



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

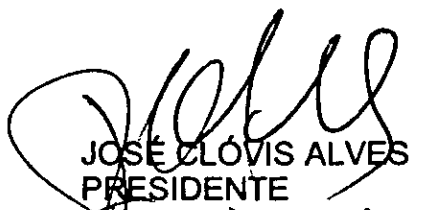
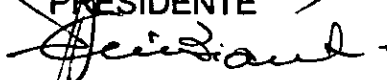
Fl. _____

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Recurso nº. : 147.731
Matéria : IRF - ANO: 1999
Recorrente : BANCO BRASCAN S/A
Recorrida : 8ª TURMA/DRJ no RIO DE JANEIRO/RJ I
Sessão de : 26 DE JANEIRO DE 2006
Acórdão nº. : 105-15.504

IRFONTE - REMESSAS A BENEFICIÁRIOS DOMICILIADOS NO EXTERIOR - Aplica-se a alíquota de zero por cento do Imposto de Renda Devido na Fonte sobre o valor das remessas a beneficiários domiciliados no exterior destinadas à liquidação de 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 mediante operações de 'swap', 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, que se converte em condição inexecutável em relação às operações de swap, que foram realizadas no exterior.

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

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


JOSÉ CLÓVIS ALVES
PRESIDENTE

IRINEU BIANCHI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 11 DEZ 2006



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

Recurso nº. : 147.731
Recorrente : BANCO BRASCAN S/A

RELATÓRIO

1. O Banco Brascan S/A, qualificado nos autos deste processo, recorre a este colegiado da decisão proferida pela 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro no Acórdão DRJ/RJOI nº 4.461/2003, de 31 de outubro de 2003, que julgou procedente o auto de infração lavrado para formalizar exigência fiscal referente ao Imposto de Renda Devido na Fonte (IRF).

2. Conforme auto de infração lavrado em 02.04.2003, o auditor fiscal formaliza a cobrança de Imposto de Renda Devido na Fonte que teria deixado de ser recolhido sobre rendimentos de residentes ou domiciliados no exterior, no ano de 1999, nos montantes de R\$ 13.879.008,00 (sujeito à multa de 75%) e de R\$ 4.918.659,43 (sujeito à multa de 150%), conforme discriminação apresentada no item 03 a seguir, citando como base de seu procedimento os seguintes fundamentos legais:

- Decreto-Lei 5.844/43, art. 97, alínea 'a';
- Lei 9.481/97, art. 1º, inc. IV (com a redação dada pela Lei 9.532/97, art. 20);
- Lei 9.481/97, art. 1º, parágrafo único, c/c Portaria MF 70/97, art. 1º, inc. III, c/c Resolução CMN 2.012/93, art. 1º, c/c Circular BCB 2.348/93, art. 1º.
- Lei 9.249/95, art. 28;
- Decreto-Lei 5.844/43, art. 100;
- Arts. 685, inc. I, e 713, do RIR/99.

03. Trata-se de remessas efetuadas para pagamento de resultados decorrentes de operações de "swap OTC" realizadas no exterior, em mercado de balcão, que foram utilizadas como instrumentos financeiros de operações de hedge destinadas a cobrir riscos de variação cambial de direitos adquiridos em operações de swap realizadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros (BMF) do Brasil. As operações de swap realizadas no exterior vão discriminadas no quadro a seguir (extraído da página 32 do TVF), tendo por contra-partes o Banco Surinvest S.A., com relação ao contrato de US\$



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

17.314.864,14, e o Mellon Bank N.A., com relação aos demais contratos.

contrato de câmbio	Taxa Cambial	valor em dolar	valor em moeda nacional	data da liquid.	IRRF	
					fato gerador	base de cálculo
99/000023	1,31860	678.882,74	895.174,78	15/01/99	15/01/99	895.174,78
99/000044	1,89381	17.314.864,14	32.791.062,86	29/01/99	29/01/99	32.791.062,86
99/000051	1,92000	3.259.557,34	6.258.350,09	29/01/99	29/01/99	6.258.350,09
99/000073	1,92000	3.091.972,57	5.936.587,33	02/02/99	02/02/99	5.936.587,33
99/000089	1,84000	1.600.055,13	2.944.101,44	08/02/99	08/02/99	2.944.101,44
99/000137	2,11000	1.845.941,50	3.894.936,57	02/03/99	02/03/99	3.894.936,57
99/000138	2,11000	3.934.037,20	8.300.818,49	02/03/99	02/03/99	8.300.818,49
99/000139	2,17000	7.090.810,49	15.387.058,76	03/03/99	03/03/99	15.387.058,76
99/000166	1,97000	3.756.540,77	7.400.385,32	08/03/99	08/03/99	7.400.385,32
99/000251	1,86000	1.562.111,63	2.905.527,63	23/03/99	23/03/99	2.905.527,63
99/000591	1,69800	4.539.299,38	7.707.730,35	26/05/99	26/05/99	7.707.730,35
99/000676	1,73360	38.631,09	66.970,86	02/06/99	02/06/99	66.970,86
99/000677	1,73360	9.280,74	16.089,09	02/06/99	02/06/99	16.089,09
99/000831	1,76200	1.262.296,00	2.224.165,55	17/06/99	17/06/99	2.224.165,55
99/000989	1,77300	230.573,61	408.807,01	02/07/99	02/07/99	408.807,01
99/000990	1,77300	118.677,59	210.415,37	02/07/99	02/07/99	210.415,37
99/001094	1,83000	3.027.511,96	5.540.346,89	15/07/99	15/07/99	5.540.346,89
99/001105	1,81400	2.930.255,67	5.315.483,79	16/07/99	16/07/99	5.315.483,79
99/001145	1,78800	3.131.109,52	5.598.423,82	20/07/99	20/07/99	5.598.423,82
99/001196	1,82000	1.519.038,96	2.764.650,91	27/07/99	27/07/99	2.764.650,91
99/001243	1,82700	207.355,24	378.838,02	03/08/99	03/08/99	378.838,02
99/001244	1,82700	1.341.940,53	2.451.725,35	03/08/99	03/08/99	2.451.725,35
99/001528	1,87060	2.502.405,65	4.681.000,01	25/08/99	25/08/99	4.681.000,01
99/001647	1,92200	393.131,17	755.598,11	02/09/99	02/09/99	755.598,11
99/001648	1,92200	251.578,89	483.534,63	02/09/99	02/09/99	483.534,63
TOTAL						125.317.839,00

04. Segundo o auditor fiscal (item 7.3 do TVF), o lançamento do IRF sobre os rendimentos relativos às operações de swap OTC pagos ao Mellon Bank e ao Banco Surinvest, comprovadas pelos contratos de câmbio de folhas 126/531, foi efetuado por duas razões, apresentadas nos itens 5.1.3, 6.4 e 6.5 do TVF, a saber:

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

a) A Lei 9.481/97, art 1º, inciso IV, com a redação dada pela Lei 9.532/97, reduz a zero a alíquota do IRF incidente sobre valores correspondentes a operações de cobertura de riscos (hedge), auferidos no País, por residentes domiciliados no exterior.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

b) 'No entanto, a redução da alíquota a zero, segundo o § 1º do dispositivo legal referido, exige que sejam observadas as condições estabelecidas pelo Ministro da Fazenda.

c) O Ministro da Fazenda determinou, pelo art. 1º, inciso III, da Portaria MF 70, de 31/03/97, que as remessas correspondentes a operações de cobertura (hedge) obedecem à regulamentação pertinente.

d) Por sua vez, a regulamentação pertinente é a estabelecida pela Resolução CMN 2.012/93 e pela Circular Bacen 2.348/93. Segundo essas normas, os hedges realizados no exterior devem ter por objeto pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira.

e) O contribuinte não cumpriu referidas normas, uma vez que as operações por ele realizadas tinham por objeto ativos financeiros decorrentes de operações de swap realizadas na BMF, sujeitos a pagamento ou recebimento em moeda nacional.

f) A falta de obediência dessas normas, Resolução CMN 2.012/93 combinada com a Circular Bacen 2.348/93, impede a aplicação da alíquota zero.

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

a) As operações de hedge realizadas no exterior valeram-se, como instrumentos financeiros, de operações de swap realizadas em mercado de balcão. Estas últimas, no entanto, são operações sujeitas a registro na CETIP ou em outro sistema de registro habilitado pelo Bacen ou pela CVM, conforme dispõe o art. 3º da Resolução CMN 2.138/94.

b) assim, a redução da alíquota do IRF a zero, além de depender da obediência das normas relativas ao hedge (Resolução CMN 2.012/93 e Circular Bacen 2.348/93), depende também da obediência da norma relativa ao registro das operações



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

de swap, utilizadas como instrumento financeiro do hedge (Resolução CMN 2.138/94).

c) como as operações de swap não foram registradas na CETIP ou em outro sistema de registro autorizado pelo Bacen ou pela CVM, não se podia aplicar a alíquota zero do IRF às remessas destinadas à liquidação das operações, por constituírem rendimentos de domiciliados ou residentes no exterior.

A IMPUGNAÇÃO

05. O sujeito passivo, conforme petição de fls. 1559/1602, instruída com os documentos de fls. 1603/1731, impugnou regularmente 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.

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

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS OPERAÇÕES REALIZADAS

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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

IRPJ e da CSLL, bem como aplicou a alíquota zero do IRF nas remessas de divisas.

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

10. Segundo o modelo, o Banco contrata na BMF operação de swap, na qual troca com o mercado taxa de juros pré-fixada (juros BMF), em determinado período, por uma taxa igual à variação cambial no mesmo período, ambas as taxas aplicadas sobre montantes equivalentes.

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

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

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

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

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

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

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

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

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

CONSIDERAÇÕES QUANTO AO MÉRITO

PAGAMENTO OU RECEBIMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

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

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

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

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

Ofício DECAM/GABIN-99/197, de 23.11.1999

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

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

AUSÊNCIA DE REGISTRO NA CETIP

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

29. A suposta necessidade de registro das operações na CETIP chegou a ser levantada pelo Bacen, em 1999. Na oportunidade, o impugnante respondeu que o registro só cabia quanto a swaps domésticos, não internacionais. O impugnante supôs



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

que essa questão estava superada, pois a intimação que originou o Proc. Bacen não toca nesse ponto. A defesa aborda o assunto, no Proc. Bacen, apenas em histórico:

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

"Irregularidade nº 12

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

Capitulação: Resolução nº 2138 Art. 3º"

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

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

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

33. A Intimação que a Fiscalização fez à CETIP (folha 1.283 dos autos) era para "Informar se a CETIP estava autorizada, pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM, a registrar um contrato **do tipo** apresentado em anexo, no período de janeiro a fevereiro de 1999". A resposta (folha 1.284) 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".

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

35. Acontece que, na CETIP, só são registrados - sempre foi assim e continua sendo - ativos (ou contratos que os gerem) **domésticos**, como salientado na resposta transcrita no item 5.2.3 da Impugnação. Na Intimação do Fisco, perguntava-se se a CETIP estava autorizada a registrar um contrato "**do tipo**" do que anexava. Quem a respondeu há de ter entendido que a pergunta queria referir-se a um contrato daquele "**tipo**", mas celebrado no Brasil e **aqui liquidável**. Acredita o impugnante que nem sequer há de ter passado pela cabeça de quem respondeu à Intimação que o Fisco pudesse estar querendo referir-se a um contrato liquidável **no exterior**. Ou seja, quem respondeu, no passado, deve ter entendido que o Fisco queria saber se, caso o mercado brasileiro "importasse" esse tipo de "produto" para "comercializá-lo" aqui, os contratos seriam registráveis na CETIP.

36. Na carta do impugnante, a pergunta foi bem clara e específica: disse que celebrou contratos com o Mellon Bank N.A., nos termos de Confirmation



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

Agreements', dos quais anexava um, como exemplo. Ou seja, a pergunta não dava margem a nenhum mal-entendido. Queria-se saber (na verdade, já se sabia, o que se queria era apenas uma confirmação por escrito, para fazer prova nos autos) se **aqueles** contratos seriam registráveis; **aqueles** - e não outros, parecidos com aquele, daquele tipo.

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

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

A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

39. O Acórdão DRF/RJOI nº 4461/2003, de Primeira Instancia, (fls. 1735/1773, mantém a exigência fiscal. Refuta ou desconsidera as arguições do impugnante; invoca as mesmas razões apresentadas pelo auditor fiscal no TVF; e acrescenta apenas alguns pontos novos que são destacados a seguir.

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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

deve ser dirigido a este Poder, que detém a competência legal para apreciá-lo.;

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

a) Observamos que as remessas ao exterior realizadas pelo impugnante por terem sido liquidadas em moeda nacional e por não se vincularem a obrigações contraídas em moeda estrangeira, não cumprem os requisitos necessários para que tenham a sua alíquota de incidência reduzida a zero. Além disso, o próprio Conselho Monetário Nacional delegou competência ao Banco Central para regulamentar a Resolução 2.012/93, o que se depreende da leitura do artigo 4º da referida Resolução (que vai transcrito no voto).

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

42. Quanto à contestação do impugnante contra a condição restritiva criada pela Circular Bacen 2.348/93 (recebimentos ou pagamentos em moedas estrangeiras), a Autoridade julgadora, para sustentar a aplicação da Circular Bacen 2.348/93, invoca o fato de a circular anterior, a Circular Bacen 2.170, de 30.04.1992, já ter-se referido a "pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras", como se vê à pág. 22 do Acórdão 4461/2003:

Da análise do dispositivo legal [Circ. 2.170], 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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

não se referem a empréstimos, financiamentos ou dívidas contraídas em moeda estrangeira.;

43. Quanto às ponderações do impugnante sobre a ausência de registro na CETIP das operações de swap realizadas no exterior, a autoridade julgadora argüi pela existência de outros sistemas de registro, como se vê no terceiro parágrafo da pág. 28 do Acórdão 4461/2003:

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

O RECURSO VOLUNTÁRIO

44. O Recurso Voluntário (fls. 1780/1799), ratifica, de forma concisa, os argumentos apresentados na Impugnação e acrescenta algumas novas ponderações, que vão resumidas a seguir.

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

ficaria restrito a verificação de fatos e contas e aplicação literal de normas jurídicas.

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

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

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

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

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

f) Esse é, pois, o primeiro vício do Acórdão recorrido: acatar, sem questionamento, a validade da Circular 2.348/93 do Bacen, em que se funda o auto,



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

recusando-se a sequer discutir a sua ilegalidade por inobservância da Lei 8.383/91 e da Resolução 2.012/93 do CMN, ato normativo de hierarquia superior a que se deveria ater, argüida pelo ora recorrente na sua Impugnação.

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

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

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

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

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

c) Os “outros sistemas de registro” a que se refere a Resolução CMN 2.138/94 somente podem ser aqueles que porventura viessem a ser implantados no



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

Brasil e fossem autorizados pelo Bacen e a CVM, a exemplo da CETIP.

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

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

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

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

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

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

É o Relatório.



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

VOTO

Conselheiro IRINEU BIANCHI, Relator

49. O recurso preenche todas as formalidades exigidas. Dele tomo conhecimento.

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

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

52. Observa-se que, na essência, as razões invocadas para a formalização da exigência fiscal referente ao IRF são as mesmas que deram suporte à exigência fiscal referente ao IRPJ, formalizada no Processo nº 10768.002986/2003-95, submetido a julgamento nesta mesma sessão. Em razão disso, a autoridade julgadora de primeira fundamentou o Acórdão 4461/2003, relativa ao presente processo, com



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

razões idênticas às expostas no Acórdão 4460/2003, referente ao processo do IRPJ. Por sua vez, o recorrente apresentou defesa idêntica nos dois processos.

53. De minha parte, considero também que as razões do voto proferidas no Processo nº 10768.002986/2003-95, relativo ao IRPJ, são absolutamente apropriadas para a melhor solução que se deve dar à lide travada no Processo nº 10768.003317/2003-31, ora em julgamento. Por isso repito aquelas razões, com as adaptações cabíveis, inclusive as considerações iniciais que, por apresentarem análise global da tributação incidente sobre o hedge, não podem dispensar os tópicos pertinentes especificamente ao IRPJ.

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

55. Como se vê pelo relatório, o recorrente realizou operações de 'swap' na BMF da seguinte forma: trocava com o mercado taxas de juros fixas, sobre montantes determinados de reais, por variação cambial (reais/dólares), sobre montantes equivalentes de recursos. Em outras palavras, o banco vendia juros e comprava variação cambial; pagava os juros incorridos no período de cada operação e, em troca, recebia a variação cambial ocorrida no mesmo período.

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

57. O próprio auditor fiscal reconhece expressamente, no quarto



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

parágrafo do item 6.4 do TVF, que as operações realizadas na BMF "estão relacionadas às atividades operacionais do Banco Brascan". Está evidente, pois, que referidas operações compunham o elenco de atividades operacionais, usuais e normais, do recorrente.

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

59. Na aquisição, junto à BMF, dos ativos financeiros representados pelo direito de auferir variação cambial, no exercício regular de suas atividades operacionais, o recorrente expunha-se a riscos de prejuízos operacionais. Bastaria que a variação cambial fosse inferior à taxa de juros para que o recorrente sofresse prejuízos. Cabi-lhe, portanto, como ocorre com qualquer outra empresa, a prerrogativa de proteger os ativos adquiridos mediante a realização de 'hedge', inclusive no exterior.

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

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

b) no quarto parágrafo do item 6.4 do TVF: "À luz da definição de hedge dada pela legislação tributária (item 3.2, deste termo), considerando que as operações realizadas na BMF estão relacionadas às atividades operacionais do Banco Brascan (alínea 'a', § 1º, da Lei nº 8.981/95), não há como negar que as operações realizadas na BMF poderiam ser objeto de hedge" (observação: o auditor utiliza a forma condicional, "poderiam ser...", apenas por ressaltar, no parágrafo seguinte, que as operações de hedge feitas no exterior estão sujeitas a determinadas condições para fins tributários);

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

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

63. Com a realização dessas operações de cobertura, o recorrente eliminava os riscos da exposição cambial sobre os ativos que adquiria na BMF, pois as



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

operações eram estruturadas de tal forma que as despesas de variação cambial pagas no exterior correspondessem às receitas de variação cambial auferidas no País.

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

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

66. E é justamente por causa dessa característica do hedge (compensação dos resultados das operações de cobertura com os resultados das operações cobertas) que a legislação fiscal aplicável à matéria prevê a apropriação, na base de cálculo do IRPJ, dos resultados, positivos ou negativos, das operações de cobertura, mesmo quando realizadas no exterior.

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

não poderia computar o prejuízo havido no exterior decorrente da operação de cobertura.

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

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

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

impraticável, vez que, nas transações internacionais, o ônus do IRF sobre as remessas recai, de praxe, sobre o remetente.

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

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

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

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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

c) art. 63 da Lei 8.383/91;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

77. Todavia, na aplicação dessa legislação às operações examinadas, a fiscalização entendeu que deixaram de ser observadas normas que deveriam ser observadas sob pena de prejudicar o direito de apropriar os resultados negativos das operações de cobertura realizadas no exterior, bem como o direito de aplicar a



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

alíquota zero do IRF sobre as remessas necessárias para cobrir referidos resultados negativos.

78. Em consequência, a inobservância dessas normas, em razão de suas implicações com as demais normas que regulam a matéria, resultaria na impossibilidade de aplicação da alíquota zero do IRF sobre **as remessas necessárias para cobrir os resultados negativos das operações, que constituem remuneração de domiciliados no exterior**. Entendeu o auditor fiscal, e o Acórdão recorrido endossar, que não foram observadas as seguintes normas:

a) a norma constante da Circular Bacen 2.438/93, expedida com base na Resolução CMN 2.012/93, segundo a qual os objetos cobertos pelo hedge só poderiam ser constituídos de pagamentos ou recebimentos em moedas estrangeiras (conforme explanei nas alíneas 'a' a 'f' do item 04 do relatório);

b) a norma constante da Resolução CMN 2.138/94, segundo a qual as operações de swap realizadas no exterior em mercado de balcão, que foram utilizadas como instrumentos financeiros das operações de hedge, deveriam ser registradas na CETIP ou em outro sistema de registro habilitado pelo Bacen ou pela CVM (conforme explanei nas alíneas 'g' a 'i' do item 04 do relatório).

PAGAMENTOS OU RECEBIMENTOS EM MOEDA ESTRANGEIRA

79. **Examino em primeiro lugar** a questão relativa à condição de que os objetos das operações de hedge realizadas no exterior sejam "pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira". A controvérsia foi demonstrada nos itens 04, alíneas 'a' a 'f', 18 a 27, 40 a 42 e 46, do Relatório. A partir do exame cuidadoso das circunstâncias que envolvem tal debate, recolhi os elementos relevantes na formação de minha decisão.

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

estabelecidas pelo CMN.

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

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

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

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

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

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

84. Quanto às correspondentes operações de cobertura, embora o TVF mencione em três tópicos distintos do item 6.5, na folha 19, que a Resolução 2.012/93 não se destina a definir instrumento específico de hedge, constata-se que o § 1º do art. 1º da referida Resolução dispõe especificamente sobre as operações de cobertura. Se



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

não bastasse a essa conclusão o conteúdo do próprio dispositivo, aduz-se que a expressão "as operações de que se trata", com que se inicia o parágrafo, vincula-se à expressão "operações destinadas a proteção" constante do caput do artigo.

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

86. Segundo o § 1º do art. 1º, caberia ao Bacen, caso as operações de cobertura não se tivessem pautado pelos referidos parâmetros, exigir compensação cambial suficiente para elidir os efeitos das operações dissonantes. Não consta que o Bacen o tenha feito. Pelo contrário, consta dos autos cópia do depoimento, anexado como documento 04 da Impugnação (fls. 1710/1716), do presidente do Bacen à época dos fatos, o Dr. Gustavo H. B. Franco, no sentido de que as operações eram regulares.

87. O próprio reconhecimento do auditor fiscal de que as operações realizadas pelo recorrente constituíam efetivamente operações de hedge, como já disse nas alíneas 'a' a 'd' do item 113 deste voto, desautoriza qualquer desconfiança de que tais operações não teriam observado os ditos parâmetros vigentes no mercado internacional. Os contratos realizados entre o Banco Brascan e as instituições estrangeiras, juntamente com as suas traduções, encontram-se às fls. 125/531, conforme último parágrafo do item 4.2 do TVF.

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

89. Nem poderia ser diferente, pois, para que exista o risco de variação cambial, basta que a operação seja atrelada a uma moeda estrangeira, não importando



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

a moeda em que seja liquidada. Com efeito, é suficiente para integrar-se numa operação de hedge a operação coberta, realizada no País, que se lastreia em moeda estrangeira como moeda de conta, mesmo que venha a ser liquidada em moeda nacional. Por exemplo, pode-se fazer no exterior operação de hedge destinada a dar proteção a operação realizada no País, em que alguém assuma a obrigação de pagar quantia equivalente a mil dólares, em prazo futuro, não importando que o pagamento venha a ser feito em reais, desde que o valor pago em reais equivalha, na data do pagamento, a mil dólares.

90. As operações realizadas na BMF, examinadas pelo auditor fiscal e arroladas em planilha acostada aos autos, como se vê pelo último parágrafo do item 4.1 do TVF, foram consideradas como sujeitas a risco, passíveis, portanto, da proteção realizada. Tanto que constituíram elemento integrante das operações de hedge praticadas pelo recorrente e reconhecidas como tais pelo próprio auditor fiscal, como já disse nas alíneas 'a' a 'd' do item 113 deste voto.

91. Consta dos autos que o Bacen tinha conhecimento das operações praticadas, tanto as de cobertura, como as cobertas, ao tempo em que eram realizadas, sem que a elas tivesse se oposto. As operações eram praticadas normalmente. A situação levou o Departamento de Câmbio do Bacen a sugerir, por meio do Ofício DECAM/GABIN-99/197, de 23/11/99 (citado às fls. 1679), que o Bacen expedisse Carta Circular dispondo que tais operações não estariam contidas no âmbito da autorização dada pela Resolução CMN 2.012/93 c/c a Circular Bacen 2.348/93, antes que se cristalizassem como "praxe de mercado", com a possibilidade de gerarem expressivas remessas de recursos ao exterior.

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

93. O depoimento do presidente do Bacen à época dos fatos, anexado à Impugnação como documento 04 (fls. 1712/1716), constitui testemunho de que na época em que realizadas, as operações eram consideradas regulares. A autenticidade e o conteúdo do documento trazido aos autos não foram contestados. A autoridade julgadora limitou-se, quanto a ele, a dizer que tal entendimento "trazido ao processo não vincula esta autoridade julgadora, que possui entendimento diverso", ratificando no parágrafo seguinte que o "citado depoimento não constitui ato normativo expedido por autoridade administrativa", como se vê nos últimos parágrafos da folha 23 e primeiros da folha 24 do Acórdão recorrido.

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

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

96. Concluo, pois, que as operações praticadas pelo recorrente, tanto as de cobertura (documentadas às folhas 126 a 531 conforme o quarto parágrafo da fl. 28 do acórdão recorrido), bem como as operações cobertas, como se vê pelo último parágrafo do item 4.1 do TVF, atendem às normas da Resolução CMN 2.012/93 e, portanto, atendem aos requisitos do art. 63 da Lei 8.383/91.

97. Mas, aí vem o auditor fiscal e diz que as operações cobertas não atendem a requisito da Circular Bacen 2.348/93, segundo o qual os respectivos pagamentos ou recebimentos devem ser feitos em moeda estrangeira. Assim, pelo fato



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

de a Circular referir-se à Resolução CMN 2.012/93 (mesmo sem ter invocado a competência delegada no art. 4º), a falta de atendimento do requisito estabelecido pela Circular constituiria infração da própria Resolução. E daí, infringida a Resolução, não teria sido atendida a condição prevista na parte final do art. 63 da Lei 8.383/91. Não atendida tal condição, não caberia a aplicação da alíquota zero sobre as remessas necessárias para cobrir os resultados negativos das operações, que constituem rendimentos de domiciliados no exterior.

98. A Circular Bacen 2.348/93 dispõe:

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

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

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

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

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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

102. Mas o Bacen pretendeu, na verdade, restringir a amplitude das operações de hedge. Com efeito, pela Resolução CMN 2.012/93, tanto as operações cursadas em moeda estrangeira como as cursadas em moeda nacional podiam ser objeto de hedge; pela Circular Bacen 2.348/93, só as operações cursadas em moeda estrangeira poderiam sê-lo.

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

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

106. Mas as disposições que excedem os limites da atribuição delegada pelo CMN não podem ter eficácia jurídica. Por esse motivo, os autos apresentam evidências bastantes de que a Circular Bacen 2.348/98 passou a receber, tanto do Bacen como do mercado, interpretação sistêmica que lhe conferia a necessária compatibilidade com a correspondente norma superior. Aceitava-se que a referência a "pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira", na verdade, explicitava tratar-se de pagamentos ou recebimentos referenciados a moeda estrangeira, como assinaei nos itens 140 e 141 deste voto.

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

108. Todavia, como as operações eram, até então, acolhidas como regulares pelo Bacen, que as monitorava e auditava regularmente (no desempenho de suas funções rotineiras), sem contestá-las, como se confirma pelo depoimento do ex-presidente do Bacen, o procedimento do Bacen consubstanciava-se, na ocasião, como prática reiterada da administração. Nesse caso, a despeito do que diz a autoridade julgadora no primeiro parágrafo da folha 24 do acórdão recorrido, passava a constituir norma tributária complementar, à mercê do art. 100, inciso III, do CTN:

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

(...)

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

109. A mudança, pois, de entendimento não poderia atingir fatos passados, se é que estivessem irregulares à vista do disposto estritamente na



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

Resolução CMN 2.012/93, hipótese que não ocorreu como já foi visto.

110. Agora, admitindo-se a rejeição da interpretação sistêmica que se fazia da Circular Bacen 2.348/93 (ou a mudança da referida "prática reiterada da administração"), não há como ignorar que a Circular, no que tange à restrição da amplitude do hedge, contraria as disposições dos arts. 63 da Lei 8.383/91 e 9º, inciso XXXI, da Lei 4.595/64.

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

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

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

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

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

c) a não aplicação do disposto nas IN SRF 23/97 e 103/97, que impede o aproveitamento do crédito presumido do IPI relativo a compras, respectivamente, de



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

peessoas físicas e de cooperativas, por ofensa ao art. 1º da Lei nº 9.363 de 13.12.96, conforme acórdãos:

- Ac. 201-75304, de 22/08/2001, referente Recurso 117909;
- Ac. 202-15388, de 28/01/2004, referente Recurso 118294;
- Ac. CSRF/02-01.252, de 27.01.2003, referente Recurso 201-109912;
- Ac. CSRF/02-01.388, de 08/09/2003, referente Recurso 201-114966;

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

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

112. Concluo, finalmente, que a inovação inserta no caput do art. 1º da Circular Bacen 2.348/94 não reúne condições de merecer a interpretação restritiva que lhe atribuíram o auditor fiscal e a autoridade julgadora. Não tem ela condições de inculcar nas operações realizadas pelo recorrente, ao amparo da Resolução CMN 2.012/93, a pecha de irregulares.

113. Nesse caso, não há qualquer desobediência à Resolução CMN 2.012/93 que justificaria a vedação de se aplicar a alíquota zero do IRF sobre as remessas necessárias para cobrir os resultados negativos das operações, que constituem rendimentos de domiciliados no exterior.

REGISTRO DAS OPERAÇÕES DE SWAP CURSADAS NO EXTERIOR

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

115. O debate sobre a questão, bem documentado nos autos, está condensado nos itens 04, alíneas 'g' a 'i', 28 a 38, 43 e 47, do Relatório. A partir do exame cuidadoso das circunstâncias que envolvem tal debate, recolhi os elementos relevantes na formação de minha decisão.

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

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

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

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

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

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

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

125. Mas o impugnante demonstrou, e comprovou nos autos, que os termos utilizados na intimação expedida pelo auditor fiscal à CETIP, para que informasse se fazia ou não o registro, levaram-na a uma resposta positiva mas incoerente com a realidade dos fatos, como se vê adiante.

126. O contribuinte foi preciso na forma de fazer a indagação à CETIP, como se vê pelo documento 05 anexado à impugnação (fls. 1718/1723). Encaminhou cópia de um dos contratos das operações que realizava no exterior e, descrevendo as circunstâncias envolvidas, perguntou se **aquela operação, específica**, era registrada. A resposta da CETIP foi negativa, como demonstra o documento 06 anexado à impugnação (fls. 1725).



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

127. O auditor fiscal, como se vê pelo documento de fls. 1275, perguntou à CETIP se estava autorizada a registrar um contrato **do tipo** do que se anexava. A resposta da CETIP foi positiva, no sentido de que poderiam ser registrados contratos **daquele tipo**, como se vê pelo documento de fls. 1276/1280.

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

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

130. Mas a autoridade julgadora não só dispensou a providência, numa evidência de que não teria dúvidas, como deixa transparecer que acredita na resposta dada ao recorrente (de que a CETIP não faz o registro das operações realizadas no exterior), segundo o teor da justificativa proferida no voto (item 43 do relatório) que instrui a decisão:

Devemos lembrar também, abordando a impossibilidade de registro na CETIP, que o mesmo artigo referido no parágrafo anterior estabelece a obrigatoriedade do registro das operações de que trata a Resolução CMN nº 2.138/94 em sistema administrado pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP, ou em outros sistemas de registro, de custódia e de liquidação, devidamente autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários e que atendam as necessidades de fiscalização e controle por parte do Banco Central do Brasil. Concluo assim, que haviam (sic!) outras alternativas de



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

registro das operações realizadas, além daquela questionada pelo impugnante como impossível, não podendo, desta forma, ser acatada esta alegação do impugnante.; (o grifo em negrito não é do original)

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

132. À vista dessa “equivocada conclusão” da autoridade julgadora, o contribuinte oferece à colação, na fase recursal, cópia do ofício da BMF (documento 2 do recurso, fls. 1808/1809), em que a BMF também esclarece que as operações realizadas no exterior não eram nem são passíveis de registro na BMF.

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

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

135. Além de tudo isso, para que as operações de swap cursadas no exterior pudessem ser registráveis no país, seria necessário que, preliminarmente, fossem regulamentados os procedimentos operacionais que deveriam ser observados pelos inúmeros mercados de balcão existentes no mundo (cada qual com suas



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

peculiaridades), com instruções detalhadas sobre a geração e transmissão dos arquivos eletrônicos relativos aos dados das operações cursadas nesses mercados, bem como sobre as formas possíveis de liquidação das operações (envolvidas as transações cambiais), segundo os modelos de operação adotados pelas entidades brasileiras incumbidas do registro. Ou, inversamente, seria preciso que as entidades brasileiras se amoldassem a cada um dos inúmeros mecanismos de swap existentes no mundo.

136. Essa utopia (item 186) constitui mais um indício de que as operações de que trata o presente processo não eram nem são registráveis no país.

137. 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.

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

140. 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.**

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

142. 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.

143. Nesse contexto, não sendo registráveis as operações realizadas no exterior, não se pode considerar que tenha havido desobediência à Resolução CMN 2.138/94, de tal forma que não se pudesse admitir a aplicação da alíquota zero do IRF.

144. E finalmente, para encerrar o voto, relembro as ressalvas que fiz ao início, mas especialmente a do item 71, que peço licença para transcrever novamente:

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

145. Não é o caso dos autos. A pretendida exação fiscal monta-se em dois equívocos: (i) na inépcia de uma Circular do Bacen, que só poderia modificar as



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

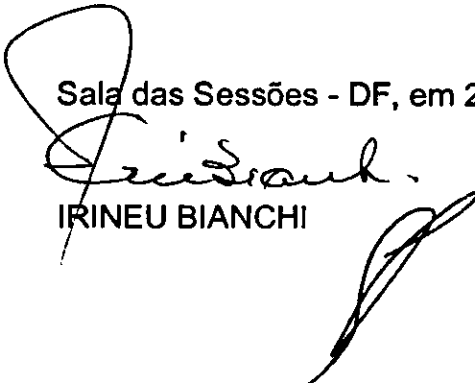
Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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.

146. Por essas razões, dou provimento ao recurso.

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


IRINEU BIANCHI



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira NADJA RODRIGUES ROMERO

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

A recorrente ataca o fundamento legal utilizado, pela autoridade lançadora, para tributar na fonte - à alíquota de 15% - as remessas correspondentes a operações de cobertura (hedge) realizadas por ela no exterior. Trata-se, portanto, de questão de direito, apenas interpretação de norma.

O fundamento legal, utilizado para o lançamento do IRRF, atacado pela recorrente é o seguinte. O art.1º, inciso IV, da Lei nº 9.481/97, com redação dada pela Lei nº 9.532/97, estabelece que o imposto de renda na fonte incidente sobre os valores correspondentes a operações de cobertura de riscos de variações, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridade entre moedas e de preços de mercadorias (hedge), auferidos no País, por residentes domiciliados no exterior, tem alíquota reduzida para zero.

No entanto, para que a alíquota fique reduzida a zero, o § 1º do mesmo artigo exige que sejam observadas as condições, formas e prazos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

Tais condições foram estabelecidas na Portaria MF nº 70, de 31/03/97, que impõe, no inciso III do art. 1º, que as remessas correspondentes a operações de cobertura (hedge) sejam comprovadamente caracterizadas como necessárias, usuais e normais e que obedeçam à regulamentação pertinente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

Por sua vez, a regulamentação pertinente é a estabelecida pela Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.012 e pela Circular do Banco Central do Brasil nº 2.348, ambas de 30/07/1993.

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

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

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

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

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

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

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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O inciso I permite o *hedge* no exterior de pagamentos e recebimentos em moeda nacional decorrentes de repasses de obrigações, admitidas na legislação, contraídas em moeda estrangeira. Caso, por exemplo, de repasses de empréstimos



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

externos tomados por bancos a empresas situadas no País, admitidos pela Resolução CMN nº 63/67.

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

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

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

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

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

Portanto, no que diz respeito ao risco de preços de mercadorias no mercado internacional, o fato de a Circular Bacen nº 2.348/93 prever como objeto de



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

hedge no exterior apenas pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira não implica em estabelecer condição não prevista na Resolução CMN nº 2.012/93.

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

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

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

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

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

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

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



Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

Para fixar bem a diferença entre os termos "paridade" e "taxa de câmbio", vale transcrever o que diz Emílio Garofalo Filho, ex-Diretor da Área Externa do Bacen²: *"qualquer moeda contra o real tem uma taxa de câmbio; uma moeda estrangeira contra outra moeda estrangeira tem a relação expressa em paridade"*.

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

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

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

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

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

Vale ainda uma última observação. Somente em agosto de 2005, com a Resolução CMN nº 3.312, de 31/08/2005³, que revogou a Resolução CMN nº 2.012/93, o

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

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

(...)

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

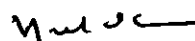
Fl.

Processo nº : 10768.003317/2003-31
Acórdão nº. : 105-15.504

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

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

Estas são, portanto, as minhas razões para proferir o voto divergente, no sentido de Negar Provimento ao recurso voluntário interposto pela contribuinte.


NADJA RODRIGUES ROMERO

(...)