



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Recurso nº. : 137.778
Matéria : IRF – Ano(s): 1999
Recorrente : BOSTON COMERCIAL E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR
Sessão de : 12 de agosto de 2004
Acórdão nº. : 104-20.132

IRRF - RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES EM MERCADOS FUTUROS - BENEFICIÁRIO NÃO RESIDENTE - FONTE RESIDENTE NO PAÍS - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA - RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO - Sujeita-se à tributação à alíquota de 10% os ganhos líquidos auferidos em operações realizadas nos mercados de liquidação futura, fora de bolsa, regra aplicada, inclusive, aos beneficiários residentes no exterior, ficando responsável pela retenção e recolhimento do imposto a pessoa, física ou jurídica, residente no País, que efetuar o pagamento.

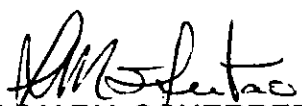
OPERAÇÃO FINANCEIRA - CLASSIFICAÇÃO COMO "HEDGE" PARA PROTEÇÃO DE POSIÇÕES DE RISCO – CARACTERIZAÇÃO - Não se classificam como "*hedge*" para proteção de posições de risco as operações financeiras de natureza eminentemente especulativa em que não fique caracterizada a posição de risco que está sendo protegida.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC - A incidência de juros de mora com base na taxa Selic está prevista expressamente em lei, não cabendo ao órgão integrante do poder executivo deixar de aplicá-la.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BOSTON COMERCIAL E PARTICIPAÇÕES LTDA.

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


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

104



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 08 OUT 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, MEIGAN SACK RODRIGUES, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132
Recurso nº. : 137.778
Recorrente : BOSTON COMERCIAL E PARTICIPAÇÕES LTDA

RELATÓRIO

BOSTON COMERCIAL E PARTICIPAÇÕES LTDA, contribuinte inscrita no CNPJ/MF sob o nº 01.192.813/0001-93, inconformada com a decisão de primeiro grau de fls. 219/241, prolatada pela DRJ/Curitiba – PR, recorre a este Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 258/298.

Auto de Infração

Contra a contribuinte acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 03/07 para formalização de exigência de crédito tributário de Imposto de Renda Retido na Fonte correspondente a fato gerador ocorrido em fevereiro de 1999, no montante total de R\$ 110.479.404,13 incluindo multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até 30/04/2002.

A infração objeto da autuação está assim descrita no instrumento de autuação: RENDIMENTOS DE RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE RENDIMENTOS DE RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR.

A matéria está descrita detalhadamente no Termo de Verificação Fiscal de fls. 04/15 nos termos a seguir resumidos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

BankBoston NA – Brasil e BankBoston Banco Múltiplo S/A, ambas empresas brasileiras, instituições financeiras, firmaram com sua matriz, BankBoston N.A. – Estados Unidos, sediada nos Estados Unidos da América, contratos referente a operações de derivativos classificados como NON-DELIVERY CURRENCY FORWARD CONFIRMATION, doravante designada apenas por NDF, em que se comprometiam a vender a esta última as importâncias, respectivamente, de US\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de dólares americanos) e US\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de dólares), à cotação de R\$ 1,2376 por US\$ 1,00, para liquidação em 02/02/1999 (fls. 44/45 e 59/60).

Em 26/01/1999, ambas as empresas brasileiras contrataram operações de câmbio com o objetivo de enviar à sua matriz no exterior o pagamento da diferença apurada entre a cotação do câmbio àquela data e o preço contratado, o que perfazia um montante, respectivamente, de US\$ 129.486.338,80 (R\$ 236.960.000,00) e US\$ 113.300.546,45 (R\$ 207.340.000,00).

Essas operações de câmbio, todavia, foram canceladas pelo Banco Central do Brasil sob o fundamento de que não atendiam aos requisitos legais para sua classificação como operação de "hedge", conforme mensagens enviada às instituições financeiras em 01/02/1999.

Nesta mesma data (1º/02/1999), por meio dos contratos denominados "Instrumento Particular de Cessão de Posição Contratual, Assunção de Obrigações e Outras Avenças" (fls. 46/49 e 61/64), a recorrente, que também é empresa brasileira, porém não é instituição financeira, assumiu os direitos e deveres pactuados pelas duas instituições financeiras brasileiras com a matriz americana referentes aos contratos acima referidos, cuja data de liquidação, a esta altura, havia sido prorrogado para o dia 22/02/1999.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

O contrato previa que as instituições financeiras brasileiras, BankBoston – Brasil e BankBoston Banco Múltiplo, deveriam transferir para a recorrente, em decorrência do contrato de cessão, respectivamente, R\$ 246.024.043,72 (fls. 47) e R\$ 215.271.038,25 (fls. 62), valendo registrar que as posições assumidas pela recorrente àquela data eram, respectivamente, R\$ 264.960.000,00 e R\$ 231.840.000,00.

Em 10/02/1999 a recorrente firmou com a empresa Caribbean American Services Company Limited, doravante chamada apenas CASCL, sediada em Grand Cayman, contrato semelhante ao que firmara com as duas instituições financeiras nacionais, onde a empresa localizada em Cayman assumia encargos, decorrentes de valor do ajuste marcado a mercado naquela data, nos importes de US\$ 139.452.631,60 (fls. 73) e US\$ 122.021.052,60 (fls. 77). O contrato previa que a recorrente deveria transferir a CASCL, mediante crédito em conta, os valores de US\$ 138.765.171,50 (fls. 71) e US\$ 121.419.525,07 (fls. 75).

Em 10/02/1999 a recorrente registrou em sua contabilidade o valor referente à liquidação dos referidos contratos no montante total de R\$ 477.521.629,27 (fls. 79), valor esse que serviu de base de cálculo do tributo objeto da autuação ora examinada.

Afirma a autoridade lançadora que a recorrente teria assumido as posições das instituições financeiras nacionais apenas para viabilizar a remessa dos dólares para a matriz americana e que a operação não se caracteriza como proteção (hedge). A operação firmada entre a recorrente e a empresa estrangeira é um contrato de liquidação futura, de natureza especulativa, que tem como contraparte uma pessoa jurídica domiciliada no exterior, ou seja, a matriz BankBoston – Estados Unidos.

Impugnação



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

Inconformada com a exigência, a recorrente protocolizou tempestivamente impugnação onde argüia preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa sob a alegação de que os autos só foram disponibilizados para vista somente 18 dias após a sua lavratura.

