



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10768.002986/2003-95
ACÓRDÃO	1301-007.710 – 1ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	12 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	BRKB DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS SA
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999

RESULTADOS LÍQUIDOS DE OPERAÇÕES DE COBERTURA (*HEDGE*) REALIZADAS NO EXTERIOR. DEDUTIBILIDADE.

As operações de cobertura (*hedge*), realizadas para proteção de posições 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. Podem ser computados na apuração do lucro real os resultados negativos das operações de *hedge* de que trata a Resolução CMN nº 2.012, de 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, de 1993.

OPERAÇÕES DE SWAP NO EXTERIOR. REGISTRO NA CETIP. IMPOSSIBILIDADE.

Em relação às operações de *swap* realizadas mediante contratos firmados no exterior, é inaplicável a norma prevista no art. 3º da Resolução CMN nº 2.138, de 1994, que se converte em condição inexecutável, pela inexistência, à época dos fatos, de sistema habilitado para registro.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 1999

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 em operações de cobertura (*hedge*) realizadas em mercados de liquidação futura,

diretamente pela empresa brasileira, em bolsas no exterior. Não se considera dispositivo violado quando este não constituir fundamento da autuação e não foi trazido à lide. O fundamento legal do lançamento não pode ser alterado na fase recursal, sob pena de ofensa ao contraditório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Luis Angelo Carneiro Baptista (substituto integral), Eduardo Monteiro Cardoso, Eduarda Lacerda Kanieski, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

RELATÓRIO

Trata o presente de análise de Recurso Voluntário interposto face a Acórdão de 1ª instância, que julgou o “Lançamento Procedente”.

2. Foram lavrados Autos de Infração (AIs) de IRPJ (e-fls. 2782/2785 e de CSL (e-fls. 2786/2789) relativos ao ano-calendário de 1999, compostos de duas parcelas: as primeiras, de R\$ 23.131.694,12 e de R\$ 8.644.339,17, acrescidas de multa de 75 %, e as segundas, de R\$ 8.197.765,72 e de R\$ 3.063.513,93, acrescidas de multa de 150%, face à glosa de despesas com perdas em operações de crédito (*hedge*), consideradas indedutíveis. O Contribuinte foi cientificado em 02/04/2003 (e-fls. 2781). Do “Termo de Verificação Fiscal” (TVF), de e-fls. 2749/2781, extraem-se os seguintes trechos, que bem resumem a autuação:

2.1. “1 -DO CONTRIBUINTE

O Banco Brascan S/A [atual BRKB Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S. A.], com sede no Rio de Janeiro, tem como objeto social a prática de operações ativas, passivas e acessórias inerentes às respectivas carteiras autorizadas (comercial e de investimento), inclusive câmbio, de acordo com as disposições legais e regulamentares em vigor (art. 3º do Estatuto Social)

“2-DOS FATOS

O Banco Brascan S/A efetuou, no ano-calendário 1999, operações financeiras que resultaram na remessa ao exterior de US\$ 65.637.859,51.

Tais operações consistiam em swaps dólar x pré (a parte A concorda em pagar à parte B fluxos de caixa indexados pelo dólar americano, enquanto a parte B concorda em pagar à parte A fluxos de caixa indexados a juros pré-fixados), realizados no mercado de balcão no exterior, em que **o Banco Brascan tomava a ponta ativa pré e a ponta dólar ficava com uma instituição estrangeira**.

No quadro abaixo, que relaciona as vinte e cinco operações, verifica-se que em vinte e quatro delas a instituição estrangeira era o Mellon Bank N.A., controlador do banco brasileiro. O outro participante é o Banco Surinvest, com sede no Uruguai, que realizou a operação iniciada em 12/01/99 (véspera da mudança do regime cambial) e liquidada em 29/01/1999 (duração de 15 dias), resultando na remessa de US\$ 17.314.864,14 para o exterior (26% do total de US\$ 65.637.859,51).

Data da Transação	Data da Liquidação	Contra-parte	Resultado da Operação (US\$) *	Numero do contrato de Câmbio
13/07/1998	15/01/1999	Mellon Bank NA	678.882,74	99/0023
12/01/1999	29/01/1999	Banco Surinvest S. A.	17.314.864,14	99/0044
02/06/1998	29/01/1999	Mellon Bank NA	3.259.557,34	99/0051
14/01/1999	02/02/1999	Mellon Bank NA	3.091.972,57	99/0073
04/08/1998	08/02/1999	Mellon Bank NA	1.600.055,13	99/0089
31/08/1998	02/03/1999	Mellon Bank NA	1.845.941,50	99/0137
12/01/1999	02/03/1999	Mellon Bank NA	3.934.037,20	99/0138
01/09/1998	03/03/1999	Mellon Bank NA	7.090.810,49	99/0139
03/09/1998	08/03/1999	Mellon Bank NA	3.756.540,77	99/0166
21/12/1998	23/03/1999	Mellon Bank NA	1.562.111,63	99/0251
22/05/1998	26/05/1999	Mellon Bank NA	4.539.299,38	99/0591
29/04/1999	02/06/1999	Mellon Bank NA	38.631,09	99/0676
05/05/1999	02/06/1999	Mellon Bank NA	9.280,74	99/0677
15/12/1998	17/06/1999	Mellon Bank NA	1.262.296,00	99/0831
11/05/1999	02/07/1999	Mellon Bank NA	230.573,61	99/0989
10/05/1999	02/07/1999	Mellon Bank NA	118.677,59	99/0990
13/07/1998	15/07/1999	Mellon Bank NA	3.027.511,96	99/1094
14/07/1998	16/07/1999	Mellon Bank NA	2.930.255,67	99/1105
16/07/1998	20/07/1999	Mellon Bank NA	3.131.109,52	99/1145
23/07/1998	27/07/1999	Mellon Bank NA	1.519.038,96	99/1196
11/05/1999	03/08/1999	Mellon Bank NA	207.355,24	99/1243
30/07/1998	03/08/1999	Mellon Bank NA	1.341.940,53	99/1244
21/08/1998	25/08/1999	Mellon Bank NA	2.502.405,65	99/1528
07/06/1999	02/09/1999	Mellon Bank NA	393.131,17	99/1647
08/06/1999	02/09/1999	Mellon Bank NA	251.578,89	99/1648

As operações financeiras em tela foram objeto de fiscalização pelo Banco Central do Brasil que enviou à Secretaria da Receita Federal o documento de fls. 50 a 53 [e-fls. 844/847], que enumera as irregularidades constatadas por aquela Autarquia e pede que sejam verificados os reflexos fiscais. Segundo o Banco Central do Brasil, as operações que resultaram na remessa de divisas para o exterior não teriam respeitado que regulamentam o hedge no exterior (Resolução do Conselho Monetário (nº 2.012 e a Circular do Banco Central do Brasil nº 2.348, ambas de 30/07/93-fls 1433 a 1443 [e-fls. 2755/2765].

Além de não terem sido respeitadas as normas tributárias que tratam de hedge, as operações de swap realizadas entre o Banco Brascan e as instituições estrangeiras

também desrespeitaram as normas que obrigam que tais operações sejam registradas na Central de Custódia e de Liquidação de Títulos - CETIP ou em outro sistema de registro, de custódia e de liquidação, devidamente autorizado pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários que atendam as necessidades de fiscalização e controle por parte do Banco Central do Brasil (Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.138 de 29/12/1994). Não tendo as operações sido registradas, as perdas delas resultantes não podem ser deduzidas na apuração do lucro real, justificando, com mais um motivo, que essas perdas tenham sido glosadas” (grifou-se; negritou-se).

2.2. O Autuante trata dos conceitos de swap e de hedge:

*“Caracteriza-se a operação de **swap** como o negócio jurídico por intermédio do qual as partes assumem a obrigação recíproca de realizar, em certa data no futuro, a troca de ativos financeiros de natureza diversa, de que são titulares na data de celebração do contrato, com a finalidade precípua de proteção em face de suas obrigações vincendas. Isto não quer dizer que não existam operações de swap estritamente especulativas.*

***Hedge** pode ser encarado como a participação em mercado futuro para evitar ou reduzir a exposição ao risco no mercado à vista. Isto implica celebrar contrato futuro como substituto temporário de uma operação à vista similar.*

Venda de hedge é assumir posição vendida no futuro por alguém que está comprado no mercado à vista. Serve para proteger estoques, ou posições financeiras que não estejam cobertas por vendas a termo, ou para garantir o valor de compras a termo ou de produção futura.

