



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

CSRF-T1

Fl. 631

631 631

631 631

Processo nº 19740.000481/2004-50
Recurso nº 150.061 Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-00.880 – 1ª Turma
Sessão de 23 de fevereiro de 2011
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BANCO PROSPER S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2000

DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS. OPERAÇÕES COM OPÇÕES FLEXÍVEIS DE DÓLAR.

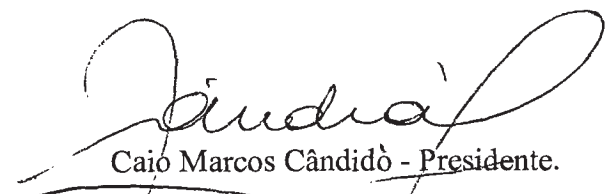
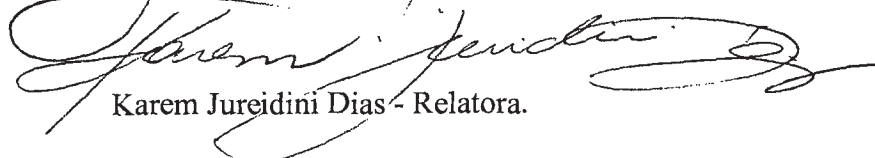
Desconstituído o fundamento que ensejou o provimento recorrido, mediante análise dos elementos e provas constantes dos autos, deve ser restabelecida a situação anteriormente modificada pela decisão *a quo*.

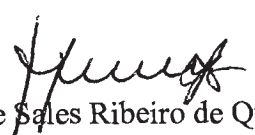
CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A decisão proferida no julgamento do lançamento matriz aplica-se, no que couber, ao lançamento reflexo, em face da íntima relação de causa e efeito entre eles existente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Karem Jureidini Dias (Relatora), Antonio Carlos Guidoni Filho e Susy Gomes Hoffmann. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz.


Caio Marcos Cândido - Presidente.

Karem Jureidini Dias - Relatora.


Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz - Redator Designado.

Editado em: 12 AGO 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Caio Marcos Cândido, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Leonardo de Andrade Couto, Karen Jureidini Dias, Claudemir Rodrigues Malaquias, Antonio Carlos Guidoni Filho, Viviane Vidal Wagner, Valmir Sandri e Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial da Fazenda Nacional, com fundamento no artigo 7º, incisos I, do antigo Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, contra Acórdão nº 107-09.020, proferido pela então Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

O Auto de Infração exige Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, referente ao ano-calendário de 1999, cuja ciência foi dada ao contribuinte em 22/12/2004. O Auto de Infração principal contém os seguintes lançamentos:

“001 – Custos, Despesas Operacionais e Encargos não Necessários – 31/12/1999.”

O Termo de Verificação Fiscal narrou a suposta infração às fls. 299/300:

“O Banco Prosper SA (no Brasil) efetuou, no ano-calendário 1999, operações financeiras que resultaram na remessa de R\$ 12.457.469,61 (equivalente a US\$ 6.910.000,00) para a Agência do Banco Prosper em Nassau.

Tais remessas foram decorrentes de duas operações de venda de opções flexíveis de dólar, realizadas no Brasil e registradas na Bolsa de Mercadorias & Futuros, em que o Banco Prosper S.A (no Brasil) estaria obrigado a vender para a Agência do Banco Prosper em Nassau a quantidade de US\$ 11,000,000 a uma taxa pré-definida.

De acordo com as declarações prestadas pelo Banco Prosper S.A (no Brasil) as opções flexíveis de dólar (fls. 242 a 245) teriam o objetivo de transferir para a Agência do Banco Prosper em Nassau o risco cambial de uma operação de arbitragem. Em correspondência datada de 06 de julho de 2004 (fls. 64 e 65), o Banco Prosper SA (no Brasil) afirma que a Agência do Banco Prosper em Nassau teria identificado no mercado financeiro a oportunidade de efetuar uma operação de arbitragem, em decorrência da diferença entre a relação dólar & real na Bolsa de Mercadorias de Chicago e a relação real & dólar na Bolsa de Mercadorias e Futuros — BM&F.

A operação de arbitragem teria sido realizada da seguinte forma: a agência do Banco Prosper em Nassau comprou em seu

próprio nome contratos futuros de real na Bolsa de Chicago a um determinado valor, e o Banco Prosper S.A (no Brasil) comprou contratos de dólar futuro na BM&F.

A operação, como acima exposto, representaria uma arbitragem em função da oportunidade de comprar dólares no Brasil por um determinado valor e revender esta moeda no mercado americano por um valor acima do preço de compra.

Quanto às operações de venda de opções flexíveis de dólar realizadas no Brasil, em que o Banco Prosper S.A (no Brasil) estava obrigado a vender para sua própria Agência em Nassau a quantidade de US\$ 11,000,000, informa-se que estariam diretamente relacionadas com a operação de arbitragem, servindo como instrumento financeiro que permitiria, nas palavras do Banco Prosper S.A (no Brasil), transferir para a Agência do Banco Prosper em Nassau o "risco cambial da operação" (fls. 242).

Caso o resultado dos contratos da compra futura de dólar no Brasil viessem a dar origem a perdas, as operações com opções flexíveis justificariam a entrada de recursos originários da agência em Nassau. No caso oposto, o lucro dos contratos futuros de dólar no Brasil seria remetido para a Agência do Banco Prosper em Nassau, fundamentado nas perdas oriundas das operações com opções flexíveis de dólar.

Todas as operações financeiras em tela foram objeto de fiscalização pela Secretaria da Receita Federal, devidamente amparada pelo Mandado de Procedimento Fiscal (fIs. 01).

Quanto às operações de opções flexíveis de dólar, que resultaram na remessa de divisas para o exterior, verificou-se que estas não respeitaram as normas tributárias que regulamentam a dedutibilidade das despesas para fins de apuração dos tributos devidos. Diante destes fatos, a fiscalização formou convicção de que o Banco Prosper S.A (no Brasil) cometeu uma irregularidade na apuração do Lucro Real e na Base de Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Os reflexos fiscais serão claramente demonstrados ao longo deste Termo, pois os prejuízos decorrentes das operações de opções flexíveis de dólar realizadas entre o Banco Prosper e sua Agência em Nassau não podem ser considerados na determinação do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

Impugnado o lançamento, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento entendeu por bem considerá-lo procedente.

Sobrevieram, então, Recurso Voluntário e o Acórdão nº 107-09.020, da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, o qual, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

DESPESAS DESNECESSÁRIAS — OPERAÇÕES COM OPÇÕES FLEXÍVEIS DE DÓLARES. A existência de indícios de

[Assinaturas]
3

irregularidade numa modalidade de operação financeira, por si só não configura, como no presente caso, infração tributária, por não ser esse motivo suficiente para descaracterizá-la, fato que, como consequência, também não admitiria o juízo de valor firmado pela fiscalização quanto à sua desnecessidade, mesmo porque se trata de instituição financeira que opera regular e basicamente no mercado de investimentos.

A Fazenda Nacional apresentou, então, Recurso Especial, no qual alega, em suma, violação ao artigo 25, *caput* e parágrafo 5º, da Lei nº 9.249/95, uma vez que se admitiu que a recorrida computasse como despesas necessárias os valores debitados na operação efetuada entre o Banco no Brasil e a sua própria agência no exterior. Aduz, ainda, que pelas normas do BACEN, a operação de derivativos de créditos com esteio em moedas diferentes, realizada pelo contribuinte, não foi regular.

O exame de admissibilidade foi realizado às fls. 572/573, determinando-se o SEGUIMENTO do Recurso Especial. Devidamente intimado, o contribuinte apresentou Contra-Razões às fls. 578/596.

É o relatório.

Handwritten mark

Handwritten mark

Handwritten mark 4

Voto Vencido

Conselheira Karem Jureidini Dias, Relatora

O Recurso é tempestivo e foi determinado seu seguimento em juízo de admissibilidade, pelo que dele conheço.

Conforme consta do relato do acórdão recorrido:

Conforme consta na descrição dos fatos no Termo de Verificação Fiscal" (fls. 299 e seguintes), verificara-se ter havido operações flexíveis de dólar que teriam resultado na remessa de divisas para o exterior, sem que tais operações tivessem respeitado as normas tributárias que regulamentam a dedutibilidade das despesas para fins de apuração dos tributos devidos, ensejando a redução indevida do Lucro Real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL.

(...)

Tais remessas seriam decorrentes de suas operações de venda de opções flexíveis de dólar, realizadas no Brasil e registradas na Bolsa de Mercadorias & Futuros — BM&F, em que aquele Banco, no Brasil, estaria obrigado a vender para sua agência, em Nassau, quantia equivalente a US\$11,000,000 a uma taxa pré-definida.

De acordo com as declarações prestadas pelo Banco Prosper S.A., no Brasil, as opções flexíveis de dólar teriam o objetivo de transferir para sua agência, em Nassau, o risco cambial de uma operação de arbitragem.

Em correspondência de 06/07/2004, o Banco, no Brasil, afirma que sua agência em Nassau teria identificado no mercado financeiro a oportunidade de efetuar uma operação de arbitragem, em decorrência da diferença entre a relação dólar & real na BM&F.

Tal operação de arbitragem teria sido realizada da seguinte forma: a agência de Nassau teria comprado em seu próprio nome contratos de futuro de real na Bolsa de Chicago a um determinado valor, e o Banco, no Brasil, teria comprado Contratos de dólar futuro na BM&F. Essa operação representaria urna arbitragem pela oportunidade de comprar dólares no Brasil por um determinado valor e revender essa moeda no mercado americano por um valor acima do preço de compra.

Nas palavras do Banco Prosper S.A., sua agência no Brasil, nas operações de venda de opções flexíveis de dólares aqui

 
5

realizadas, estaria obrigado a vendê-los para sua própria agência em Nassau, e que a quantidade acertada estaria diretamente relacionada com a operação de arbitragem, servindo como instrumento financeiro que permitiria transferir para a agência em Nassau o "risco cambial da operação".

Em síntese, a autuação fundamentou-se no entendimento de que as perdas incorridas em operações de opções flexíveis de venda de dólares norte-americanos – realizadas pela Recorrente em 1999, nas quais sua agência em Nassau, nas Bahamas, foi contraparte, seriam despesas desnecessárias e, por conseguinte, indedutíveis do lucro líquido para fins de apuração do Lucro Real, e também para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, segundo o disposto no art. 299 do RIR/99.

Conforme descreve o contribuinte em suas Contra-razões:

A assertiva mostra a total alienação ou pelo menos o não entendimento das operações praticadas. As opções flexíveis, como elementos das operações de arbitragem estruturadas, funcionavam como uma válvula de escape para as duas situações que poderiam ocorrer — a valorização ou desvalorização do real perante o dólar americano.

Verificando-se a primeira (valorização do real), é evidente que a agência do Recorrente em Nassau, não exerceria a opção, pois auferiria ganhos na bolsa de Chicago que compensariam as perdas verificadas com a compra de dólares no Brasil.

Ocorrendo a segunda (desvalorização do real), a Agência exerceria (como de fato exerceu) a opção com vistas a neutralizar o risco cambial, e ainda propiciar recursos de caixa para liquidação das operações efetuadas no exterior. Era, pois, imperioso o exercício das opções na hipótese de desvalorização do real.

No que tange à glosa de despesa, o ônus da indedutibilidade é do fisco. Sobre a alegação da d. Procuradoria de violação do artigo 25, § 5º da Lei nº 9.249/95, parece-me que este não é o motivo do lançamento. Nada obstante, o referido artigo dispõe que:

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

§ 5º Os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil.

De outra parte, a autoridade fiscal cita os seguintes dispositivos do Regulamento do Imposto de Renda como fundamento para a autuação:

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 2º):

I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real; (...)

Art. 251. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais.

Parágrafo único. A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Art. 300. Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros.

Importa esclarecer que a d. Procuradoria insiste, em seu bem arrazoado recurso, no fato de que a operação foi realizada por agências do mesmo banco, no Brasil e no exterior, pelo que a operação de arbitragem e a despesa dela decorrente não poderia corresponder a uma despesa do contribuinte, sequer necessária.

Ainda, a partir da transcrição do artigo 299 do RIR/99 conclui que:

“operação travada pelo autuado não configura despesas operacionais porque a operação de arbitragem foi, justamente, contratada pelo recorrido para incorrer em perdas e deduzi-las da base de cálculo do IRPJ e da CSSL. Ora, se a operação teve esse fim, ela não foi instrumento para a realização das atividades normais, usuais do Embargado (caso em que, logicamente, as perdas daí advindas seriam dedutíveis), mas foi instrumento para criar despesas

Vale salientar que, mesmo que os prejuízos decorrentes de operação de arbitragem pudessem ser abatidos da base de cálculo do IRPJ e da CSSL por expressa determinação legal, não há dúvida que se subordinam ao art. 299 do RIR/99. Por óbvio, as despesas decorrentes daquela operação somente poderiam ser deduzidas se necessárias ou operacionais, a menos que a norma que permite a dedução das perdas em operações de arbitragem criasse novas condições para tal abatimento, ou excepcionasse, de modo manifesto, a aplicação das normas sobre o assunto a tais despesas. Isso, entretanto, não ocorre, conforme dispõem o art. 299 do RIR/99 e as normas de tributação em bases universais.



As normas de tributação em bases universais foram introduzidas pela Lei 9249/95, dispondo, em seu artigo 25, que os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior fossem computados na determinação do lucro real. Já o art. 25, § 5º da referida norma prevê que os prejuízos e perdas decorrentes de operações no exterior permanecem impossibilitadas de ser compensados com os lucros auferidos no país.

Pois bem, no que tange ao artigo 25 da Lei nº 9.249/95, porque não foi fundamento do lançamento e porque não se subsume à questão fática, já que não se trata, *in casu*, de lucro auferido no exterior, esclareço, desde logo, que é despidendo tratar deste argumento, por sua total ineficácia. Não se trata de lucro, rendimento, ganho, tampouco perda do exterior, que se tenha pretendido compensar. O resultado auferido no exterior não se confunde com o resultado auferido no Brasil. Ainda que se trate de operação envolvendo parte internacional, o ganho ou a perda aqui reconhecida é aquela auferida pela empresa brasileira.

De outra parte, quanto à desnecessidade da despesa, salutar esclarecer que, no meu entendimento (i) as operações não foram consideradas irregulares pelo Banco Central; (ii) ainda que irregulares, haveria que se fundamentar o motivo da glosa; e (iii) de fato, operações entre empresas relacionadas enseja maior cuidado quanto à admissão da dedutibilidade de despesa.

Feitas estas considerações, apesar de se tratarem de pessoas jurídicas relacionadas, da leitura do Termo de Verificação Fiscal transcrito no relato, não encontro acusação suficiente e objetiva para a glosa da despesa.

A alegação fiscal de que jamais seria auferido um ganho, a meu ver, não é, por si só, suficiente a tornar desnecessária a despesa. Senão vejamos. De fato esta operação de arbitragem pode gerar uma perda ou não gerar resultado algum, mas isto não significa que foi desnecessária a despesa para a empresa.

Ora, em se tratando de instituição financeira, é pressuposto a existência de operações envolvendo diferentes moedas, mormente a norte-americana, sendo a proteção dos riscos inerente à atividade, inclusive, pela operação de arbitragem.

Durante os debates na Colenda Câmara Superior, entendi conforme argumento brilhantemente levantado por um de meus pares, no sentido de que para se tratar de operação de arbitragem afeta à empresa brasileira, deveria ser ela vinculada ao risco efetivamente protegido no Brasil.

Ocorre que a acusação fiscal não caminhou nesse sentido, tampouco assim acusou. Ao contrário, parece que não há discordância sobre a premissa da atividade do contribuinte e da necessidade de proteção dos riscos, não se instaurando contencioso nesse sentido. De se salientar que também não há, a meu ver, qualquer contestação objetiva sobre a natureza da operação, sendo que a proibição para esta operação entre empresas do mesmo grupo não vigorava à época.

Pelo exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.


Karem Jureidini Dias – Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Redator Designado

Inicialmente deve ser ressaltado que cumpre ao relator *ad hoc* ater-se ao que foi decidido na sessão de julgamento, pois sua atribuição é tão-somente a de formalizar acórdão que ficara pendente de formalização por parte de conselheiro-relator que por algum motivo não a efetuara. Considero mesmo que essa denominação de 'relator' soa um tanto imprópria para esse mister, sugerindo que seria o caso de indicá-lo como 'formalizador *ad hoc*', se é que assim o poderíamos denominar.

Portanto, na condição de relator *ad hoc* do acórdão recorrido, bem como de alguns outros que se encontravam pendentes de formalização, da relatoria da mesma ex-conselheira, cumpro-me enfatizar que, nos termos em que foi redigido, o seu voto condutor guardou absoluta fidelidade ao entendimento externado por aquela relatora, limitando-se à transcrição do texto da minuta que pela mesma fora lida em plenário quando da sessão de julgamento da extinta Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no Acórdão nº 107-09.020, sessão de 23/05/2007.

Registre-se, ainda, que na oportunidade, por maioria de votos, foi dado provimento ao recurso voluntário, contrariamente ao entendimento dos Conselheiros Marcus Vinicius Neder de Lima (presidente), Albertina Silva Santos de Lima e Jayme Juarez Grotto, tendo participado do julgamento, além da relatora original e dos citados Conselheiros vencidos, os Conselheiros Carlos Alberto Gonçalves Nunes, Luiz Martins Valéro, Nataneal Martins e Hugo Sotero, compondo um colegiado de oito membros.

Desta feita, no entanto, me é permitida a análise do processo, na condição de membro da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, encarregada do julgamento do Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN, interposto com fundamento no artigo 7º, inciso I, do antigo Regimento Interno da CSRF, devendo, agora sim, exprimir minha opinião a respeito.

De antemão faço vir que, com a devida vênica da Câmara *a quo* e dos meus pares ora vencidos, divirjo do entendimento que embasou a decisão recorrida, qual seja, o de que na ação fiscal não ficara provada a desnecessidade da despesa glosada pela fiscalização, consoante as razões e fundamentos expostos a seguir.

Extrai-se do relatório que a autuação em causa foi motivada sob a acusação fiscal de que a instituição bancária teria se valido de despesas não necessárias ao desenvolvimento da sua atividade fim, ocasionando assim a redução indevida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL do período-base encerrado em 31/12/1999.

No muito bem elaborado *TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL*, às fls. 299/330, a autoridade de fiscalização apresentou minudente descrição dos fatos e das implicações tributárias que deram suporte ao lançamento de ofício, sobre os quais passo a discorrer.

Handwritten signature and initials.

As questionadas operações financeiras foram realizadas entre o Banco Prosper S/A, no Brasil, e sua Agência localizada na cidade de Nassau, nas Bahamas, que resultaram na remessa, efetuada pela instituição bancária no Brasil à sua Agência em Nassau, do montante de R\$12.457.469,61 (US\$6.910.000,00).

A remessa teve como escopo cobrir perda que a Agência em Nassau tivera em decorrência da diferença verificada na relação entre o dólar e o real na Bolsa de Mercadorias de Chicago, em face da compra, a um determinado valor, de contratos futuros de real na referida Bolsa de Chicago, já que a instituição bancária, no Brasil, fizera operação congênere, mediante a compra de contratos de dólar futuro na Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F, tudo realizado sob a égide do que seria uma operação de arbitragem, no presente caso uma arbitragem cambial, a qual consiste no cálculo para escolha de dois ou mais mercados para compra e venda simultânea de cambiais estrangeiras a fim de lucrar com a discrepância nas cotações.

Mister ressaltar que as operações financeiras realizadas na Bolsa de Chicago **ocorreram nos dias 04/01/1999 e 11/01/1999**, mesmas datas em que também foram realizadas as operações com a BM&F, no Brasil. Essas datas são importantes, a meu ver, em face da conjuntura política e econômica pela qual o país passava e que, com muita oportunidade, foi trazida à baila pelo autor do procedimento fiscal, conforme está descrita no item 5 – *A REALIDADE DOS FATOS*” (fls. 310/311) do retro citado esclarecedor “*TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL*”.

A propósito, lembro-me muito bem que o período que antecedeu as eleições presidenciais realizadas em outubro de 1998, conduzindo o então Presidente da República ao seu segundo mandato, foi marcado por extremas dificuldades para o país, porquanto a medida econômica que tinha a chamada âncora cambial, até janeiro de 1999, como recurso para conter a inflação, funcionando como sustentáculo à falsa cotação do real e sua consequente sobrevalorização em relação ao dólar americano, sacrificara o país de tal forma que as reservas, ao longo dos quase 4 anos daquela política cambial, se esvaíram, além de ocasionar um catastrófico déficit na balança comercial, no mesmo período, da ordem em torno de US\$100 bilhões, fruto da invasão de produtos estrangeiros e do incontestável reflexo no esfacelamento da indústria nacional.

Era, pois, uma situação insustentável, que somente foi suportada em função das eleições que se avizinhavam, sendo do conhecimento geral que o próprio Fundo Monetário Internacional – FMI, por recomendação do Governo do EUA, disponibilizara para o país recursos em montantes superiores a US\$40 bilhões, significando dizer que até aquele momento seria este o maior aporte de recursos disponibilizados de uma só vez por aquele organismo internacional a um único país.

Não havia dúvida de que, logo após o resultado das eleições, o real passaria por uma inevitável maxidesvalorização, o que previsivelmente veio a ocorrer, na segunda metade do mês de janeiro de 1999.

A propósito, somente a título de ilustração, porque esses acontecimentos econômicos e políticos acompanhei de perto, eu, que nunca entendi dos meandros do mercado financeiro, à época fui consultado por um amigo que dispunha de elevada monta de recursos depositados em caderneta de poupança, sobre qual seria o melhor investimento para o seu dinheiro. De pronto meu conselho foi no sentido de que o aplicasse na compra de dólar. Ora, se uma pessoa leiga no assunto podia ter essa certeza, o que dizer de uma instituição bancária que tem no mercado financeiro seu campo de atuação por excelência ou até mesmo a sua própria razão de ser? Será que as Casas Bancárias brasileiras tinham alguma dúvida a respeito? Sem

medo de errar, afirmo que dúvidas não existiam, mas, isto sim, havia uma absoluta certeza quanto ao que viria a acontecer, como de fato aconteceu.

A fiscalização considerou, assim, que não haveria risco na operação de compra de contratos de dólar futuro na Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F, não havendo, pois, a necessidade de se fazer operação congênere na Bolsa de Chicago para a compra de contratos futuros de real, com a finalidade de proteção para eventuais perdas no investimento feito pela mesma instituição bancária, no Brasil.

Não vislumbro plausibilidade em outra interpretação que não seja a de que essa operação fora arquitetada com o único objetivo de reduzir o lucro extraordinário que fatalmente adviria do aproveitamento dessa calamitosa situação em que se encontrava a economia do país, eximindo o investidor, mediante exercício posteriormente detectado pela fiscalização, até mesmo do pagamento dos tributos devidos sobre ganho financeiro que, a rigor, embora auferido dentro da legalidade, mostrara-se, com a devida vênia, oportunista e especulativo. Sem olvidar que essa arquitetura também possibilitaria a justificada remessa de vultosos lucros para o exterior, conforme muito bem enfatizado pelo diligente autor da ação fiscal, no subitem 5.2 – *O VERDADEIRO OBJETIVO DO BANCO PROSPER S.A. NO BRASIL* (fls. 311/312), do seu acima referido *TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL*.

Após didática explanação acerca do tratamento a ser dado aos ganhos auferidos por pessoas jurídicas no exterior, à luz da legislação do IRPJ e da CSLL (fls. 317/319), evidencia a fiscalização que a regra geral de tributação, prevista no art. 25 da Lei nº 9.249/1995, estabelece que os lucros e os ganhos de capital auferidos no exterior deverão compor o lucro real apurado pela pessoa jurídica, enquanto que o § 5º do mesmo dispositivo determina que as perdas ou prejuízos incorridos no exterior não poderão ser deduzidos para efeito da apuração dos lucros apurados em território nacional, estendendo-se essa regra à apuração da base de cálculo da CSLL.

Dessa forma, enfatiza a fiscalização que nem de longe se poderia cogitar

que seus administradores não estivessem cientes dos efeitos da legislação tributária que envolvia a operação e dos custos dela decorrentes,

e que,

ao efetuar a operação na Bolsa de Chicago, a Agência do Banco Prosper em Nassau sabia da possibilidade das perdas envolvidas e que tais perdas seriam levadas para o resultado no Brasil, via método da equivalência patrimonial (assim como vinha fazendo o contribuinte em todos os anos anteriores e posteriores a 1999, as perdas com o resultado de equivalência patrimonial da Agência do Banco Prosper em Nassau eram adicionadas à base de cálculo do Lucro Real e da CSLL). (fls. 321/322)

Quanto às reiteradas alegações apresentadas pela fiscalizada com vistas a justificar a necessidade da realização das operações de real futuro na Bolsa de Chicago, com a correspondente operação de dólar futuro na BM&F, no sentido de que foram efetuadas com a finalidade de **transferir o risco cambial da operação para a Agência do Banco em Nassau**, e também como uma forma de **reduzir custos operacionais**, aduz a fiscalização que da análise da planilha anexa à sua correspondência datada de 25/10/2004 (fls. 242/264), verifica-se que

nos meses de junho e setembro de 1999 mais três operações da mesma espécie foram realizadas, sendo no mínimo curioso que para essas três operações o Banco Prosper no Brasil não contratou as operações com opções flexíveis de dólar. Questiona a autoridade fiscal que, se essas operações representavam instrumento tão essencial para a alegada **transferência do risco e a redução de custos**, qual o motivo dessas mesmas operações não terem sido contratadas para esses três casos?

Imaginando o que poderia ter ocasionado essa não contratação de operações que “garantiriam” o investimento no Brasil, relembro as datas que disse serem importantes, ou seja, **os dias 04/01/1999 e 11/01/1999**, datas em as operações financeiras realizadas na Bolsa de Chicago, para “garantir” o investimento feito no Brasil, e os **meses de junho e setembro de 1999**, datas em que as acima referidas três operações foram efetuadas pelo Banco Prosper no Brasil, sem a contratação das então respectivas operações com opções flexíveis de dólar. Creio que já deu para perceber que as primeiras datas (janeiro/1999) e as datas seguintes (junho e setembro de 1999) são, respectivamente, anteriores e posteriores à precitada maxidesvalorização do real frente ao dólar. Precisa dizer mais?

A seguir, a fiscalização levanta uma outra questão que igualmente teria ficado sem uma explicação lógica por parte da fiscalizada, mesmo diante de reiteradas intimações. Esse segundo questionamento não respondido satisfatoriamente diz respeito à indagação sobre quais as remessas e/ou ingressos relacionados com essas três operações realizadas em junho e setembro do ano de 1999, arrematando que fica no ar a explicação de o porquê da adoção de medidas tão diferentes para operações idênticas.

Diante desses fatos elementos, minha conclusão não poderia ser outra senão a de que a fiscalização alcançou o seu desiderato, sendo incabível a alegação de que na ação fiscal não ficara provada a desnecessidade da despesa.

Essas são as razões e fundamentos que me levam a discordar da decisão exarada no acórdão recorrido, motivos pelos quais votei pelo provimento do Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional.

É como voto.


Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz - Redator Desigando

Declaração de Voto

Conselheiro Claudemir Rodrigues Malaquias

Acompanho neste voto meus ilustres pares que deram provimento ao recurso da Fazenda Nacional para restabelecer a exigência decorrente do lançamento de IRPJ e CSLL relativos ao ano-calendário de 1999.

Em que pesem as razões de decidir da eminente relatora, rogo a máxima vênua para dela divergir quanto à dedutibilidade das despesas relativas a remessas ao exterior, decorrentes de perdas em operações com opções flexíveis realizadas na BM&F.

Conforme as declarações da contribuinte, prestadas no curso do procedimento fiscal, as remessas efetuadas para a sua agência em Nassau decorrentes de duas operações de venda de opções flexíveis de dólar realizadas na BM&F no Brasil teriam por objetivo transferir para aquela agência o “risco cambial de uma operação de arbitragem”.

Para justificar as perdas incorridas, a contribuinte vem sustentando desde a auditoria que as operações de venda de opções flexíveis de dólar integram uma operação de arbitragem cambial realizada pela sua interligada em Nassau (fls. 64/65). A sua agência no exterior vislumbrou a possibilidade de obter lucro em decorrência da diferença entre a relação dólar & real na Bolsa de Mercadorias de Chicago (EUA) e a relação real & dólar na Bolsa de Mercadorias e Futuros BM&F (Brasil).

Na mesma linha argumentativa, a sustentação oral feita na tribuna pelo patrono da contribuinte destacou que efetivamente as perdas incorridas decorrem de operações na BM&F, realizadas com o objetivo de transferir o risco cambial da arbitragem realizada no exterior pela agência da contribuinte em Nassau.

Pois bem, com o fim de aclarar meu posicionamento, mister descrever os elementos e características de uma operação típica de arbitragem.

Elementos da operação de arbitragem típica

No mercado financeiro e em Economia, entende-se por arbitragem a operação de compra e venda simultânea de valores negociáveis (ativos financeiros ou reais), realizada com o objetivo de ganhos econômicos sobre a diferença de preços existente, para um mesmo ativo, entre dois mercados. Trata-se de uma operação sem risco (ou de risco reduzido) em que o arbitrador aproveita o espaço de tempo existente entre a compra e a venda (em que o preço do ativo ainda não se ajustou) para auferir lucro. Por exemplo, sendo uma mesma ação cotada em dois mercados, o arbitrador compra o ativo no mercado em que ele estiver cotado a preço mais baixo e vende-o no outro mercado obtendo lucro.

A arbitragem pode assumir três modalidades:



- **arbitragem de bolsa a bolsa**: a operação que consiste na compra e venda de um mesmo ativo financeiro em duas praças diferentes, com o objetivo de lucro sobre a diferença de preço entre essas duas praças;

- **arbitragem à vista contra à prazo** : consiste numa operação realizada com o objetivo de lucro sobre a diferença de preço à vista de um ativo e o preço deste mesmo ativo à prazo; e

- **arbitragem cambial**: trata-se de uma operação de compra e venda de uma moeda em duas praças financeiras diferentes, com o objetivo de lucro sobre a diferença de preços que possa existir durante pequenos intervalos de tempo. Nesta modalidade, aproveita-se das diferenças de cotações de uma moeda em diferentes mercados. **O lucro é obtido comprando-a onde estiver com menor cotação para vendê-la simultaneamente onde o preço estiver mais elevado.**

Ausência de risco nas operações de arbitragem

Importante destacar que as operações de arbitragem não embutem risco quando estruturadas e realizadas adequadamente. A principal característica desta operação é que não existe risco de perda, pois o investidor só realizará a compra de um ativo com a simultânea venda em outra praça, e desde que o diferencial entre os preços de compra e venda seja favorável. Deste modo, dois pressupostos são necessários para que a operação seja considerada arbitragem no mercado financeiro, quais sejam:

a) compra e venda simultânea – as operações de compra e venda devem ser concomitantes, pois havendo um lapso de tempo entre elas, as cotações de ambos os mercados podem variar e neutralizar os ganhos projetados pelo arbitrador; e

b) diferença positiva entre os preços – na operação de arbitragem típica verifica-se em dado momento que há diferença de preços de um mesmo ativo em mercados diferentes. Esta diferença deve ser expressiva o suficiente para absorver os custos das operações e os tributos incidentes.

Na ausência de um destes pressupostos, pode-se estar diante de uma simples operação de compra e venda de ativos no mercado e que, portanto, está sujeita aos riscos a ela inerentes. Neste caso, não há que se falar em operação de arbitragem em razão da imprevisibilidade do ganho a ser auferido. Na arbitragem, o ganho está sempre presente, ainda que seja mínimo em face da proximidade dos mercados financeiros atuais.

No caso dos presentes autos, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, a operação de arbitragem teria sido realizada da seguinte forma: a agência do Banco Prosper em Nassau comprou em seu próprio nome contratos futuros de real na Bolsa de Chicago a um determinado valor, e o Banco Prosper S/A (no Brasil) comprou contratos de dólar futuro na BM&F.

A operação, como acima exposto, representaria uma arbitragem em função da oportunidade de comprar dólares no Brasil por um determinado valor (menor) e revender esta moeda no mercado americano por um valor acima do preço de compra (maior).

Quanto às operações de venda de opções flexíveis de dólar realizadas no Brasil, em que o Banco Prosper S.A (no Brasil) estaria obrigado a vender para sua própria Agência em Nassau o montante de US\$ 11,000,000, a contribuinte vem sustentando, como dito acima, **que estariam diretamente relacionadas com a operação de arbitragem, servindo como instrumento financeiro que permitiria, nas palavras do Banco Prosper S/A (no**

Brasil), transferir para a Agência do Banco Prosper em Nassau o "risco cambial da operação" (fls. 242).

Caso o resultado dos contratos da compra futura de dólar no Brasil viessem a dar origem a perdas, as operações com opções flexíveis justificariam a entrada de recursos originários da agência em Nassau. No caso oposto, o lucro dos contratos futuros de dólar no Brasil seria remetido para a Agência do Banco Prosper em Nassau, fundamentado nas perdas oriundas das operações com opções flexíveis de dólar.

A análise desta operação permite concluir que, caso a moeda real não sofresse a brusca desvalorização, haveria ingresso de divisas provindos da agência da contribuinte no exterior, neutralizando as perdas com os contratos futuros. Porém, diante de uma desvalorização do real frente ao dólar, o que de fato ocorreu naquela circunstância, a contribuinte deveria efetuar remessas para honrar seu contrato futuro de dólar com sua agência em Nassau, incorrendo em perdas no País.

Ora, da forma como foram estruturadas estas operações, na primeira situação, não haveria perda em razão do ingresso de divisas e na segunda, o que efetivamente ocorreu, os ganhos foram neutralizados pelas perdas incorridas em contratos de opções flexíveis de dólar firmados com a contra-parte no exterior. Ou seja, o resultado final das operações poderia ser nulo ou negativo no País, sem a possibilidade de qualquer ganho ser tributado no Brasil.

Diante disso, a fiscalização, acertadamente a meu ver, considerou indedutíveis tais perdas, pois as mesmas não representavam operações típicas da contribuinte, mas apenas parte de um conjunto de operações direcionadas para afastar a incidência dos tributos no Brasil. A análise destas operações de forma conjunta, permite concluir que, sob o enfoque do grupo econômico, houve significativos ganhos realizados no exterior, sendo que as perdas, ficaram no País.

Do exame dos autos, é possível concluir que se o objetivo das operações era realmente a realização de arbitragem cambial pelas diferenças de taxas entre o dólar na BM&F e o dólar na Bolsa de Chicago carece de fundamento a argumentação da defesa de que as operações com opções flexíveis de dólar na BM&F teriam a finalidade de "transferir o risco cambial da operação" para a agência do banco em Nassau. Isto porque na arbitragem não há risco a ser coberto, sendo este o elemento categorial inderrogável desta modalidade de operação ("ausência de risco").

Como para as partes é impossível ir de encontro aos elementos intrínsecos do negócio celebrado, pois tratando-se de uma operação de arbitragem típica, não haveria risco e, portanto, as perdas seriam inexistentes. Por outro lado, sendo uma operação simples de compra e venda de dólar em mercados diferentes (BM&F - Bolsa de Chicago), exposta portanto aos riscos normais do mercado, a contribuinte não poderia, em razão de expressa vedação legal, trazer para o País eventuais perdas incorridas no exterior.

Conforme dito acima, a arbitragem é a operação financeira onde um participante do mercado efetua **uma compra e uma revenda simultânea** do mesmo ativo em mercados diferentes. A compra por um preço menor e a venda simultânea em outro mercado por um preço maior sempre resultará em ganho sem risco algum. Se há risco, podemos inferir que, ao contrário do que sustenta a defesa, não se trata de arbitragem, mas de operações simples realizadas pelo contribuinte sem avaliar corretamente os riscos próprios do mercado.

[Assinatura]

Importante destacar que nos casos de operações comuns, os operadores do mercado usualmente assumem posições opostas, realizando operações de cobertura (*hedge*) que permitem travar os resultados e neutralizar eventuais perdas.

Tecidas estas considerações, é correto afirmar, como entendeu a fiscalização, que a única finalidade das operações com opções flexíveis de dólar era a transferência para o exterior dos ganhos auferidos com a ponta da operação de arbitragem no Brasil. Os resultados positivos auferidos na BM&F foram neutralizados pelo registro de despesas relativas a tais remessas para o exterior, desprovidas de justificativa econômica plausível e, portanto, indetudíveis.

Ademais, a ausência de risco, própria das operações de arbitragem, seria por si só o motivo que justificaria a glosa das despesas. Isto porque estes gastos, à luz da legislação do IRPJ e CSLL, não são necessários e essenciais à própria operação, assim como à exploração normal da atividade da contribuinte.

A impossibilidade de dedução de perdas do exterior

Embora não utilizada como fundamentação para o lançamento dos tributos, é necessário comentar aspectos próprios da legislação do imposto de renda no Brasil no que diz respeito à tributação em bases mundiais.

Com a Lei nº 9.249/95, o Brasil passou a adotar o critério da universalidade da renda para definir a incidência do imposto sobre o lucro das empresas, *verbis*:

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

§ 1º

§ 2º

§ 3º

§ 4º

§ 5º *Os prejuízos e **perdas** decorrentes das operações referidas neste artigo **não serão compensados com lucros auferidos no Brasil.***

§ 6º ”

(negritou-se)

Segundo a regra geral, estabelecida pelo art. 25 da referida lei, os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior deverão ser computados na determinação da base de cálculo do imposto no País. Quanto aos prejuízos e **perdas** decorrentes de operações realizadas no exterior, o § 5º do artigo prevê que não poderão ser compensados com lucros auferidos no Brasil. Aqui é importante ressaltar que as “perdas” referidas no § 5º não serão computadas na determinação da base de cálculo do imposto de renda, a despeito da literalidade da expressão que emprega o termo “compensados”. Neste caso, apesar da inadequação técnica do emprego da expressão “não serão compensados” indistintamente para **prejuízos e perdas**, a norma jurídica presente no dispositivo **expressa a vedação ao cômputo de resultados negativos na apuração do imposto de renda e da contribuição sobre o lucro no Brasil.**

Como dito acima, esta é a regra geral: os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior integram a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social e os prejuízos e as perdas não devem compor o resultado no Brasil. Entretanto, o resultado negativo proveniente de operações de cobertura (*hedge*) realizadas em bolsa no exterior pode ser computado na determinação do lucro real, conforme o disposto no art. 17 da Lei nº 9.430/1996, o qual reproduz previsão anterior do Decreto-Lei nº 2.397/87, combinado com o art. 63 da Lei nº 8.383/91. Esta única exceção à regra geral contempla a possibilidade de deduzir da base de cálculo do imposto de renda no País, as perdas decorrentes de operações de cobertura realizadas **em bolsas no exterior, diretamente pela empresa brasileira**.

Ao impor estas restrições, o legislador fixou que a dedutibilidade de perdas em operações financeiras no exterior será possível somente quando estas decorrerem de transações realizadas em **mercado bursátil**, ou seja, nos mercados de livre concorrência, o que não se verifica quando as operações são firmadas entre empresas ligadas, como é o presente caso. A outra restrição é que a operação, cuja perda pode ser considerada dedutível, deve ser realizada **diretamente pela empresa brasileira** e isto significa que só é admissível a dedutibilidade de despesas decorrentes de operações de cobertura realizadas em função de riscos existentes para a empresa brasileira e nunca para empresas fora do País, como foi no presente caso em que a Agência do Banco Prosper em Nassau assumiu contratos futuros na Bolsa de Chicago (EUA).

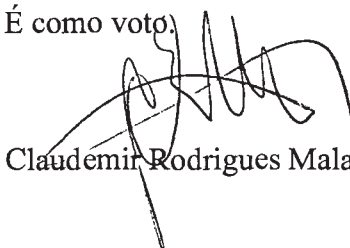
Portanto, dado este caráter excepcional da dedutibilidade das perdas decorrentes de operações cursadas no exterior, não merece prosperar a argumentação da defesa de que as operações com opções flexíveis de dólar realizadas na BM&F objetivavam **transferir para a Agência do Banco Prosper em Nassau o "risco cambial da operação"** (fls. 242).

Em definitivo, as operações com opções flexíveis de dólar realizada com contra-parte ligada no exterior, em que a empresa brasileira assume posição oposta desfavorável aos ganhos obtidos com a desvalorização da moeda local, não apresenta outra justificativa que não o simples deslocamento dos ganhos tributáveis para localidade de menor incidência de impostos, maximizando assim os lucros do grupo econômico.

Aqui, entendo se tratar de situação clássica de erosão da base tributável mediante a estruturação de operações financeiras em que as sociedades transnacionais deslocam artificialmente os lucros para as localidades de menor pressão fiscal, em detrimento de outra com tributos de maior peso, que assume "riscos" inexistentes no seu território.

Desta forma, tendo em conta a i) ausência de risco na operação de arbitragem cambial e o ii) caráter excepcional da dedutibilidade das perdas decorrentes de operações financeiras cursadas no exterior, entendo estar correta a glosa de despesas efetuada pela fiscalização. Rogando, mais uma vez, a máxima vênia a Ilustre Relatora, manifesto-me no sentido de dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a exigência.

É como voto.


Claudemir Rodrigues Malaquias.