No mérito, alegava, em síntese:

- que a fiscalização tratou equivocadamente os contratos de cessão de posição contratual firmado entre a impugnante e a empresa CASCL e os contratos iniciais de NDF como se representassem uma única relação contratual, atribuindo as conseqüências tributárias de um pelo outro;

- que a fiscalização equiparou, de forma descabida, o valor pago pela impugnante em 10/02/99 à empresa caribenha a um suposto rendimento do BankBoston nos Estados Unidos, auferido em razão das operações de NDF cujo vencimento só viria a ocorrer em 22/02/99; e equiparou a Impugnante à pessoa jurídica que efetuou o pagamento dos rendimentos ao BankBoston – Estados Unidos, sendo que, segundo afirma, a Impugnante jamais efetuou tal pagamento;

- que, como após a cessão dos contratos, estes permaneceram válidos e sofrendo os ajustes devidos, somente após o seu vencimento, em 22/01/1999, é que se poderia saber se o BankBoston - Estados Unidos efetivamente auferiu um ganho em razão daqueles contratos, e em que dimensão, "posto que, estando os contratos em questão sujeitos à variação do dólar no período, e tendo a cessão ocorrido 12 (doze) dias antes dessa liquidação, poderiam resultar tanto em um ganho inferior ao valor pago pela impugnante à empresa sediada em Cayman, como até mesmo numa perda";



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

- que não haveria como se prever nem mesmo se a empresa caribenha auferiria um ganho ou prejuízo em razão da posição contratual então assumida, o que dependeria da cotação do dólar, e, mesmo que esta tivesse um ganho, este jamais corresponderia ao valor pago pela Impugnante.

- que, em se tratando de transferência de dívidas, realizada com instituições financeiras, o regime tributável aplicável é aquele expressamente previsto pelos arts. 729 a 733 do RIR/99, os quais transcreve, para concluir que "sendo transferida a dívida para uma instituição financeira, o RIR/99 prevê a incidência de imposto de renda a ser retido na fonte, apenas sobre o rendimento auferido pelo cedente, assim entendido a 'diferença positiva entre o valor da dívida e o valor entregue à pessoa jurídica responsável pelo pagamento da obrigação, acrescida do respectivo imposto de renda retido";

- que, em se tratando de transferência de dívida para empresa não financeira, inexistente a previsão de incidência na fonte do imposto de renda, aplicando-se a regra geral segundo a qual o ganho auferido na cessão é tributado normalmente ao final no período-base, "tal como fez a Impugnante";

- que, em conclusão, "seja em uma, seja em outra hipótese, jamais estão sujeitos, quer o cessionário quer o credor da dívida, ao pagamento de imposto de renda sobre o valor total pago pelo cedente em razão da dívida transferida. Que dizer então dos casos como o presente em que, por não se tratar de uma operação de renda fixa, não há sequer como se saber antes do vencimento se haverá de fato um rendimento a ser tributado?"

Afirmava, ainda, a Impetrante, contrapondo-se ao que afirmara a autoridade lançadora, que os contratos originalmente firmados entre as instituições financeiras brasileiras e o BankBoston, nos Estados Unidos, caracterizam-se como operações de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

"hedge" internacional, "cujos rendimentos de qualquer modo não estariam sujeitos à incidência de imposto de renda, nos termos do art. 691, IV do RIR/99".

Com fundamento no art. 1º da Circular nº 002348, de 30/07/1993, afirmava a Impetrante que "é expressamente prevista a possibilidade de ser contratado "hedge" para proteção dos 'recebimentos em moeda nacional, decorrentes de repasses de obrigações contraídas em moeda estrangeira admitidas na legislação vigente', porque estando tais recebimentos vinculados a obrigações assumidas em moeda estrangeira, a oscilação dessa moeda pode gerar tanto ganhos quanto perdas em moeda nacional."

Afirmava a Impetrante que "naquela oportunidade, em momento algum o BACEN descaracterizou a operação como sendo 'hedge', até porque ela se enquadrava perfeitamente no artigo 1º, parágrafo único, I e II da Circular nº 002348/93 como acima demonstrado, e era praticada até então sem jamais ter sofrido qualquer oposição do BACEN" e que a oposição do Banco Central à liquidação do contrato firmado entre as instituições financeiras brasileiras e a matriz deveu-se ao esforço de controle do fluxo de saída de recursos do território nacional, em face da crise cambial que se avizinhava.

Contestava o Parecer de Técnicos do BACEN destacando que este, além de ter sido exarado em 23 de abril, tempos depois dos fatos, "representa mera opinião dos técnicos daquela instituição sem a devida fundamentação".

Insurgia-se, ainda, a Impetrante, contra a exigência de juros com base na taxa SELIC sob o fundamento de que esta, além de ser figura híbrida composta de correção monetária, juros e valores correspondentes a remuneração de serviços das instituições financeiras, e fixada unilateralmente por órgão do Poder Executivo e em percentual que ultrapassa 1%, previsto no art. 161 do CTN.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

Decisão de primeira instância

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba rejeitou a preliminar de nulidade e, no mérito, julgou procedente o lançamento, os termos das ementas a seguir reproduzidas:

"Assunto: Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF
Ano-calendário: 1999

Ementa: DEMORA NA CHEGADA DO PROCESSO NA REPARTIÇÃO PREPARADORA. INEXISTÊNCIA DE PEÇAS DESCONHECIDAS DA AUTUADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Estando o Auto de infração embasado apenas em documentos sobejamente conhecidos pela autuada, cujo representante legal acompanhou cada passo da ação fiscal, o atraso da chegada dos autos na repartição preparadora não implica cerceamento de defesa, dada a ausência de prejuízo efetivo à autuada.

RENDIMENTOS AUFERIDOS POR RESIDENTE NO EXTERIOR EM OPERAÇÕES REALIZADAS NO TERRITÓRIO NACIONAL NO MERCADO DE LIQUIDAÇÃO FUTURA, FORA DE BOLSA. TRANSFERÊNCIA POR CONTRATO A TERCEIROS, TAMBÉM RESIDENTE NO EXTERIOR, DO ENCARGO DE PAGAR OS RENDIMENTOS. RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO TRIBUTO.

O residente no exterior sujeita-se à tributação sobre os ganhos líquidos auferidos no território nacional em operações realizadas nos mercados de liquidação futura, fora de bolsa, ficando responsável pela retenção e recolhimento a pessoa que efetuar o pagamento. Nessa condição se enquadra o contribuinte que voluntariamente e mediante compensação, tenha assumido por contrato a posição e todas as obrigações do terceiro, devedor original dos rendimentos – mensuradas estas por ocasião de seu ingresso na relação contratual – e posteriormente repassado a residente no estrangeiro, também mediante compensação, sua própria posição e todas as obrigações contratuais. Neste caso, considera-se rendimento auferido no território nacional o montante da compensação entregue ao residente no exterior por ocasião de seu ingresso na relação contratual, dada a correspondência desse montante com os rendimentos auferidos no território nacional até aquele momento.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

OPERAÇÕES DE VENDA FUTURA DE DÓLARES. INVIABILIDADE DE SUA CLASSIFICAÇÃO COMO 'HEDGE' PARA PROTEÇÃO DE RECEBIMENTOS EM MOEDA NACIONAL, DECORRENTES DE REPASSES DE OBRIGAÇÕES CONTRAÍDAS EM MOEDA ESTRANGEIRA.

O repasse de obrigações contraídas em moeda estrangeira, para recebimento em moeda nacional, implica riscos suscetíveis de serem neutralizados ou minimizados por meio de *hedge*, regulamentado pela Circular nº 2.348, de 1993, do Banco Central do Brasil. Nessa categoria, entretanto, não se classificam operações de *Non Delivery Forward* pelas quais o repassador, em vez de contratar a compra futura de dólares, contrata a venda futura dessa moeda, posto que o efeito dessas operações é inverso, ou seja, de ampliar, em vez de minimizar ou neutralizar o risco cambial.