Compra de hedge é a compra futura de alguém que está vendido no mercado à vista. Serve para proteger posições de vendas a termo a preço fixo. É operação que serve para, temporariamente, substituir a compra à vista.

A vantagem do hedge é a redução do risco envolvido nas operações de compra e venda ou de posições financeiras, permitindo flexibilidade no planejamento e facilitando financiamentos”.

2.3. Quanto às operações financeiras envolvidas e a forma de contabilização delas, o Autuante as aborda no item “4” do TVF, de que se destaca:

“4.2 - Operações Realizadas no Mercado Internacional (SWAP OTC)

O Banco Brascan realizou com as instituições estrangeiras Mellon Bank e Banco Surinvest operações financeiras do tipo swap dólar x pré, no mercado de balcão.

Vale destacar que esses swaps não foram registrados no 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, conforme determina a legislação (Resolução CMN nº 2.138 de 29/12/1994).

Os contratos realizados entre o Banco Brascan e as instituições estrangeiras, juntamente com as suas traduções, encontram-se às fls. 125 a 531 [e-fls. 923/1370].

4.3 - Operações vistas em conjunto

(...)

*No entanto, ao se aplicar a legislação tributária às operações financeiras realizadas no mercado internacional (SWAP OTC), **verificar-se-á que, tendo elas sido feitas a título de hedge ou de arbitragem, são devidos tanto o imposto de renda incidente na fonte pela remessa de rendimentos a residente ou domiciliado no exterior, quanto o IRPJ e a CSL em função da indedutibilidade dos prejuízos no cálculo do lucro real e da base de cálculo da CSLL***

(...)” (grifou-se; sublinhou-se).

2.4. No que se refere ao direito aplicável ao *hedge*, o Autuante tratou do mesmo no item “5”:

“Conforme já percebido na descrição dos fatos (item 2), a matéria tratada no presente auto de infração envolve efeitos tributários de operações financeiras realizadas no exterior, o que implica no conceito de tributação em bases universais (art. 25 da Lei nº 9.249).

(...)

No entanto, as operações de hedge no exterior sempre mereceram um tratamento diferenciado pelo legislador. O art. 6º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21/12/87, já previa que os resultados líquidos obtidos em operações de cobertura (hedge) realizadas nos mercados de futuros, em bolseis no exterior, deveriam ser computados na determinação do lucro real.

(...)

Vale frisar que, quando operações financeiras são feitas no exterior com objetivo diferente de hedge - arbitragem, por exemplo, conforme comentado no item 4.3 -, o tratamento tributário dispensado a essas operações é o da regra geral da tributação em bases universais: os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior são computados na determinação do lucro real e os prejuízos e perdas ficam impossibilitados de ser compensados com os lucros auferidos no Brasil.

(...)

5.1.1 - Legislação do IRPJ

(...)

O caput do art. 396 do RIR/99 reproduz o art. 17 da Lei nº 9.430/96 e o § 1º do mesmo artigo mantém em vigor o art. 63 da Lei nº 8.383/91. Dessa forma, entende-se que os resultados negativos provenientes de operações de hedge realizadas no exterior serão computados para efeito de apuração do lucro real, somente quando as operações de hedge forem realizadas em bolsas no exterior ou, quando realizadas em outros mercados de futuros, sejam admitidas pelo Conselho Monetário Nacional e observem as normas e condições por ele estabelecidas.

(...)

A norma estabelecida pelo Banco Central do Brasil, referida no art. 4º da Resolução CMN nº 2.012/93, é a Circular nº 2.348/93, que decide:

Resolução CMN nº 2.012/1993:

‘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.

Circular BACEN nº 2.348/93

Art. 1º Podem ser objeto de proteção (hedge) contra risco de variação 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 ou financeira.

Fica claro, portanto, que, quando as operações de hedge são feitas no exterior em outros mercados de futuros, além de bolsas, o objeto do hedge só pode ser pagamento ou recebimento em moeda estrangeira.

O hedge feito no exterior, pelo Banco Brascan, segundo ele mesmo informa (fls. 108, e-fls. 906/907) foi feito em mercado de balcão e tinha como objeto seus ativos na BM&F que envolvem pagamentos ou recebimentos em moeda nacional. Tendo descumprido as normas do Conselho Monetário Nacional, os prejuízos resultantes das operações de hedge do exterior não podem ser deduzidos da apuração do lucro real.

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: [...]

(...)

*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 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.*

(...)

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 [janeiro a setembro], não podem 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 e as operações foram feitas no mercado de balcão” (grifou-se; negritou-se).*

2.5. No item “5.2”, referindo-se ao swap, o Autuante assevera:

“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.

A Lei nº 8.981/95, no seu art. 74, § 3º, afirma que: ‘Somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas nos termos da legislação vigente’.

Conforme o § 4º do art. 25 da Instrução Normativa SRF nº 64, de 06/07/98, as operações de swap devem ser registradas e contratadas de acordo com as normas emitidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.

A Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.138, de 29/12/1994, no seu art. 5º estabeleceu a obrigatoriedade do registro das operações de swap em 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.

Como o **Banco Brascan não registrou as operações de swap realizadas no exterior (SWAP OTC), não é possível o reconhecimento das perdas delas resultantes na determinação do lucro real**" (grifou-se; negritou-se).

2.6. No item "6" o Autuante discorre sobre a auditoria realizada:

"A presente Ação Fiscal foi motivada por comunicação feita pelo Banco Central do Brasil à Superintendência Regional da Receita Federal, da 7ª Região Fiscal, através do documento DESUP/GABIN-2001/036, de 20/04/2001 (fls. 49 a 53, e-fls. 844/847), assim como, pela informação do Ministério Público Federal feita através do Ofício nº 109/PR/RJ/GAB/AG, de 10 de julho de 2001 (fls. 55 a 70, e-fls. 849/864).

O procedimento fiscal iniciou-se com a diligência (MPF-D no 2001 00153 0) para 'verificação de documentos relativos a operações com terceiros', mais especificamente, operações financeiras do tipo swap, realizadas no mercado de balcão no exterior, entre o Banco Brascan e instituições financeiras domiciliadas no exterior, uma delas o Mellon Bank N. A., um dos seus principais acionistas. A diligência resultou na recomendação de abertura de ação fiscal, o que se deu em 08/03/2002, com a ciência, pelo representante do Banco Brascan, do Mandado de Procedimento Fiscal nº 2002.00036-8. Os **principais pontos a serem esclarecidos nesta auditoria** são:

1. Se as operações financeiras em questão (swaps OTC) foram realizadas com o objetivo de hedge, como alega o Banco Brascan;
2. Qual o objeto do alegado hedge;
3. Por que os swaps OTC - instrumentos financeiros utilizados para realizar o hedge - não foram registrados conforme determinam a legislação tributária e as normas do Conselho Monetário Nacional" (grifou-se; negritou-se).

2.7. No item "6.3", o Autuante refere-se à contabilização das operações de swap:

"O Banco Brascan registra as operações de swap OTC apenas no último dia útil de cada mês, pelo total dos montantes envolvidos nas operações, nas contas COSIF números 1.8.4.53.00-3 (Operações de Swap - Diferenças a Receber), 4.9.5.53.00-6 (Operações de Swap - Diferenças a Pagar), 3.0.6.10.60-4 (Swaps sem Garantia) e 9.0.6.10.00-8 (Ações, Ativos Financeiros e Mercadorias - Contratados), conforme ele mesmo afirma no documento de fls. 107 a 116 (item 5, do documento).

Ocorre que, agindo desta forma, as operações que se iniciam e terminam dentro do mesmo mês - como a realizada com o Banco Surinvest - acabam não sendo registradas nas contas de compensação números 3.0.6.10.60-4 e 9.0.6.10.00-8. Ficam registrados apenas os resultados das operações nas contas 1.8.4.53.00-3 e

4.9.5.53.006. Com isto, perde-se a informação da data de início e término dessas operações, permitindo, em tese, que estas datas sejam fixadas a posteriori nos instrumentos contratuais, ainda mais que tais instrumentos não foram registrados na CETIP/BM&F, conforme será visto mais adiante.

O Banco Brascan deixa de cumprir, assim, o disposto no item COSIF 1.1.2.3 que determina: ‘A escrituração deve ser completa, mantendo-se em registros permanentes todos os atos e fatos administrativos que modifiquem ou venham a modificar, imediatamente ou não, sua composição patrimonial (Circ 1.273)’ (grifou-se).

2.8. No que concerne ao objetivo das operações de SWAP OTC, o autuante assim informa no item “6.4”:

"No Termo de Intimação de 28/08/2002 (fls. 103 a 104, e-fls. 901/902), foi perguntado ao Banco Brascan com que objetivo foram realizadas as operações de swap OTC.

Ele responde, às fls. 108 (e-fls. 906), que os contratos em questão foram feitos com objetivo exclusivo de hedge e que o objeto do hedge (operação subjacente) eram operações realizadas na BM&F, tais como: operações de compra de opção de compra de dólar futuro; operações de swap e Contratos Futuros de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar.

Para demonstrar sua afirmativa, apresentou as planilhas de fls. 612 a 617 [e-fls. 1532/1542], indicando as operações realizadas na BM&F que foram objeto de hedge de cada uma das operações de swap OTC.

À luz da definição de hedge dada pela legislação tributária (item 3.2, deste termo), considerando que as operações realizadas na BM&F 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 BM&F poderiam ser objeto de hedge.

No entanto, como ficou demonstrado no item 5.1 deste Termo, para que as operações de hedge feitas no exterior gozem de certos benefícios fiscais, a legislação tributária impõe determinadas condições:

(...)

Entretanto, as operações de swap OTC foram realizadas no mercado de balcão no exterior e não observaram as normas e condições estabelecidas pela Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.012/93 e pela Circular do Banco Central do Brasil nº 2.348/93, que limitam o objeto do hedge a pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras, uma vez que as operações realizadas na BM&F (objeto do hedge) são liquidadas em moeda nacional. Dessa forma, os prejuízos ou perdas

delas resultantes não podem ser computados no lucro real, nem na base de cálculo da CSLL, e as remessas de divisas para o exterior, relativas às suas liquidações, têm que ser tributadas à alíquota de quinze por cento (item 5. 1)" (grifou-se; negritou-se).

2.9. Quanto à falta de registro das operações de swap OTC, o Autuante aborda o assunto no item 6.5, concluindo:

"Qual a restrição que a legislação faz aos contratos de swap não registrados? Simplesmente, não permite que as perdas resultantes desses contratos sejam reconhecidas para efeito de apuração do lucro real (art. 74, § 3º da Lei nº 8.981/95). Como os contratos de swap em questão foram realizados com o objetivo de hedge, no exterior, o fato desse hedge não ter respeitado a legislação tributária, conforme visto no item 6.4 deste Termo, já implicaria o não reconhecimento das perdas deles resultantes na apuração do lucro real. A falta de registro dos contratos, portanto, é apenas um fator a mais, no sentido de reforçar o não reconhecimento dessas perdas" (grifou-se).

2.10. No item "6.6", o autuante trata dos Erros nos instrumentos dos Contratos de Swap OTC Referentes aos Contratos de Câmbio Números 99/0073 e 99/0138

2.11. No item "6.7", é enfocada a Simulação na Operação Realizada com o Banco Surinvest, a qual ensejou, relativamente aos fatos apurados, o lançamento de ofício, referente ao IRPJ, a CSLL e o IR Fonte, todos com multa agravada de 150%. Todavia, quanto a esta parte do lançamento, o impugnante concordou e efetuou o pagamento dos valores lançados, conforme documentos de e-fls. 3095, deste modo, não estando esta parte em litígio, fica registrada a razão de não ser apreciada quanto ao mérito.

3. Irresignado, "dentro do prazo regulamentar" (e-fls. 3118), o Contribuinte apresentou Impugnação (e-fls. 2892/2935), em que aduziu o seguinte, em síntese:

3.1. **Preliminarmente**, solicita o apensamento e o julgamento conjunto dos processos nºs 10768.002986/2003-95 e 10768.003317/2003-31, dada a conexão entre eles existente.

3.2. Adiante, tece considerações sobre suas **operações**:

"4.7.Como se demonstra nos itens anteriores, as operações no OTC realizadas pelo IMPUGNANTE 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."

3.3. Quanto ao **mérito**, primeiramente, discorda do lançamento em virtude de **não concordar com a restrição a operações de hedge no OTC que não se vinculem a pagamento ao recebimento em moeda estrangeira**, a qual se constitui o cerne da autuação. O ponto nevrálgico de sua defesa é que **o Banco Central extravasou os limites da Resolução CMN nº 2.012, quando da edição de sua Circular nº 2.348/93**:

"(...)

5.1.6 O BACEN ultrapassou os limites da delegação. E só cotejar o comando do art. 1º da Resolução nº 2.012/93 com o que fez o BACEN no art. 1º da Circular nº 2.348/93. Enquanto a primeira refere-se operações destinadas a proteção (hedge) contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas a segunda diz 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' (cf. transcrições completas feitas no item 1.9).

5.1.7. 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 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.

5.1.8. A jurisprudência é pacífica no sentido de rejeitar a imposição de regras ou condições, pelo BACEN, não previstas em resoluções do CMN que venham regulamentar. Veja-se o caso do Mandado de Segurança ('MS') decidido a favor do impetrante em 1ª e 2ª instâncias, na ementa de cujo Acórdão se lê (Proc. nº 95030921880-SP, Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF-3 -, 4ª Turma, Relatora a Juíza LÚCIA FIGUEIREDO, unânime, in Diário de Justiça - DJ - de 05.11.1996, pág. 84.309): [...]

(...)

5.1.11. Na defesa apresentada no PROC. BACEN [DECIF/GABIN – 2001/265 PT nº 0101088985, e-fls. 1692/1739], o IMPUGNANTE destacou:

58. Outro aspecto não menos importante e que se soma ao entendimento de que a Intimação se mostra equivocada é que, quando das edições da Resolução nº 2.012/93 e da Circular nº 2.348/93, sequer existiam essas operações de swap na BM&F. O objetivo da Resolução nº 2.012/93 foi o de criar mecanismos de proteção ao tipo de risco (atrelamento de paridade), o que não significa dizer que as operações de swap estariam fora da sua— abrangência.

(...)

5.1.13. *Seja como for, enfim: ou a Circular nº 2348/93 nunca desejou ter o alcance que agora a autoridade lhe quer dar (tanto neste processo quanto no PROC. BACEN) ou desejou, mas não podia fazê-lo. De qualquer modo, numa hipótese ou na outra, a pretensão do fisco não poderia prosperar porque, como frisado pela autoridade máxima do BACEN à época, 'a Circ. 2348 não veta as operações' ora em exame (cf. 5.1.15., adiante).*

(...)

5.1.16. *Por todo o exposto, fica claro que o BACEN sempre soube das operações no OTC - as do IMPUGNANTE e de vários outros bancos - para hedgear posições na BMF. Nunca se opôs a elas enquanto geraram fluxo positivo de divisas para o País. Eram tidas como perfeitamente regulares, até aí. Só passaram a ser havidas 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, para punir quem se comportava conforme se entendia antes” (grifou-se).*

3.4. A seguir, ataca a autuação no que tange à ausência de registro na CETIP, sustentando que não só **não há exigência de registro das operações**, bem como **alega ser impossível o registro das mesmas no CETIP**.

“5.2.3. *Mas volta-se ao assunto no processo fiscal. Na verdade, não é que a contratação de hedge internacional não exige registro, apenas. Bem mais do que não exige, ele é impossível: a CETIP pura e simplesmente não registra. E o que se vê nas cartas anexas (DOCS. 05 e 06, e-fls. 3104/3109 e 3111), que cabe transcrever (primeiro a do IMPUGNANTE, de 10.04.2003, depois a resposta da CETIP do dia seguinte, firmada pelo seu Superintendente Geral:*

‘1. Em 1998 e 1999, este Banco celebrou diversas operações com o Mellon Bank N.A., todas nos termos descritos em Confirmation Agreements como o anexo ...

2. Solicitamos-lhes informar-nos, por escrito, se essas operações eram registráveis na CETIP. na época (1998/1999). O motivo da solicitação tem a ver com o fato de que o art. 74, § 3º da Lei nº 8981/95 dispõe que ‘Somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas nos termos da legislação vigente’. O art. 25, § 4º, da IN SRF nº 64/98 determinou que as operações de swap fossem registradas de acordo com as normas do CMN e do BACEN. E o art. 3º da Res. nº 2138/94 sujeitou as operações de swap a registro em sistemas de registro, de custódia e de liquidação, devidamente autorizados pelo BACEN ou pela CVM.

3. Solicitamos-lhes, outrossim, informar se atualmente o registro seria possível...’

Resposta da CETIP (destaques aditados):

‘Em atenção à correspondência em epígrafe, informamos que na CETIP só é possível o registro de ativos padronizados, previstos no Regulamento Operacional. ... realizados no mercado brasileiro. Desta forma, o documento Confirmation Agreement, remetido por V.Sas., não seria passível de registro na CETIP no ano de 1998/1999 e, nem mesmo seria passível de registro atualmente, por se tratar de operação realizada no exterior’.

(...)

5.2.5. O TVF faz a afirmação acima mencionada com base em resposta que recebeu da CETIP, quando a intimou a respeito (fl. 20 do TVF), o que, numa primeira análise, pareceria significar que as duas respostas (a referida 5.2.3., acima, e a dada à Intimação) se contradizem; entretanto, não é isso que ocorre. A Intimação que se fez a CETIP (fl. 1.283 dos autos, e-fls. 2577) 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 [e-fls. 2578/2582], no período de janeiro de 1998 a fevereiro de 1999’. A resposta (fl. 1.284, e-fls. 2583) 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’. 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’.

(...)

5.2.10. Em síntese, é possível que o auditor fiscal (involuntariamente, com certeza) tenha induzido quem recebeu a Intimação a respondê-la do modo como respondeu (final do item 5.2.4. acima)” (grifou-se).

3.5. Por fim, no que respeita à CSL, sustenta que o artigo 25, § 5º, da Lei 9.249, de 1995, aplica-se ao caso dos rendimentos auferidos no exterior; “**contudo, [...] 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)”.

4. Sobreveio deliberação da Autoridade Julgadora de piso, consubstanciada no Ac. nº 4460/2003, proferido em sessão realizada em 31/10/2003 (e-fls. 3584/3622), cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

“Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 1999

Ementa: ILEGALIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO - 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.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA - BASE DE CALCULO - consolida-se definitivamente no âmbito administrativo a matéria não impugnada.

Assunto: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999

Ementa: PERDAS EM CONTRATOS DE SWAP. GLOSA DE DESPESAS — OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO DE BALCÃO - O tratamento tributário previsto no art. 60 do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, aplica-se, também, às operações de cobertura 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.(artigo 63 da lei 8.383/91).

CONTRATOS DE SWAP. DEDUTIBILIDADE DE PERDAS HAVIDAS EM OPERAÇÕES REALIZADAS EM BOLSAS NO EXTERIOR- São admissíveis, para fins de apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, a dedução das perdas decorrentes de operações de cobertura (hedge) realizadas em mercados de liquidação futura, diretamente pela empresa brasileira, em bolsas no exterior

Ementa: HEDGE. CONDIÇÕES. PAGAMENTOS E RECEBIMENTOS EM MOEDA ESTRANGEIRA. 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 ou financeira, (artigo 1º da Circular BACEN 2.348/93)

OPERAÇÕES DE SWAP. NECESSIDADE DE REGISTRO. As operações de swap, de que tratam a Resolução CMN nº 2.138/1994) devem ser obrigatoriamente registradas 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.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ano-calendário: 1999

Ementa: PERDAS EM CONTRATOS DE SWAP, MP 2.158/99.

Antes da aplicabilidade das normas da MP 2.158, 01/10/1999, não era possível computar as perdas decorrentes com operações de SWAP no exterior na determinação da base de cálculo da CSLL.

Depois daquela data, as perdas só poderiam ter sido computadas se as operações tivessem sido efetuadas com objetivo de hedge e somente para as realizadas em bolsas no exterior, não englobando as operações feitas no mercado de balcão.

Lançamento Procedente”

5. Irresignado, o “contribuinte apresentou tempestivamente recurso voluntário” (e-fls. 3164 e 3623/3642), em que, sinteticamente, repisou suas razões de Impugnação.

6. Sobreveio deliberação da Autoridade Julgadora de segunda instância, consubstanciada no Ac. nº 105-15.503, proferido em sessão realizada em 26/01/2006, relatado pelo Conselheiro Irineu Bianchi (e-fls. 3185/3264), de que se deu ciência à PGFN em 25/04/2007 (e-fls. 3265) e ao Contribuinte em data não encontrada, cujos ementa e acórdão foram vazados nestes termos:

“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 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.

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”.

7. A PGFN apresentou Embargos de Declaração (e-fls. 3268/3289), contrarrazoados pelo Contribuinte (e-fls. 3310/3311), que não foram admitidos. Registre-se que em sua peça a Interessada junta aos autos o Acórdão nº 7842/06 do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro

Nacional, proferido no âmbito do processo BCB nº 0101088985, em sua 267ª sessão, realizada em 08/11/2006, que julgou de modo definitivo Recursos Voluntários do Banco e de duas pessoas físicas acerca de procedimento instaurado pelo Banco Central do Brasil para perquirir sobre supostas irregularidades cometidas nas operações em comento (e-fls. 3328/3369, incompleto, mas completo às e-fls. 1955/2031 do processo nº 10768.003317/2003-31, também julgado nesta sessão).

8. Irresignada, a Fazenda apresentou Recurso Especial (e-fls. 3373/3382), admitido por Despacho de e-fls. 3384/3385 e contrarrazoado pela Interessada (e-fls. 3393/3403).

9. Sobreveio deliberação da Autoridade Julgadora de instância especial, consubstanciada no Ac. nº 9101-00.707, proferido em sessão realizada em 08/11/2010 (e-fls. 3414/3442), de que se deu ciência à PGFN em 06/05/2011 (e-fls. 3443) e à Interessada em 07/06/2011 (e-fls. 3451), cujos ementa e acórdão foram vazados nos seguintes termos:

“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”.

10. Foi formalizado processo nº 10166.727503/2017-43, que teve por Interessada a Fazenda Nacional, para análise de representação de nulidade, apreciada por esta Turma Ordinária em sede da Resolução nº 1301-000.780, proferida em 13/02/2020 (e-fls. 5189/5191 do processo nº 10166.727503/2017-43), cujos ementa e acórdão foram vazados nos seguintes termos, conforme se extrai do sítio do CARF:

“ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DE NULIDADE

PRELIMINAR. DECADÊNCIA QUINQUENAL. LEI Nº 9.784/99.

A decadência quinquenal de que trata o art. 54 da Lei nº 9.784/99 somente se aplica em casos cujos atos foram praticados sem má-fé. No caso dos autos, sendo a acusação de suposta venda de decisões, a suposta ausência de dolo confunde-se com o próprio mérito da decisão, o que levaria à rejeição da própria representação de nulidade.

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE INSTRUÍDA COM ELEMENTOS DE PROVA EM SEU PRÓPRIO CORPO. AUTOS À DISPOSIÇÃO DOS INTERESSADOS. INOCORRÊNCIA.

Constatada que a arguição de nulidade, em seu próprio corpo está instruída com cópia dos textos e documentos que embasam a acusação, não há que se falar em cerceamento de direito de defesa, mormente quando os autos estiveram à disposição dos Interessados, inclusive com obtenção de cópia integral dos autos. Também não há que se falar em produção complementar de provas e reabertura de prazo para nova manifestação dos Interessados, uma vez que, na ausência de prova, caberia a eventual decisão de improcedência da acusação por deficiência probatória.

SUPERVENIÊNCIA DE DECISÕES UNÂNIMES DA CSRF. SUBSTITUIÇÃO DAS DECISÕES ANTERIORMENTE PROFERIDAS. CORREÇÃO DOS JULGADOS.

A declaração de nulidade de um despacho ou de uma decisão, a teor do que dispõe o § 1º do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, prejudica as decisões posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

Como os acórdãos proferidos pela CSRF, por óbvio, dependeram dos acórdãos em recurso voluntário (e, também, dos despachos de admissibilidade de embargos), a declaração de nulidade dos acórdãos em recursos voluntários e despachos implica considerar prejudicados os acórdãos em recurso especial proferidos pela CSRF, uma vez que esses dependeram diretamente daquelas decisões inquinadas de nulidade.

A eventual correção dos julgados anulados não interessa no exame de eventual situação de impedimento de conselheiro e não condiciona a declaração das respectivas nulidades se confirmado que participou do julgamento conselheiro na condição de impedimento.

NULIDADE. INDEPENDÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO VOTO DO CONSELHEIRO IMPEDIDO PARA O RESULTADO DO JULGAMENTO.

A essencialidade do voto de um conselheiro não pode ser aferida simplesmente por seu provimento ou não ao recurso, mas também pela força de seus argumentos e capacidade de persuasão em relação aos demais membros do colegiado, ainda mais no caso concreto em que pesa contra o relator dos acórdãos em questão a imputação de impedimento.

A Lei nº 9.784/99, o Decreto nº 70.235/72 e os Regimentos Internos do CARF e dos Conselhos de Contribuintes jamais condicionaram a declaração de nulidade à essencialidade do voto do conselheiro em situação de impedimento.

INDÍCIO ISOLADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE PROVA. AFASTAMENTO DA SITUAÇÃO DE IMPEDIMENTO.

A mera anotação do pré-nome de um conselheiro em suposto controle do da divisão de honorários apreendido na residência de um dos patronos, desacompanhada de outros elementos probatórios, tais como troca de mensagens e e-mails, reveste-se de mero indício, não configurando prova da suposta vantagem financeira auferida pelo conselheiro, mormente quando não há qualquer comprovação do recebimento de qualquer espécie de benefício por parte do julgador.

IMPEDIMENTO DE CONSELHEIRO RELATOR. COMPROVAÇÃO DE DOLO. FEIXE DE INDÍCIOS CONVERGENTES. CONFIGURAÇÃO.

Uma vez comprovado que: (i) o Conselheiro Relator realizou diversas reuniões para tratar de temas afetos a determinados processos com os sócios de um dos escritórios contratados pelo sujeito passivo para atuar em sua defesa nesses mesmos processos administrativo-fiscais; (ii) esse escritório jurídico contratado não ter elaborado qualquer ato formal nos processos, e de que a maior parte do texto do voto do relator baseou-se em cópia literal de tese elaborada por esse mesmo escritório; e aliado ao indício de que esse mesmo conselheiro obteve vantagem indevida para proferir seus votos, resta configurada a situação de impedimento prevista no inciso III do art. 15 do Anexo II do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes vigente à época do julgamento dos recursos voluntários (Portaria MF nº 55, de 16/03/1998).

A despeito desse entendimento, a nulidade dos acórdãos e despachos em exame deve ser reconhecida com fundamento no art. 53 da Lei nº 9.784/99, conjugado com o art. 29 do Decreto nº 70.235/72, uma vez que a administração

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos: (i) receber a Representação de Nulidade nº 02/2019 quanto ao ex-conselheiro Irineu Bianchi, e rejeitá-la em relação ao ex-conselheiro José Clóvis Alves; (ii) rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas pelos Interessados; e (iii) declarar nulo o Acórdão nº 105-15.503 (proferido pela 5ª Câmara do então Primeiro Conselho de Contribuintes, nos autos do processo administrativo fiscal nº 10768.002986/2003-95), o Acórdão nº 105-15.504 (proferido pela 5ª Câmara do então Primeiro Conselho de Contribuintes, nos autos do processo administrativo fiscal nº 10768.003317/2003-31), e os respectivos despachos de admissibilidade de embargos, em razão do impedimento do ex-conselheiro Irineu Bianchi. Vencida a Conselheira Bianca Felícia Rothschild que votou pela decadência do direito à anulação das citadas decisões em razão da ausência de comprovada má-fé. Nos termos do art. 3º, parágrafo único da Portaria CARF nº 92, de 21/05/2018, é vedada a divulgação do inteiro teor da resolução da representação de nulidade.

Solicitado pelo representante do contribuinte, o julgamento em reservado da representação de nulidade foi deferido nos termos do art. 3º da Portaria CARF nº 92, de 21/05/2018, em razão da instrução da representação de nulidade conter dados decorrentes da quebra de sigilo constitucionalmente garantido”.

11. Foram interpostos recursos contra a Resolução exarada por esta Turma Ordinária, tendo por Recorrente a BRKB e por Interessados o Secretário da RFB e a Fazenda Nacional, redundando em manifestação consubstanciada na Resolução nº 9101-000.121, proferida em sessão realizada em 08/11/2023 (e-fls. 5578/5580 do processo nº 10166.727503/2017-43), cuja ementa teve idêntico teor da recorrida e cujo acórdão foi vazado nos seguintes termos, tudo extraído do sítio do CARF:

“Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas e negar provimento aos recursos. Declarou-se impedido de atuar como relator o conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, nos termos do § 3º do art. 42 do Anexo II do RICARF”.

12. Nesse caminhar, o processo foi redistribuído a esta Turma para relatoria e julgamento do Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo.

VOTO

Conselheiro **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, Relator.

13. O Recurso Voluntário é tempestivo (e-fls. 3164), pelo que dele se conhece.

DELIMITAÇÃO DA LIDE

14. A Autoridade Julgadora de piso se refere à matéria nestes termos:

“Cabe, de início, delimitar os limites do litígio. Neste pormenor, verificamos que o contribuinte no item 3 de sua impugnação, fls. 1.566 a 1.567, concorda com o lançamento referente à parte do crédito tributário constituída com multa agravada [relativa à operação realizada com o Banco Surinvest, iniciada em 12/01/1999 e encerrada em 29/01/1999] e inclusive pagou o crédito tributário correspondente, extinguindo assim o mesmo nos termos do artigo 156, I, do Código Tributário Nacional, conforme despacho de fls. 1.732 [e-fls. 3118].

*Extinta assim parte da obrigação e do crédito tributário regularmente constituído através do auto de infração, **deverá se prosseguir no julgamento da parte litigiosa [relativas às 24 operações realizadas com o Mellon Bank N.A., discriminadas no quadro transcrito do TVF]**, instaurada com a apresentação da impugnação, nos termos do artigo 14 do Decreto ri' 70.235/72, que dispõe: [...]*” (grifou-se; negritou-se).

MÉRITO

Restrição a operações de hedge no OTC que não se vinculem a pagamento ou recebimento em moeda estrangeira

15. A Autoridade Julgadora de piso assim se manifestou sobre a matéria:

“(…)

A vinculação do Agente administrativo somente deixa de prevalecer quando a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo este o caso da Circular do Banco Central atacada pelo impugnante, norma inclusive de hierarquia inferior, que poderia ser atacada no Judiciário apenas pela via da ilegalidade. Não havendo sido juntado ao processo decisão judicial afastando a aplicação da norma legal ao seu caso concreto, ou ainda decisão administrativa do Banco Central ou do Conselho Monetário Nacional revogando a Circular, não há como o agente público deixar de exigir o seu cumprimento.

Todavia, a discussão proposta extravasa os limites das normas estabelecidas pelo Banco Central. A norma estatuída pelo artigo 63 da Lei 8.383 é clara: : [...]

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. [...]

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

Do mesmo modo, foi o próprio Banco Central que vinculou as operações de hedge às liquidações em moeda estrangeira, senão vejamos o artigo 1º da Circular 2.348/93: [...]

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 normalizar a execução da Resolução nº 2012/93 (era só isso que 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 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. 3. 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. 4. 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. Não o sendo, como no caso em exame, é de se manter o lançamento efetuado.

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.

Na sua impugnação, o contribuinte traz ao processo o depoimento do presidente do Banco Central à época que frisou que, 'a Circ. 2348 não veta as operações' ora em exame e ainda que 'no caso específico do IMPUGNANTE, os itens 16, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 44 e 45 da defesa apresentada no PROC. BACEN comprovam o pleno conhecimento do BACEN da realização das operações em causa. Se tinha delas conhecimento e não as questionou, é porque as considerava legítimas.'

Em que pese a exposição do ex-presidente do Banco Central, a teor do artigo 96 do Código Tributário Nacional, a expressão 'legislação tributária' compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes, assim o entendimento do referido ex-presidente trazido ao processo não vincula esta autoridade julgadora, que possui entendimento diverso.

(...)

Divergimos ainda do impugnante que afirma que o Banco Central considerava todas as operações legítimas, tendo em vista que as operações financeiras em tela foram objeto de fiscalização pelo Banco Central do Brasil que enviou à Secretaria da Receita Federal o documento de fls. 50 a 53 [e-fls. 844/847], que enumera as irregularidades constatadas por aquela Autarquia e pede que sejam verificados os reflexos fiscais. Segundo o Banco Central do Brasil as operações que resultaram na remessa de divisas para o exterior não teriam respeitado normas que regulamentam o hedge no exterior (Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.012 e a Circular do Banco Central do Brasil nº 2.348, ambas de 30/07/93). Tais irregularidades encontram-se também detalhadas no documento de fls. 71 a 75 [e-fls. 865/869].

Esclareço também, que consta do processo denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra diretores do Banco Brascan relativamente aos fatos apurados, 55 a 70 [e-fls. 849/864], contendo às fls. 55 [e-fls. 849] o seguinte comentário: 'Além do ataque ao SFN, tem-se que as operações fraudulentas

perpetradas à testa daquela instituição financeira lesaram significativamente a ordem tributária, não só pela evasão de divisas com alíquota de zero por cento, com também, pelo grande prejuízo simulado pelo próprio Banco Brascan que, por certo, afetou o seu desempenho financeiro no ano-base de 1.999’.

Como vemos, em virtude dos fatos apontados no processo, o contribuinte sofreu fiscalizações por parte da Receita Federal e do Banco Central e, os seus dirigentes, foram denunciados pelo Ministério Público Federal, o que não dá suporte às alegações de que as operações foram consideradas, de plano, legítimas pelo Banco Central, ainda que estejam sendo objeto de exame nas esferas administrativa e judicial” (grifou-se; negritou-se).

16. Em seu Voluntário, para além das razões de Impugnação, a Interessada alegou que:

*“2.9. Esse é, pois, o primeiro vício do Acórdão recorrido: **acatar, sem questionamento, a validade da Circular nº 2348/93 do Bacen**, em que se funda o Auto, recusando-se a sequer discutir a sua ilegalidade por inobservância da Resolução nº 2012/93 do CMN, ato normativo de hierarquia superior a que se deveria ater, arguida pela ora RECORRENTE na sua Impugnação.*

(...)

2.19. 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 normas ora em causa- referia-se a ‘pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras’ ao dispor sobre hedge. 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, e, pois, teria sido por esta revogada; (ii) sob o art. 4º, XXXI, da Lei nº 4595/64, cabe ao CMN, e não ao Bacen, baixar normas e estabelecer condições sobre operações de câmbio, 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.

(...)” (grifou-se; negritou-se).

17. Para desate da questão, contribuíram à formação da convicção o expendido no parecer referente ao “Pronunciamento da Procuradoria da Fazenda Nacional em Sessão de Julgamento” (e-fls. 3313/3323) do mencionado Acórdão nº 7842/06 do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, proferido no âmbito do processo BCB nº 0101088985, realizada em 08/11/2006, que julgou de modo definitivo Recursos Voluntários do Banco e de duas pessoas físicas acerca de procedimento instaurado pelo Banco Central do Brasil para perquirir sobre supostas irregularidades cometidas nas operações em comento (e-fls. 3328/3369, incompleto, mas completo às e-fls. 1955/2031 do processo nº 10768.003317/2003-31, também julgado nesta sessão), bem como o decidido em seu âmbito, a cujos ementa e conclusão do voto se alude:

“A hipótese em liça versa sobre celebração de Hedge em moeda nacional sem finalidade de proteger pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira, mas para proteger ativos da instituição brasileira na Bolsa de Mercadorias e de Futuros - BM&F, o que na visão do BCB esbarraria na Resolução CMN nº 2.012/93 e na Circular BACEN nº 2.348/93.

(...)

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 deôntico 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 toma a ação ou omissão nem obrigatória, nem proibida, nem permitida ou facultada, mas juridicamente, indeterminada.

(...)

Demais, reforça a, interpretação acima o exame acurado do Voto BCB nº 421/93 e do Voto CMN 084/93, aprovado na 541ª sessão do Conselho Monetário Nacional, de 28.7.1993, que redundaram na criação da. Resolução CMN nº 2.012/93 e da Circular BACEN nº 2.348/93. Segundo o referido Voto CMN, verdadeira exposição de motivos da Resolução, 'A diretoria do banco Central, em sessão de 21.07.93, aprovou o incluso Voto em que se propõe sejam baixados normativos consolidando e ampliando as modalidades de proteção (hedge) contra, o risco de variações, no mercado internacional, de taxas de juros, paridades entre moedas e preços de mercadorias.

O voto BCB é no mesmo sentido:

'As disposições da Resolução nº 1.921, de 30.4.92, e normas complementares sobre hedge de taxas de juros, por mais recentes do que as regulamentações sobre hedge de preços e de mercadorias, estão mais consentâneas com o que vem sendo praticado a respeito nos mercados mais avançados, tanto no que tange às modalidades das operações quanto à necessária liberdade de ação para as empresas brasileiras [...]

Como se nota, não há exigências de autorizações prévias ao banco Central para a realização dessas transações evitando-se, nesse particular, descabidas, intromissões na análise e exame de operações do setor privado. (...)

O que ora se pretende é propiciar aos agentes do mercado doméstico o acesso aos mecanismos de hedge de preços e de moedas existentes no mercado internacional, seguindo a mesma ideia norteadora da regulamentação das transações de hedge de taxas de juros resumida no item 3 retro, introduzindo-se, nesta última, alguns aperfeiçoamentos com vistas a lhe conferir maior alcance'.

(...)

Não se pode olvidar, por fim, que ainda que assim não fosse, atualmente a conduta estaria acobertada pela abolitio criminis diante da potencialidade da retroatividade da norma mais benéfica ao réu. A Resolução do CMN atualmente em vigor, de nº 3.312/05, alterada pela Resolução nº 3.318/05, prevê, em seu art. 1º, parágrafo único:

‘Parágrafo único. Observados os riscos de variação previstos no caput deste artigo, pode ser utilizada qualquer modalidade de hedge regularmente praticada no mercado internacional, negociada, no exterior, em bolsas ou em mercado de balcão com instituições financeiras’.

*Essa simetria entre o hedge no Brasil e no mercado internacional, desejada desde a Resolução CMN nº 2.012/93 e a Circular BACEN nº 2.348/93, antes inserta na exposição de motivos, agora figura no próprio texto normativo. E o artigo 2º da Resolução inclui entre os direitos sujeitos a hedge os pagamentos e recebimentos em moeda nacional. Logo, não há a mínima dúvida de que **atualmente esse tipo de operação é considerada lícita**, encontra previsão explícita e retroage para beneficiar os recorrentes.*

Por todo o exposto, retifica a PGFN seu posicionamento anterior e opina pelo provimento dos recursos voluntários, nos termos em que formulados.

“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 do mercado à época - Ausência de elementos comprobatórios de infringência a normativos legais e regulamentares - Apelos a que se dá provimento.

(...)

VOTO

(...)

V. CONCLUSÃO

110. Não se pode perder de vista que as acusações do BACEN cingem-se à celebração de contratos de hedge em moeda nacional sem objeto de proteção de pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira, e, no tocante ao Banco Brascan, ainda, à classificação incorreta de operações de câmbio e prestação de falsas declarações em tais contratos.

111. Em nenhum momento restou demonstrado que o Banco Brascan teria tentado ocultar sua atuação no sentido da pretendida proteção, tendo, aliás, declarado expressamente tal objetivo nos contratos de câmbio. A meu ver, resta indubitável que o objetivo das operações cursadas pelo Banco Brascan foi efetivamente a proteção de pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira, prática esta comum de mercado à época dos fatos, o que se coaduna com a classificação conferida pelo Banco Brascan a tais operações, qual seja, 'Serviços Diversos - Outros - Hedge Swaps – Resultados'.

112. Isso é certo: se a classificação foi correta, por conseguinte, inexistente declaração falsa a ser imputada ao Banco Brascan, restando, a meu ver, integralmente incoerentes e insustentáveis as acusações efetuadas pelo BACEN.

113. Com base nas considerações lançadas no item IV. 2 do Tópico antecedente, adoto os fundamentos suscitados há pouco pelo Dr. Rodriqo Pirajá [N. R.: representante da Fazenda Nacional que subscreve o mencionado 'Pronunciamento'], 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, consequentemente, 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.

114. Em face de todo o exposto, e depois de afastadas as preliminares arquivadas, nos termos do Tópico III, supra, VOTO, quanto ao mérito, pelo provimento integral dos Recursos Interpostos pelo Banco Brascan e pelos Srs. Antonio Carlos Amaral Sabóia e Carlos Bernardo Vogl Kessler" (grifou-se; negritou-se).

18. Como se vê, a decisão daquele Conselho rejeitou a aventada irregularidade em relação às operações de *hedge*, anotada pelo Banco Central do Brasil, que foram consideradas conformes à Resolução CMN nº 2.012, de 1993, à falta de vedação expressa.

19. Assim, sendo os presentes autos decorrentes de suposta infração à legislação do imposto de renda apontada por aquela autarquia, mas diante da regularidade das operações de cobertura, atendidas as condições dispostas no art. 63 da Lei nº 8.383, de 1991 ("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"), cerne da discussão, é lícito à Interessada computar na determinação de seu lucro real os resultados líquidos negativos a título de *hedge*.

Ausência de registro na CETIP

20. Quanto à matéria, assim se manifestou a Autoridade Julgadora de piso:

“(…)

Da análise do dispositivo legal [Resolução CMN nº 2.138, de 1994], observamos tratar-se de norma reguladora relativa aos contratos de swap, à qual devem se submeter os bancos e instituições financeiras elencadas no seu artigo 1º. Na condição de banco comercial e de investimento, segundo se depreende da combinação do artigo 1º e 3º do Estatuto Social da empresa, fls. 1618, a autuada portanto fica sujeita à obediência das normas contidas na referida Resolução.

Observamos ainda, que as operações realizadas são justamente as que se encontram definidas no parágrafo 1 do artigo 1º da Resolução em comento, quais sejam ‘as operações consistentes na troca dos resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais.’ No exemplo trazido na impugnação a autuada descreve as operações realizadas como de swap, consistindo na troca de uma taxa de juros pré-fixada por uma taxa igual à variação cambial no mesmo período, senão vejamos o exemplo de fls. 1568: [...]

(…)

*O **ponto nevrálgico** da discussão aqui tratada, contudo, é a recusa do impugnante em aceitar a necessidade de registro das operações na CETIP e, mais ainda, a alegação da impossibilidade deste registro, segundo se depreende de sua própria impugnação, onde às fls. 1586, o impugnante irresignado afirma: [...]*

Como sabemos, desde 01/01/1995, o requisito necessário para admissão das perdas nas operações de swap, motivação da autuação do IRPJ e, de forma reflexa do Imposto de Renda Retido na Fonte, segundo o art. 74, parágrafo 3º, da Lei nº 8.981/1995, o registro das operações nos termos da legislação.

(…)

Quanto ao argumento de que não seria possível o registro das operações por se tratar de operação realizada no exterior, a Resolução CMN nº 2.138/1994 não distingue dois tipos de operações, quais sejam, as realizadas no exterior e as realizadas em território nacional, a mesma determina no seu artigo terceiro que as operações de swap sejam devidamente registradas.

Devemos lembrar também, abordando a impossibilidade de registro na CETIP, que o mesmo artigo referido no parágrafo anterior [3º] 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 havia outras alternativas de registro das operações realizadas, além daquela questionada pelo impugnante como impossível, não podendo, desta forma, ser acatada esta alegação do impugnante.

(...)” (grifou-se; negritou-se).

21. Em seu Voluntário, para além das razões de Impugnação, a Interessada alegou que:

“(...

2.28. O ofício da Cetip, já juntado aos autos, é corroborado pelo da BMF, ora anexo (Doc. 2, e-fls. 1828 do processo nº 10768.003317/2003-31, também julgado nesta sessão), que confirma que as operações do tipo objeto deste litígio, contratadas no mercado internacional, também não eram nem são passíveis de registro na BMF.

2.29. Como atestam os ofícios da Cetip juntado aos autos e o da BMF, ora anexo, o pressuposto evidente da Resolução CMN nº 2138/94 é que as operações que regula sejam feitas no Brasil, tenham por objeto títulos aqui transacionados e aqui sejam liquidadas.

2.30. É claro, também, que os ‘outros sistemas de registro, de custódia e liquidação’ a que se refere a Resolução CMN nº 2138/94 somente podem ser aqueles que porventura viessem a ser implantados no Brasil e fossem autorizados pelo Bacen e a CVM a exemplo da Cetip.

2.31. A partir desse alternativa da norma – ‘Cetip ou outros sistemas’ -, o Acórdão conclui que ‘havia’ (sic) outros sistemas e que a RECORRENTE não se teria valido de qualquer deles.

2.32. 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” (grifou-se).

22. Em Termo de Intimação de e-fls. 2577, a Fiscalização indaga à CETIP, de modo genérico, se ela “estava autorizada, pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM, a registrar um contrato do tipo [e-fls. 2578/2582] apresentado em anexo, no período de janeiro de 1998 a fevereiro de 1999”. A Central respondeu que “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”. A passagem se encontra consignada no TVF (e-fls. 2583).

23. Conforme alegado em Impugnação e comprovado pela Interessada, a CETIP, em resposta de 11/04/2003 (e-fls. 3111), indagada especificamente sobre “diversas operações com o Mellon Bank N. A.” (e-fls. 3109), assevera que o “documento ‘Confirmation Agreements’ [e-fls.

3105/3109], remetido por V.Sas., não seria passível de registro na CETIP no ano de 1998/1999 e, nem mesmo seria passível de registro atualmente, por se tratar de operação realizada no exterior". No mesmo sentido foi a resposta da BM&F, datada de 09/05/2003, face à correspondência de idêntico teor encaminhada à CETIP (e-fls. 1829 do processo nº 10768.003317/2003-31, também julgado nesta sessão), esclarecendo, ainda, "que as operações de *Non Deliverable Forward* contratadas no mercado internacional não são passíveis de registro nos sistemas desta Bolsa".

24. Ainda, compulsando-se o "voto" do mencionado Acórdão nº 7842/06 do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, encontra-se a seguinte conclusão quanto ao assunto (e-fls. 2025 do processo nº 10768.003317/2003-31, também julgado nesta sessão):

107. Paralelamente, ainda em reforço a todo o entendimento aqui trazido, cabe considerar o quão hialinas se afiguram as cartas apresentadas pela CETIP e pela BM&F às fls. 2.047 e 2.048 - Volume 14 comprobatórias da inexistência da obrigatoriedade de registro das chamadas operações de NDF nas aludidas entidades, diferentemente do que sustenta o BACEN.

25. A DRJ, por seu turno, como visto, chega a admitir que as operações, de fato, não seriam registráveis na CETIP. Menciona a existência de "outros sistemas" e de "outras alternativas", não nominando nenhum deles, terminando por não contrastar a alegação da Interessada quanto à impossibilidade do registro. Assim, se é certo que o § 3º do art. 74 da Lei nº 8.981, de 1995 (§ 7º do art. 756 do RIR/99), e o art. 3º da Resolução CMN nº 2.138, de 1994, previam a obrigatoriedade de tal formalidade, também é certo que, dada sua impossibilidade, o direito da Interessada não pode ser obstado.

26. Diga-se que, somente em 2010, com a edição da Resolução CMN nº 3.833, que modificou o art. 1º da Resolução CMN nº 3.312, de 2005 (que revogou a multicitada Resolução CMN nº 2.012, de 1993), foi instituída a "obrigatoriedade de registro das operações de proteção (hedge) realizadas com instituições financeiras do exterior ou em bolsas estrangeiras".

Lançamento da CSL

27. Este lançamento é decorrente do IRPJ; cancelado este, aquele também o seria pois. Dadas as singularidades deste processo, todavia, esta relatoria houve por bem registrar a discussão. Quanto à matéria, assim dispôs a Autoridade Julgadora de piso:

"(...)

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 [e-fls. 2787] 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’.

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 [e-fls. 2902]:

‘É preciso esclarecer, ainda, que as contratações de hedge internacional, neste caso, são operações derivadas das operações realizadas na BM&F. Em conformidade com as regras estipuladas pela Resolução nº 2.012/93, o Banco contrata com outro banco ou em bolsa, no exterior, operações em que se compromete a pagar taxa igual à variação cambial contra o direito de receber uma taxa de furos prefixada, cumpre esclarecer, sempre superior à taxa de juros prefixada na BM&F, de, por exemplo, 22% (vinte e dois por cento) ao ano, incidente sobre a mesma base da operação realizada na BM&F de R\$ 50.000,00.

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 BM&F e a taxa de juros que recebe do banco ou da bolsa no exterior’.

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.

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, de que seja essencial que a empresa brasileira tenha um estabelecimento ou capital no exterior, confunde os conceitos de lucros, rendimentos e ganhos de capital.

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.

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.

Definido que se tratam 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 1.999.

Em seguida, devo analisar se houve ou não insuficiência na base de cálculo da contribuição.

(...)

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 1.999, assim, por força da vinculação da atividade administrativa, em virtude do Ato Declaratório acima referenciado, tais perdas não eram possíveis de se deduzir da determinação da base de cálculo da CSLL, devendo assim serem a ela adicionadas.

Note-se ainda, que mesmo antes da edição do Ato Declaratório reproduzido, a Instrução Normativa SRF nº 38, de 28 de julho de 1.996, no seu artigo 15 dispunha que os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior não integravam a base de cálculo da CSLL e, por via de consequência, também as perdas correspondentes àqueles valores.

De se ressaltar que **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.’

Vale ainda esclarecer que a regra matriz da tributação em bases universais para a Contribuição Social sobre o lucro Líquido é o artigo 19 da Medida Provisória nº 1858-6, publicada no Diário Oficial de 30 de julho de 1.999, assim, ao estabelecer a incidência da CSLL a partir de 1º de outubro de 1.999, para os rendimentos auferidos no exterior o. Ato Declaratório SRF nº 075, de 17 de agosto de 1999, harmoniza-se com o prazo nonagesimal de que trata o parágrafo 6º do artigo 195 da Constituição Federal de 1.988, sendo assim, mais uma vez indedutíveis as perdas decorrentes de operações de swap realizadas no exterior, anteriormente a outubro de 1.999.

Depois daquela data, à luz dos dispositivos legais referenciados, as perdas só poderiam ter sido computadas da base de cálculo da CSLL se as operações tivessem sido efetuadas com objetivo de hedge, o que restou evidenciado nos autos, mas, somente, para as operações realizadas em bolsas no exterior. Havendo as operações sido feitas no mercado de balcão e anteriormente a outubro de 1.999 não há como deixar de se adicionar as despesas à base de cálculo da CSLL.

(...)” (grifou-se; negritou-se).

28. Em sede de Voluntário, a Interessada agrega que:

“(…)

3.2. 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. O Acórdão ainda parece sustentar a aplicação ao caso do art. 19 da MP nº 1858-6, de 29.06.1999 (repetido no art. 21 da MP nº 2158-35, de 24.08.2001) e, por consequência, do art. 17 da Lei nº 9430, de 27.12.1996.

(…)

3.4 Portanto, para fins de CSLL, a dedutibilidade das perdas da RECORRENTE incorridas até 02.09.1999 deve ser analisada à luz da legislação anterior à MP nº 1858-6/99, pois esta somente se tornou eficaz em 01.10.1999, como reconhece a SRF.

3.5. Na vigência dessa legislação anterior prevalecia o princípio da territorialidade, como reconhece o TVE (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.

3.6. As operações realizadas pela RECORRENTE no OTC derivam de capital seu, aplicado no Brasil (no ativo que consubstanciou o objeto do hedge), e de operações concebidas exclusivamente no Brasil pela RECORRENTE. Não houve qualquer

aplicação de recursos no exterior pela RECORRENTE (não se faz remessa para o exterior para se contratar operação no OTC); o negócio no OTC representou apenas uma 'perna de uma operação estrutura concebida no Brasil e vinculada a ativos existentes no Brasil.

(...)” (grifou-se; negritou-se).

29. A Lei nº 9.430, de 1996, já dava tratamento especial aos resultados das operações em comento. Seu art. 28 dispunha que se aplicavam “[...] à apuração da base de cálculo [...] da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. [...] 17 [...] desta Lei”. Este, por seu turno, aduzia que “[s]erão 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**”. Como visto, as operações da Interessada foram realizadas em mercado de balcão, OTC, não podendo as perdas incorridas serem excluídas da base de cálculo deste tributo, pois. Este já era o entendimento da RFB, expresso em sua IN SRF nº 213, de 2002 (que foi publicada antes da ciência do lançamento e se encontra vigente, tendo levado em consideração, como se lê de seu preâmbulo, o art. 17 da Lei nº 9.430, não tendo feito o mesmo em relação ao art. 21 da MP nº 2.158 nem das que lhe originaram), que revogou a mencionada, pela DRJ, IN SRF nº 38, de 27/06/1996 (que não tinha em conta a Lei nº 9.430, publicada em 30/12/1996):

*Art. 11. Os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos em operações de cobertura (*hedge*) realizadas em mercados de liquidação futura, diretamente pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil, em bolsas de valores no exterior, serão computadas na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.*

30. Contudo, como visto, as Autoridades Fiscal e Julgadora de piso tomaram por fundamento da autuação e de sua manutenção a MP nº 2.158 (republicação das MPs nºs 1.858-6, de 1999, e 1.991-12, de 1999). Assim, somente após 1º/10/1999, por força do disposto no seu art. 21, é que se passaria a se aplicar à CSL o disposto no art. 17 da Lei nº 9.430, de 1996, que trata das operações de cobertura (*hedge*) realizadas no exterior.

31. Nesse passo, concorda-se com a conclusão das Autoridades quanto à condição de dedutibilidade das perdas, aplicável à apuração da CSL por força do art. 28. Todavia, discorda-se da interpretação delas ao considerar que o art. 17 se aplicaria à CSL somente a partir de 1º/10/1999, fora, portanto, do período em que ocorreram os fatos geradores. Este equívoco hermenêutico, no entendimento desta relatoria, fez com que a fundamentação do lançamento recaísse exclusivamente sobre a MP nº 2.158.

32. Por seu turno, a Interessada, em nenhum momento, contrastou o art. 17 da Lei nº 9.430, de 1996, como fundamento do lançamento, uma vez que o AI não se fundamentou neste dispositivo, mas sim, repise-se, conforme o TVF, que “[a]ntes 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”. Restabelecer a autuação com substrato naquela norma seria inovar a lide, com consequente ofensa ao contraditório.

CONCLUSÃO

33. Por todo o exposto, conheço o Recurso Voluntário e, no mérito, dou-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros