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

Processo nº	10768.003317/2003-31
Recurso nº	147.731 Especial do Procurador
Acórdão nº	**9101-00.706 – 1ª Turma**
Sessão de	8 de novembro de 2010
Matéria	IRF sobre rendimentos de não residentes
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Recorrida	BANCO BRASCAN S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 1999

IR FONTE - RENDIMENTOS DE NÃO-RESIDENTES - OPERAÇÕES DE *HEDGE* - ALÍQUOTA ZERO - As operações de cobertura (*hedge*), realizadas para proteção de posições assumidas na BM&F expressas em moeda nacional, mas atreladas a derivativos de variação cambial, não podem ser consideradas não admitidas por falta de normativo expresso de conteúdo proibitivo. Sobre o valor das remessas a beneficiários no exterior, destinadas à liquidação de operações de *hedge*, de que trata a Resolução CMN nº 2.012/1993, aplica-se a alíquota de zero do Imposto de Renda na Fonte, inclusive quando realizadas mediante operações de *swap* liquidadas em moeda nacional, não constituindo restrição o disposto no art. 1º da Circular Bacen nº 2.348/1993.

OPERAÇÕES DE *SWAP* NO EXTERIOR - REGISTRO NA CETIP - IMPOSSIBILIDADE - Em relação às operações de *swap* realizadas mediante contratos firmados no exterior, é inaplicável a norma prevista no art. 3º da Resolução CMN nº 2.138/1994, que se converte em condição inexeqüível, pela inexistência, à época dos fatos, de sistema habilitado para registro.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Relator.

EDITADO EM: 20/01/2011

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

Relatório

Com fundamento no art. 56, inciso II do Regimento Interno do Conselhos de Contribuintes - RICC c/c arts. 7, inciso I e 15 § 1º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais – RICSRF, ambos aprovados pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, a Fazenda Nacional interpõe recurso especial (fls. 1.960/1.987) em face do acórdão nº 105-15.504 proferido pela antiga Quinta Câmara do Primeiro Conselhos de Contribuintes assim ementado:

> *"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. 1° 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. 3° da Resolução CMN 2.138/1994, que se converte em condição inexeqüível em relação às operações de swap, que foram realizadas no exterior."*

De início, cumpre registrar que os fatos que deram origem aos presentes autos, ensejaram também o lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), que constituem o objeto do processo de nº 10768.002986/2003-95, que será apreciado nesta mesma oportunidade. A ação fiscal que resultou em ambos os processos foi motivada por comunicação feita pelo Banco Central do Brasil à Superintendência Regional da Receita Federal, da 7ª Região Fiscal, por meio do expediente DESUP/GABIN-2001/036, de 20/04/2001, assim como, pela informação do Ministério Público Federal feita pelo Ofício nº 109/PR/RJ/GAB/AG, de 10.07.2001 (fls. 1.461). No âmbito daquela Autarquia, a matéria foi objeto de investigação simultânea, cujas conclusões foram consubstanciadas no Processo BCB nº 0101088985, julgado em caráter definitivo na 267ª Sessão de Julgamento do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) e que resultou no Acórdão CRSFN nº 7.842/06, de 07.11.2006.

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD
RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

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

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

Da autuação

A contribuinte foi cientificada do auto de infração em 02.04.2003, por meio do qual a autoridade formaliza a exigência de **Imposto de Renda Devido na Fonte (IRF)** 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 Termo de Verificação Fiscal (TVF) (fls. 1.447/1.479).

Trata-se de remessas efetuadas para pagamento de resultados (perdas) decorrentes de operações de *swap OTC market* (expressão financeira usual para designar *over the counter market*), referenciado no País como "mercado de balcão" ou mercado organizado fora de bolsa), realizadas no exterior e que foram utilizadas como instrumentos financeiros de operações de cobertura (*hedge*). Tais operações foram destinadas a cobrir riscos de variação cambial de direitos adquiridos em operações de *swap* realizadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros (BMF) no Brasil.

A autuação apresentou duas fundamentações, a seguir resumidas:

1. PAGAMENTO OU RECEBIMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA

1.1 A Lei 9.481/97, art 1º, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 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.

1.2 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.

1.3 O Ministro da Fazenda determinou, pelo art. 1º, inciso III, da Portaria MF nº 70, de 31/03/97, que as remessas correspondentes a operações de cobertura (*hedge*) obedeçam à regulamentação pertinente.

1.4 Por sua vez, a regulamentação pertinente é a estabelecida pela Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) nº 2.012/93 e pela Circular Bacen 2.348/93. Segundo

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

essas normas, as operações de cobertura (*hegde*) realizadas no exterior **devem ter por objeto pagamentos ou recebimentos em moeda estrangeira**.

1.5. A contribuinte não cumpriu referidas normas, uma vez que as operações por ela realizadas tinham por objeto **ativos financeiros decorrentes de operações de *swap* realizadas na BMF**, portanto, no Brasil e sujeitos **a pagamento ou recebimento em moeda nacional**.

1.6 A falta de obediência dessas normas, Resolução CMN nº 2.012/93 combinada com a Circular Bacen 2.348/93**, impede a aplicação da alíquota zero**.

2. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA CETIP

2.1 As operações de *hedge* realizadas no exterior valeram-se, como instrumentos financeiros, de operações de *swap* realizadas em mercado de balcão. 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 Nº 2.138/94.

2.2 Assim, a redução da alíquota do IRF a zero, além de depender da obediência das normas relativas ao *hedge* (Resolução CMN nº 2.012/9 e Circular Bacennº 2.348/93), **depende também da obediência da norma relativa ao registro das operações de *swap***, utilizadas como instrumento financeiro do *hedge* (Resolução CMN nº 2.138/94).

2.3 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.

Da impugnação

O sujeito passivo, conforme petição de fls. 1.559/1.602, instruída com os documentos de fls. 1.603/1.731, impugnou a exigência fiscal, exceto a parcela relativa ao crédito tributário decorrente da operação realizada com o Banco Surinvest, iniciada em 12.01.99 e concluída em 29.01.99, que foi liquidada na ocasião. Referida operação ensejou o lançamento do IRF com multa de ofício no percentual de 150% em razão da conduta considerada qualificada pela autoridade fiscal. Desta forma, desde a primeira instância, não foi objeto de litígio a parte do crédito tributário lançada, relativa à operação em que figurava como contra-parte o Banco Surinvest, correspondente ao contrato de câmbio nº 99/00044, conforme TVF (fls. 1.476/1.477).

O Acórdão DRF/RJO-I nº 4461/2003, de Primeira Instancia, (fls. 1.735/1.773, mantém a exigência fiscal. Refuta ou desconsidera as argüições da impugnante, invocando as mesmas razões apresentadas pelo auditor fiscal no TVF.

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

Do recurso voluntário

Em sede de recurso voluntário (fls. 1.780/1.799), a contribuinte ratifica, os argumentos apresentados na Impugnação e acrescenta novas ponderações: a) quanto à premissa em que se baseou o acórdão da DRJ de que, gozando as normas administrativas regularmente editadas de presunção de validade, tal questionamento deve ser dirigido ao Poder Judiciário, que detém a competência legal para apreciá-lo; e b) quanto à conclusão da decisão da DRJ de que havia alternativas de registro, além da CETIP, porque a Resolução CMN nº 2.138/94 refere-se a "outros sistemas de registro".

A Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por meio da decisão recorrida de fls. 1.759/1.810, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário, corroborando o estudo do i. relator Conselheiro Irineu Bianchi, que em síntese, concluiu que:

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

> "112. (...) a inovação inserta no caput do art. 1° 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."

b) quanto à necessidade de registro das operações na CETIP

> "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 § 1° do art. 1° 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 inexeqüível**.
>
> 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 exeqüível a condição. O **que não se pode admitir é que a eficácia de uma lei seja aniquilada pela criação de condição inexeqüível**, como se pretendeu fazer no presente caso.
>
> (...)
>
> 143. Nesse contexto, não sendo registráveis as operações realizadas no exterior, não se pode considerar que tenha havido desobediência à Resolução CMN2.138/94, de tal forma que não se pudesse admitir a aplicação da alíquota zero do IRF." *(grifos do original)*

A Câmara *a quo* afastou, então, a exigência do IRF sobre os rendimentos auferidos por não residente, correspondentes às perdas verificadas nas referidas operações de *hedge*, instrumentalizadas por contratos *swap OTC*, considerando que o Banco Central não poderia, ao regulamentar a Resolução do CMN, restringir as operações permitidas somente

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

àquelas em que os pagamentos e recebimentos fossem efetuados em moeda estrangeira e que, não seria possível, retirar a eficácia da norma permissiva pela não realização de registro considerado impossível naquela ocasião.

Dos embargos de declaração

Em face da decisão da Quinta Câmara, a Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração (fls. 1.814/1.834), alegando, em síntese:

a) quanto à questão do "registro das operações", que a Câmara deixou de observar que a exigência de tal registro decorre do art. 3º e seguintes da Lei nº 4.131 c/c Circular Bacen nº 2.348, art. 5º;

b) quanto à "autonomia do BCB para editar atos pertinentes a câmbio" argumenta que a Câmara ao rejeitar a condição estabelecida pela Circular Bacen nº 2.348, sob o argumento de que o Bacen extrapolou a competência que lhe fora delegada, deixou de observar que a Lei nº 4.595, art. 4º, inciso XVIII, ao atribuir ao Bacen o "monopólio das operações de câmbio", atribui-lhe autonomia para editar atos referentes à matéria cambial; e, finalmente,

c) quanto à questão da "paridade entre moedas", a PFN argumenta que a Câmara, ao entender que o Bacen alterou condições das operações de *swap/hedge*, por inserir na Circular nº 2.348 exigência de que os objetos do *hedge* fossem "pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras", deixou de observar que, à vista do conceito de "paridade", assentado no Glossário do Bacen, a Circular Bacen nº 2.348 não colide com a disposição da Resolução CMN nº 2.012, visto que as operações enquadradas como "operações de paridade entre moedas" resultam necessariamente em "pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras".

Oportuno registrar que, na sua manifestação perante os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, a contribuinte, em 20.06.2007, aduziu as seguintes informações ao processo, peticionando a juntada de diversos documentos:

> "5. Como indicado nos autos, a fiscalização do Bacen considerou que determinadas operações de *hedge* do contribuinte eram violadoras das normas administrativas do CMN e do Bacen. Dessa fiscalização decorreram um processo administrativo na esfera do Bacen (nº 01001088985), o Auto de Infração objeto do processo em epígrafe e um processo criminal.
>
> 6. A decisão de primeira instância na esfera do Bacen foi contrária à PETCIONÁRIA, à qual aplicou multas em valor superior a R$ 18 milhões; no entanto, o recurso dela interposto pela PETICIONARIA (nº 5523) foi provido por acórdão unânime do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), proferido na 266ª sessão, de 07 e 08.11.2006, que contou com parecer favorável do Procurador da Fazenda Nacional, Rodrigo Pirajá Wienkoski.
>
> 7. (...)

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

> 8. A PETICIONARIA vem juntar cópia aos autos da p. 58 do Diário Oficial de 20.12.2006 (Doc. 1), que noticia que o processo 01001088985 foi arquivado em razão do provimento doseu recurso nº 5523, e cópia do pertinente parecer do Procurador da Fazenda Nacional, Rodrigo Pirajá Wienkoski (Doc. 2), favorável à PETICIONARIA." *(fls. 1.842/1.843)*

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

Ao analisar os referidos embargos, o i. relator concluiu pela inexistência das imperfeições alegadas, não padecendo a decisão da câmara *a quo* de qualquer vício de omissão, obscuridade ou contradição, qualificando de inovadores os argumentos trazidos pela embargante. Assim, as alegações foram rejeitadas pelo então presidente da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, conforme despacho de 24.01.2008 (fls. 1.941/1956).

Do recurso especial

Mantido sem reparos o teor do acórdão proferido pela antiga Quinta Câmara do Primeiro Conselhos de Contribuintes, a Fazenda Nacional apresentou, então, recurso especial com fundamento no art. 56, inciso II do RICC c/c art. 7º, inciso I, alegando, em síntese, o seguinte (fls. 1.960/1.987):

> 1. "Violação ao artigo 1º, inciso IV e parágrafo único da Lei nº 9.481, de 1997, c/c Portaria MF nº 70/97, art. 1º, inciso III, c/c Resolução CMN nº 2.012, de 1993, artigo 1º, c/c Circular BCB 2.348, de 1993, art. 1º, no tocante à primeira fundamentação da autuação, a saber, o fato do contribuinte não ter cumprido às referidas normas, uma vez que as operações tinham por objeto ativos financeiros decorrentes de operações de *swap* realizadas na BM&F, sujeitos a pagamento ou recebimento em moeda nacional"; *(destaques do original)*

> 2. "Ofensa ao artigo 3º da Resolução nº 2.138 do BACEN, ao parágrafo único da Lei nº 9.481/97 e ao inciso III do artigo 1º da Portaria MF nº 70/97, no tocante à segunda fundamentação da autuação, a saber, a incidência dos tributos, em decorrência da ausência de registro das operações na CETIP ou em outro sistema de registro habilitado pelo Banco Central ou pela CVM." *(destaques do original)*

A Fazenda Nacional insurge-se contra a decisão recorrida, a qual rechaçou os dois fundamentos da autuação, ao argumento de que:

a) as operações da contribuinte não se coadunam com as normas do CMN porque não visavam a cobrir riscos de "pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira"; e

b) essas operações não foram objeto de registro na Cetip, conforme estabelecido pela Resolução CMN nº 2.138/94.

Em despacho de 08.08.2008 (fls. 1.989/1.990), o presidente da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes reconhece que foram atendidos os pressupostos

Assinado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

de admissibilidade e determina o seguimento do Recurso Especial, retornando os autos para ciência manifestação da contribuinte.

Em suas contrarrazões (fls. 2.004/2.014), a contribuinte destaca a decisão definitiva que lhe foi favorável prolatada sobre a mesma matéria pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Aquele órgão, com o apoio do parecer do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Rodrigo Pirajá Wienkoski, por meio de decisão unânime do colegiado, deu provimento ao recurso da contribuinte e considerou lícitas e conformes à legislação cambial e às normas do CMN e do Bacen as operações objeto dos presentes autos.

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

No que se refere à segunda fundamentação do auto, quanto à necessidade de registro das operações na CETIP, argui que tal registro era impossível e que a Resolução CMN nº 2.138/94, invocada pela autoridade fiscal como suposto amparo à exigência de registro no Brasil, nada tem a ver com câmbio nem com operações de *swap* efetuadas no exterior.

Às fls. 2.015, a Delegacia Especial de Instituições Financeiras no Rio de Janeiro retorna os autos a esta Câmara Superior de Recursos Fiscais para as providências cabíveis.

É o relatório.

Voto

Conselheiro CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS

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

Dele, portanto, tomo conhecimento.

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

Portanto, estão sendo discutidas nestes autos, as consequências tributárias relativas a 24 operações realizadas com o Mellon Bank N.A., discriminadas no quadro

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

constante do Termo de Verificação Fiscal (TVF), (fls. 1.448), todas liquidadas entre 15.01.99 e 02.09.99.

Cumpre também registrar que os fundamentos da autuação referente ao IRF são os mesmos que embasaram o lançamento do IRPJ no processo de nº 10768.002986/2003-95, que será também apreciado nesta oportunidade.

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

As operações de *hedge* são justificadas por pressupostos verificáveis objetivamente, quais sejam, a existência de uma obrigação futura ou um ativo financeiro e a possibilidade de um provável aumento no valor da obrigação ou a perda de valor do ativo, consubstanciando um risco financeiro. Da análise da documentação acostada aos autos, pode-se afirmar que as operações realizadas pela contribuinte se iniciavam com assunção de posições na BM&F, por meio de dois contratos simultâneos de *swap*: um *swap* de dólar contra Certificado de Depósito Interbancário (CDI) e outro *swap* de CDI contra uma taxa de juros pré-fixada. Os CDI constavam em ambos os contratos, mas em posições inversas e, portanto, sua variação era neutralizada, caracterizando-se tais operações os chamados *swaps* sintéticos de dólar contra taxa de juros pré-fixada. Estas operações cursadas na BM&F, apesar de justapostas, configuravam ainda uma situação de risco pela possível discrepância entre a variação da taxa de juros pré-fixada e a variação do dólar, passível, portanto, de ser objeto de *hedge*.

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

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

Foi justamente a liquidação destas operações no exterior deu origem aos contratos de câmbio (remessas) que ensejaram a presente autuação (fls. 1.448). Em relação à tais remessas ao exterior, a contribuinte não reteve e não recolheu o IRF, por entender que a

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD
RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

elas se aplicava a alíquota zero, prevista no art. 1º, inciso IV, da Lei nº 9.481, de 13.08.1997, com a redação dada pelo art. 20 da Lei nº 9.532, de 11.12.1997, *verbis*:

> "Art. 1º A alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses:
>
> (...)
>
> IV - 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)**;
>
> (...)
>
> Parágrafo Único. Nos casos dos incisos II, III, **IV**, VIII, X e XI, deverão ser observadas as **condições, formas e prazos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda**." *(os grifos não constam do original)*

O Ministro de Estado da Fazenda, tendo em vista a delegação que lhe foi conferida pelo diploma legal acima, editou a Portaria MF nº 70, de 31.03.1997, fixando as condições para aplicação da alíquota zero do imposto de renda incidente nas remessas a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior. Estabeleceu que as remessas correspondentes às operações de cobertura (*hedge*) deveriam se caracterizar como necessárias, usuais e normais, inclusive quanto ao seu valor e, ainda, obedecer à regulamentação pertinente, *verbis*:

> "Art. 1º Para efeito do benefício da alíquota zero do imposto de renda incidente nas remessas para beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, nas hipóteses dos incisos II, III, **IV**, VIII, X e XI do art. 1º da Medida Provisória nº 1.563, de 1996, devem ser atendidos os seguintes requisitos:
>
> (...)
>
> III - nas remessas correspondentes a operações de cobertura de variações, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridade entre moedas e de preços de mercadorias (*hedge*): sejam comprovadamente caracterizadas como necessárias, usuais e normais, inclusive quanto ao seu valor, para a realização da cobertura de riscos delas decorrentes, **obedecida a regulamentação pertinente**;
>
> (...)"*(os grifos não constam do original)*

À época dos fatos, a regulamentação pertinente referida na aludida Portaria ministerial, for expedida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), por meio da Resolução CMN nº 2.012, de 30.07.1993[1], que assim disciplinou o assunto, na parte que interessa a esta análise:

[1] A Resolução CMN 2.012/93 foi revogada pela Resolução CMN nº 3.312, de 31.08.2005, que assim dispõe sobre matéria:
"Art. 1º Estabelecer que as transferências financeiras do e para o exterior, decorrentes de operações destinadas à proteção (hedge) de direitos ou obrigações de natureza comercial ou financeira, sujeitos a riscos de variação, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridades entre moedas estrangeiras ou de preços de mercadorias, podem ser realizadas por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, em bancos autorizados a operar no mercado de câmbio, observado o disposto na presente Resolução.
Parágrafo único. Observados os riscos de variação previstosno caput deste artigo, pode ser utilizada qualquer modalidade de hedge regularmente praticada no mercado internacional.

Assinado digitalmente em 08/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

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

R E S O L V E U:

Art. 1° **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**.

§ 1° 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. 4° Fica **delegada competência ao Banco Central do Brasil** para adotar as medidas e baixar **as normas necessárias à execução do disposto nesta Resolução**.

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

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

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

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

Art. 2º Incluem-se entre os direitos e obrigações a que se refere o artigo anterior os pagamentos e os recebimentos em moeda nacional decorrentes de repasses de obrigações contraídas em moeda estrangeira, bem como aqueles relativos a:
I - importação, exportação ou negociação no mercado interno de mercadorias cujo preço seja estabelecido consoante suas cotações em bolsa no exterior;
II - operações em bolsas de mercadorias e de futuros no País;
III - exposições assumidas, no País, pelos bancos autorizados a operar no mercado de câmbio com seus clientes, desde que vinculadas a direitos ou obrigações passíveis de hedge no exterior nos termos desta Resolução.
Art. 3º Podem também ser efetuadas transferências financeiras referentes a hedge de variações de taxas de juros e de paridade entre moedas estrangeiras:
I - destinadas à constituição de depósitos a título de caução (collateral, escrow accounts);
II - necessárias à efetivação de hedge relativo a recursos externos a serem desembolsados no futuro.
Art. 4º Para as operações previstas nesta Resolução, são admitidas remessas destinadas à abertura de contas correntes em corretores no exterior e a depósitos de margens de garantia, bem como o financiamento dessas margens pelos bancos autorizados a operar no mercado de câmbio, mediante a utilização de linhas de crédito externas."

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

> I — em moeda nacional, decorrentes de repasses de obrigações contraídas em moeda estrangeira e admitidas na legislação vigente;
>
> II — relativos a importação, exportação e negociação, no mercado interno, de mercadorias cujo preço seja estabelecido consoante suas cotações em bolsas no exterior." *(os grifos não constam do original).*

Da simples leitura dos dispositivos regulamentares tem-se que o CMN **permitiu** "que as entidades do setor privado realizem, no exterior, com instituições financeiras ou em bolsas, **operações destinadas a proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional**".

Ao seu turno, o Banco Central, por força da delegação conferida pelo art. 4º da Resolução CMN, declarou que **podem** ser objeto de proteção (*hedge*) contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional, **os pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras programados** ou previstos para ocorrerem em momentos futuros, relacionados com obrigações e direitos de natureza comercial ou financeira.

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

1. PAGAMENTO OU RECEBIMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA

A Fazenda Nacional alega que a decisão recorrida incorreu em:

> "Violação ao artigo 1º, inciso IV e parágrafo único da Lei nº 9.481, de 1997, c/c Portaria MF nº 70/97, art. 1º, inciso III, c/c Resolução CMN nº 2.012, de 1993, artigo 1º, c/c Circular BCB 2.348, de 1993, art. 1º, no tocante à primeira fundamentação da autuação, a saber, o fato do contribuinte não ter cumprido às referidas normas, uma vez que as operações tinham por objeto ativos financeiros decorrentes de operações de *swap* realizadas na BM&F, sujeitos a pagamento ou recebimento em moeda nacional"; *(destaques do original)*

Na sua argumentação, indica que a razão básica da defesa da contribuinte apoia-se no entendimento de que "*a Circular nº 2.348/93 foi além do que podia. A pretexto de normatizar a execução da Resolução nº 2.012/93 (era só isso que tinha poderes para fazer, delegados pelo art. 4º), limitou o seu alcance: disse que só se poderiam hedgear pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras, restrição que a norma superior (do CMN) não fazia*."

Sustenta que a Circular objeto de questionamento foi expedida em 30 de julho de 1993 e que não houve mudança de entendimento por parte do Banco Central quanto às moedas utilizáveis nas operações de *swap*. Menciona a Circular nº 2.170, de 30 de abril de 1992, anterior a que ora está sendo questionada. Fazendo análise temporal, conclui a Fazenda Nacional, "*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 forma liquidadas em moeda nacional e também não se referem a empréstimos, financiamentos ou dívidas contraídas em moeda estrangeira*" (fls. 1976).

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

Mais adiante, a recorrente observa *"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 tenha a sua alíquota de incidência reduzida a zero"* (fls. 1.978).

Além disso, acrescenta a Fazenda Nacional que o CMN delegou competência O Banco Central para regulamentar a aludida Resolução, permitindo entender que na visão da recorrente, aquela Autarquia possuía prerrogativas amplas para definir quais operações seriam ou não permitidas como objeto de operações de cobertura (*hedge*) (fls. 1.979). E, assim sendo, o fez por intermédio da Circular nº 2.138/93 que em seu art. 1º estabeleceu que **somente** os pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras poderiam ser objeto de proteção (*hedge*) contra risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional.

E, conclui a Fazenda, *"em havendo o contribuinte efetuado operações de* swap *no mercado de balcão no exterior que tinham a finalidade de cobertura (*hedge*) de outras operações financeiras realizadas, por ele, na BM&F – Bolsa Mercantil e de Futuros (*sic*), liquidadas em moeda nacional, cabível é o presente lançamento"* (fls. 1979).

Diante desta primeira argumentação, utilizada, inclusive, como uma das razões do voto proferido em primeira instância, entendo que não assiste razão à Fazenda Nacional, pelos motivos que seguem.

A uniformidade de critério verificada entre a Circular nº 2.170/92 (anterior) e a Circular nº 2.438/93 (posterior), admitindo de modo exclusivo que o objeto das operações de cobertura (*hedge*) devem ser os "pagamentos ou recebimentos em moedas estrangeiras", não encontra guarida na Resolução CMN nº 2.012/93, norma de hierarquia superior. Os normativos do Banco Central, dispostos por meio de Circulares estão limitados pelas resoluções editadas pelo CMN que lhe dão respaldo jurídico. Não podem restringir, ampliar ou inovar o seu escopo. Isso decorre da regra intrínseca a qualquer sistema normativo hierarquizado. Assim, o fato do Banco Central editar dispositivos com redação semelhante ao longo de determinado período, não significa adoção de entendimento uniforme em relação a determinada matéria, o que passa a ser irrelevante para a análise jurídica. Na verdade, deve-se analisar o conteúdo da norma regulamentada por delegação de competência e verificar se a aplicação dos dispositivos infra não representa uma limitação ou ampliação do disposto na norma superior.

No caso dos presentes autos, as operações realizadas pela contribuinte devem ser consideradas admitidas segundo o disposto na Resolução CMN nº 2.012/93. Isto porque o CMN ao resolver *"Permitir que as entidades do setor privado realizem, no exterior, com instituições financeiras ou em bolsas,* ***operações destinadas a proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional*** *(Art. 1º)"*, não estabeleceu restrição alguma quanto aos riscos cobertos, limitando-se a permitir operações de cobertura (*hedge*). Ou seja, as operações realizadas pela contribuinte no exterior devem ser consideradas admitidas em razão da observância à norma hierarquicamente superior, representada pela Resolução do Conselho Monetário.

Desse modo, não encontra respaldo jurídico qualquer limitação ou definição dispostos em normativo infra resolução do CMN, que venham fixar quais são os objetos passíveis de serem "*hedgeados*". No entanto, é justamente o que se depreende da Circular Bacen nº 2.138/97 ao estabelecer que *"**podem** ser objeto de proteção (hedge) contra o risco de*

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

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" (art. 1º).*

Ora, a delegação de competência conferida ao Banco Central na forma do art. 4º era "*para adotar as medidas e baixar* ***as normas necessárias à execução*** *do disposto"* na referida Resolução. Por certo, não se incluíram no escopo da autorização a permissão para limitar, definir ou especificar quais riscos poderiam ou não ser protegidos pelas operações do cobertura realizadas no mercado internacional e que passaram a ser permitidas a partir da resolução do CMN.

A medida infra resolução adotada pelo Banco Central desafia regra intrínseca a todo sistema hierarquizado de normas. É inconteste a existência de vício de validade em toda norma regulamentadora que limita ou amplia o conteúdo da norma hierarquicamente superior que lhe deu origem.

No presente caso, seguindo o entendimento de que a Circular Bacen nº 2.138/93 foi além da regulamentação autorizada pela Resolução CMN nº 2.012/93, as operações realizadas pela contribuinte devem ser consideradas regulares e, portanto, albergadas pelas disposições do CMN, ainda que os riscos cobertos sejam decorrentes de posições assumidas na BM&F, no Brasil, portanto, expressas em moeda nacional.

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

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

Destarte, ainda que se considere lícita a regulamentação do Bacen, ao restringir o objeto das operações de cobertura (*hedge*) aos "pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira", como entende a recorrente, não há como não considerar que apesar dos contratos firmados na BM&F serem liquidados em moeda nacional, estariam fora do escopo da Resolução CMN, pois em sua totalidade estão embutidos derivativos atrelados à variação cambial.

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

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

Ainda que seja ultrapassada esta tese, qual seja, a de que o Banco Central ao regulamentar a Resolução CMN nº 2.012/93, por meio da Circular nº 2.138/93, não possuía respaldo jurídico para estabelecer quais ativos financeiros poderiam ser objeto de operações de cobertura (*hedge*) realizados no exterior, deve-se analisar esta questão à luz da argumentação trazida pelo i. Procurador da Fazenda Nacional Dr. Rodrigo Pirajá Wienkoski em parecer juntado aos autos do Processo BCB nº 0101088985, instaurado no âmbito daquela Autarquia para investigação das mesmas operações. Referido parecer, favorável à contribuinte, fundamentou a decisão final proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, conforme Acórdão nº 7842/06, de 07.11.2006, cujo inteiro teor foi juntado aos presentes autos (fls. 1.857/1.936).

No sessão de julgamento daquele Conselho, a relatora Rita Maria Scarponi adotou, como razão de decidir os argumentos trazidos pelo i. Procurador da Fazenda Nacional com atuação naquele colegiado. A decisão final foi assim ementada (fls. 1.860):

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

Oportuna também a transcrição do item 113 do voto da conselheira Rita Maria Scarponi, no qual declara a assunção da tese apresentada pela Procuradoria e qualifica como regulares as operações realizadas pela contribuinte, as quais ensejaram o crédito tributário objeto do presente litígio (fls. 1.931):

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

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

Por sua clareza e precisão técnica, peço licença para transcrever excertos do referido Parecer, também juntado aos autos (fls. 1.845/1.855):

(...)

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Verifica-se da disciplina normativa transcrita que o modal deôntico utilizado pela Circular BACEN nº 2.348/93 foi exclusivamente o "permitido" no sentido de qualificar juridicamente como facultativa ou permitida a operação de *hedge* para proteção de pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira. A Resolução CMN

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

nº 2.012/93, por seu turno, não configura uma proibição ou obrigação geral a enquadrar a hipótese na condição de norma permissiva complementar que constitui exceção a uma norma geral de obrigação/proibição. Ao revés, pela leitura da Resolução CMN extrai-se a conclusão que a Circular BACEN nº 2.348/93 enquadra-se no tipologia das normas permissivas independentes, pois através do operador "é permitido" a ação ou omissão foi qualificada como facultativa ou permitida, sem que haja, sobre o mesmo conteúdo, norma geral de obrigação/proibição em relação à qual constitua exceção.

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

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

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

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

De fato, tanto a Resolução CMN quanto à Circular BACEN devem ser qualificadas pelo modal deôntico das normas jurídicas "permitido". A Resolução CMN dispõe que o Conselho Monetário "resolveu" ***permitir*** *que as entidades do setor privado realizem, no exterior, com instituições financeiras ou em bolsas,* ***operações destinadas a proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias****, no mercado internacional.* Ora, o verbo "permitir" possui significado equivalente a "dar a liberdade de", "autorizar", "não se opor", ou seja, não apresenta conteúdo proibitivo, mas ao contrário, "admite" e "consente" que sejam realizadas ***operações destinadas a proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias****, no mercado internacional,* sem qualquer restrição ou limites.

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

Ou seja, as operações de cobertura (*hedge*), realizadas para proteção de posições assumidas na BM&F expressas em moeda nacional, mas atreladas a derivativos de

Assinado digitalmente em 20/01/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

variação cambial não podem ser consideradas irregulares por falta de disposição normativa expressa de conteúdo proibitivo. Sobre o valor das remessas a beneficiários no exterior, destinadas à liquidação de operações de *hedge*, realizadas nos termos da Resolução CMN nº 2.012/1993, aplica-se a alíquota de zero do Imposto de Renda na Fonte, inclusive quando realizadas mediante operações de *swap* liquidadas em moeda nacional, não constituindo restrição o disposto no art. 1º da Circular Bacen nº 2.348/1993.

Destarte, diante dos argumentos expostos, concluo que não assiste razão à Fazenda Nacional, sendo que o Acórdão recorrido não incorreu na alegada contrariedade à legislação tributária.

2. FALTA DE REGISTRO DAS OPERAÇÕES NA CETIP

A Fazenda Nacional alega também que o Acórdão recorrido dever ser reparado em razão de:

> "2) Ofensa aos artigo 3º (*sic*) da Resolução 2.138 do BACEN, ao parágrafo único da Lei 9.481/97 e ao inciso III do artigo 1º da Portaria MF 70/97, no tocante à segunda fundamentação da autuação, a saber, a incidência dos tributos, em decorrência da ausência de registro das operações na CETIP ou em outro sistema de registro habilitado pelo Banco Central ou pela CVM."

Aduz a recorrente que a Resolução CMN nº 2.138/94 estabelece dois requisitos para as operações de *swap*: a) indicação de um administrador tecnicamente habilitado; e b) obrigatoriedade de registro das referidas obrigações.

Referida resolução do CMN dispõe, *verbis*:

> "RESOLUÇÃO CMN Nº 2.138, de 29 de dezembro de 1994.
>
> Autoriza a realização, no mercado de balcão, de operações de "swap" e de opções sobre "swap", referenciadas em ouro, taxas de câmbio, taxas de juros e índices de preços por parte das instituições que especifica.
>
> O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31.12.64, torna público que o Presidente do CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, por ato de 29.12.94, com base no art. 8º, parágrafo 1º, da Medida Provisória nº 785, de 23.12.94, "ad referendum" daquele Conselho, tendo em vista o disposto no art. 4º, inciso VIII, da referida Lei nº 4.595,
>
> R E S O L V E U:
>
> Art. 1º Autorizar os bancos múltiplos com carteira comercial e/ou de investimento, os bancos comerciais, os bancos de investimento, as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários e as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários a realizarem, no mercado de balcão, operações de "swap", com ou sem a utilização de limitadores de oscilação máxima ou mínima, bem assim

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

opções sobre "swap", referenciadas em ouro, taxas de câmbio, taxas de juros e índices de preços, por conta própria ou de terceiros.

Parágrafo 1º Para os efeitos desta Resolução, definem-se como de "swap" as operações consistentes na troca dos resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais.

Parágrafo 2º Os índices de preços mencionados neste artigo devem ter série regularmente calculada e de conhecimento público.

Parágrafo 3º O Banco Central do Brasil poderá modificar o elenco de operações de "swap" passíveis de realização, estabelecer condições para a contratação das mesmas, bem assim delimitar a atuação das instituições mencionadas neste artigo relativamente a essas operações.

Art. 2º A prática das operações de que trata esta Resolução **fica condicionada a indicação de administrador tecnicamente qualificado**, responsável pelas mesmas junto ao Banco Central do Brasil.

Parágrafo 1º O administrador referido neste artigo será responsabilizado, prioritariamente, nos termos da legislação em vigor, pela ocorrência de situações que indiquem fraude, negligência, imprudência ou imperícia no gerenciamento dos controles internos e dos riscos envolvidos, sem prejuízo da aplicação das penalidades de suspensão ou inabilitação para cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras e demais instituições autoriza- das a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Parágrafo 2º As instituições que já operam na modalidade terão prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da vigência desta Resolução, para promover a indicação do administrador responsável.

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

(...)

Art. 6º Fica o Banco Central do Brasil autorizado a adotar as medidas e baixar as normas necessárias à execução do disposto nesta Resolução." *(os grifos não constam do original)*

A recorrente parte da literalidade do texto da aludida Resolução para argumentar, em síntese, o seguinte:

a) as operações realizadas pela contribuinte são justamente as que se encontram definidas no § 1º do art. 1º, quais sejam "*as operações consistentes na troca dos resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais"* (fls. 1.982);

b) "*quanto ao argumento* (da contribuinte) *de que não seria possível o registro das operações por se tratar de operação realizada no exterior, a Resolução CMN nº 2.138/94 não distingue dois tipos de operações, quais sejam, as realizadas no exterior e as*

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

realizadas em território nacional, a mesma determina no seu artigo terceiro que as operações de swap *sejam devidamente registradas"* (fls. 1.986)*;*

c) quanto à impossibilidade de registro na CETIP, alega a Fazenda *"que o mesmo artigo referido no parágrafo anterior* (art. 3º) *estabelece a obrigatoriedade do registro das operações de que trata a Resolução CMN nº 2.138/94 em sistema administrado pela Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos – CETIP, ou em outros sistema sde 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."* E conclui a Fazenda, *"haviam outras alternativas de registro das operações realizadas, além daquela questionada pelo impugnante como impossível, não podendo, desta forma, ser acatada esta alegação do contribuinte"* (fls. 1.986).

Diante dos argumentos ora apresentados pela Fazenda Nacional na tentativa de caracterizar que a decisão recorrida violou a legislação vigente, entendo mais uma vez que não assiste razão à recorrente, pelos motivos que seguem.

Antes, porém, é necessário registrar que a discussão em torno da possibilidade ou não de registro destas operações cursadas no exterior, bem como sobre a existência de instituição responsável para efetivar tal registro, ensejaria um novo debate sobre elementos predominantemente fáticos, o que requer espaço inexistente no âmbito deste Colegiado. É oportuno asseverar que esta matéria foi amplamente dissecada pelo voto condutor da decisão recorrida e, nova apreciação, redundaria nas mesmas conclusões, uma vez que os autos foram muito bem instruídos com todos os elementos necessários à convicção da Câmara *a quo*.

A argumentação da recorrente, com todas as vênias, não incrementa o debate e se limita reapresentar a tese inicial empregada pela autoridade fiscal.

Não obstante, mas com a finalidade de vincar os fundamentos deste voto passo a examinar as considerações expendidas pela Fazenda Nacional. Tomo por base a análise e as conclusões a que chegou o i. relator da decisão recorrida.

Segundo a autoridade fiscal, 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 nº 8.981/95[2], 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 pela contribuinte, instrumentalizadas por meio de contratos de *swaps*, conclui a Fiscalização que às remessas para liquidação das operações não se poderia aplicar a alíquota zero do IRF, porque teria faltado o registro na CETIP.

[2] "Art. 74. Ficam sujeitos à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos em operações de swap.
§ 1º A base de cálculo do imposto das operações de que trata este artigo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de swap.
§ 2º O imposto será retido pela pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, na data da liquidação do respectivo contrato.
§ 3º Somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas no termos da legislação vigente." (Lei nº 8.981 de 20 de janeiro de 1995)

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

A necessidade de registro das operações na CETIP chegou a ser levantada pelo Bacen, em 1999. Na oportunidade, a contribuinte respondeu que o registro só cabia quanto a *swap* domésticos, não internacionais. Importante destacar que este assunto não foi objeto de discussão no processo administrativo que tramitou no Banco Central. Naquele processo, a contribuinte faz apenas referência a suposta necessidade do registro. Necessária se faz a transcrição da única referência deste assunto naquele processo.:

> "(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 2.138 Art. 3º
>
> (112). Sem prejuízo da posição adotada anteriormente pelo intimado de não mais realizar operações dessa natureza, o intimando 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 n° 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 n° 2.012/93, relativas, exclusivamente, à possibilidade de contrafação de operações de *hedge* no mercado internacional, **que não exige registro das operações no CETIP**." *(os grifos não constam do original)*

Com efeito, não se trata de analisar se o registro de *hedge* no exterior era exigível ou não. Na verdade, a CETIP à época dos fatos, não efetuava este registro. Esta constatação foi bem demonstrada na decisão recorrida, em relação à qual peço licença para transcrever um pequeno trecho:

> "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**.
>
> (...)
>
> 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

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

> 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" (fls. 1.771/1.772). *(os grifos constam do original)*

Acerca desta discussão, o julgador de primeira instância demonstra admitir que a CETIP não era a responsável pela efetivação destes registros. Analisando o teor de sua justificativa, cuja íntegra do texto foi transcrito pela recorrente, como um dos seus argumentos, verifica-se que se o registro não era realizado pela CETIP, o mesmo deveria ser feito por qualquer outro sistema, pois a havia (mesmo sem apontar quais eram) outras alternativas para o referido registro. Necessária a transcrição do item 43 do seu voto:

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

Verifica-se que a autoridade julgadora também desconhecia qualquer outro sistema habilitado para fazer o registro. Mas, se a norma previa a possibilidade de registro em outros sistemas, de fato, deveriam existir outros sistemas que fariam o registro. Não há nos autos qualquer indicação de qual seria este outro sistema habilitado para registro.

Essa discussão é praticamente encerrada a partir da juntada aos autos, na fase recursal, de cópia do ofício nº 067/2003-DF, de 09.05.2003 da BM&F, por meio do qual aquela entidade esclarece que as operações realizadas no exterior, classificadas como *Non deliverable Forward*[3] não eram, à época de sua celebração e no momento daquela resposta, passíveis de registro na BM&F (fls. 1.757).

Esta constatação levou o i. relator a concluir seu posicionamento da seguinte forma:

> "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 exeqüível a condição. O que **não se pode admitir é que a eficácia de uma lei seja aniquilada pela criação de condição inexeqüível**, como se pretendeu fazer no presente caso (fls. 1.802). *(os grifos não constam do original)*

[3] Trata-se de operações realizadas sem a entrega efetiva da quantia da moeda negociada. As liquidações ocorrem pela diferença verificada no preço de suas cotações. É o caso das operações swap contratadas no exterior pela contribuinte.

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

De fato, **a obrigatoriedade de registro** das operações de *swap* "na forma da legislação vigente", nos termos do art. 74 da Lei nº 8.981/1995[4] c/c com o art. 3º da Resolução CMN nº 2.138/94, acaba por constituir uma condição impossível de ser implementada em razão da inexistência, à época dos fatos, de sistema habilitado a promover tal registro. Desta forma, não obstante o disposto no mencionado art. 74, a falta de registro das operações de que tratam os presentes autos, não possui força suficiente para desqualificar as operações efetuadas no exterior, impedindo a aplicação da alíquota zero do IRF incidente sobre as remessas para sua liquidação.

Por outro lado, poder-se-ia indagar se, nos dias atuais, operações desta natureza são ou não passíveis de registro no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Pois bem, em pesquisa realizada no repositório de normas daquela Autarquia, pude verificar que em janeiro deste ano, o Conselho Monetário Nacional, alterando as disposições da Resolução CMN nº 3.312/05 (que revogou a Resolução CMN nº 2.012/93, vigente à época dos fatos deste processo), **instituiu tal registro** por meio da Resolução CMN nº 3.833/2010. Oportuna a transcrição da ementa da referida Resolução que veio **instituir** o registro que, a toda evidência, ainda não existia:

> *"Resolução CMN nº 3.833, de 28 de janeiro de 2010.*
>
> *Altera a Resolução nº 3.312, de 31 de agosto de 2005, com vista a* ***instituir a obrigatoriedade de registro das operações de proteção (hedge)*** *realizadas com instituições financeiras* ***do exterior ou em bolsas estrangeiras****."* (os grifos não constam do original)

Com efeito, somente com a Resolução CMN nº 3.833/10[5] é que o aludido registro se tornou obrigatório para a totalidade das operações de proteção (*hedge*) realizadas no exterior.

---

[4] "Art. 74. Ficam sujeitos à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos em operações de swap.
§ 1º A base de cálculo do imposto das operações de que trata este artigo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de swap.
§ 2º O imposto será retido pela pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, na data da liquidação do respectivo contrato.
§ 3º Somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas no termos da legislação vigente." (Lei nº 8.981 de 20 de janeiro de 1995)

[5] RESOLUÇÃO CMN Nº 3.833

Altera a Resolução nº 3.312, de 31 de agosto de 2005, com vista a instituir a obrigatoriedade de registro das operações de proteção (hedge) realizadas com instituições financeiras do exterior ou em bolsas estrangeiras.

O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 28 de janeiro de 2010, com base nos arts. 4º, incisos V, VIII e XXXI, e 57 da referida Lei,
R E S O L V E U:
Art. 1º O art. 1º da Resolução nº 3.312, de 31 de agosto de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 1º .....
§ 1º Observados os riscos de variação previstos no caput, pode ser utilizada qualquer modalidade de hedge regularmente praticada no mercado internacional, negociada, no exterior, em bolsas ou em mercado de balcão com instituições financeiras.

Assinado digitalmente em 19/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

Portanto, é forçoso concluir que a alegada ausência de registro na CETIP das operações de cobertura objeto dos presentes autos, por representar uma condição inexequível à época dos fatos, não pode ser invocada como razão para a não aplicação da alíquota zero do IRF, incidente sobre as remessas efetuadas para sua liquidação.

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

Diante do exposto, manifesto-me no sentido de negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, mantendo-se integralmente o Acórdão recorrido, com as seguintes conclusões, em síntese:

a) as operações de cobertura (*hedge*), realizadas para proteção de posições assumidas na BM&F expressas em moeda nacional, mas atreladas a derivativos de variação cambial não podem ser consideradas não admitidas por falta de normativo expresso de conteúdo proibitivo. Sobre o valor das remessas a beneficiários no exterior, destinadas à liquidação de operações de *hedge*, de que trata a Resolução CMN nº 2.012/1993, aplica-se a alíquota de zero do Imposto de Renda na Fonte, inclusive quando realizadas mediante operações de *swap* liquidadas em moeda nacional, não constituindo restrição o disposto no art. 1º da Circular Bacen nº 2.348/1993;

---

§ 2º As transferências financeiras de que trata esta resolução ficam condicionadas ao registro, ou à comprovação do registro, caso já efetuado, da operação de proteção (hedge) em sistema administrado por entidade de registro e de liquidação financeira de ativos autorizado pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 3º O registro de que trata o § 2º deve:

I - ser realizado por meio de instituição financeira e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil; e

II - abranger os ativos subjacentes, os valores e moedas envolvidos, os prazos, contrapartes, forma de liquidação e parâmetros utilizados, tais como limites, multiplicadores e aceleradores.

§ 4º A comprovação do registro e a documentação alusiva às operações de proteção (hedge) devem ser mantidas à disposição do Banco Central do Brasil pela instituição responsável pelo registro, pelo prazo de cinco anos." (NR)

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 15 de março de 2010.

Art. 3º Fica revogada a Resolução nº 3.318, de 29 de setembro de 2005.

Brasília, 28 de janeiro de 2010.

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

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

É como voto.

Sala das sessões, 8 de novembro de 2010.

(documento assinado digitalmente)

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Relator

Assinado digitalmente em 09/04/2011 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, 20/01/2011 por CLAUDEMIR ROD RIGUES MALAQUIAS
Autenticado digitalmente em 20/01/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS
Emitido em 11/04/2011 pelo Ministério da Fazenda