TAXA SELIC. ALEGAÇÕES VOLTADAS CONTRA A LEI.

Não compete ao julgador administrativo exercer o controle incidental da constitucionalidade das leis e eventualmente determinar o afastamento de sua aplicação. Ao julgador administrativo compete apenas declarar que a taxa SELIC deve ser exigida, porque prevista em lei vigente, cuja constitucionalidade se presume.

Lançamento Procedente."

Após exame das cláusulas dos contratos firmados entre as instituições financeiras nacionais e a ora recorrente, a autoridade julgadora de primeira instância concluiu, em síntese:

- que nenhuma obrigação nova foi assumida pela impugnante, ora recorrente, na condição de CONTRATADA, em decorrência de seu ingresso na relação contratual e que apenas assumiu a POSIÇÃO e as obrigações das instituições financeiras;

- que é fato incontroverso que a matriz americana tinha desde o início o direito de receber o valor correspondente a toda e qualquer variação do dólar apurada em decorrência de sua cotação superior a R\$ 1,2376 e que esse sobrepreço era rendimento da matriz estrangeira, natureza que não se altera com a mudança da pessoa responsável pelo seu pagamento;





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

- que, portanto, foi correto o procedimento do Fisco de exigir o cumprimento das obrigações fiscais decorrentes dos contratos de NDF, e que essa exigência recai sobre a pessoa que por livre e espontânea vontade assumiu todas as obrigações deles decorrentes.

- que ao repassar a importância de R\$ 477.521.629,27 para a empresa Caribbean American Services Company Limited, sediada no exterior, para que essa assumisse sua obrigação de pagar os rendimentos ao BankBoston - Estados Unidos, a recorrente promoveu a expatriação dos rendimentos gerados no território nacional e devidos àquele banco estrangeiro e que, a partir daí, qualquer novo rendimento que a beneficiária dos rendimentos viesse a ter relativamente ao contrato não mais seria gerada em território nacional, razão pela qual não mais poderia surtir efeitos tributários neste País.

- que em face do que dispõe o art. 123 do CTN, "é forçoso concluir que a impugnante não pode opor à Fazenda Pública o contrato por meio do qual pretensamente se teria atribuído à empresa estrangeira, sediada em paraíso fiscal, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto no momento em que o mesmo viesse a ser pago";

- que, ao contrário do que afirmou a recorrente, o contrato firmado entre a recorrente e a empresa sediada em Grand Cayman não consubstanciam operações típicas plenamente reguladas pelos arts. 729 a 743 do RIR/99, primeiro porque não se trata de operações de transferência de dívida, mas, ainda que assim fosse, os mencionados dispositivos alcançam apenas aquelas operações realizadas com instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, condição em que não se enquadram nem a recorrente nem a empresa caribenha.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

- que, conforme concluiu parecer do Banco Central do Brasil, a operação e NDF realizada entre as instituições nacionais e sua matriz nos Estados Unidos apenas aumentaram o risco cambial das primeiras e, sendo assim, jamais poderiam ser consideradas operações de "hedge", mas que, ainda que assim fosse, o benefício somente poderia ser invocado pelas instituições financeiras que pactuaram os contratos originais, e não pela atuada, que sequer alegou possuir riscos a serem protegidos.

Recurso

Cientificada da decisão de primeira instância e com ela não se conformando, a recorrente apresenta a petição de fls. 258/298 onde pede sua reforma.

Após breve relato, afirma a recorrente que "as autoridades julgadoras de primeira instância ignoraram as demonstrações feitas pela recorrente quanto à instabilidade do câmbio à época da contratação das operações em causa e a natureza jurídica específica das operações por ela realizada e cujo regime tributário está expressamente previsto na legislação do imposto de renda, para pretender responsabilizá-la por um suposto rendimento da empresa BANKBOSTON - Boston, à qual a ora recorrente jamais fez pagamento algum."

Reafirma, ainda, posição defendida na peça impugnatória, de que "as operações de NDF, em causa, efetuadas com lastro em operações de repasse de moeda estrangeira, são admitidas pela legislação vigente e estão expressamente previstas como 'hedge' nas normas do Banco Central do Brasil."

Ressalta que só veio a ter conhecimento do Parecer do Banco Central do Brasil em 22/05/2001 e que, tão logo tomou ciência de sua existência, "em lugar de acatar suas conclusões, como sugere a r. decisão recorrida, já em 25/05/01 enviou correspondência ao Banco Central do Brasil solicitando informações, tendo recebido a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

seguinte resposta: 'Em atenção ao seu expediente de 25.5.2001, informamos que o assunto tratado no Parecer Conjunto DESPA/RECAM-II/IV-99/010, constante do Pr. 9900927695, encontra-se em análise neste departamento, sem, ainda, qualquer parecer conclusivo sobre a matéria, no âmbito administrativo, sem prejuízo dos aspectos tributários porventura envolvidos'.

Conclui, portanto, que não existe qualquer decisão do Banco Central do Brasil descaracterizando os contratos de câmbio firmados como legítimas operações de "hedge", "mas apenas um correio eletrônico que teve por objetivo tão-somente impedir a remessa de numerários para o exterior naquela ocasião, em que se pretendeu antecipar sua liquidação".

Contra-argumenta a recorrente que a operação de compra de moeda estrangeira pode ser caracteriza como operação de "hedge" para proteção no caso de valorização da moeda nacional, conforme contratos que juntou ainda na fase impugnatória e que exemplificam situações em que houve valorização da moeda nacional e cujas perdas daí decorrentes foram neutralizadas pelo ingresso de reais decorrentes da liquidação dos contratos de "hedge".

Nesse sentido, a Recorrente traz aos autos parecer da lavra de Gustavo Loyola Brandão, produzido por solicitação de BankBoston Banco Múltipo S/A e BankBoston NA – Brasil, onde, respondendo requisitos formulados pelas consulentes, opina que as operações realizadas e que são objeto deste processo caracterizam-se como operações de "hedge" e estão de acordo com as disposições estabelecidas pela Circular nº 2.348, de 1993, do Banco Central do Brasil.

No referido Parecer, o ilustre consultor, após mostrar que, em princípio não haveria risco cambial nas operações de captação de recursos no exterior para repasse a





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

empresas nacionais, nos termos da Resolução nº 2.148, de 1995 e da Resolução nº 63/67, uma vez que essas normas estabelecem que esses repasses deveriam ser denominados na mesma moeda estrangeira, de modo que, haveria, assim, uma espécie de "*hedge*" natural.

Pondera, entretanto, o consultor, que como geralmente há um descompasso entre o recebimento dos recursos contratados no exterior e a realização dos repasses, o que deixaria a instituição financeira nacional exposta ao risco cambial. Nesses casos, "uma opção recomendável, do ponto de vista de uma gestão prudente e conservadora, é a contratação imediata de um *hedge*, igualando o valor do ativo e passivo denominados ou referenciados à moeda estrangeira."

E prossegue, "A situação mais freqüente é aquela em que o banco constitui inicialmente o passivo em moeda estrangeira, para futuro repasse a mutuários domésticos, incorrendo temporariamente numa situação de insuficiência de ativos referenciados ao câmbio. Para neutralizar os efeitos de uma eventual variação cambial, a opção mais comum tem sido a compra de títulos públicos atrelados à variação cambial." Assim, conclui, produz-se o equilíbrio entre o passivo em moeda estrangeira com um ativo denominado na mesma moeda.

Na seqüência do seu raciocínio, o ilustre consultor procura demonstrar, entretanto, que, com a posterior realização dos repasses, haverá situações temporárias em que o ativo referenciado em moeda estrangeira excederá ao passivo, "principalmente se considerarmos o fato de que os instrumentos financeiros, muitas vezes, não têm liquidez suficiente para permitir uma redução imediata na posição assumida por uma determinada instituição. É o caso, por exemplo, do mercado de títulos públicos de prazo mais longo, em que a falta de liquidez dificulta a reversão imediata de uma posição."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

E conclui, "neste caso, caso haja aumento da taxa cambial (desvalorização/depreciação), não ocorre uma perda para a instituição, pois as variações ativas serão superiores às passivas. Contudo, caso ocorra uma valorização/apreciação da taxa cambial, haveria uma perda em reais para o banco brasileiro, pois haveria uma redução em excesso de seus ativos (denominados em dólar) em relação aos seus passivos (denominados parcialmente em dólares e também em reais)."

Desse raciocínio, o consultor, respondendo a quesito em que as consulentes perguntam qual o procedimento mais adequado para se proteger contra esse risco cambial, afirma: o risco cambial descrito na resposta ao quesito anterior é eliminado através da criação de um passivo em moeda estrangeira, ou seja, a instituição deve vender moeda estrangeira nos mercados futuros. Alternativamente, a instituição pode reduzir seus ativos em moeda estrangeira, desfazendo-se de sua carteira de títulos cambiais ou cedendo créditos denominados em moeda estrangeira para terceiras instituições. No entanto, essa alternativa muitas vezes é impraticável pela falta de liquidez nesses mercados."

Conclui, assim, a Recorrente, que, ainda que o Fisco pudesse atingir essas operações, esta, por caracterizarem-se como operações de *hedge*, seriam tributadas à alíquota zero, nos exatos termos do artigo 691, IV dos RIR/99.

Questiona, ainda, a recorrente, a exigência de juros de mora calculados com base na taxa SELIC e a sua incidência sobre a multa de ofício.

Quanto à exigência da taxa SELIC, repete os mesmos fundamentos da peça impugnatória.

Quanto à incidência dos juros sobre a multa de ofício, afirma que a exigência não tem suporte legal. Após análise da legislação sobre a matéria, conclui, "o procedimento



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

adotado pelo Fisco somente teria sentido se a multa correspondente ao valor principal do débito fiscal, ou seja, na hipótese prevista no artigo 43 da Lei nº 9.430/96, em que a exigência do crédito tributário corresponde exclusivamente à multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente. Nessa hipótese, como a multa e/ou os juros corresponderiam ao valor principal do débito, sobre esses valores poderiam ser aplicados os juros."

Ante esses fundamentos, pede seja julgado insubsistente o auto de infração.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

VOTO

Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido.

Não há arguição de qualquer preliminar.

Cuida-se de lançamento para formalização de exigência de imposto de renda incidente exclusivamente na fonte sobre rendimentos pagos a residentes ou domiciliados no exterior, rendimentos esses referentes a ganhos líquidos auferidos em mercado de liquidação futura, fora de bolsa.

A matéria está disciplinada pelo artigo 72 da Lei nº 8.981, de 1995 c/c art. 71 da Lei nº 9.430, de 1996, consolidados no art. 758 do RIR/99, o qual transcrevo a seguir:

"Art. 758. Os ganhos líquidos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, serão tributados à alíquota de dez por cento (Lei nº 8.981, de 1995, art. 72).

(...)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se também (Lei nº 8.981, de 1995, art. 72, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 71):





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

(...)

II – aos ganhos líquidos auferidos por qualquer beneficiário em operações realizadas em mercados de liquidação futura, com qualquer ativo, fora de bolsa;

(...)

O artigo 778, por sua vez, estende aos residentes e domiciliados no exterior as mesmas regras aplicáveis aos residentes e domiciliados no País, nos casos que especifica, *verbis*:

"Art. 778 – Os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo imposto, previstas para os residentes ou domiciliados no País, em relação aos:

I – rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa;

II – ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsa de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados;

III – rendimentos obtidos em aplicações de fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também:

a) aos ganhos líquidos auferidos na alienação de ouro, ativo financeiro, fora de bolsa;

b) aos ganhos líquidos auferidos em operações realizadas nos mercados de liquidação futura, fora de bolsa, com qualquer ativo;

c) aos rendimentos auferidos em operações de *swap*."

Quanto à incidência do imposto na fonte, tratando-se de fonte situada no País e beneficiário residente ou domiciliado no exterior, a matéria está disciplinada no art. 682 c/c art. 785, ambos do RIR/99, a saber:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

"Art. 682. Estão sujeitos ao imposto de renda na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando recebidos:

I – pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Decreto-lei nº 5.844. de 1943, art. 97, alínea "a");

(...)

Art. 785. Ficam responsáveis pela retenção e pelo pagamento do imposto (Lei nº 8.981, de 1995 e Lei nº 9.430, de 1996, art. 69):

I – a instituição administradora do fundo, da sociedade de investimento ou da carteira, de que tratam os arts. 782 e 783, no caso de operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, com qualquer ativo;

II – o representante legal do investidor estrangeiro, em relação aos ganhos referidos nos arts. 778, II e 779;

III – a pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos rendimentos, nos demais casos.

Parágrafo único. O imposto será retido e pago nos mesmos prazos fixados para os residentes ou domiciliados no País, sendo considerado exclusivo de fonte ou pago de forma definitiva.

A autuação tomou por base o fato de que a recorrente, em 10/02/1999 promoveu a remessa para fora do País de US\$ 260.184.696,57, correspondentes a R\$ 477.521.629,27, valor considerado pela fiscalização como sendo o pagamento dos rendimentos referentes à operação iniciada em 12/01/1999, entre o BankBoston – Estados Unidos e as filiais brasileiras, BankBoston – Brasil e BankBoston Banco Múltiplo, conforme acima relatado.

A recorrente alega que a remessa dos recursos não se destinou a pagamento de rendimentos à matriz decorrentes da operação de NDF, mas foi mera operação de cessão de dívida, sujeita a tratamento tributário específico e que, ainda que se considerasse o pagamento de rendimentos, sobre estes não deveria incidir o imposto, já que





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

se referem a operação típica de *hedge* e como tal sujeita à alíquota zero, nos termos do art. 691, IV do RIR/99. Examinemos cada uma dessas alegações.

Em relação à primeira questão, para maior clareza, transcrevo alguns trechos do referido contrato de cessão:

"1.CLÁUSULA PRIMEIRA

1.1 – O CONTRATANTE, neste ato, e na melhor forma de direito, cede e transfere ao CONTRATADO, a sua posição contratual no CONTRATO, assim como as obrigações dele decorrentes.

1.2 – Fica mutuamente acordado que o CONTRATANTE passa a ser o responsável pelo pagamento das obrigações descritas no CONTRATO.

1.3 – As partes expressamente acordam que as obrigações decorrentes deste Instrumento terão plena eficácia a partir desta data, sendo que a assunção tratada no presente instrumento, é sem regresso contra o CONTRATANTE ficando desde já este último completa e totalmente desobrigado de todas e quaisquer responsabilidades oriundas do CONTRATO, nos termos do modelo constante do anexo II deste Instrumento.

2. CLÁUDULA SEGUNDA

2.1. O CONTRATADO, em razão da cessão de posição contratual e assunção aqui contratada, recebe do CONTRATANTE a importância descrita no Quadro 04 deste, do CONTRATANTE, nesta data. Fica certo e ajustado que, a partir da presente data, todo e qualquer risco, ajuste, oscilação ou variação referente ao CONTRATADO são de total e inteira responsabilidade do CONTRATADO, que nada poderá reclamar do CONTRATANTE, seja a que título for.

As partes, neste ato, acordam que a importância acima mencionada será entregue pelo CONTRATANTE ao CONTRATADO, conforme Quadro 05 deste Instrumento."

Dos fatos relatados e do teor do contrato acima transcrito, está claro que a causa imediata da remessa de recursos pela Recorrente para a CASCL foi o contrato de





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

cessão de posição contratual, como também é verdade que os valores que a Recorrente recebeu das instituições financeiras nacionais, BankBoston - Brasil e BankBoston Banco Múltiplo decorreram do contrato da mesma natureza.

É fato, ainda, que, se da operação de aquisição e posterior cessão das posições contratuais a Recorrente auferiu algum ganho, caracteriza esse ganho fato gerador do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza e como tal deveria ser tributado, na forma da legislação.

Isso em nada muda, entretanto, a natureza da operação financeira original, caracterizada como aplicação em mercado de liquidação futura, nem tampouco as consequências tributárias relativas aos ganhos líquidos produzidos nessa operação.

É incontestável o fato de que, em 10/02/1999, BankBoston – Estados Unidos tinha a receber o equivalente a US\$ 261.473.684,20, referente aos ganhos líquidos obtidos em decorrência dos contratos de NDF, apurados até aquela data. Nessa mesma data a Recorrente promoveu a remessa para o exterior da importância de US\$ 260.184.696,57 (equivalente a R\$ 493.001.893,51: R\$ 477.521.629,27 + R\$ 15.480.264,24), com o que encerrou sua participação do contrato, ficando desobrigada de qualquer responsabilidade sobre oscilações futuras do mercado de câmbio, que passaram a ser assumidos inteiramente pela CASCL.

É evidente que os recursos enviados pela Recorrente à CASCL são os ganhos auferidos, até aquela data, pelo BankBoston – Estados Unidos em função das operações de NDF que realizou originalmente com suas filiais brasileiras, condição, vale repetir, que não mudaram pelo simples fato de os valores não terem sido enviados diretamente à beneficiária final, em função do contrato de cessão de dívida.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

Quanto ao argumento de que a liquidação da operação NDF só se daria doze dias depois, quando, só então, se saberia o montante efetivo dos rendimentos de BankBoston – Estados Unidos, sugerindo que somente com a liquidação da operação se poderia apurar o imposto devido, *data venia*, não faz sentido pretender que eventos ocorridos após a remessa dos recursos ao exterior, quando já não há mais a participação de qualquer residente no Brasil como parte na operação financeira, venham a ser alcançados pela legislação tributária brasileira, seja para onerar, seja para desonerar o beneficiário dos rendimentos em relação ao tributo apurado no momento da remessa.

Imaginemos, por hipótese, que na data da liquidação da operação de NDF, a cotação do dólar em real tenha variado para R\$ 1,2376 por US\$ 1,00, isto é, a mesma cotação originalmente contratada, o que significa dizer que o rendimento de BankBoston – Estados Unidos seria reduzido a zero. Nesse caso, de acordo com o contrato de cessão de dívida, a perda de rendimento do BankBoston – Estados Unidos, havida entre o dia 10/02/1999 (data da remessa) e 22/02/1999 (data da liquidação), passaria a ser ganhos da CASCL. Já na situação inversa, de uma hipotética desvalorização cambial depois do dia 10/02/1999, haveria um aumento dos rendimentos do BankBoston além dos valores remetidos pela Recorrente, mas esses rendimentos adicionais seriam suportados pela CASCL. Isto é, em nenhuma hipótese haveria a devolução total ou parcial dos recursos enviados para o exterior no dia 10/02/1999 como também em nenhuma hipótese seria devida a remessa de recursos adicionais.

Em qualquer caso, os valores remetidos pela Recorrente são definitivos. É irrelevante, portanto, para determinar o montante do rendimento efetivamente pago pela fonte pagadora, residente no Brasil, que a liquidação da operação se dê em momento futuro e fique sujeita a oscilações de mercado.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

É verdade que os artigos 682 e 785, acima transcritos, referem-se a pagamento pela fonte pagadora e recebimento pelo beneficiário residente no exterior e a remessa dos recursos, no caso, não foi feita diretamente para a beneficiária final que, pelo contrato acima transcrito só receberia os valores alguns dias depois. Todavia, entendo que a interpretação literal não é a que melhor se aplica a este caso.

Certamente a melhor interpretação a ser emprestada às normas neste caso, não pode ser tal que conduza ao resultado esdrúxulo de admitir que uma simples convenção entre particulares, por transmutar a natureza imediata da remessa de recursos ao exterior, afaste a tributação quando da remessa de rendimentos auferidos por não residentes, nas condições como as de que se trata neste processo.

Se assim fosse, somente os incautos pagariam imposto nos casos de remessas de recursos a beneficiários residentes no exterior. Pois, bastaria que às vésperas da remessa de fizesse um contrato de cessão de dívida para uma terceira pessoa, também residente no exterior.

Tal exegese não se coaduna com os princípios constitucionais da universalidade e da generalidade, que devem informar o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, *ex vi* do disposto no art. 153, § 2º, I da Carta Magna segundo os quais devem ser submetidos à incidência do imposto todas as rendas e proventos de todos as pessoas, naturais ou jurídicas, exceto quando alcançadas pela imunidade e salvo as exclusões previstas em lei, independentemente de sua denominação, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

Não se deve esquecer, por fim, que se trata, na espécie, de tributação exclusiva na fonte e, portanto, deve incidir no momento da remessa/pagamento dos recursos, ao exterior, pela fonte pagadora, residente no País.

Não procedem, portanto, a meu juízo, as alegações da Recorrente em relação a essa questão.

Quanto a ser ou não a operação caracterizada como *hedge*, e, portanto, sujeita à alíquota zero, a matéria foi disciplinada pelo art. 1º da Lei nº 9.481 de 1997 e art. 20 da Lei nº 9.532, de 1997, e está consolidado no art. 691, do RIR/99, *verbis*:

"Art. 691 A alíquota do imposto na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses (Lei nº 9.481, de 1997, art. 1º, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 20):

(...)

IV – valores correspondentes a operações de cobertura de riscos de variações, no mercado internacional, de taxa de juros, de paridade entre moedas e de preços de mercadorias (*hedge*);

(...)

§ 1º 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 (Lei nº 9.481, de 1997, art. 1º, § 1º, e Medida Provisória nº 1.753-16, de 1999, art. 11).

(...)"

Em vista do disposto no § 1º acima, o Ministro de Estado da Fazenda editou a Portaria nº 70, de 31 de março de 1997, onde estabelece que:





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

"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 dos riscos e das despesas deles decorrentes, obedecida a regulamentação pertinente;"

O Conselho Monetário Nacional, por intermédio do Banco Central do Brasil, já havia baixado a Resolução nº 2.012, de 30 de julho de 1993, onde estabelecia, *verbis*:

Resolução nº 2.012, de 30/07/1993:

"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 Decreto-lei nº 1.351, de 24/10/75, e do art. 63 da Lei nº 8.383, de 30/12/91,

RESOLVE:

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

Parágrafo 1º. As operações de que se trata pautar-se-ão pelos pagamentos 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 celebrado fora daqueles parâmetros, sem prejuízo da aplicação das sanções porventura cabíveis.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

(...)

Art. 3º. Observado o disposto no art. 1º, parágrafo 1º, desta Resolução, fica reduzido em 100% (cem por cento) o valor do imposto de renda que incida sobre remessa ao exterior, desde que, comprovadamente, se caracterizem como necessárias, usuais e normais, inclusive quanto ao seu valor, a realização da cobertura de riscos de variações, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridade entre moedas e de preços de mercadorias, e/ou delas decorram, obedecida a regulamentação pertinente."

Na seqüência o Banco Central do Brasil expediu a Circular nº 2.348, de 30/06/1993, com o seguinte teor:

Circular nº 2.348, de 1993:

"Comunicamos que a Diretoria do Banco Central do Brasil, tendo em vista o disposto na Resolução nº 2.012, de 30/07/93, do Conselho Monetário Nacional, decidiu:

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

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

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

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

(...)

Art. 5º. Após a realização da operação de "*hedge*" vinculada a direitos e obrigações registradas, ou sujeitas a registro, no Banco Central do Brasil/Departamento de Capitais Estrangeiros (FIRCE), deve ser entregue ao



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

componente da área de capitais estrangeiros da Delegacia Regional do Banco Central do Brasil, sob protocolo, no prazo de 10 (dez) dias contados da contratação do "hedge", correspondência contendo as informações a seguir indicadas acompanhadas do documento de confirmação da transação ("confirmation letter" ou assemelhado):

I – Características e condições financeiras da operação de "hedge" contratada;

II – descrição do direito ou obrigação subjacente, objeto do "hedge", indicando o número e data do correspondente certificado, ou autorização prévia, emitido pelo Banco Central do Brasil/FIRCE, bem como número e data das operações de câmbio que, vinculadas ao "hedge" e em face da modalidade praticada, tenham sido celebradas no mencionado interregno de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Ressalvada a parte final do item II deste artigo, nos contratos de câmbio relativos aos pagamentos e recebimentos decorrentes das operações de "hedge" deverá constar, no campo "outras especificações", a modalidade do "hedge" praticada seguida da expressão "conforme correspondência protocolizada no Banco Central do Brasil em __, sob o nº. __."

Vê-se que estamos diante de normas de direito excepcional, isto é, que veicula tratamento tributário especial, aplicável a situações particulares, dissonantes da regra geral. Vale dizer, a regra é a tributação de todas as rendas e proventos, salvo as hipóteses excluídas pela imunidade. E, tratando-se especificamente de ganhos líquidos obtidos em mercado de liquidação futura, com qualquer ativo, fora de bolsa, a regra, da mesma forma, é a tributação desses ganhos, seja o beneficiário residente no País ou não, sendo, neste último caso, a tributação exclusiva de fonte.

O tratamento tributário especial em questão refere-se especificamente à remessa para beneficiários residentes ou domiciliados no exterior correspondentes a operações de coberturas de riscos (*hedge*) nas situações e sob as condições previstas em regulamento. A legislação acima transcrita define com precisão os tipos de operações que podem ser objeto de *hedge*, quais as situações em que as entidades do setor privado no





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

Brasil podem realizar essas operações e que condições são necessárias para a eventual remessa ao exterior dos ganhos delas decorrentes.

A Recorrente afirma que a remessa dos recursos objeto da autuação decorreu de operação de NDF contratada pelas instituições financeiras nacionais, já mencionadas, como proteção que se fazia necessária em virtude de repasses de recursos captados em moeda estrangeira para empresas nacionais realizados, captações e repasses, nos termos das Resoluções nº 63, de 21/08/1967 e 2.148, de 16/03/1995, ambas do Banco Central do Brasil.

No caso ora examinado, as operações de NDF foram informadas ao Banco Central do Brasil, conforme exigido pela Circular nº 2.348, de 1993, art. 5º, tendo sido indicados vários Certificados de Registro e Certificados Autorizações Prévias relacionadas às Resoluções 63, de 1967 e 2.148, de 1995 (fls. 172/182).

O Banco Central do Brasil, entretanto, quando da análise do contrato de câmbio para remessa dos recursos ao beneficiário dos rendimentos, concluiu que as operações em questão não atendiam às condições fixadas na legislação para serem classificadas como "*hedge*". Esses fatos foram relatados no Parecer Conjunto DESPA/RECAM-II/IV-99/010, de 23/04/1999 do Banco Central do Brasil. A seguir alguns trechos do mencionado Parecer:

"2. Destacados para analisar o mérito das mencionadas contratações, constatamos que as operações de câmbio estão relacionadas a 'contratos de derivativos', que, no entanto, não caracterizam operações de '*hedge*', ou seja, não se destinam a proteção de algum tipo de 'ativo' ou 'passivo' da mencionada instituição financeira, agredindo, frontalmente, as normas que regulamentam as operações de *hedge* com o exterior, a saber: a Resolução nº 2.012 e a Circular nº 2.348, de 30.07.93.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

3. Na tentativa de justificar a realização das operações de câmbio, o BankBoston relacionou um grande número de Certificados de Registros e Registros Eletrônicos de Operações Financeiras relacionados a operações Resolução nº 63, Resolução 2.148 e importações financiadas (vide fls. 10 e 11, 14 e 15, 218 a 378), afirmando que o 'derivativo' contratado com a sua matriz teria por objetivo, proteger da variação cambial as obrigações do tipo mencionado (passivo do banco), que importariam em aproximadamente US\$ 750.000.000,00.

(...)

9. Em reunião realizada nesta Projeção Regional, em 27/01/1999, na presença dos Srs. João Carlos Gimenez do Carmo (Chefe da DESPA/RECAM), Wilson Roberto Ometto (Coordenador da DESPA/RECAM/SUMON II), Wolney José dos Santos (Coordenador substituto da DESPA/RECAM/SUMON IV), Antonio Juan Ferreiro Cunha (analista) e Luiz César Fujita (analista), compareceram os prepostos do BankBoston, os Srs. Sérgio Borejo e Carlos Corrêa Assi. Em sua exposição, o primeiro deles não conseguiu justificar a base utilizada para as operações e acabou admitindo que os "derivativos" estavam, na realidade, "protegendo" a posição comprada detida pelo banco na Bolsa Mercantil e de Futuros (BM&F), que era da ordem de US\$ 750.000.000,00.

(...)

11. Em contraposição às argumentações do representante do BankBoston, esclarecemos-lhe, primeiramente, que o derivativo realizado não apresentava respaldo normativo, pois contrariou as disposições contidas nas Resoluções 2.012/93 e Circular 2.348/93, vez que estava intimamente correlacionado com as operações futuras mantidas na BM&F (especulativas), não tendo a finalidade declarada nos documentos incluídos do dossiê da operação (vide o item 3).

12. Além disso, esclarecemos aos representantes do citado banco que, com a estrutura arquitetada, estaria sendo possibilitada a transferência de todo o lucro auferido na BM&F para a matriz, no exterior, sem o recolhimento de tributos devidos sobre essas operações, a nosso ver, de natureza especulativa. Ou seja: realiza um ganho estupendo, em Reais, com a liquidação de sua posição de compra de dólar no mercado futuro e, concomitantemente, perde um valor correspondente a favor de sua matriz norte americana."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

Essas conclusões tiveram como consequência prática o cancelamento da operação de câmbio mediante a qual as instituições financeiras, filiais brasileiras do BankBoston – Estados Unidos, transfeririam para esta o valor referente aos rendimentos decorrentes da operação de NDF. Eis o trecho do Parecer que relata esse fato:

"13. Em vista de todo o acima exposto e convencidos da ilegitimidade da operação realizada, cujo escopo, em nosso entender, foi o de neutralizar o ganho auferido na BM&F (posição de US\$ 750.000.000,00, com vencimento em 29.01.99), submetemos o assunto ao Sr. Chefe da DECAM, que, ouvido o diretor da área, deliberou pelo cancelamento das operações, cujo posicionamento foi transmitido ao BankBoston por intermédio do Correio Eletrônico nº 99019885, de 01.02.99 (vide fls. 213), a seguir transcrito:"

Eis o teor do referido correio eletrônico:

"Referimo-nos às operações de câmbio nº 99/5668 e 5669, ambas de 26/01/99, tipo 04, contratadas no mercado de câmbio de taxas livres, nos valores de US\$ 113.300.546,45 e R\$ 129.960.000,00, respectivamente.

A propósito, tendo em vista que respectivas contratações não encontram amparo na legislação cambial vigente, determinamos a essa instituição financeira a imediata reversão das operações, quer seja pelo cancelamento ou baixa dos contratos."

Do exame dos autos, resta claro que a decisão do Banco Central do Brasil foi definitiva, tanto que a operação de câmbio efetivamente não se concretizou e, na mesma data em que notificadas, as instituições financeiras brasileiras celebraram o contrato com a recorrente, transferindo para esta as posições nos contratos de derivativo em questão, o que possibilitou, enfim, dias depois, a remessa dos recursos para o exterior.

Alega a recorrente, entretanto, que o Banco Central não descaracterizou as operações como "*hedge*" e que o procedimento de cancelar os contratos de câmbio teve apenas o propósito de impedir a remessa de recursos para a matriz e que o mencionado



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

parecer expressa apenas a opinião dos técnicos. Diz, ainda, que somente tomou ciência do parecer em 22/05/2001, pela Receita Federal, ocasião em que solicitou informações ao Banco Central do Brasil, para concluir que, ao contrário do que se afirmou na decisão recorrida, não houve decisão do Banco Central do Brasil descaracterizando os contratos de câmbio firmados como operação de "hedge".

Tais alegações não procedem. Primeiramente, é de se considerar que o Banco Central do Brasil não tinha que dar ciência do parecer à ora Recorrente que sequer é instituição financeira e não participara da operação. Em verdade, o pedido de esclarecimento mencionado pela Recorrente foi enviado por BankBoston – Banco Múltiplo e a quem foi respondido, conforme cópias às fls. 359/360, nos termos já referidos no relatório.

Isso, entretanto, não muda o fato de que o referido Parecer relata fatos que demonstram de forma incontestável que as instituições financeiras nacionais não apenas foram comunicadas das conclusões do Banco Central, como cumpriram a determinação quanto à operação de câmbio, que, afinal, não foi levada a cabo.

Quanto à afirmação de que o cancelamento da operação de câmbio visava apenas impedir a remessa dos recursos para a matriz, essa informação é incompatível com os fundamentos da decisão daquela Autoridade Monetária que determinou o cancelamento da operação de câmbio, conforme consta do comunicado transcrito acima. Admitir a alegação da Recorrente, neste caso, seria aceitar que o Banco Central do Brasil, deliberadamente, declarou falsos fundamentos para determinar o cancelamento da operação de câmbio, o que, certamente, não é matéria a ser decidida por este Colegiado, mormente com base em simples alegações.

A afirmação de que o parecer expressa apenas a opinião dos técnicos, *data vênia*, é uma tautologia. Um parecer, por definição, expressa a opinião fundamentada, sobre



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

determinada matéria, de quem o subscreve. Trata-se no caso, todavia, de opinião qualificada, externada por Técnicos do Banco Central do Brasil, que produziram o parecer no exercício de suas competências funcionais e por designação de autoridade superior.

Quanto à alegação de que a operação de NDF é reconhecidamente aceita como "*hedge*" e que a mesma operação foi feita, pelas mesmas instituições financeiras outras vezes no passado, é elementar que o que caracteriza a operação como sendo de cobertura de risco é a existência de uma posição de risco a ser protegida e não o tipo de operação em si. Isto é, uma operação financeira pode ser especulativa ou de proteção de risco, conforme as circunstâncias em que realizada. O Parecer do Banco Central do Brasil mostra com clareza que, ao contrário do que afirma a Recorrente, o contrato entre as instituições financeiras brasileiras e sua matriz, neste caso concreto, de modo algum se prestaria a dar essa proteção, mas, ao contrário, expunha as primeiras a grande risco, o que efetivamente ocorreu, com a então previsível desvalorização cambial resultando em uma extraordinária perda de recursos em favor da matriz nos Estados Unidos.

Isso é tanto mais evidente, quando se verifica, conforme relatado no parecer do Banco Central do Brasil, que àquela época, todas as instituições financeiras brasileiras, entre elas o próprio BankBoston, mudaram suas posições em moeda estrangeira de comprada para vendida. O BankBoston, por exemplo, em 11/01/1999 tinha uma posição vendida de US\$ 14.604.286,90 e em 12/01/1999 tinha uma posição comprada de US\$ 45.840.258,75 e, no dia seguinte, de US\$ 75.948.577,96 (fls 29), mesmo assim, realizou uma operação de venda de dólares com sua matriz.

A Recorrente, todavia, lastreada em parecer encomendado pelas instituições financeiras brasileiras ao renomado consultor Gustavo Loyola Brandão (fls. 358/365) insiste em tentar demonstrar que, ao contrário da conclusão do Banco Central do Brasil, a operação de NDF em questão caracteriza-se como "*hedge*".





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

O referido parecer procura explicar o fato de as instituições financeiras brasileiras, apesar de a justificativa declarada ao Banco Central do Brasil para a realização dos contratos de NDF com a matriz ter sido a captação de recursos em moeda estrangeira (passivo), ter realizado uma operação de venda de dólares (também passivo) e não de compra (ativo).

Traz o referido parecer, em síntese, a seguinte linha de raciocínio: como a legislação obriga que o repasse dos recursos seja protegido por cláusula de transferência do risco cambial, haveria uma espécie de "hedge natural". Mas, como, em geral, há um descompasso entre a captação dos recursos no exterior e seu repasse às empresas brasileiras, nesse período o banco fica com um passivo em moeda estrangeira maior que o ativo e, portanto, vulnerável a eventuais desvalorizações cambiais. Nesses casos, em geral, o que os bancos devem fazer é comprar títulos atrelados ao câmbio, igualando ativo e passivo em moeda estrangeira. Na proporção que forem sendo feitos os repasses, o que ocorre paulatinamente, seriam vendidos/repassados os títulos para manter equilibrado ativo e passivo. Porém, eventualmente, em função de restrições de liquidez desses títulos, nem sempre essa venda/repasse pode ser feita de imediato, deixando o banco, momentaneamente, com o ativo em moeda estrangeira maior que o passivo, vulnerável, portanto, ao risco de apreciação cambial, ou seja, valorização do real frente à moeda estrangeira. Para se proteger, deveria realizar a venda de dólares no mercado futuro, reequilibrando ativo e passivo.

Apesar do esforço do consultor em tentar justificar a existência de uma exposição da Recorrente ao risco a ser protegido com a venda de moeda estrangeira no mercado a termo, o parecer formula situações hipotéticas, tais como a compra de títulos atrelados ao câmbio como proteção do passivo em dólar, repasses paulatinos dos recursos captados e dificuldades momentâneas de liquidez no repasse desses títulos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

Ora, não basta formular situações em tese. Conforme claramente explicitado na legislação, a condição fundamental para o tratamento tributário excepcional (alíquota zero) é que a operação de cobertura seja necessária, usual e normal, inclusive quanto ao seu valor, que deveria estar comprovado nos autos, o que não é o caso.

Nem mesmo a hipótese formulada no parece se sustenta quando confrontados com os elementos concretos constantes dos autos, senão vejamos.

Diferentemente do que afirma o parecer, nos casos de captação de recursos no exterior para repasse em moeda nacional, nos termos da Portaria nº 2.148, de 1995, não há a possibilidade de ocorrer a momentânea situação de risco devido ao descompasso entre a captação dos recursos e o seu repasse. É que o art. 5º da referida Portaria impõe regras para a destinação dos recursos captados enquanto não repassados, a saber:

"Art. 5º os recursos captados no exterior, nos termo desta Resolução:

(...)

III – enquanto não aplicados nas finalidades previstas no art. 1º, somente podem:

- a) ser utilizados na constituição de depósitos em moeda estrangeira junto ao Banco Central do Brasil, nas condições por ele disciplinadas;
- b) ser objeto de repasse interbancário, nas condições estabelecidas na Circular nº 708, de 24/06/82, e regulamentação complementar, observados o direcionamento e o prazo previstos nos arts. 1º e 3º, respectivamente."





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

Ora, se não há o risco decorrente da desvalorização cambial entre o momento da captação e o repasse, não se justifica a hipotética compra de títulos indexados ao câmbio, o que põe por terra toda a teoria veiculada pelo parecer.

De fato, ainda que se considerasse, como declarado pelas instituições financeiras nacionais, que foram feitas captações em moeda estrangeira para repasse em moeda nacional, com fundamento nas Resoluções 63, de 1967 e 2.148, de 1995, a Recorrente não logrou demonstrar a ocorrência de posição de risco decorrente dessas captações sujeitas a proteção (*hedge*). Conseqüentemente, não se pode considerar as operações de NDF em questão como sendo de "*hedge*"

Releva destacar, finalmente, o fato de que a remessa dos recursos em questão operou-se sem que a autoridade monetária responsável pelo controle e fiscalização das instituições financeiras e das operações financeiras em geral tenha atestado a conformidade das operações com as normas que deveriam ser observadas para o gozo do benefício fiscal. Ao contrário, o que se tem nos autos é a manifestação expressa do Banco Central do Brasil desqualificando as operações financeiras em questão como sendo "*hedge*".

É interessante notar, a propósito, que os contratos de cessão de posição contratual, entre as instituições financeiras nacionais e a ora Recorrente e entre esta e a CASCL produziram o resultado, que não pode ser desprezado neste julgamento de, exatamente, contornar o obstáculo criado com o veto do Banco Central do Brasil.

Assim, em conclusão, não tenho dúvidas de que não estão presentes neste caso os requisitos para aplicação da regra prevista no art. 691 do RIR/99.

Quanto às alegações de inaplicabilidade da taxa SELIC como índice para cômputo dos juros de mora, cumpre destacar que o artigo 161 do CTN estabelece que o



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

crédito tributário não integralmente pago no seu vencimento deve ser acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante de sua falta. Já o art. 13 da Lei nº 9.065/95 determinou que, a partir de 1º de abril de 1995, os juros de mora passariam a ser calculados com base na SELIC.

A exigência dos juros de mora com base na SELIC decorre, portanto, de disposição expressa de Lei cuja aplicação não pode ser negada por este órgão administrativo.

Cumpra examinar, finalmente, as alegações da Recorrente de que não há previsão legal para a incidência de juros obre a multa de ofício.

Não assiste razão à Recorrente.

Inicialmente, deve-se esclarecer que o art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário para fins de incidência dos juros de mora, a saber:

"Art. 161. O crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante de sua falta."

Já o artigo 61 da Lei nº 9.430, de 1997, citada no Auto de Infração como fundamento da exigência dos juros de mora, é claro quando se refere aos débitos decorrentes de tributos e contribuições cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1997, e não especificamente aos débitos relativos a tributos e contribuições. Eis o texto literal do mencionado dispositivo legal:

Lei nº 9.430, de 1997:

"Art. 61 – Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.002231/2002-85
Acórdão nº. : 104-20.132

previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento ao mês de pagamento."

É interessante notar que a mesma Lei nº 9.430, de 1996, no seu artigo 43, parágrafo único, é conclusivo quando estabelece a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, no caso, quando exigida isoladamente, *verbis*:

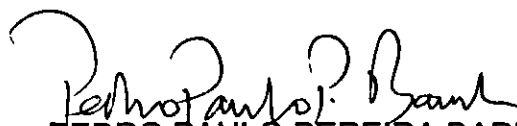
Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa e a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento."

Concluo, portanto, que, ao contrário do que afirma a defesa, há expressa disposição legal para a exigência de juros de mora incidente sobre a multa de ofício, com base na taxa Selic.

Por todo o exposto, VOTO no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões (DF), em 12 de agosto de 2004


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA