



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

Processo nº 16327.002088/2003-11
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 9101-002.255 – 1ª Turma
Sessão de 2 de março de 2016
Matéria EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Embargante BANCO DE INVESTIMENTOS CREDIT SUISSE (BRASIL) S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1999

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. RERRATIFICAÇÃO. Restando comprovada a existência de omissão, na forma suscitada pelo embargante, impõe-se o acolhimento dos embargos para rerratificar a decisão.

Embargos acolhidos, sem efeitos infringentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado em conhecer os Embargos por unanimidade de votos e acolhe-lo por maioria de votos, para rerratificar o Acórdão: embargado, sem efeitos infringentes, vencidos os Conselheiros, Luís Flávio Neto, Livia De Carli Germano (Suplente Convocada), Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado) e Maria Teresa Martinez Lopez, que davam efeitos infringentes. Ausente, justificadamente, a Conselheira Cristiane Silva Costa.

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto Presidente

(Assinado Digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão Relator

EDITADO EM: 23/03/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, CRISTIANE SILVA COSTA, ADRIANA GOMES REGO, LUÍS FLÁVIO NETO, ANDRE MENDES DE MOURA, LIVIA DE CARLI GERMANO (Suplente Convocada), RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, RONALDO APELBAUM (Suplente Convocado), MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ, CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO.

Relatório

Cuida-se de Embargos de Declaração opostos pelo Contribuinte em face do Acórdão de nº 9101-00.412, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de 03 de novembro de 2009, em cuja ementa consta:

"IRPJ. OPERAÇÕES COM OPÇÕES DE FLEXÍVEIS DE DÓLARES. LIMITAÇÃO DA DEDUÇÃO DAS PERDAS. As perdas incorridas em operações com opções de flexíveis de dólar em mercado de balcão não organizado, devem se limitar, para efeito de dedução na determinação do lucro real, aos ganhos auferidos nas referidas operações, conforme dispõe o § 4º, artigo 76, da Lei n. 8.981/95.

OPERAÇÕES PARA FINS DE HEDGE. Não tendo sido comprovado que as operações com opções flexíveis de dólar tenham sido feito para fins de hedge, impõe-se à limitação das perdas ocorridas, para efeito de dedução na determinação do lucro real, aos ganhos auferidos nas referidas operações. "

São os seguintes os fundamentos do auto de infração:

- i) O artigo 71 da Lei 9.430/96 determina equiparação das normas de tributação dos ganhos líquidos decorrentes de operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, com aquelas aplicáveis aos ganhos líquidos auferidos em operações de natureza semelhante realizadas em bolsa;
- ii) O artigo 72 da Lei 8.981/95 trata da tributação das operações realizadas em bolsa de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.
- iii) O parágrafo 4º do artigo 76 da mesma Lei estabelece, para tais operações, que as perdas na apuração do Lucro Real só serão dedutíveis até o limite dos ganhos auferidos naquelas operações;
- iv) À essa regra geral de limitação da compensação das perdas auferidas no mercado de renda variável excetuam-se expressamente as hipóteses previstas nos incisos I a V do artigo 77, também da Lei 8.981/95;
- v) A exceção prevista no inciso III do artigo 77 alcança as operações de renda variável realizadas em bolsa, no mercado de balcão organizado, ou através de fundos de investimento, para a carteira própria de instituição financeira;
- vi) A exceção prevista no inciso V refere-se às operações realizadas para fins de hedge, conforme conceituadas no § 1º do mesmo artigo;
- vii) A Fiscalização entendeu que as operações não foram realizadas em mercado de balcão organizado e não tiveram a finalidade de hedge, não enquadrando, portanto, nas exceções à regra geral de limitação da

compensação das perdas, previstas, respectivamente, nos incisos III e V do artigo 77 da Lei 8.981/95.

Instaurado o litígio, a análise dos recursos (voluntário e especial) cingiu-se a dois pontos: (i) se as operações foram ou não realizadas em mercado de balcão organizado e (ii) se as operações tiveram finalidade de hedge.

O voto vencedor do Acórdão da CSRF, ora embargado, fundamentou-se da seguinte forma:

(i) O fato de a operação ter sido levada a registro posteriormente na BM&F não tem o condão de caracterizá-la como de operação efetuada no mercado de balcão organizado, tendo em vista que o registro daquelas operações é ato formal, que dá publicidade aos negócios realizados entre as partes. Ou seja, a responsabilidade da BM&F limitava-se ao registro, controle escritural das posições e à informação dos valores de liquidação, sem qualquer responsabilidade quanto à segurança dos investidores do cumprimento dos contratos;

(ii) Assim, conclui-se que tais operações se deram em mercado de balcão não organizado, eis que foram realizadas fora da BM&F e do mercado de balcão organizado, não se enquadrando na exceção à limitação de perdas prevista no inciso III do art. 77 da Lei nº 8.981/95;

(iii) O argumento despendido pelo Recorrente no sentido de que as operações de opções flexíveis eram instrumento de hedge das posições de compra futura de dólar e, portanto, tais operações estavam dentro das condições elencadas no inciso V do artigo 77, da Lei nº 8.981/95, não tem como prosperar, pois, quanto ao hedge, é sabido que: (a) sua principal característica é que todas as operações neste mercado estão vinculadas a um contrato, ajustados diariamente em dinheiro, através da Câmara de Compensação, em função da variação dos seus valores de referência, razão pela qual, para entrar neste mercado, o aplicador tem que fazer um depósito prévio como garantia (margem inicial), que pode ser em dinheiro, ouro, carta de fiança bancária ou título da dívida pública federal; (b) as opções flexíveis tal qual a efetuadas pelo Recorrente, podem ser utilizadas tão somente para fins especulativos ou com objetivo fiscal, desassociado, portanto, da função primordial do hedge que é ilidir riscos inerentes as operações de compra e venda, com execução diferida; (c) que numa operação de hedge deve estar devidamente detalhada e documentada toda a operação, tais como, a efetividade do hedge desde a sua concepção até o seu vencimento.

E a partir dessas premissas conclui:

Entretanto, o Recorrente não comprovou ao longo do presente processo que as operações se destinaram à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preços ou de taxas relacionado com a sua atividade operacional ou a proteção de direitos ou obrigações, aliado ao fato de que tais operações foram efetuadas fora da BM&F, sem qualquer garantia, prática que não se coaduna para este tipo de operação e, portanto, no meu entender, não amparada pelo regime de exceção à limitação de perdas prevista no artigo 77 da Lei 8.981/95.

Portanto, o acórdão embargado decidiu que deve ser aplicada às operações efetuadas pelo contribuinte a regra prevista no parágrafo 4º do artigo 76 da Lei nº 8.981/95, ratificando-se o entendimento da Fiscalização no sentido de que as perdas na apuração do Lucro Real só seriam dedutíveis até o limite dos ganhos auferidos naquelas operações.

Notificado da referida decisão em 08/09/2010, o Sujeito Passivo opôs embargos de declaração em 13/09/2010, suscitando que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de apreciar "argumento importantíssimo trazido aos presentes autos relacionado a inexistência de limitação as perdas apuradas com opções flexíveis ainda que a operação tenha sido realizada fora de bolsa ou balcão organizado, conforme sustentado nas contrarrazões ao Recurso Especial e amplamente discutido no Parecer elaborado pelo Prof. José Luiz Bulhões Pedreira, que foi juntado aos autos em 13.12.2004".

O presente processo foi a mim distribuído por sorteio, em sessão de julgamento realizada em 08/12/2015, nos termos do art. 49, § 5º do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, tendo em vista que o relator original não pertence mais ao colegiado.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, Relator

Os Embargos se mostram tempestivos e atendem aos pressupostos legais para seu seguimento, pelo que deles conheço.

Destaco que a admissibilidade dos presentes embargos refere-se somente à omissão, não tendo sido admitida a alegação de contradição (fls. 4 do exame e de admissibilidade do embargo).

Verifica-se que de fato houve um ponto, levantado no recurso voluntário e nas contrarrazões de recurso especial, sobre o qual não se manifestou nem a antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes nem a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Refere-se ao argumento do Contribuinte de que, mesmo que se entenda que as operações foram realizadas fora de bolsa, ainda assim seria aplicável a exceção à limitação da dedutibilidade das perdas prevista no inciso III do art. 77 da Lei nº 8.981/95, pois o artigo 71 da Lei 9.430/96 estendeu às operações fora de bolsa as normas de tributação aplicáveis aos ganhos líquidos em operações em bolsa.

Reitero e ratifico os termos do despacho de admissibilidade dos embargos transcritos abaixo:

Embora não abordada a questão no Acórdão 101-95.176, da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, não poderia ela ser objeto de embargos, quer por parte do contribuinte, quer por parte da Fazenda, por falta de interesse no recurso (o contribuinte, porque a decisão lhe foi favorável, a Fazenda, porque o argumento lhe era desfavorável).

Tendo sido interposto recurso especial, abriu-se a oportunidade para que o contribuinte levantasse a matéria em sede de contrarrazões.

Uma vez que o acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais, ora embargado, não enfrentou a questão, que

trata do alcance de dispositivo legal no qual se baseou a fiscalização para formalizar a exigência, entendendo que foi “omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma”.

Isto posto, manifesto-me pelo recebimento dos embargos.

Passo à análise.

Matéria relevante, já discutida nos autos, diz respeito ao alcance do artigo 71 da Lei 9.430/96, que determina que “os ganhos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, nas demais operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, serão tributados de acordo com as normas aplicáveis aos ganhos líquidos auferidos em operações de natureza semelhante realizadas em bolsa.”

Segundo o Contribuinte, apenas aos ganhos nas operações realizadas fora de bolsa, e não às perdas, devem ser aplicadas as normas aplicáveis aos ganhos em operações realizadas em bolsa. Além disso, o termo “tributados” deve ter interpretação restritiva, limitando-se à definição da alíquota aplicável e não às demais normas do regime de tributação.

Nesse ponto, no entanto, a Fazenda, em sua tese vencedora, defendeu que o art. 71 da Lei 9.430/96, ao determinar que os ganhos auferidos em operações fora de bolsa sejam tributados de acordo com as normas aplicáveis aos ganhos líquidos auferidos em operações de natureza semelhante realizadas em bolsas, não se limita a estender às operações fora de bolsa as alíquotas aplicáveis na tributação de operações em bolsa, mas estende todas as normas aplicáveis às operações em bolsa.

Ratificado tal entendimento, emerge a necessidade de suprir a omissão enfrentando-se o argumento do Contribuinte segundo o qual, se todas as normas aplicáveis às operações em bolsa são também aplicáveis às operações fora de bolsa, por força do artigo 71 da Lei 9.430/96, então a exceção à limitação da dedutibilidade das perdas em operações realizadas em bolsa, prevista no inciso III do art. 77 da Lei 8.981/95, também se aplica às operações realizadas fora de bolsa.

De fato, tal raciocínio parece correto caso todas as regras e exceções aplicáveis ao caso concreto estiverem contidas no regime de tributação. Neste caso, poderia soar arbitrário aplicar as regras e ignorar suas exceções, desvirtuando o objetivo pretendido pelo legislador. Consequentemente, torna-se indispensável que um regime jurídico de tributação seja interpretado de forma sistêmica, para que as normas, cada qual com seu objetivo específico, em conjunto equilibrem-se, de modo a buscar a finalidade a que se propõe o regime.

Resta saber, portanto, se as exceções previstas no artigo 77 da Lei 8.981/95, especialmente a prevista em seu inciso III, estão contidas no regime, devendo ser contrapostas às regras nele contidas, ou trazem exceções ao próprio regime, ou seja, são extrínsecas a ele, de modo que, realizadas as hipóteses nelas previstas, afasta-se a aplicação do regime como um todo.

O artigo 77 da Lei 8.981/95 traz a seguinte redação:

“Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos:

I - em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, inclusive sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil; (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

(...)

III - nas operações de renda variável realizadas em bolsa, no mercado de balcão organizado, autorizado pelo órgão competente, ou através de fundos de investimento, para a carteira própria das entidades citadas no inciso I; (...)"

Por meio do comando acima, a Lei definiu as situações em que o regime de tributação previsto em seu Capítulo VI não deve ser aplicado. Ou seja, desde que estritamente observada uma das hipóteses previstas em seus incisos, o comando do artigo protege, da incidência do regime de tributação em comento, os ganhos auferidos (ou perdas) com a operação. Portanto, o artigo 77 traz as hipóteses de não-incidência do regime de tributação sobre determinadas operações.

Logo, como chegou-se à conclusão, nos autos, que o caso concreto se trata de uma operação de renda variável, realizada fora de bolsa de valores, em mercado de balcão não organizado, não foram satisfeitas as condições exigidas no inciso III artigo 77 da Lei 8.981/95. Ou seja, a operação é passível de enquadramento no regime ora escudado pelas exceções do artigo 77.

Passa-se então a verificar se são cumpridas as condições necessárias ao enquadramento da operação no regime de tributação ora analisado. O regime a que nos referimos é aquele regulado no Capítulo VI da Lei 8.981/95, intitulado "Da Tributação das Operações Financeiras". No que concerne ao presente caso, temos que o primeiro artigo de sua Seção II, "Do Mercado de Renda Variável", assim delimita seu alcance:

"Art. 72. Os ganhos líquidos auferidos, a partir de 1º de janeiro de 1995, por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, serão tributados pelo Imposto de Renda na forma da Legislação vigente, com as alterações introduzidas por esta lei. "

A definição acima, isoladamente, deixaria o presente caso fora do âmbito de aplicação do regime, pois a operação foi realizada fora de bolsa de valores. Entretanto, por determinação do artigo 71 da Lei 9.430/96, os ganhos auferidos por qualquer beneficiário nas demais operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, serão tributados de acordo com as normas aplicáveis aos ganhos líquidos auferidos em operações de natureza semelhante realizadas em bolsa.

Consequentemente, ultrapassada a barreira formada pelas exceções do artigo 77 da Lei 8.981/95, e estando a operação enquadrada nas hipóteses previstas no artigo 72 da mesma Lei, com a extensão de efeitos provocada pelo artigo 71 da Lei 9.430/96, aplica-se o regime. Portanto ao contrário do que sustenta o contribuinte em suas contrarrazões (item 80, fls. 484), no sentido de que "não havia é época limitação à dedutibilidade das perdas com opções flexíveis fora de bolsa. Nesse sentido, a análise da natureza operacional de tais perdas se faz absolutamente necessária para avaliar a possibilidade de dedução desses valores." Não se concorda com este entendimento, pois não se trata aqui de analisar a adequação do comportamento do contribuinte ao art. 47 da Lei 4.506, de 1964. Tratam-se, no caso, de

normas especiais para o mercado financeiro e devem ser aplicadas as normas especiais para essas operações e somente suas exceções expressas são aplicadas, i.e., não se enquadrando na exceção aplica-se a norma especial, e não a norma geral. Até porque seria um contrassenso, aceitar-se, como exceção a não limitação em um mercado organizado e com registros prévios da operação e com supervisão operacional e não se ter esta limitação em operações que seriam menos controladas e supervisionadas, permitindo a aplicação da regra geral.

Essa interpretação ganha reforço quando se investiga o propósito do referido artigo 77, que não é outro senão excetuar somente as operações realizadas em mercados que assegurem a transparência necessária aos parâmetros e taxas negociados, o que não acontece no caso de operações realizadas fora de bolsa de valores (aspecto fático cuja discussão foi assentada pelo acórdão embargado).

Portanto, deve-se complementar o acórdão embargado, resolvendo a omissão, fazendo nele constar que apenas as normas que compõem o regime de tributação aplicável às operações em bolsa são também aplicáveis às operações fora de bolsa, por força do artigo 71 da Lei 9.430/96, e que, por sua vez, as exceções ao regime previstas no artigo 77 da Lei 8.981/95, não são alcançadas pela previsão contida no artigo 71 da Lei 9.430/96.

Ante o exposto, voto por ACOLHER os embargos, sem efeitos infringentes, para suprir a omissão e rerratificar o acórdão embargado nos termos acima apresentados.

(Assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão