



MINISTÉRIO DA FAZENDA

Sessão de 17 de julho de 1991

ACÓRDÃO Nº 103-11.417

Recurso nº 92.002 - IRPJ - EXS: DE 1983 a 1986.

Recorrente ANDERSON CLAYTON S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

Recorrid DRF em SÃO PAULO - SP

IRPJ - PERÍODO-BASE DE 1982 - OPERAÇÃO A TERMO EM BOLSA DE MERCADORIAS NO EXTERIOR. - Anteriormente à vigência do Decreto-lei nº 2.182/84, os resultados negativos em operações a termo em bolsa de mercadorias no exterior eram dedutíveis na determinação do lucro real.

PERÍODO-BASE DE 1983 e 1984 - Até o advento do Decreto-lei nº 2397/87, o termo "hedge", empregado na Portaria nº 18/79, deve ser compreendido no seu significado usual de mercado, não sendo, portanto, computados no lucro real os resultados líquidos positivos de tais operações quando as mesmas configurem tomada de posição aproximadamente igual, porém em sentido contrário, àquela que se detém no mercado, atendidas as demais condições da Portaria nº 18/79.

Os resultados produzidos por letras do Tesouro Norte Americano adquiridas para depósito de margem inicial em operações a termo em bolsa de mercadorias no exterior realizadas com observância do disposto na Portaria nº 18/79, anteriormente à edição do Decreto-lei nº 2397/87, não estão alcançados pela incidência do imposto.

PERÍODO-BASE DE 1982 a 1985 - COMISSÕES PAGAS A AGENTE NO EXTERIOR. - Comprovado que a pessoa jurídica domiciliada no exterior, adquirente dos produtos exportados, age na qualidade de comissário da pessoa jurídica domiciliada no país, justifica-se a dedutibilidade das comissões pagas.

Recurso provido.

ACÓRDÃO Nº 103-11.417

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ANDERSON CLAYTON S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões (DF)., em 17 de julho de 1991.


MÁRCIO MACHADO CALDEIRA

- PRESIDENTE


LUIZ HENRIQUE BARROS DE AERRUDA

- RELATOR

VISTO EM
SESSÃO DE:


CÉSAR PALMIERI MARTINS BARBOSA

- PROCURADOR DA
FAZENDA NACIONAL

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: MARIA DE FÁTIMA PESSOA DE MELLO CARTAXO, ILCENIL FRANCO, VICTOR LUIS DE SALLES FREIRE e LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA. Ausentes por motivo justificado os Conselheiros DÍCLER DE ASSUNÇÃO e ANTONIO PASSOS COSTA DE OLIVEIRA.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

PROCESSO Nº 13811/001.299/86-24

RECURSO Nº: 92.002

ACORDÃO Nº: 103-11.417

RECORRENTE: ANDERSON CLAYTON S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO

R E L A T Ó R I O

ANDERSON CLAYTON S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO, pessoa jurídica com domicílio tributário em São Paulo (SP), inscrita no CGC sob o nº 60.503.232/0001-94, inconformada com a decisão proferida às fls. 479/489, por delegação de competência, pelo Chefe da Divisão de Tributação da DRF/SP, interpõe, na forma do artigo 33 do Decreto nº 70.235/72, o recurso voluntário de fls. 494/535, com o fito de obter sua reforma.

A exigência fiscal contestada tem origem no auto de infração de fls. 268, mediante o qual foi constituído de ofício, em 23.09.86, crédito tributário no montante de Cz\$ 15.214.900,16, nele computados os juros de mora e a multa de 50%, prevista no artigo 728, inciso II, do RIR/80, relativo ao imposto de renda-pessoa jurídica devido nos exercícios de 1983 a 1986.

Consoante o enunciado do auto de infração em apreço, a Recorrente:

- a) no período-base de 1982, deduziu indevidamente do lucro real prejuízo ocorrido com operações a termo realizadas no exterior;

Acórdão nº 103-11.417

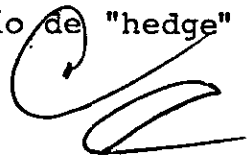
- b) nos períodos-base de 1983 e 1984, excluiu, indevidamente, do lucro real, ganhos ocorridos com operações no mercado a termo realizadas no exterior;
- c) nos períodos-base de 1982 a 1985, praticou distribuição disfarçada de lucros, consistente em comissões atribuídas a pessoa jurídica de interesse direto da acionista controladora, (ambas no exterior), em condições de favorecimento.

A descrição minuciosa dos fatos que embasaram a imposição fiscal encontra-se nos Termos de Verificação nº 1 a 5, correspondentes, respectivamente, às fls. 262/264 a 268, que assim relatam:

- a) quanto às infrações de que tratam as letras a e b do parágrafo anterior (Termos de Constatação nº 2 a 4).
 - 1. a Fiscalizada computou, à guisa de "hedge", os rendimentos auferidos no exterior, originados da aquisição e resgate de Letras do Tesouro Norte Americano ("T Bills");
 - 2. a dispensa de tributação contemplada no art. 306, do RIR/80, somente alcança os lucros em operações de mercado a termo em bolsa, em cobertura de operações de exportação, não podendo, assim, serem confundidas com "hedge" meras aplicações financeiras em títulos de renda fixa, ainda que no exterior;
 - 3. a Fiscalizada, tendo sido intimada pelo termo de fls. 2, não ofereceu qualquer resposta às

Acórdão nº 103-11.417

indagações relativas a:

- 3.1. quantidade de contratos comprados;
 - 3.2. margem depositada (original e variação)- data e valor US\$;
 - 3.3. margem liberada - data e valor US\$;
 - 3.4. data da contabilização da margem depositada e da margem liberada;
 - 3.5. natureza do produto, matéria-prima, mercadoria contratada em relação a cada uma das operações a termo realizadas no exterior que serviu de cobertura contra a oscilação de preços;
4. a Fiscalizada não procedeu a qualquer registro contábil referente às seguintes operações realizadas no mercado a termo no exterior:
- 4.1. quanto às compras dos contratos;
 - 4.2. quanto às margens depositadas;
 - 4.3. quanto às margens liberadas;
 - 4.4. quanto às aquisições de "T Bills";
5. a Fiscalizada não dissociou, em sua contabilidade, com relação aos valores relativos às operações realizadas no mercado a termo no exterior, aqueles valores mantidos em contas-correntes das corretoras, nem efetuou, separadamente, o registro das variações cambiais atinentes aos valores mantidos junto às corretoras, daquelas relativas aos valores depositados em bolsa, e que sofrem tratamento fiscal diferenciado, omissão que impediu a Fiscalização de aferir com segurança a regularidade das operações no mercado a termo realizadas no exterior;
6. nos termos da legislação fiscal aplicável, é forçoso concluir que a cada operação de "hedge"
- 

Acórdão nº 103-11.417

deve estar vinculado um contrato de exportação ao qual essa operação servirá de cobertura, sem o que a mesma passa a ser meramente especulativa;

7. dessa forma, não tendo a Auditada prestado a informação solicitada a respeito, a Auditoria entende que tais operações tiveram natureza especulativa, e não de resguardo de suas operações de venda, até porque, os riscos que poderiam advir de uma oscilação de preços estariam neutralizados, vez que, a quase totalidade das exportações foi efetuada para a sua coligada Anderson Clayton Co. (Lausanne);

8. por outro lado, a Fiscalizada computou na apuração do lucro líquido do período-base de 1982 os prejuízos ocorridos com as operações a termo na Bolsa de Chicago, não podendo tal resultado influenciar a composição do lucro real, em face da não incidência, como determina a Portaria MF nº 18/79, em seu item I e esclarece o PN/CST nº 10/79, em seu item 4, "in fine";

b) quanto à infração de que trata a letra c, do parágrafo anterior (Termos de Constatação nº 1 a 5).

1. a Fiscalizada computou como despesa operacional valores registrados contabilmente a título de comissões de agente de exportação, atribuídas exclusivamente à sua coligada Anderson Clayton & Co. (Lausanne);

2. a lei fiscal não contempla tal dedução na base de cálculo do imposto, pois as exportações se fizeram, na quase totalidade, para a própria beneficiária das comissões, e tanto isso é verdade que as faturas de exportação correspondem

Acórdão nº 103-11.417

tes são emitidas a favor dessa empresa;

2.1. não há, por outro lado, qualquer registro contábil adicional de que essas vendas se destinavam a outra pessoa jurídica, que não a própria Anderson Clayton & Co.;

3. assim, no caso vertente, o agente exportador é o próprio importador no estrangeiro, que, por sinal, é coligada da Fiscalizada, já que ambas são controladas pela mesma pessoa jurídica no exterior;

4. acresce ainda que nas raras vezes em que a importadora no exterior não foi a Anderson Clayton & CO., não houve atribuição de qualquer comissão a esse título, o que denota, inclusive, a prescindibilidade da figura do agente nas operações de exportação da Fiscalizada;

5. na realidade, não houve intermediação, logo, não houve prestação efetiva do serviço anunciado, concluindo-se que houve sim favorecimento, não só pela não prestação do serviço como pela atribuição, em condições mais vantajosas: que com terceiros, o que faz resvalar para o campo da distribuição disfarçada de lucros, além do que, não houve a efetiva prestação do serviço e, mesmo que houvesse, ela não seria necessária para a realização das mencionadas operações de exportação.

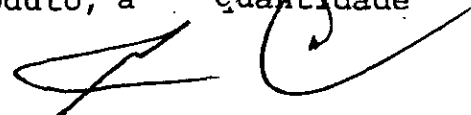
Concedida prorrogação de prazo para defesa pelo despacho de fls. 273, a Contribuinte instaurou a fase litigiosa do processo, em 06.11.86, pela petição de fls. 277/333, mediante a qual, opondo-se integralmente à exigência, argüiu, em síntese:

a) quanto às operações de "hedge"



Acórdão nº 103-11.417

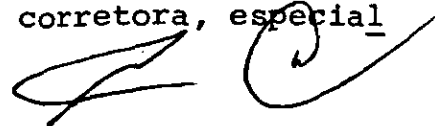
1. após discorrer a respeito das características das operações assim designadas, afirma que as mesmas têm por finalidade primordial proteger o exportador brasileiro dos riscos decorrentes de oscilações de preços a que certas mercadorias estão sujeitas no mercado internacional à vista, resguardando assim a integridade financeira de seu patrimônio; tornando-se, dessa forma, imprescindíveis em determinados segmentos de nossa economia, cujas mercadorias estejam sujeitas a cotações no mercado internacional, como é o caso, por exemplo, de soja, do café, do cacau, etc., cujo período de comercialização, por ser sazonal, não coincide com a época em que seus derivados são comercializados;
2. nesse contexto, foi editado o Decreto-lei nº 1418/75, concedendo às empresas nacionais exportadoras exoneração do imposto de renda relativamente aos proventos líquidos nas operações a termo realizadas nas Bolsas de Mercadorias, no exterior;
3. no Brasil, as operações a termo em Bolsas de Mercadorias no exterior encontram-se disciplinadas, basicamente, pela RES/CMN 272/73 e pelo Comunicado GECAM nº 229/73, cuja análise revela as diversas exigências que devem ser cumpridas pelas empresas que desejarem operar nos referidos mercados e cuja habilitação se concretiza mediante entrega, pelo BACEN, da respectiva autorização;
4. dentro do procedimento de habilitação antes mencionado, as empresas devem provar, entre outras coisas, que efetivamente exportam ou importam determinado produto, a quantidade



Acórdão nº 103-11.417


dessas transações nos dois últimos anos a quantidade de matéria-prima utilizada na fiscalização de produtos manufaturados objeto de apurações de "hedge", a estimativa das exportações que desejam realizar no período, etc.;

5. uma vez autorizada pelo BACEN, a empresa nacional exportadora estará habilitada a operar no referido mercado;
6. nos termos de seus estatutos sociais, dedica-se entre outras atividades, à compra e venda de cereais (soja, e derivados, algodão, etc), operações que vem realizando na "Chicago Board of Trade" desde 1975, de conformidade com as autorizações expendidas pelo BACEN, em estrita observância às normas do Comunicado GECAM nº 229/73, bem como aos princípios contábeis universalmente aceitos e dentro das praxes usuais de mercado;
7. para tanto, mantém junto à corretora no exterior conta-corrente onde são lançadas as importâncias remetidas e destinadas ao depósito das margens iniciais, das oscilações de preços, e também à cobertura da respectiva diferença em caso de recompra de contratos com realização de prejuízos;
8. tais operações são registradas contabilmente da seguinte maneira:
 - 8.1. realizada a contratação de venda a termo de determinados lotes na Bolsa de Mercadorias de Chicago, a corretora informa as margens iniciais a serem depositadas, que são remetidas e contabilizadas em conta-corrente em nome da corretora, especial



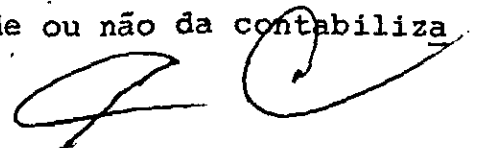
Acórdão nº 103-11.417

mente criada para registrar tais operações;

- 8.2. a corretora, por sua vez, mantém conta corrente em nome da Autuada, na qual registra, além dessas remessas, os depósitos para cobertura das oscilações de preços, os créditos ou débitos referentes às liquidações de contratos e as comissões que lhe são devidas;
- 8.3. em razão da dinâmica e do volume das transações, torna-se impraticável sua escrituração diária, motivo pelo qual registra em partidas mensais, com base nos extratos emitidos pela corretora;
- 8.4. dessa forma, as comissões pagas, os ganhos ou perdas nas operações e o saldo em conta corrente com a corretora, são convertidos em moeda nacional com base na taxa de câmbio referente ao último dia do mês de origem e as variações cambiais decorrentes do ajuste do saldo em conta corrente são contabilizadas a crédito da conta de lucros e perdas;
9. equivocaram-se os Autuantes ao concluir que cada operação de "hedge" deve estar vinculada a um contrato de exportação, sem o que passa a ser especulativa, pois não há na legislação pertinente, nacional ou internacional, muito menos na praxe usual de mercado, qualquer referência a esse respeito, sendo que, somente em meados de 1984, atendendo a solicitação do BACEN, a Autuada se comprometeu a limitar as suas operações de "hedge" em bolsa de mercadorias no exterior em volume correspondente aos produtos que seriam exportados;
- 

Acórdão nº 103-11.417

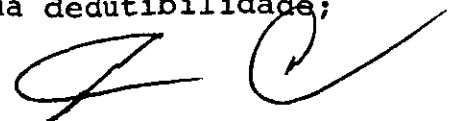
- 9.1. portanto, a partir daí, o próprio BACEN passou a estabelecer a observância de estrita correspondência entre as operações a termo e as exportações efetuadas;
10. o que ocorre, na prática, é que o resultado da soma das posições físicas de soja e seus derivados devem ficar próximas a 0 (zero), o que nem sempre é possível, pois a compra e venda de soja se dá de forma continuada, ao passo que o mercado a termo só pode ser acionado durante o respectivo prazo de 3 horas e 15 minutos de cada dia útil, sendo as transações pactuadas dentro de medidas e quantidades padronizadas;
11. para comprovar que jamais houve qualquer finalidade especulativa nas operações de "hedge" que realizou, junta demonstrativo de fls. 388, onde se verificam as posições líquidas de transações ("hedge" e exportações) relativas a óleo e farelo de soja, no final dos meses de abril, maio e junho de 1983;
12. provado está que as operações de "hedge" praticadas nos exercícios de 1984 e 1985 atenderam rigorosamente às normas usuais de mercado e à legislação do BACEN, fazendo jus ao benefício previsto no artigo 5º do Decreto-lei nº 1418/75, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-lei nº 2.182/84;
13. ademais, o critério de contabilização adotado foi pautado em princípios contábeis universalmente aceitos e reconhecidamente válidos, o que pode ser confirmado mediante perícia, que requer;
14. quanto à obrigatoriedade ou não da contabiliza



Acórdão nº 103-11.417

ção em apartado das variações cambiais atinentes aos valores mantidos junto às corretoras, daquelas relativas aos valores depositados em bolsa, bem como em relação aos resultados decorrentes das aplicações em "Treasury" Bills, entende que, tendo as remessas que as originaram a finalidade de possibilitar a realização das operações de "hedge" e, estando as mesmas autorizadas pelo BACEN, eventual disponibilidade por parte da corretora é parte indissociável e completamente interligada às operações de "hedge" em si, devendo, dessa forma, receber idêntico tratamento, o mesmo ocorrendo em relação aos "T Bills", em especial aqueles que tenham sido objeto de depósito para garantia das margens iniciais;

15. ainda, com relação aos ganhos emergentes das aquisições de "T Bills", invoca a aplicação do disposto no artigo 157, § 1º, do RIR/80, relativo ao critério da territorialidade, instituído na legislação brasileira na definição do fato gerador do imposto;
16. no que se refere ao prejuízo ocorrido no exercício de 1983, a questão concernente à sua indedutibilidade é matéria superada a partir do advento do Decreto-lei nº 2.182/84, que altera a redação do artigo 5º, do Decreto-lei nº..... 1.418/75, o que demonstra cristalina a falta de disposição legal que proibisse a dedutibilidade de referidos prejuízos em situações idênticas ocorridas anteriormente;
17. assim, não havendo na legislação, como não havia à época, dispositivo que estabelecesse a inclusão do mesmo na determinação do lucro real, forçoso é reconhecer sua dedutibilidade;

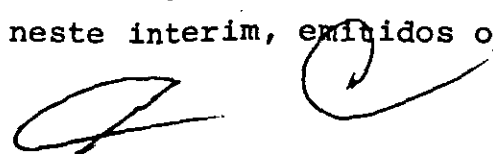


Acórdão nº 103-11.417

18. a pretensão das autoridades administrativas em tornar os prejuízos indedutíveis mediante a Portaria nº 18/79 e o PN/CST nº 10/79 foi repelida pela doutrina, pelo judiciário e pelo próprio Conselho de Contribuintes, através do Acórdão nº 101-73.204/82, do qual transcreve excertos;

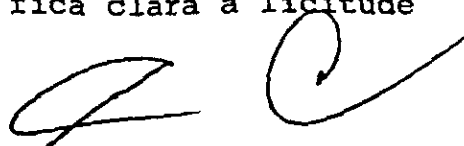
b) quanto à comissões tidas como distribuição disfarçada de lucros.

1. desde 1965 vem utilizando os serviços da Anderson Clayton & Co. S.A, com sede em Lausanne, na Suíça, que funciona como agente de exportação, proporcionando a venda de seus produtos no mercado exterior;
2. embora a mesma conste da guia de exportação como importadora e, ao mesmo tempo, favorecida da comissão, em hipótese alguma a mercadoria lhe é entregue, destinando-se a outras empresas no exterior, com as quais sua agente contratou a venda;
3. ao contratar a operação, seu agente emite o documento denominado "Confirmation of Purchase", à vista do qual a Autuada requer o registro da venda para o exterior, informando o nome do importador, de seu agente e a respectiva comissão;
4. confirmada a remessa dos produtos, mais uma vez recorre à CACEX para obtenção da GE; nela indicando novamente os dados acima;
5. acompanhados da GE, da nota fiscal e da fatura comercial, as mercadorias seguem para o local do embarque, sendo, neste interim, emitidos ou



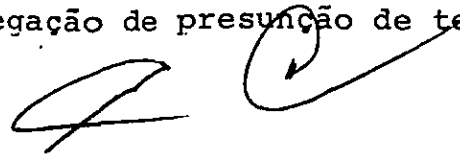
Acórdão nº 103-11.417

- tros documentos, como conhecimento de embarque (pela empresa de navegação marítima), fatura comercial (pela Anderson Clayton & Co. S/A., Lausanne), certificado de origem do produto exportado (pela Associação Comercial do Porto de Embarque), etc.;
6. esse procedimento está devidamente autorizado pela CACEX, órgão máximo para fiscalizar e aprovar tais operações, competindo-lhe, inclusive, a verificação dos preços praticados, deduções concedidas e condições de pagamento, por força dos artigos 19, VIII e 59 da Lei nº 4.595/64 e do artigo 2º da Lei nº 2.145/53, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei nº 5.025/66;
 7. dessa forma, não pode a aprovação ser questionada "a posteriori" por outros órgãos governamentais, razão pela qual requer a audiência da CACEX para manifestar-se no processo acerca da regularidade do pagamento das comissões em causa e dos respectivos valores;
 8. ademais, o fato de a beneficiária das comissões figurar como importadora, não a descaracteriza como agente de exportação, nem lhe retira o direito à percepção da comissão a que faz jus, em decorrência da efetiva prestação de serviços, inexistindo na legislação comercial ou tributária dispositivo que proíba determinação da empresa de ser, ao mesmo tempo, importadora e agente;
 9. a partir da definição do termo comissão, encontrado no Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva, da qual grifa a referência ao contrato de comissão mercantil, fica clara a licitude de seu procedimento;



Acórdão nº 103-11.417

10. os produtos exportados sujeitam-se a preço de mercado fixado pela Bolsa de Mercadorias de Chicago e é fiscalizado e aprovado pela CACEX, que autorizou seu pagamento, corroborando para comprovar a prestação do serviço os fatos de não terem ocorrido outras despesas em decorrência das exportações realizadas além das comissões, e de não manter a Autuada departamento específico para negociar e contratar as exportações com empresas estrangeiras;
11. a CACEX reconhece a possibilidade de pagamento das mesmas ao estabelecer, em 29.11.84, que nas operações de farelo e óleo de soja, não mais seriam admitidas remessas a título de comissão para empresas interligadas no exterior (doc. de fls. 455), permitindo-o, contudo, em relação a outros produtos (doc. fls. 461 e seguintes);
12. ainda que as referidas comissões viessem a ser desconsideradas como tais, sua dedução seria mera redução do preço de venda;
13. no caso em análise, é impossível vislumbrar qualquer aproximação entre os fatos concretos e a hipótese do artigo 369, inciso II, do RIR/80, já que inexistiram quaisquer condições de favorecimento, pois:
 - 13.1. o preço de venda à agente foi o vigente no mercado na data da GE e o preço de comissão foi o mesmo em uso naquela data;
 - 13.2. o negócio foi legitimamente praticado, sob controle do órgão federal competente, que o aprovou, não podendo ser contestado por mera alegação de presunção de ter



Acórdão nº 103-11.417

havido favorecimento;

14. ainda que assim não fosse, tendo a CACEX, ao longo de mais de 20 anos, autorizado o mencionado pagamento, aplicar-se-ia ao caso o disposto no artigo 100, inciso III do CTN e seu parágrafo.

Ouvido um dos Autores da ação fiscal, na forma do artigo 19, do Decreto nº 70.235/72, este prestou a informação de fls. 474/477, propugnando a manutenção do feito.

Submetidos os autos à apreciação da autoridade de primeira instância, o Chefe da DIVTRI/DRF/SP, por delegação de competência, proferiu a decisão de fls. 479/489, julgando improcedente a impugnação, nos termos assim sintetizados em ementa:

"Os resultados líquidos positivos obtidos em operação a termo em Bolsa de Mercadorias no exterior podem ser excluídos do Lucro Líquido na apuração do Lucro Real somente quando comprovadamente realizadas para cobertura efetiva a contratos de exportação. Por outro lado, os resultados líquidos negativos, em qualquer caso, são indedutíveis e devem ser adicionados ao Lucro Líquido para os efeitos fiscais.

Não comprovada a efetividade dos serviços tidos como prestados, são indedutíveis, as comissões de agentes de exportação e caracterizam distribuição disfarçada de lucros quando pagas a empresa sediada no exterior controlada, também, por sua (da impugnante) controladora no exterior."

Cientificada do decisório em 23.11.87 (AR de fls.490), interpôs a Contribuinte o recurso voluntário de fls. 494/535, argumentando, em resumo, que:

a) quanto às operações de "hedge"

1. a pretensão da Autoridade recorrida de subordinar a dedutibilidade dos resultados líquidos em operações a termo em bolsa de mercadorias no exterior à existência de vinculação a opera -

Acórdão nº 103-11.417

ções casadas com transações no mercado físico não tem amparo na lei nem nos regulamentos;

2. não há vinculação contrato a contrato, o que é materialmente impossível, existindo posições aproximadas, o que foi observado, mesmo porque, suas transações estavam adstritas aos limites fixados pelo BACEN, tendo em vista uma correspondência com sua atuação no mercado físico;
3. se a autoridade competente fixou limites globais que atendem ao objetivo de cobertura aproximada de contratos físicos, e apenas em 1985 exigiu estreita correlação técnica e quantitativa com as exportações, como pretender outra autoridade que haja uma vinculação contrato a contrato?;
4. além disso, a inobservância das normas sujeita a empresa e seus sócios, diretores e administradores à suspensão ou cancelamento da autorização, e impedimento de realizar novas operações, sem prejuízo das comissões legais cabíveis, logo, sabendo-se que a mesma teve sucessivamente prorrogada sua autorização para praticar "hedge" no exterior, não há como afirmar que ela se limitou a especular;
5. no caso em exame, as operações de "hedge" são regidas por legislação própria, sendo recepcionada pela lei tributária, que se limita a dar a elas um determinado efeito tributário, isto é, exclusão do lucro líquido para determinar o lucro real, por conseguinte, a definição, o conteúdo e o alcance das operações de "hedge", por força dos artigos 109 e 110 do CTN, são os fornecidos pelo direito comum e

Acórdão nº 103-11.417

como tal reconhecidos, aplicados e fiscalizados pelo BACEN;

6. relativamente ao prejuízo apurado nessas operações no exercício de 1983, o artigo 5º do Decreto-lei nº 1.418/75 limita-se a excluir da tributação os resultados positivos em "hed^ge" no exterior, sendo silente quanto aos prejuízos;
7. apenas a partir do exercício de 1985 passaram os mesmos a ser indedutíveis, por força do Decreto-lei nº 2.182/84, daí o 1º Conselho de Contribuintes, em inúmeros casos anteriores a este ato legal, ter proclamado sua dedutibilidade, constatando-se igual entendimento no âmbito do Poder Judiciário na apelação em mandado de segurança nº 95439 SC, julgada em..... 31.10.83 pela 6ª Turma do TFR;

b) quanto às comissões a agentes de exportação.

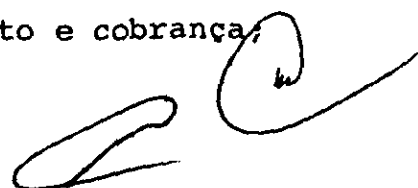
1. são fatos relevantes para o julgamento da causa:
 - 1.1. todas as operações foram autorizadas pela CACEX;
 - 1.2. nas GE constavam os valores FOB, a dedução da comissão, o nome do importador como favorecido da comissão e a remessa da mercadoria a terceiros;
 - 1.3. o âmbito recebido era o valor líquido, deduzido da comissão;
 - 1.4. antes do período fiscalizado outras exportações com as mesmas características



Acórdão nº 103-11.417

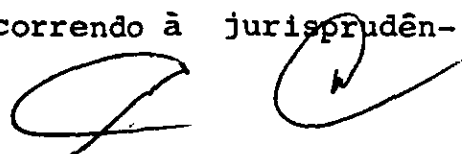
foram realizadas por muitos anos;

- 1.5. em 29.11.84 a CACEX fixou novos limites de comissões de agentes sobre a comercialização de soja e proibiu a remessa de comissões a empresas interligadas;
2. no caso concreto observa-se que a ACCO fez importações da Recorrente, colocando a mercadoria perante terceiros para os quais os embarques foram efetuados diretamente, como evidencia toda a documentação das exportações, eviciando assim atividades típicas de comissão mercantil, onde se observam características próprias da comissão "del credere";
3. nem é de se estranhar a eventual existência de sobrepreço (eventual porque pode não ter existido) face aos interesses cambiais do País, porque estes ficaram devidamente amparados pela prévia fiscalização da CACEX que, ao emitir a GE o faz com base nos níveis de mercado vigentes na respectiva data, podendo ocorrer oscilações entre a data do registro do preço e a do fechamento da venda pela ACCO, para mais ou para menos;
4. as razões pelas quais as exportações são quase que integralmente efetivadas através da ACCO residem na facilidade de penetração nos vários mercados e centralização de diversas atividades relacionadas à venda, eliminando custos internos substituídos pelas comissões, que remuneram a localização de compradores, colocação de pedidos, procura de navios, acompanhamento dos transportes e providências relativas a seguros, crédito e cobrança.



Acórdão nº 103-11.417

5. a jurisprudência também conta a seu favor como demonstra o acórdão nº 103-05.890;
6. o fato de nas vendas feitas diretamente a terceiros não terem sido atribuídas comissões à ACCO demonstram a licitude de seu procedimento, pois a mesma não detém exclusividade no agenciamento e só faz jus a comissões quando atua no mercado externo para colocar seus produtos;
7. em face da competência atribuída à CACEX, cujos dispositivos legais de regência transcreve, autorizadas as exportações por esse órgão sob determinados preços, deles deduzidas as comissões a pagar ao prejuízo importador, a CACEX deu às apurações, inclusive à cláusula de comissão, todos os contornos da legalidade necessária à sua efetivação;
8. mesmo que de comissão não se tratasse, a despesa seria mera dedução ou redução do preço de venda;
9. ainda que fosse dado à CACEX voltar atrás e declarar a irregularidade das comissões que autorizara, em face de autorizações concedidas ao longo de mais de 10 anos em centenas ou milhares de casos, caberia a aplicação do artigo 100, inciso III, do CTN, combinado com seu parágrafo, restando ao Fisco cobrar os impostos, garantida a exclusão de correção monetária, multa e juros;
10. quanto à imputação de prática de distribuição disfarçada de lucros pelo pagamento das comissões, após discorrer a respeito da natureza do instituto, recorrendo à jurisprudên-



Acórdão nº 103-11.417

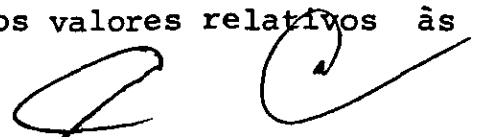
cia administrativa e judicial e invocando a orientação dos PN/CST e 449/71, 21/82 e 11/83, assevera não ser possível falar em transação mascarada ou diferença notória de valores quando todos os detalhes das exportações foram declarados às escâncaras perante a CACEX e por esta aprovados, além de constarem expressamente da documentação oficial relativa às apurações;

11. em conclusão, requer diligência junto à CACEX, no sentido de obter seu pronunciamento quanto à regularidade dos pagamentos, quer quanto ao seu caráter contraprestacional, quer quanto à normalidade do seu valor, quer quanto à legalidade de sua efetivação.

Em sessão de 22.03.88, os membros desta Câmara, na forma da Resolução nº 103-0820 (fls. 558/566), deliberaram por converter o julgamento em diligência, para as seguintes providências propostas pelo Relator:

"I - DA PARTE DA RECORRENTE:

- 1.1. Relacionar todas as exportações realizadas nos anos de 1982, 1983 e 1984, especificando:
 - a) como a exportação serviu de base para as operações a termo realizadas no exterior. Para tanto, elaborar quadro comparativo,
 - a.1. data do contrato de exportação;
 - a.2. natureza da mercadoria contratada;
 - a.3. quantidade contratada;
 - a.4. preço unitário em US\$ e em Cr\$ e valor total;
 - 1.2. Efetuar o demonstrativo para os anos de 1982, 1983 e 1984, compatibilizando o mercado físico com o mercado a termo.
 - b) anexar cópias do Diário e demais livros auxiliares, se houver, que comprovem ser possível, mediante lançamentos mensais saber se o que ocorre durante o período. É necessário a recorrente especificar como:
 - b.1. dissocia, com relação aos valores relativos às



Acórdão nº 103-11.417

operações realizadas no mercado a termo no exterior, aqueles valores mantidos em conta corrente das corretoras;

b.2. separa as variações cambiais atinentes aos valores mantidos junto às corretoras, daqueles relativos aos valores depositados em Bolsa e que sofrem tratamento fiscal diferenciado;

b.3. é possível, mesmo com a escrituração mensal, que um terceiro possa:

b.3.1. separar as quantidades compradas e vendidas em cada operação;

b.3.2. saber o preço, por unidade;

b.3.3. conhecer a data inicial de cada contrato e a sua respectiva liquidação;

b.3.4. saber qual a cobertura e liberação de margem.

II - POR PARTE DA AUTORIDADE LANÇADORA: Oficiar à CACEX a empresa que esta se digne fornecer os seguintes esclarecimentos:

2.1. relacionar, se possível, as exportações de soja e derivados levadas a cabo pela recorrente nos anos de 1982, 1983 e 1984, especificando os produtos, quantidades e valores;

2.2. se a empresa ANDERSON CLAYTON & CO. S/A - LAUSANNE está relacionada na CACEX como agente de exportação/importação.

III - POR PARTE DA FISCALIZAÇÃO.

De posse dos elementos acima, elaborar parecer conclusivo com a matéria, dando ciência à recorrente a fim de que esta se manifeste, se assim o desejar."

Pelo despacho de fls. 572 o Agente da Receita Federal em Santo Amaro, após formar anexo com as folhas 572 a 1889, juntadas pela Recorrente e 1894 e 1903, fornecida pela CACEX, transmitiu os autos para oitiva do Autor do feito, que concluindo a diligência, manifestou-se pela informação de fls. 573/576, aduzindo, em síntese; que:

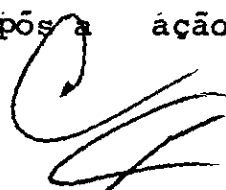
1. as disposições contidas no artigo 6º, § 1º, do Decreto-lei nº 2.397/87, que prorrogou a vigência do Decreto-lei nº 2.182/84, são de natureza interpretativa;

2. a Recorrente deixou de apresentar quadro compara

Acórdão nº 103-11.417

tivo a que alude o item 1.1 a da diligência requerida, o que viria por a mostra a desproporção e decorrente desvinculação entre as operações a termo em Bolsa e as operações de exportação a preço fixo (mercado físico);

3. as margens originais na Bolsa, podem ser cobertas por "T Bills"; no caso em tela, na realidade, ficaram depositadas junto à corretora, e sem nenhuma relação direta com aquelas que a corretora ofereceu à própria Bolsa, de toda maneira, os rendimentos produzidos por tais títulos são meras aplicações financeiras que não podem receber o tratamento favorecido;
4. o reconhecimento pela CACEX como agente exportador tem os seus efeitos limitados ao seu campo de atuação, qual seja, o cambial e o de exportação, até porque, não tem ela nenhuma condição de verificar a efetiva prestação de serviço do agente nominado na GE, louvando-se apenas nas informações fornecidas pela exportadora;
5. a comissão, na realidade, foi sub-preço na exportação, com favorecimento direto do acionista controlador no exterior;
6. da mesma forma a escrituração da Recorrente não permite conhecer destacadamente, os valores mantidos na Bolsa, os mantidos na corretora, e as variações cambiais correspondentes;
7. tampouco o documento nº 59 (anexo de fls. 1905 a 3016) relativo às margens depositadas pode servir de lastro aos registros contábeis efetuados por síntese, vez que se trata de demonstrativo produzido pela própria empresa após a ação fiscal;



Acórdão nº 103-11.417

8. as peças de fls. 1883/1886 só podem ser entendidas como um arremedo de compatibilização, sem nenhum detalhamento;... o que impede concluir se a Recorrente ao menos se enquadraria na tese por ela mesmo defendida de que haveria compatibilidade entre o mercado físico e o mercado a termo mediante vinculação aproximada em datas e quantidades;

9. sabe-se que o "hedge" de que fala a lei fiscal é aquela operação que se contrapõe a uma outra operação comercial com o preço ou custo fixado, logo, se este está em aberto, não há como estabelecer oscilações, não havendo como identificar pelos documentos de fls. 1883/1886 se as vendas a embarcar tinham na outra ponta compras com preço a fixar, ou ainda, os destaques no mercado a termo, quais as operações de "hedge" de venda e quais as de "hedge" de compra.

Cientificada da informação supra, em 02.10.90, a Suplicante não aditou qualquer razão de defesa ao seu recurso.

É o relatório.



Acórdão nº 103-11.417

V O T O

Conselheiro LUIZ HENRIQUE BARROS DE ARRUDA, Relator.

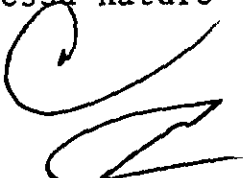
O recurso é tempestivo, por isso deve ser conhecido.

Os dois primeiros itens do auto de infração dizem respeito ao cômputo no lucro real de resultado em operações a termo em bolsa de mercadorias no exterior, desdobrando-se, segundo a descrição dos fatos nele contido, em 3 aspectos:

- a) dedutibilidade do prejuízo com essas operações no período-base de 1982;
- b) cômputo, no montante dos resultados auferidos, dos rendimentos produzidos por Letras do Tesouro Americano, adquiridas para depósito de margem inicial;
- c) possibilidade de os resultados positivos nessas operações, nos períodos-base de 1983 e 1984, serem excluídos do lucro real em transações acusadas de especulativas.

A matéria, sem dúvida, diz respeito a uma das questões mais polêmicas na legislação do imposto de renda, qual seja, a da compatibilização do denominado critério da territorialidade com normas que visam a alcançar rendimentos produzidos no exterior, auferidos por pessoas jurídicas domiciliadas no País, como é o caso do artigo 5º do Decreto-lei nº 1418/75, e alterações posteriores.

De início, deve-se ter presente que a Constituição Federal ao conferir à União competência para instituir o imposto sobre a renda e os proventos de qualquer natureza insere, nessa aptidão, poderes para alcançar, com a incidência do imposto, a renda e os proventos, independentemente do local onde venham os mesmos a serem produzidos, já que os textos constitucionais, quer o vigente à época da autuação, quer o atual, não impõem restrição dessa natureza.



Acórdão nº 103-11.417

Da mesma forma, o Código Tributário Nacional não referir-se à hipótese de incidência do imposto, em seu artigo 43, não alude ao seus aspectos temporal e espacial, remetendo, automaticamente, ao legislador ordinário essa incumbência.

Assim é, por exemplo, que, em relação às pessoas físicas, por força do disposto nos artigos 1º a 5º do Decreto-lei nº 1380/74, matriz legal do artigo 21, inciso VIII do RIR/80, compõem a base de cálculo do tributo os rendimentos recebidos no exterior, transferidos ou não para o Brasil.

Diverso, porém, foi o tratamento dispensado, em regra, às pessoas jurídicas, por efeito do disposto no artigo 157, § 1º do RIR/80, vigente na sua integridade, que, disciplinando o fato gerador do imposto, cujo aspecto valorativo é apurado a partir das mutações patrimoniais registradas na escrituração comercial, reproduziu o artigo 2º da Lei nº 2354/54, o qual, por sua vez, derogando o artigo 34, § 1º do Decreto nº 24.239/47, e tratando a matéria em ato legal, preconizou:

"A escrituração deverá abranger todas as apurações do contribuinte, bem como os resultados apurados anualmente nas suas atividades no território nacional."
(grifos nossos)

Optou, portanto, o legislador comum, por não incluir no campo da incidência tributária os resultados das operações realizadas fora do território nacional, o que foi posteriormente reforçado no artigo 63, da Lei nº 4506/64 (art. 268, do RIR/80).

Em outras palavras, "ex vi" do critério de territorialidade aplicável ao imposto devido pela pessoa jurídica, traduzido no comando legal acima transcrito, os resultados decorrentes de atividades no exterior, conquanto influenciem seu patrimônio, não interferem na determinação da respectiva base de cálculo, sejam eles positivos ou negativos.

A esse respeito vale lembrar os ensinamentos do cele



Acórdão nº 103-11.417

brado tributarista Noé Winkler. (in Imposto de Renda - Estudos - Resenha Tributária - SP - nº 1 - pág. 85/86 e nº 5 - pag. 430):

"Nesse particular ressalte-se a conceituação da renda diferenciada da pessoa física, no que concerne às suas fontes. Enquanto estas são tributadas sob o regime de competência do Estado do domicílio, abrangendo a totalidade da renda juridicamente à disposição do contribuinte, seja produzida no Brasil ou no exterior, a tributação do lucro obtido pela pessoa jurídica está sujeita ao princípio da territorialidade, alcançando, por isso, apenas o lucro de operações realizadas, no todo ou em parte, no território nacional;"

.....
"O Brasil, portanto, por interesse maior, delimitou sua competência tributária, restringindo sua soberania impositiva, no que toca às pessoas jurídicas, tão somente aos resultados de operações e atividades no território nacional, ou seja, considerando a incidência vinculada à territorialidade - os rendimentos produzidos em solo nacional, ou que no País tenham o fator de sua produção." (grifos do original)

Nesse diapasão, a rigor, os resultados de operações a termo em bolsas de mercadorias no exterior, quer quando positivos, quer quando negativos, não deveriam afetar o lucro real.

Assim se deu, de maneira plena, até o advento do Decreto-lei nº 1418/75, quando então, consoante seu artigo 5º (art. 306, do RIR/80), foi determinado:

"art. 5º - Serão excluídos na apuração do lucro tributável pelo imposto de renda, os proventos líquidos auferidos por empresas exportadoras nacionais, em bolsas de mercadorias no exterior, obedecidas as condições estabelecidas pelo Ministro da Fazenda."

De pronto, seu enunciado causou algumas reações de perplexidade entre os doutrinadores, que não lograram identificar com nitidez o instituto jurídico-tributário de que tratava o dispositivo legal.

Exemplo típico dessa postura indefinida, vislumbra-

Acórdão nº 103-11.437

na obra do eminente Alberto Xavier (Direito Tributário Internacional do Brasil - Resenha Tributária - SP - 1977 - pág 136), que assim se pronunciou sobre o assunto:

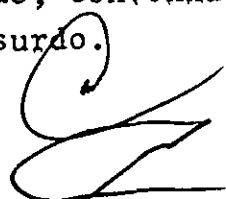
"Em nosso entender, o art. 5º reveste natureza de uma norma de não incidência, pois se limita a declarar que o lucro da operação realizada no exterior não é tributável, o que já decorria do princípio da territorialidade. Se, porém, se entender que os proventos do "hedging" são meros acessórios do preço da exportação - e esta é imputada ao território do país exportador - já pode qualificar-se uma norma como de verdadeira isenção." (grifos do original)

Com efeito, imperfeição de texto legal parecia ser uma constante nos atos editados à época do regime de exceção instalado no País, o que muito contribuiu para divergências interpretativas.

As deficiências redacionais, no entanto, não devem constituir óbice a que do ato se extraia seu verdadeiro significado, máxime quando, apesar da esdrúxula forma, sua existência válida não foi contestada pelo Poder Judiciário.

Destarte, o artigo 5º do Decreto-lei nº 1418/75, ao determinar não fossem computados na base de cálculo os proventos líquidos de operações a termo em bolsas de mercadorias no exterior nas condições estabelecidas pelo Ministro da Fazenda, embora empregando a estrutura lógica gramatical de texto tipicamente concessivo de isenção, estava, simultaneamente, redefinindo a hipótese de incidência do imposto, para nela introduzir os resultados auferidos em operações realizadas em desacordo com seu enunciado e com as regras determinadas pela autoridade administrativa designada.

A forma eleita foi indesejável, sem dúvida, mas entender seu conteúdo de maneira diferente significa dizer que, ante o artigo 157, § 1º, do RIR/80, o artigo 5º daquele decreto-lei seria letra morta e seu texto inteiramente supérfluo o que, convenhamos, implicaria em processo exegético conducente ao absurdo.



Acórdão nº 103-11.417

Deve-se concluir então, que, com o advento daquele diploma legal e da portaria que o regulamentou, quando, por exemplo, a pessoa jurídica lançar mão dos instrumentos regulados pela RES/BACEN nº 272/73 e pelo comunicado GECAN nº 229/83, os resultados positivos auferidos no exterior mediante o emprego das divisas remetidas, será computado no lucro real, caso:

- a) não haja transferência para o País das divisas correspondentes ao "hedge", ou
- b) a comprovação da condição de exportador tiver sido efetuada mediante utilização de meios fraudulentos, ou
- c) tais resultados decorrerem de operações diversas das descritas no ato ministerial, etc..

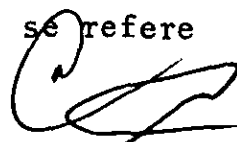
A conclusão de que se tratavam apenas dos resultados positivos, por seu turno, decorre do próprio significado do termo proventos, que, na dicção do artigo 43, inciso II do CTN, significa acrêscimos patrimoniais.

Quanto aos resultados negativos, uma vez trazidas^a as operações para o campo de incidência do imposto, passando a integrar a respectiva base de cálculo, não há como pretender vê-los tratados como adição ao lucro líquido para determinação do lucro real, por absoluta falta de previsão legal.

Assim não fosse e não haveria necessidade de modificação do texto primitivo do dispositivo legal em exame pelo Decreto-lei nº 2182/84, quando o legislador pretendeu conferir disciplina^u namentó diverso à matéria.

Como corolário dessas premissas, não está propriamente equivocada a Portaria nº 18/79 ao determinar não fossem computados na determinação do lucro real os resultados líquidos de tais operações.

Simplemente os resultados líquidos a que se refere



Acórdão nº 103-11.417

aquele ato são os de que trata o dispositivo legal regulamentado, isto é, os positivos (proventos), como se depreende, aliás de sua ementa e de seu preâmbulo, que têm a seguinte dicção:

"Regulamenta a exclusão do lucro líquido do resultado de operações a termo em bolsa de mercadorias no exterior ("hedge") - DL nº 1418/75, artigo 5º.

O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições e com fundamento no artigo 5º do Decreto-lei nº 1.418, de 3 de setembro de 1975,

RESOLVE:"

(grifos nossos)

Incorreta está, portanto, ao nosso ver, a orientação emanada do PN/CST nº 10/79, que conclui no sentido contrário.

Diga-se a propósito que o artigo 4º, do Decreto-lei nº 2182/84, ao atribuir nova redação ao artigo 5º do Decreto-lei nº 1418/75, passando a considerar expressamente indedutíveis os resultados negativos nas operações de "hedge", não revestiu, em abso^{luto}, caráter de ato interpretativo e, portanto, declaratório de situação pré-existente.

Ao contrário, seu enunciado revela a natureza clara de ato constitutivo ao derogar o antecedente, criando situação no va.

Improcede, portanto, a exigência no particular.

O segundo aspecto vinculado à matéria, diz respeito aos ganhos auferidos com a aquisição e o resgate de Letras do Tesouro Norte-Americano ("T. Bills").

Tanto o item 1, quanto o item 2 do auto de infração a elas se referem ao reportarem-se ao Termo de Constatação nº 2, segundo o qual a Auditada teria excluído do lucro líquido dos períodos-base de 1982, 1983 e 1984, as importâncias de Cr\$7.865.121,96, Cr\$ 3.609.083,00 e Cr\$ 230.796.809,00, respectivamente, a título de ganhos com "hedge" em bolsa de mercadorias no exterior, quando na realidade tratavam-se de rendimentos de transações com aqueles títulos de renda fixa.

Acórdão nº 103-11.417

Ocorre, porém, que os mesmos itens do auto mencionam, simultaneamente, o termo de constatação nº 4, o qual, por sua vez, aponta como infração as exclusões do lucro líquido das quantias de Cr\$ 377.942.049,00, Cr\$ 43.069.274,00 e Cr\$ 2.465.097.862,00, relativas, respectivamente, aos períodos-base de 1981, 1983 e 1984, que corresponderiam a glosas de resultados em operações em mercado a termo em bolsa de mercadorias no exterior, não acolhidas por descumprimento das condições ministeriais, assim como acusam a contribuinte de não haver adicionado à base de cálculo o valor de Cz\$. 176.660.303,73, no período-base de 1982, referente a prejuízos ocorridos com operações a termo na Bolsa de Chicago.

Os valores considerados para a imposição fiscal são os arrolados no termo de constatação nº 4 e, segundo manifestação da instância originária, consubstanciada no excerto extraído da decisão recorrida, às fls. 488:

"Os resultados apurados nas negociações com "T. Bills" conforme item III do Termo de Constatação nº 2, não é objeto destes autos, onde também não foram tribu- tadas as variações monetárias relativas aos saldos credores mantidos em conta corrente no exterior, es- tando, portanto, prejudicadas as razões apresenta- das e pertinentes a essas questões."

Essa, contudo, não é a conclusão a que se chega pela leitura da nova informação prestada pela Fiscalização em face da diligência efetuada, assim como do memorial apresentado pelo ilustre patrono da Recorrente.

Todavia, conforme se depreende das peças que compõem os autos, em especial da impugnação, os rendimentos de que trata o Termo de Constatação nº 2, foram produzidos por "T Bills" adquiridos com divisas remetidas ao exterior ao amparo da RES / BACEN nº 272/73 e do Comunicado GECAN nº 229/73, para o propósito exclusivo de destinarem-se às operações em causa.

Visavam, portanto, no dizer da Recorrente, a servir de depósito para garantia das margens iniciais.



Acórdão nº 103-11.417

Assim, ante a possibilidade de, atendendo à finalidade a que se destinavam as remessas, auferir rendimentos ou ganhos adicionais, a Requerente optou por determinar as aquisições dos títulos para feitura dos depósitos, alternativa aceita pela instituição na qual são realizadas os pregões.

O envio dos recursos não se processou, portanto, ao arrepio de qualquer norma de caráter tributário ou de controle cambial.

É bem verdade que os rendimentos ou ganhos auferidos com aqueles títulos não se confundem com os das operações para as quais serviram de lastro, não sendo o fato de a Bolsa de Mercadorias de Chicago aceitá-los em depósito de garantia de margem, certamente em função do elevado grau de liquidez que lhes confere a categoria de quasi-dinheiro, suficiente para suprimir-lhes a natureza autônoma em relação ao "hedge".

Nada obstante, inexistia na legislação tributária regra que trouxesse tais acréscimos do patrimônio para o campo de incidência do imposto, o que só veio a ocorrer com a edição do Decreto-lei nº 2.397/87, regulamentado pela IN/SRF nº 173/88, cujo inciso 6, determina.

"6. Deverá ser reconhecida como receita, segundo o regime de competência, a remuneração obtida com a manutenção de recursos no exterior, decorrentes ou vinculados a operações nos mercados a termo ou de futuros, em relação à parcela que a bolsa, ou sua caixa de liquidação, não exigir seja mantida em espécie."

Em consequência, descabe exigir o tributo sobre tal parcela, "ex vi" do disposto no artigo 157, § 1º do RIR/80.

A questão final relativa ao "hedge" reside na afirmativa contida na parte final do item I do Termo de Constatação nº 4 segundo o qual, as exclusões do lucro líquido efetuadas pela Auditora nos exercícios de 1982, 1984 e 1985 com respaldo no artigo 306 do RIR/80 e no artigo 4º do Decreto-lei nº 2182/84 eram indevi,

Acórdão nº 103-11.417

das porque referentes a atividades especulativas, na medida que ca da operação de "hedge" deve estar vinculada a um contrato de expor tação ao qual, servirá de cobertura, o que não foi praticado.

Fundamenta ainda este tópicos a alegação (Termo de Constatação nº 5) de que a escrituração da Fiscalizada não permite aferir com segurança e regularidade das operações a termo realizados no exterior.

Ambos os pontos foram ratificados pela Autoridade de primeira instância em sua decisão. .

O núcleo dos argumentos oferecidos pela Recorrente em oposição à exigência reside, como bem destacado pelo ilustre re lator do voto que resultou na resolução nº 103-0820/88, na asserti va de que, "o que ocorre na prática, relativamente às empresas que realizam operações de "hedge", é que o resultado da soma das posições físicas de soja e seus respectivos derivados (farelo e óleo), com as posições assumidas no mercado a termo devem, geralmente, fi car próximas a 0 (zero)."

De início, deve-se observar que as normas do artigo 6º e §§ do Decreto-lei nº 2397/87, da mesma forma que as do artigo 4º do Decreto-lei nº 2182/84, antes mencionado, não possuem, de ma neira alguma, natureza interpretativa.

Quando muito, retratam o esforço do legislador em aperfeiçoar as regras jurídicas de disciplinamento da matéria sob o ponto de vista tributário a fim de, lançando mão das possibilidades extra-fiscais do imposto, empregá-lo como instrumento ancilar mais eficaz no reforço às políticas cambial e de comércio exte rior.

Assim, o artigo 5º do Decreto-lei nº 1418/75, o artigo 4º do Decreto-lei nº 2182/84 e o artigo 6º do Decreto-lei nº 2397/87, cada um deles de per si e ao seu tempo, trouxeram soluções novas não tratadas na legislação anterior, e, como leis novas devem ser considerados, quer para os efeitos de vigência, quer pa

Acórdão nº 103-11.417

ra os de aplicação.

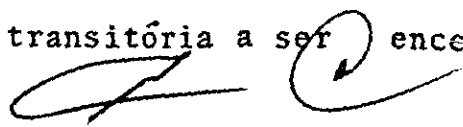
Vale dizer que os preceitos do artigo 6º do Decreto-lei nº 2397/87, invocados pelo Autuante às fls. 573, não prevalecem no deslinde da questão, salvo para tornar evidente, por comparação, as diferenças de tratamento dispensados pela legislação anterior.

Segundo essa diretriz temos que, até o advento do ato legal de 1987, regulamentado pela IN/SRF nº 173/88, o termo "hedge", empregado pela Portaria nº 18/79 para delimitar os contornos da isenção em pauta, por falta de definição por parte da legislação tributária, deve ser compreendido no seu significado usual no mercado, ambiente do qual foi extraído.

Neste particular, a falta de sincronismo entre as transações no mercado físico e a termo ou futuro, a padronização de lotes nestes mercados, o fato de que a Suplicante opera alternadamente com matéria-prima e seus subprodutos e as alentadas descrições das práticas de mercado contidas na reclamação apresentada na fase impugnatória e no presente recurso, apoiadas na literatura técnica existente sobre o assunto, na doutrina e na jurisprudência cuja reprodução é despicienda porque constante do relatório, levam-nos à convicção de não ser verdadeira a premissa em que se ampararam a imposição fiscal originária e a decisão recorrida, de que, para caracterizar o "hedge" era necessário que cada operação estivesse vinculada a uma operação de exportação.

Não quer também isso dizer, como chega a sugerir a Recorrente no segundo parágrafo de seu recurso, às fls. 502, que à época dos fatos arrolados na autuação sequer havia correlação entre as operações no mercado a termo e as de exportação.

Admitir isso seria negar a própria acepção da palavra "hedge", de origem inglesa, que significa cerca, sebe, e é empregada nos mercados futuro ou a termo no sentido figurado, exatamente para designar a proteção ao risco das oscilações de preço traduzida no ato de assumir uma posição transitória a ser



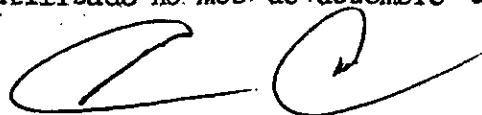
Acórdão nº 103-11.417

rada e substituída por um negócio efetivo a ser realizado adiante.

Reconhecemos, portanto, que, anteriormente ao Decreto-lei nº 2397/87, os valores a serem excluídos do lucro líquido na forma do artigo 306 do RIR/80, ou do artigo 4º do Decreto-lei nº 2182/84, eram os correspondentes ao somatório dos saldos apurados na liquidação de contratos futuros, deduzidas as despesas a eles referentes (Portaria nº 18/79, 1.1), pelas empresas exportadoras domiciliadas no País em operações de "hedge" realizadas de conformidade com a RES/BACEN nº 272/73 e o comunicado GECAM nº 229/73 (Portaria nº 18/79, 1), devendo-se entender o vocábulo "hedge" na sua aceção costumeiramente acolhida pelo mercado à época, de tomada de posição aproximadamente igual, porém em sentido contrário, àquela que se detém no mercado.

Exatamente para aclarar este ponto e verificar se o nível de detalhamento da escrituração comercial da Interessada permitia concluir a respeito do atendimento deste aspecto, foi expedida a Resolução nº 103-0820 desta Câmara, que resultou, da parte da Recorrente, a juntada de:

- a) relação das exportações de óleo de soja e farelo de soja realizadas nos períodos-base de 1982 a 1984;
- b) pasta de contas e locações utilizadas na contabilização das operações de "hedge";
- c) documentos relativos à contabilização de "hedge" em cada mês dos períodos-base de 1982 a 1984;
- d) cópias dos extratos mensais das corretoras e das letras do tesouro referentes à cobertura de margens relativamente aos períodos-base de 1982 a 1984;
- e) descrição minuciosa de todas as etapas seguidas para escrituração das operações em apreço, com juntada dos relatórios internos e papéis de trabalho utilizado no mês de dezembro de 1982, empregado como exemplo;



Acórdão nº 103-11.417

- f) demonstrativo das posições dos dias 30/06 e 31/07/82, 30/03/83 e 30/04/83 (fls. 1883/1886) com esclarecimento das posições assumidas no mercado a termo em relação ao físico;
- g) gráficos demonstrando as oscilações de preços no mercado a termo de Chicago;
- h) relação dos significados das siglas utilizadas nos documentos juntados.

Oriundo da CACEX, foi anexado ofício ADCEX/SEEST- A - 376, de 22/06/89, ao qual aquela carteira apensou a mesma relação da GE elaborada pela própria empresa, cujos dados ratificou, além de prestar demais esclarecimentos sobre o item seguinte do auto de infração, que será analisado adiante.

Quanto a esses aspectos, pronunciou-se, pela Fiscalização um dos Autuantes, ratificando seu convencimento anteriormente esposado, afirmando que o quadro requerido no subitem 1.1, a da Resolução desta Câmara não foi elaborado, o que viria por ã mostra a desproporção e decorrente desvinculação entre as operações a termo em bolsa e as operações de exportação, rejeitando os demonstrativos de fls. 1883/1886, que denominou "arremêdo de compatibilização", "simples esboços globais e anuais, sem nenhum detalhamento, e que impedem assim de concluir, se a recorrente ao menos, se enquadraria na tese por ela mesma defendida" e negando validade ao documento nº 59, juntado na fase impugnatória, relativo às margens depositadas (original e variação) - data e valor em US\$ - e margem liberada - data e valor em US\$, por tratar-se de demonstrativo produzido pela própria Recorrente e, mesmo assim, após a ação fiscal (10/09/86).

De plano impende esclarecer a que remessa dos autos para oitiva da Fiscalização foi medida de prudência desta Câmara, proposta pelo ilustre Conselheiro Antonio da Silva Cabral, com o fito de, em respeito ao princípio da verdade material, permitir ao órgão competente da instância recorrida manifestar-se a respeito dos

Acórdão nº 103-11.417

fatos, alegações ou documentos dos quais pudesse não ter conhecimento na fase anterior do processo, assegurando a integridade do sistema de contraditório que deve nortear o processo administrativo fiscal.

Dessa forma, o órgão preparador transmitiu os autos à DIVFIS/DRF/SP em 31/08/89, conforme despacho de fls. 572, a qual, por seu turno, somente 7 meses depois designou servidor para prestar a informação requerida, que, somente em 10/09/90 foi expedida, ou seja, mais de 5 meses depois.

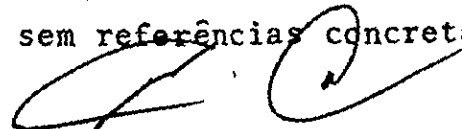
Nesse tempo houve oportunidade de serem cotejados os novos elementos com a escrituração comercial da Recorrente, o que não consta tenha ocorrido.

Destarte, não me parece razoável acolher argumentos como os expendidos, no sentido de simplesmente recusar relatórios apresentados, sem referência a dados reais, como no caso do mencionado documento nº 59, elaborado, sem dúvida, após a fiscalização, como declarou a própria Impugnante, composto de mais de 1000 folhas, sem que tenha sido submetido a qualquer teste pela Auditoria Fiscal.

Ter sido elaborado após a ação fiscal não lhe suprime a validade, sendo bastante razoável a indisponibilidade imediata de informação em relatório único consolidado da forma desejada, o que requer muitas vezes para atendimento a reformatação de arquivos magnéticos e a elaboração de programação adequada para tal.

Também não constitui óbice à sua aceitação o fato de ter sido elaborada pela própria Requerente, ainda mais porque a solicitação primitiva dizia respeito à prestação de informações relativas a margens depositadas e liberadas, que é o que contém o relatório.

Se a Fiscalização supõe não serem verdadeiras as formações prestadas, cabe-lhe conferi-las com os documentos transações e não apenas impugná-las sem referências concretas



Acórdão nº 103-11.417

falhas de seu conteúdo.

Iguais considerações são cabíveis com relação aos demonstrativos de fls. 1883/1886, mediante os quais, em substituição à demonstração requerida com relação a todos os anos auditados, a Fiscalizada ofereceu exemplos de 4 dias diferentes, como, aliás, já havia feito na fase impugnatória pelo documento de fls. 388.

Também nesse caso, se a Fiscalização entende que a escolha das datas foi tendenciosa, ou que os dados ali contidos não espelham a realidade, ou ainda que necessitaria informações adicionais para opinar, cabia-lhe determinar levantamento análogo no dia de sua preferência, ou confrontar as informações com os documentos que as teriam respaldado, ou mesmo diligenciar para que não pairasse qualquer dúvida a respeito, pois, afinal, como é o princípio assente no direito, o ônus da prova incumbe a quem acusa.

Nada disso, porém ocorreu. Assim, como o que neles se contém evidência a posição aproximadamente igual a que nos referimos anteriormente, e a descrição dos procedimentos contábeis não discrepa das praxes adotadas pela técnica de escrituração comercial, entendemos atendido o item 1 da diligência determinada e comprovadas as razões da Defendente, pelo que dou provimento ao recurso quanto a esse aspecto.

O último item do auto de infração trata de distribuição disfarçada de lucros à acionista controladora domiciliada no exterior, pela realização de negócio em condições de favorecimento com sociedade por ele igualmente controlada, caracterizada pelos pagamentos a título de comissões a agente de exportação, cuja efetividade da prestação dos serviços não foi comprovada.

A exigência em tela decorre da assertiva de que a beneficiária das comissões (ACCO) era a própria importadora das mercadorias sediada no exterior e que nas raras exportações a outras pessoas jurídicas não houve atribuição de qualquer comissão.

Reforça a tese a informação fiscal de fls. 477 na

Acórdão nº 103-11,417

qual um dos Autuantes reitera sua opinião afirmando que a beneficiária da paga, pela forma praticada no negócio, não é intermediária, suas compradora-vendedora.

Os argumentos contrários de defesa são no sentido de que as atividades da adquirente estrangeira são típicas da comissão mercantil fazendo ela jus à remuneração a que alude o artigo 186 do Código Comercial.

A comissão mercantil encontra-se regulada, em nosso direito, pelos artigos 165 a 190 do Código Comercial Brasileiro.

De acordo com tais dispositivos, o referido contrato comercial, embora encerre características assemelhadas ao mandato ou à representação comercial, deles se distingue em diversos pontos.

Assim é, por exemplo, que, nessa modalidade, o comissário contrata com terceiros em seu próprio nome, ficando diretamente obrigado com os mesmos, sem que estes tenham ação contra o comitente e vice-versa.

Vale dizer, a relação jurídica entre comitente e comissário não se comunica com a relação jurídica que vier a se estabelecer entre comissário e terceiro contratante, especialmente se pactuada a cláusula "del credere", quando então, até mesmo no caso de insolvência deste, o comissário responderá pela dívida perante o comitente.

Claro está que, para tornar possível a comissão mercantil, haverá necessidade de o comitente, antes, ao mesmo tempo, ou após a contratação da venda pelo comissário, alienar a coisa objeto da transação.

Outrossim, o artigo 186 do Código Comercial é expresso ao denominar comissão a remuneração devida pelo trabalho realizado em favor do comitente, e admitir pagamento adicional pelo ajuste escrito ou assunção voluntária do "del credere" (art

Acórdão nº 103-11.417

179, "in fine").

Diga-se a propósito que o termo comissão é empregado pela legislação comercial com diferentes acepções, podendo significar, por exemplo, o contrato a que estamos nos referindo (art. 165), a remuneração devida ao mandatário (art. 154), a remuneração do comissário, ou a remuneração do representante comercial (art. 32, Lei 4886/65).

Retornando ao ponto inicial, concluímos que o fato de se verificar pagamento de comissões ao próprio comprador da mercadoria não constitui, necessariamente, obstáculo à sua dedutibilidade na determinação do lucro real, nem configura, por si, distribuição disfarçada de lucros quando o beneficiário do rendimento é pessoa interligada.


Importa, então, saber se a hipótese em apreço corresponde a contrato de comissão mercantil.

Sendo os autos omissos quanto à existência ou não de ajuste escrito dessa natureza, sua identificação deverá fazer-se pelos meios previstos no artigo 122 do Código Comercial.

Impende, portanto, recorrer aos documentos das transações, inclusive correspondências, que constituam evidências objetivas dos negócios realizados, os quais encontram-se anexados à impugnação (fls. 417 e seguintes) quando a Recorrente descreveu também, e com detalhes, o momento da emissão de cada um deles (fls. 313/315), o que foi ratificado no recurso.

De acordo com tais documentos e informações, que em momento algum foram contestados pelos Autuantes ou pela Autoridade recorrida, em todas as vendas efetuadas à ACCO, a remessa da mercadoria foi efetuada diretamente a terceira pessoa.

O preço da venda à ACCO foi fixado com base na cotação do produto na Bolsa de Mercadorias de Chicago, sendo o câmbio contratado, geralmente por ocasião do embarque, e nunca exce



Acórdão nº 103-11.417

dendo o prazo fixado pela CACEX de 10 dias.

O valor da comissão está em consonância com as bases estabelecidas pela CACEX, órgão que, na forma da legislação aplicável, estava investido da competência para controlar e autorizar os preços praticados, as deduções concedidas e as condições de pagamento das exportações brasileiras, e expediu, em atendimento à diligência requerida por esta Câmara, o ofício ADCEX/SEEST-A 376/89, nos seguintes termos (fls. 1894):

"2. Confirmamos, outrossim, que, nos casos em que a Anderson Clayton & Co. S.A. Lauzanne, Suíça, figurou como agente no campo 63 das guias de exportação, tal condição foi aceita por esta Carteira à época das transações de que se trata."

Além disso, exceção feita às comissões em apreço, a empresa não incorreu em nenhuma despesa com as exportações, nem possui departamento específico, pessoal contratado ou escritório no exterior para esse fim, salvo, a partir de fins de 1984 quando pelo telex de fls. 455, a CACEX vedou remessas de comissões pela comercialização da soja e seus derivados a empresas interligadas no exterior e a Recorrente, então, passou a contratar pessoal para esses encargos.

Como na comissão "del credere", a beneficiária das comissões responde pelo preço da venda e pontualidade do pagamento.

Esses os fatos, não contraditados, repetimos, pelas autoridades do órgão de instância originária, salvo para negar que a ACCO opere por conta da Autuada, reiterar que as comissões se prestaram para prática de sub-preço e arguir que a CACEX e o DpRF têm atribuições e atuações próprias, em campos de legislações diferentes.

Efetivamente, quanto ao último ponto, assiste razão ao Autuante. A competência da CACEX, conferida pelos atos legais e regulamentares transcritos pela Recorrente, não excluem a do DpRF no que pertine ao exame dos efeitos fiscais dos atos que, levados

Acórdão nº 103-11.417

ao conhecimento daquele órgão, relacionem-se com os aspectos das hipóteses de incidência dos tributos e contribuições administrados por este.

A afirmativa de que a aprovação por aquela Carteira não pode ser questionada "a posteriori" por outro órgão governamental é de todo desprovida de fundamento, ainda mais quando também a lei atribui a Receita Federal e aos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional a competência fiscalizar e lançar tributos.

Admitir tal premissa implicaria reconhecer à aprovação tácita ou expressa da CACEX poder incontestável, quase divino, que o direito, como criação do espírito humano, voltado para regular a conduta dos indivíduos, não confere a nenhuma pessoa ou entidade.

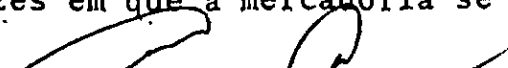
Diga-se a propósito que, se até mesmo o lançamento homologado pode ser revisto, na forma do artigo 100, inciso V, do CTN, quanto mais os preços declarados pelo próprio exportador.

Não resta dúvida, porém, que a aceitação dos preços por aquela agência do Governo, os quais a Interessada assegura responderem aos praticados em bolsa, instaura presunção a seu favor, igual sorte colhendo as comissões, máxime quando a aceitação de seus níveis foi ratificada em decorrência de indagação formulada por este Conselho.

Destarte tal presunção somente seria elidida, mediante prova eficaz em contrário, o que não se produziu nos autos.

Resta saber, então, se as comissões correspondem à efetiva prestação de serviços.

Ora, a Defendente é exportadora, seus produtos são embarcados, em quase todos os casos, diretamente para empresas diversas da adquirente, em diferentes localidades no exterior e não há cobrança de comissão nas raras vezes em que a mercadoria se destina ao próprio adquirente.



Acórdão nº 103-11.417

Se não incorre em despesas outras de exportação, não possui pessoal contratado para esse fim, nem escritório no estrangeiro para agenciar negócios, e se as vendas foram feitas a preço corrente de mercado praticado em bolsa, é de se concluir que a adquirente no exterior exerce atividades típicas de comissário fazendo jus, em consequência, às comissões recebidas.

Em adição, se as comissões são fixadas nos limites estabelecidos pelo órgão legalmente competente para tal, não há como vislumbrar condições de favorecimento na operação.

Por certo, não há evidências palpáveis de que a revenda pela ACCO se faça por conta da Recorrente.

Outrossim, como admite a Suplicante, entre a data do registro do preço na GACEX e a do fechamento da venda pela ACCO, oscilações de preço podem ter ocorrido, para mais ou para menos.

Essas circunstâncias, a nosso ver, não invalidam a comprovação da prestação dos serviços e as oscilações de preços verificados em favor da ACCO são plenamente aceitáveis como remuneração adicional resultante da assunção voluntária da cláusula "del credere".

Por todo exposto voto no sentido de dar provimento ao recurso.

Brasília-DF., em 17 de julho de 1991.


LUIZ HENRIQUE BARROS DE ARRUDA RELATOR