Oportuna também a transcrição do item 113 do voto da conselheira Rita Maria Scarponi, no qual declara a assunção da tese apresentada pela Procuradoria e qualifica como regulares as operações realizadas pela contribuinte, as quais ensejaram o crédito tributário objeto do presente litígio (fls. 2.091):

“113. Com base nas considerações lançadas no item IV.2 do tópico antecedente, adoto os fundamentos suscitados há pouco pelo Dr. Rodrigo Pirajá, em seu novel Parecer, substitutivo do anterior, quanto ao errôneo enquadramento conferido pelo BACEN ao caso sob análise, que levam à inexorável conclusão de que não houve descumprimento, por qualquer dos Recorrentes, de nenhuma restrição estabelecida em lei, não havendo, conseqüentemente, como apená-los pelos fatos descritos pelo BACEN. As operações efetuadas pelo Banco Brascan foram regulares e a Autarquia Recorrida não logrou êxito na comprovação da materialidade das infrações por ela imputadas aos Recorrentes.”

Pois bem, a decisão daquele Conselho afastou a pecha de irregularidade invocada pelo Banco Central em relação as mencionadas operações. No âmbito daquela Autarquia, referidas operações foram consideradas conformes à Resolução do CMN nº 2.012/93. O Parecer do i. Procurador da Fazenda apresenta rigorosa análise jurídica da questão, a partir dos conceitos e prescrições da lógica deôntica a que se vinculam as normas legais.

Por sua clareza e precisão técnica, peço licença para transcrever excertos do referido Parecer, também juntado aos autos (fls. 2.005/2.015):

(...)

Os princípios do Direito Penal, nada obstante, não se aplicam *in totum* ao Direito Administrativo Sancionador. Dependem da convivência harmônica com outros princípios específicos da Administração Pública, tais como o da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos. Nesse aparente conflito entre os princípios do direito penal e princípios do direito administrativo, a solução da

certeza relativa haveria ser extraída da própria interpretação jurídica da norma aplicável ao caso.

Nesse particular, as normas jurídicas, consoante ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. In Teoria da Norma Jurídica, obedecem a uma lógica deontica cujas prescrições são construídas pelos operadores ou funtores “obrigatório”, “proibido” ou “permitido”. Seriam, assim, apenas três modais operados pelos enunciados jurídicos, interdefiníveis entre si. Nesse sentido, admite a lógica jurídica que toda norma obrigatória possa ser referida através de uma proibição e vice-versa. A dificuldade residiria entre os modais obrigatório/proibido, de um lado, e o permitido, de outro (Fábio Ulho Coelho, in Roteiro de Lógica Jurídica). O professor Tércio observa que a problemática dos modais, a impedir raciocínios simplistas, situa-se no funtor “permitido”, a saber se efetivamente existiria a possibilidade de normas permissivas ou se a permissividade não resultaria antes da ausência de proibição ou obrigação.

A hipótese dos autos lida justamente com o modal deontico “permitido”, daí a importância de um raciocínio lógico-jurídico correto diante das dificuldades e da atipicidade dessa espécie modal normativo específica.

(...)

A partir de todo o cabedal acima, passa-se a enquadrar as normas aplicáveis ao caso *subexamine* nas possibilidades antes expendidas.

Os arts. 1º e 4º da Resolução CMN nº 2.012/93 rezam:

*“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.*

*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.”*

Já a Circular BACEN nº 2.348/93, no propósito de “adotar as medidas e baixar as normas necessárias à execução” da Resolução CMN 2.012/93, dispôs:

*“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.”*

Verifica-se da disciplina normativa transcrita que o modal deontico utilizado pela Circular BACEN nº 2.348/93 foi exclusivamente o “permitido” no sentido de qualificar juridicamente como facultativa ou permitida a operação de *hedge* para proteção de pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira. A Resolução CMN nº 2.012/93, por seu turno, não configura uma proibição ou obrigação geral a enquadrar a hipótese na condição de norma permissiva complementar que constitui exceção a uma norma geral de obrigação/proibição. Ao revés, pela leitura da Resolução CMN extrai-se a conclusão que a Circular BACEN nº 2.348/93 enquadra-se no tipologia das normas permissivas independentes, pois através do operador “é

permitido” a ação ou omissão foi qualificada como facultativa ou permitida, sem que haja, sobre o mesmo conteúdo, norma geral de obrigação/proibição em relação à qual constitua exceção.

A mensagem da Circular BACEN nº 2.348/93 limita-se ao seu texto: autorizar, permitir ou facultar operações de *hedge* para proteger pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira. A dúvida persiste no caso dos autos: e se o *hedge* não for utilizado para proteger pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira, mas para proteger ativos de instituição brasileira na Bolsa de Mercadorias e de Futuros – BM&F?

Essa hipótese, por não regulada especificamente na norma de permissão independente, tampouco em norma geral de obrigação ou de proibição, enquadra-se na situação de ausência de norma, cujo silêncio do editor torna a ação ou omissão nem obrigatória, nem proibida, nem permitida ou facultada, mas juridicamente, indeterminada.

Neste caso, admitindo-se, com o professor Tércio, que “não há comportamento fora de uma situação comunicacional” e que “todo silêncio é também forma de comunicar”, teríamos de reconhecer que o silêncio do comunicador normativo abre espaço para incidência de uma “norma geral exclusiva” (Zitelman), em que o comportamento, por não se encontrar especificamente referido por uma norma jurídica (nem de proibição, nem de obrigação, nem de permissão), passa a ser juridicamente qualificado pela norma de âmbito geral do tipo “tudo que não é proibido, é permitido”. Ou seja, **pela ausência de regra específica sobre o *hedge* praticado (permitindo, proibindo ou obrigando), há de se entender a conduta como indiferente ou permitida, jamais como proibida.** O vazio normativo não importa sanção dada a atipicidade da conduta praticada.

(...)” (os grifos não constam do original)

De fato, tanto a Resolução CMN quanto à Circular BACEN devem ser qualificadas pelo modal deontico das normas jurídicas “permitido”. A Resolução CMN dispõe que o Conselho Monetário “resolveu” ***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.*** Ora, o verbo “permitir” possui significado equivalente a “dar a liberdade de”, “autorizar”, “não se opor”, ou seja, não apresenta conteúdo proibitivo, mas ao contrário, “admite” e “consente” que sejam realizadas ***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,*** sem qualquer restrição ou limites.

No caso dos autos, que decorrem das repercussões tributárias das mesmas operações analisadas no âmbito do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, não há como sustentar entendimento diferente.

Na seqüência de sua argumentação, a Fazenda Nacional aduz que o mencionado art. 6º do Decreto-Lei nº 2.397/87 “*trata-se efetivamente de uma norma tributária em branco que para sua plena efetividade necessita de integração, qual seja, a existência de norma inferior emanada de outro órgão do Poder Executivo, prevendo sua existência, validade e eficácia na ordem financeira para que possa assim atrair a norma tributária que vai implicar na alteração da base de cálculo do tributo e, conseqüentemente, em sua diminuição.*”

E prossegue afirmando que “*estamos, sem sombra de dúvida, diante de um benefício fiscal que deve ser interpretado restritivamente*” (fls. 2.132).

Com todas as vênias, ousou novamente discordar da i. Procuradora.

A legislação tributária considera os resultados líquidos das chamadas operações de cobertura (*hedge*) computáveis na apuração da sua base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Muito antes da Lei nº 9.249/95, que introduziu a tributação das pessoas jurídicas com base no critério da universalidade da renda, já possuíamos disposições sobre o tratamento tributário em relação a estes ganhos e perdas verificados no exterior.

Exemplo disso, é o disposto no referido art. 6º do Decreto-Lei nº 2.397/87 até hoje em vigência. Anterior a ele, encontramos o Decreto-Lei nº 1.418/75 que já dispunha sobre o tratamento tributário a ser dado aos “proventos líquidos auferidos por empresas exportadoras nacionais, em bolsas de mercadorias no exterior, obedecidas as condições estabelecidas pelo Ministro da Fazenda” e que se referem à origem destas operações de proteção, hoje usuais no mercado financeiro.

Nestas disposições legais, o legislador define critérios para o seu cômputo na apuração da base de cálculo do Imposto de Renda. Ora, quando, por meio da norma positivada, se estabelece que “os resultados líquidos obtidos em operações de cobertura realizadas nos mercados futuros” serão computados na determinação do lucro real, por considerar tais resultados necessários, normais e intrínsecos à atividade das pessoas jurídicas, **não se está instituindo qualquer benefício fiscal.**

Na verdade, quando se diz que determinada verba integra a apuração da base de cálculo do imposto, está se aplicando a regra básica necessária para se chegar à renda tributável, qual seja, confrontar receitas com despesas. Por outras palavras, permitir que determinadas despesas incorporem a base de cálculo do imposto significa dizer que tais dispêndios são dedutíveis e isso não se configura benefício fiscal, pois é da essência do método para se chegar à base de cálculo. Um benefício fiscal, usualmente, traz de forma subjacente uma renúncia fiscal, caracterizada pela desistência voluntária do ente fiscal de se exigir tributo em situações e hipóteses que normalmente haveria a sua cobrança, caso não existisse o tal benefício. Entendo que não é o que ocorre com as despesas incluídas na apuração da base de cálculo do imposto de renda.

Destarte, no caso dos autos, não há que se falar em benefício fiscal. Embora a recorrente sustente que “*a existência, validade e eficácia estaria dependendo de norma inferior emanada de outro órgão, no caso o Poder Executivo, para que possa assim atrair a norma tributária que vai implicar na alteração da base de cálculo do tributo*” (fls. 2.132), entendo de modo contrário, pois, **para fins do IRPJ, há respaldo jurídico para considerar dedutíveis as perdas verificadas nas operações swap OTC**, conforme concluiu o acórdão recorrido.

Por fim, argumenta a Fazenda Nacional que a licitude das operações, considerada pelo órgão julgador do Sistema Financeiro Nacional, não produz a consequência tributária pretendida pela contribuinte, pois as **esferas financeira e tributária são distintas.**

De fato, não há qualquer reparo a esta consideração da Fazenda Nacional. **As conclusões** a que chegaram os membros Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, ao julgar estes mesmos fatos, **não podem ser e, não verdade não são, os fundamentos deste voto.**

À luz dos dispositivos relacionados e das razões e contrarrazões do recurso oferecidas, buscou-se analisar detidamente todos os elementos trazidos a apreciação do Colegiado. É forçoso concluir, com base na extensa argumentação tecida neste voto, que esta distinção foi rigorosamente observada, de forma a garantir que as conclusões do processo tramitado no âmbito do Banco Central, contribuíssem apenas formar a convicção deste Colegiado, nunca consideradas, pois, como razões de decidir.

Diante do exposto em relação ao IRPJ e tendo em conta os termos da decisão recorrida, entendo que o acórdão guerreado não contrariou o disposto nos arts. 63, da Lei nº 8.383/91 e art. 6º do Decreto-Lei nº 2.397/97, na Resolução CMN nº 2.012 e na Circular do Bacen nº 2.348, de 30/07/1993.

Ou seja, as operações de cobertura (*hedge*), realizadas para proteção de posições assumidas na BM&F expressas em moeda nacional, mas atreladas a derivativos de variação cambial não podem ser consideradas não admitidas por falta de normativo expresso de conteúdo proibitivo. São computados na apuração do lucro real, os resultados negativos verificados nas operações de *hedge*, de que trata a Resolução CMN nº 2.012/1993, inclusive quando realizadas mediante operações de *swap* liquidadas em moeda nacional, não constituindo restrição o disposto no art. 1º da Circular Bacen nº 2.348/1993.

## 2. CSLL – GLOSA DE DESPESAS: PERDAS EM OPERAÇÕES DE HEDGE

A Fazenda Nacional impetrou o recurso especial alegando que, quanto à CSLL, a decisão da antiga Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes contrariou o disposto nos arts. 17 e 28 de Lei nº 9.430/96, pois:

a) segundo o art. 17, é **condição** para que sejam computados na determinação do lucro real (critério estendido à CSLL por força do art. 28) os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos em *hedge*, **a sua realização em bolsas no exterior**;

b) como no caso dos autos, as operações *swap* no exterior foram realizadas no mercado de balcão, **não restou exigida a condição para dedutibilidade** das referidas perdas.

Em sua fundamentação, a Fazenda Nacional invoca os argumentos trazidos pelo voto vencido, da lavra da i. Conselheira Nadja Rodrigues Romero. Destaca que o voto vencedor admitiu como correto o procedimento da contribuinte “*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, ao entendimento de que a legislação aplicável à CSLL (...) permitia a apropriação na conta ‘resultado líquido do exercício’ dos ‘rendimentos e ganhos de capital’ obtidos no exterior*” e transcreve o seguinte trecho da decisão recorrida (fls. 1945/6):

“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".

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 9.430/96, que cobrem todo o elenco de operações praticadas pelo recorrente."

Entretanto, argumenta a recorrente, que há uma **ressalva** a este entendimento, qual seja, o alcance do art. 28 c/c art. 17, da Lei nº 9.430/96, *verbis*:

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

"Art. 28. **Aplicam-se** à apuração da base de cálculo e ao pagamento da **contribuição social sobre o lucro líquido** as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14, **17 a 24, 26, 55 e 71**, desta Lei."

A recorrente assevera que "o art. 17 exige **condição** para que sejam computados na determinação do lucro real os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos em hedge, qual seja, **a sua realização em bolsa no exterior**" (fls. 2.135). Segundo a Fazenda Nacional, o acórdão recorrido teria violado do referido art. 17, ao admitir o cômputo dos resultados negativos na apuração da CSLL **sem a observância desta condição**.

Passo então a análise destes argumentos trazidos inicialmente pelo voto vencido e agora invocados pela recorrente Fazenda Nacional.

Após cuidadosa análise dos fundamentos da autuação, verifica-se que a autoridade fiscal, efetivamente, **não se valeu desta argumentação para caracterizar a infração tributária relativa à CSLL**. Com vistas a permitir o exame completo da linha argumentativa adotada pela autuação, peço permissão para transcrever a íntegra do item 5.1.2 do TVF (fls. 1.458/9), no qual a auditoria fundamenta a exigência da Contribuição Social:

#### "5.1.2 – Legislação da CSLL

As normas de tributação em bases universais, que tratam dos efeitos da tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, foram estendidas à determinação da base de cálculo da CSLL pela MP nº 2.158 (anteriormente MP 1.858, art. 19 e MP 1.991, art. 21), que dispõe:

**Art. 21 Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior sujeitam-se à incidência da CSLL, observadas as normas de tributação universal de que tratam os arts. 25 a 27 da Lei nº 9.249, de 1995, os arts. 15 a 17 da Lei nº 9.430, de 1996 e o art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997.**

*Parágrafo único. O saldo do imposto de renda pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda devido no Brasil, poderá ser compensado com a CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros oriundos do exterior, até o limite acrescido em decorrência dessa adição.*

Como visto anteriormente, o art. 25 da Lei 9.249/95 determina que os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior são computados na determinação do lucro real, enquanto que os prejuízos decorrentes dessas operações não podem ser compensados com os lucros auferidos no Brasil.

Dessa forma, **com a vigência da MP 2.158, a mesma regra se aplica na determinação da base de cálculo da CSLL**, sendo que o Ato Declaratório SRF nº 75, de 17 de agosto de 1999, determina que a regra se aplica aos lucros, rendimentos e ganhos de capital, auferidos no exterior, disponibilizados a partir de 01/10/1999.

**Também para a CSLL, a partir da MP nº 2.158, passa a valer o disposto no art. 17 da Lei nº 9.430/96, que trata das operações de cobertura (hedge) realizadas no exterior.** Os resultados líquidos, positivos e 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.

**Anteriormente à MP 2.158**, os resultados obtidos no exterior – lucros, rendimentos, ganhos de capital e prejuízos decorrentes de 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.

Pelo exposto, **conclui-se** que os prejuízos decorrentes das operações de *swap* realizadas, pelo Banco Brascan, no mercado de balcão no exterior (*SWAP OTC*), durante o ano-calendário 1999, não podiam ser computados na base de cálculo da CSLL, já que:

1. **Antes** da aplicabilidade das normas da MP 2.158, 01/10/1999, **não era possível computar esses prejuízos** na determinação da base de cálculo da CSLL; e
2. **Depois** daquela data, os prejuízos só poderiam ter sido computados se as operações tivessem sido efetuadas com objetivo de *hedge* e **somente para as realizadas em bolsas no exterior**, o que na realidade não ocorreu, uma vez que as operações foram feitas no mercado de balcão.”

Conforme se verifica nas partes destacadas, no entendimento da autoridade fiscal, no período em que a legislação adotava o princípio da territorialidade, os ganhos e as perdas auferidos no exterior **não eram computados nos resultados das pessoas jurídicas** para fins de tributação. Esse princípio teria sido aplicável à CSLL até setembro de 1999.

Somente a partir da MP nº 2.158 (anteriores MP nº 1.858-6/99 e MP nº 1.991-12/99), ou seja, após 01/10/1999, por força do disposto no seu art. 21, é que os ganhos obtidos no exterior passaram a ser tributados. Segundo a autuação, **a partir da MP nº 2.158/99** passa a valer, **para a CSLL**, o disposto no art. 17 da Lei nº 9.430/96, que trata das operações de cobertura (*hedge*) realizadas no exterior. Ou seja, **somente a partir de 01/10/1999** que os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos nas operações de *hedge* no exterior **passaram a ser computados na determinação da base de cálculo da CSLL**.

No caso dos autos, segundo se observa no item 2 do TVF (fls. 1.448), as remessas para o exterior relativas às perdas verificadas nas operações de *hedge* ocorreram no período compreendido entre **12 de janeiro** (primeiro contrato) e **3 de setembro de 1999** (último contrato). Portanto, no presente caso, a impossibilidade de se deduzirem as perdas **se fundamentaria exclusivamente no fato apontado no tópico 1 do último parágrafo do item 5.3.2 acima transcrito**, qual seja, *“antes da aplicabilidade das normas da MP 2.158, 01/10/1999, não era possível computar esses prejuízos na determinação da base de cálculo da CSLL.”*

Como se verifica, este foi o único fundamento da autuação da CSLL exigida em decorrência da apropriação como despesas dedutíveis as perdas verificadas com as operações de *hedge* no exterior. Com efeito, a autoridade fiscal **não se valeu da argumentação ora trazida pela recorrente para caracterizar a infração tributária relativa à CSLL**. Ou seja, o fato das operações **não terem sido realizadas em bolsa**, condição exigida pelo referido art. 17 da Lei nº 9.430/96, mas no mercado de balcão (OTC), **não foi considerado pela autoridade fiscal**.

No entendimento da autuação, somente **a partir de 01/10/1999**, os prejuízos poderiam ter sido computados na base de cálculo da CSLL e desde que as operações tivessem sido efetuadas **com objetivo de *hedge* e realizadas em bolsas no exterior** (fls. 1.458/9). Mas, frise-se, **somente a partir de 01/10/1999, o que não alcançaria as operações de que tratam os autos**.

Não há dúvidas, entretanto, de que está **correta** a conclusão da autoridade fiscal, quanto à **condição** de dedutibilidade das perdas em operações de cobertura no exterior, estabelecida pelo art. 17 da Lei nº 9.430/96 e que é aplicável à apuração da CSLL por força do art. 28 da mesma lei. Da mesma forma, entendo estar perfeito o entendimento do voto vencido, ora invocado pela recorrente Fazenda Nacional.

No entanto, resta equivocada a interpretação da autoridade fiscal **ao considerar que tal dispositivo se aplicava à CSLL somente a partir de 01/10/1999**, fora, portanto, do período em que ocorreram os fatos geradores de que tratam os autos. Da leitura da fundamentação constante do auto de infração, conforme transcrição integral acima, verifica-se que a autuação afastou este fundamento e embasou o lançamento unicamente no fato de que *“antes da aplicabilidade das normas da MP 2.158, 01/10/1999, não era possível computar esses prejuízos na determinação da base de cálculo da CSLL.”*

De fato, ela não entendia que, para fins de apuração da CSLL, **já era aplicável o disposto no referido art. 17 da Lei nº 9.430/96 c/c art. 28 da mesma lei**, independentemente do disposto no art. 21 da MP 2.158/99. Dispositivo este que restringe a dedutibilidade de tais perdas somente às operações **realizadas em bolsas no exterior**. Este equívoco na interpretação fez com que a fundamentação do lançamento recaísse exclusivamente sobre a MP nº 2.158.

Ora, ao se estabelecer que a exigência da CSLL se fundava unicamente neste ponto, fez com que a defesa centralizasse sua argumentação em torno deste fundamento. Este fato pode ser comprovado, verificando-se a argumentação da defesa. Esta tentou demonstrar, desde a primeira instância, que o resultado de tais operações deveriam ser computados na apuração do IRPJ e da CSLL por considerar que as mesmas não haviam sido realizadas no exterior e sim, no País. Veja-se fls. 1.591/2:

“5.3.5. O art. 25 da Lei 9.249/95 (no que se inclui seu 50) contempla lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior e, por contraposição, perdas incorridas no exterior, vale dizer, resultados provenientes do exterior os quais até então eram ignorados no Brasil, para efeito de tributação.

5.3.6. Ocorre, contudo, que, no caso, os resultados das operações realizadas pelo IMPUGNANTE no OTC, quer sejam positivos ou negativos, jamais se classificariam como resultados 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).”  
(destaque do original)

De fato, toda a argumentação da defesa foi direcionada no sentido de demonstrar que os resultados de tais operações não podem ser considerados auferidos no exterior e, portanto, não estariam sujeitos ao tratamento fiscal imputado pela autoridade fiscal.

Sem adentrar o mérito dessa argumentação, até mesmo porque o voto condutor do acórdão recorrido seguiu outra linha de entendimento, deve-se registrar que nas peças acostadas aos autos, em nenhum momento a contribuinte contestou o referido art. 17 da Lei nº 9.430/96, como fundamento do lançamento da CSLL. Assim procedeu, pelo simples fato de que o auto de infração não se fundamentou neste dispositivo. Conforme o TVF, as referidas perdas seriam indedutíveis em razão do apontado no item 1 da conclusão da autoridade fiscal e não em razão do art. 17 da Lei nº 9.430/96, que efetivamente não embasou a autuação.

Desta forma, ainda que se considere correta a argumentação da recorrente, pois funda-se na acertada interpretação do disposto no art. 17 da Lei nº 9.340/96, não há como, nesta instância, restabelecer a exigência da CSLL, o que deveria ser feito modificando-se, necessariamente, o fundamento legal do lançamento. Assim procedendo este Colegiado, estaria inovando a lide de forma não autorizada.

Diante do exposto, concluo que no caso da decisão recorrida, não houve violação ao art. 17 da Lei nº 9.430/96, uma vez que este, por não constituir fundamento da autuação, não fora trazido à lide desde o seu início. O restabelecimento da exigência com base neste dispositivo representaria vedada inovação na lide sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.

Manifesto-me, portanto, por negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, mantendo-se integralmente os termos do acórdão recorrido.

É como voto.

Sala das sessões, 8 de novembro de 2010.

*(documento assinado digitalmente)*

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Relator

Processo nº 10768.002986/2003-95  
Acórdão n.º **9101-00.707**

**CSRF-T1**  
Fl. 30

---