

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre De Moraes : Temos para exame o Tema 185 da repercussão geral, assim descrito:

“Incidência do imposto de renda sobre os resultados financeiros verificados na liquidação de contratos de *swap* para fins de *hedge* . “

Inicialmente, cumpre esclarecer que o reconhecimento da Repercussão Geral da matéria pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ocorreu em 27 de agosto de 2009, no julgamento do RE 596.286/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, em acórdão assim ementado:

“IMPOSTO DE RENDA – RESULTADOS FINANCEIROS – CONTRATOS DE *SWAP* PARA FINS DE *HEDGE* – ARTIGO 5º DA LEI Nº 9.779/99 – CONSTITUCIONALIDADE ASSENTADA NA ORIGEM. Possui repercussão geral controversia sobre a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 9.779/99, no que autorizada a cobrança de Imposto de Renda sobre resultados financeiros verificados na liquidação de contratos de *swap* para fins de *hedge* .” (RE596.286/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 18 /12/2009)

Referido processo foi substituído pelos presentes autos como representativo para o Tema 185 de repercussão geral, por determinação do Relator, em 24 de setembro de 2019 (Doc. 10).

Pois bem, cuida-se de Recurso Extraordinário interposto por PLAYCENTER S.A. em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em que se debate a constitucionalidade do art. 5º da Lei 9.779/99, que prevê a incidência do imposto de renda retido na fonte sobre os resultados financeiros verificados na liquidação de contratos de *swap* para fins de *hedge* , considerando o disposto nos artigos 5º, XXXVI e LV, 148, 150, III, “a” e IV, 153, III, e 154 da Constituição Federal.

Na origem, cuida-se de Mandado de Segurança Preventivo impetrado pela ora recorrente em face do Delegado da Receita Federal em São Paulo, no qual a impetrante requer o reconhecimento da inexigência de retenção do imposto de renda na fonte, prevista no artigo 5º da Lei nº 9.799/99,

relativamente aos resultados financeiros verificados na liquidação de contratos de *swap* para fins de *hedge*.

A impetrante narra ser pessoa jurídica de direito privado que, no desenvolvimento de suas atividades, assume diversas obrigações, as quais são comumente fixadas em moeda estrangeira (principalmente em dólares norte americanos), a exemplo da importações de insumos, máquinas, equipamentos e financiamentos necessários à sua atividade operacional.

Aduz que a maior parte de suas operações comerciais se dá no mercado interno brasileiro e, conseqüentemente, a maioria de suas receitas são expressas em reais, existindo, portanto, o risco de descompasso entre algumas de suas obrigações, expressas em moeda estrangeira, e suas receitas, expressas em moeda nacional, em decorrência das constantes variações cambiais.

Ressalta que, no caso de uma acentuada desvalorização cambial, a capacidade de saldar suas dívidas poderia ficar seriamente comprometida, na medida em que precisaria de uma maior quantidade de Reais para saldar suas dívidas em moeda estrangeira.

Por essa razão, a IMPETRANTE realizou operações para a cobertura deste risco cambial, conhecidas no mercado financeiro e na pertinente legislação fiscal como " *hedge* ", com vistas a proteger-se contra a variação cambial e o conseqüente aumento em reais de suas dívidas em moeda estrangeira.

Segundo o eminente autor Waldirio Bulgarelli, "o *hedge* representa uma operação de cobertura contra riscos as variações e oscilações dos preços ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica, ou ainda, quando se destinar à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica". (BULGARELLI, Waldirio. Contratos Mercantis. São Paulo: Atlas, 1997, p. 269).

Relata que, quando as operações de *hedge* foram realizadas pela impetrante, não eram tributadas pelo imposto de renda na fonte, como outras operações financeiras semelhantes de caráter meramente especulativo, conforme disposto no artigo 77, V, da Lei 8.981/95, com as alterações do artigo 1º da Lei 9.065/95 e do artigo 12 da Lei 9.249/95.

No entanto, com o advento da Medida Provisória 1.788, de 30 de dezembro de 1998, posteriormente convertida na Lei 9.779/99, o Imposto de Renda Retido na Fonte passou a incidir sobre os valores recebidos nas operações de *hedge*.

Esclarece que as operações de *hedge* se deram por meio de contratos de " *swap* " realizados com o Banco BBA Creditanstalt S/A, os quais permitiram à impetrante realizar a operação de *hedge* cambial, possibilitando a troca com a instituição financeira do risco da desvalorização cambial pelo risco da elevação das taxas de juros internas, representadas pela variação dos Certificados de Depósitos Interbancários (CDI).

Raquel Sztajn define o *swap* como o "contrato pelo qual as partes ajustam a permuta de fluxos de caixa futuros, de acordo com fórmula predeterminada. Podem ser vistos como carteira de contratos a termo interligados. (...) Assim, os *swaps* apresentam-se como mútuos paralelos, permutados pelas partes, de forma a propiciar aos contratantes a melhor condição de mercado." (SZTAJN, Raquel. Futuros e Swaps – Uma visão jurídica. São Paulo: Cultural Paulita, 1999, p. 215-216).

Na sistemática do *swap*, contratado pela impetrante juntamente à referida instituição financeira, sobre um determinado montante em reais especificado no contrato, cada parte se comprometia a pagar a outra a diferença entre a variação do dólar e a variação do CDI no período, conforme o caso.

Assim, caso a variação do CDI fosse maior que a do dólar, a impetrante teria que pagar à instituição financeira a diferença de variação aplicada sobre o montante determinado no contrato, abrindo mão dos ganhos de juros calculados com base na variação do CDI. Por outro lado, caso a variação do dólar viesse a exceder a variação do CDI, a instituição financeira é que teria que pagar à impetrante a diferença de variação aplicada sobre o montante determinado no contrato de *swap*.

Nesse contexto, alegou que "a IMPETRANTE irá auferir receitas em decorrência de contratos de *swap*, essas receitas não podem ser confundidas, a priori, com qualquer forma de acréscimo patrimonial (ganho de capital, rendimento, ganho líquido, etc), uma vez que sua função é tão-somente a de recompor o patrimônio da IMPETRANTE, na parte relativa às obrigações assumidas em moeda estrangeira, atingido pela desvalorização cambial." (fl. 7, Doc. 1)

Cita doutrina e jurisprudência a fim de demonstrar que o conceito de renda pressupõe necessariamente a ocorrência de acréscimo patrimonial, para argumentar que “não se pode permitir a tributação de uma receita que não constitui acréscimo patrimonial, sob pena de se estar conferindo significado ao termo renda diverso daquele publicizado pela Lei Maior.” (fl. 10, Doc. 1).

Conclui, desse modo, pela inconstitucionalidade da cobrança do Imposto de Renda na fonte sobre as operações de *hedge*, conforme art. 5º da Lei 9.779/99, por violação ao artigo 153, III, da Constituição Federal, bem como ao artigo 43 do CTN. Ressalta que a tributação de montante que não se enquadra no conceito de renda gera a dilapidação do patrimônio da empresa, configurando confisco, expressamente vedado pelo artigo 150, IV, da Carta Magna e que a instituição de um novo imposto sobre o patrimônio das empresas somente seria possível através de lei complementar, conforme disposto no artigo 154, I, da CF/88, o que não se verifica no caso.

Sustenta, ainda, que, apenas após o registro contábil de receitas e despesas, é possível verificar a existência de eventual acréscimo patrimonial a ser tributado pelo Imposto de Renda - ou seja, apenas quando as receitas auferidas nos contratos de *hedge* forem confrontadas com as despesas decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de modo que a exigência do Imposto de Renda apenas sobre as receitas das operações de *hedge*, sem levar em consideração as despesas conexas, importa tributação sobre um montante que não representa qualquer acréscimo patrimonial.

Assim, insurge-se contra a retenção do Imposto de Renda na fonte sobre as receitas oriundas do contrato de *hedge*, tendo em vista que, para fins de apuração do referido imposto, a realização de uma operação de *hedge* é neutra, na medida em que a inclusão no lucro real de receitas decorrentes desse tipo de operação será sempre acompanhada da inclusão das correspondentes despesas e perdas, inexistindo, desse modo, acréscimo patrimonial tributável na fonte.

Alega que “Tanto no caso do contribuinte não poder compensar imediatamente o imposto, que embora indevido, foi retido na fonte, quanto no caso da possibilidade de compensá-lo com o imposto de renda devido sobre outras receitas, é inegável que ambas as situações em muito se assemelhariam a um empréstimo compulsório, pois a União Federal

manteria, ao menos temporariamente, em seu poder, por força de lei, recursos financeiros que deveriam ter permanecido com o contribuinte, pois como imposto de renda jamais poderiam ser exigidos.” (fl. 13, Doc. 1).

Argumenta que a retenção do Imposto de Renda na fonte sobre as receitas oriundas do contrato de *hedge* caracteriza abusiva retenção de recursos dos contribuintes pelo Estado, constituindo-se verdadeiro empréstimo compulsório, cobrado em desrespeito aos dispositivos constitucionais aplicáveis, a exemplo do que ocorreu durante Plano Collor, e que “a eventualidade de os valores retidos na fonte sobre as operações de “hedge” poderem ser compensados na apuração do lucro real, não pode ser utilizada como argumento a justificar a legitimidade da Lei nº 9.779/99, porquanto, ainda nessa hipótese, resta inafastável a sua inconstitucionalidade, tendo em vista a ausência dos requisitos do artigo 148 da Constituição Federal” (fl. 16, Doc. 1).

Ressalta, ainda, a impossibilidade de incidência do Imposto de Renda retido na fonte sobre operações de *hedge* contratadas anteriormente a 1º de janeiro de 1999, data da vigência da Lei 9.779/1999, sob pena de violação aos princípios da irretroatividade e da anterioridade da lei tributária.

Argumenta estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e requer a concessão de medida liminar *inaudita altera parte* para suspender a exigibilidade do crédito tributário decorrente da incidência do Imposto de Renda sobre a operação de “hedge” da impetrante, determinando à Autoridade Impetrada que se abstenha de cobrar ou exigir o referido Imposto, assim como determinando às instituições financeiras que não realizem a sua retenção.

Por fim, requer “seja concedida a segurança, confirmando a medida liminar, nos seus exatos termos, e reconhecendo, definitivamente, o direito líquido e certo da Impetrante de não estar sujeita á incidência do Imposto de Renda na Fonte sobre os rendimentos decorrentes de operações de “hedge” que realizou (Anexo 5), imposta pelo inconstitucional artigo 5º da Lei 9.779/99.” (fl. 21, Doc. 1).

O pedido liminar foi deferido, para “suspender a retenção do Imposto de Renda sobre os rendimentos ou ganhos líquidos auferidos nas operações de “swap”, cujo vencimento está para ocorrer no corrente mês, até ulterior decisão” (fl. 37, Doc. 2).

A autoridade impetrada apresentou informações (fls. 52-59, Doc. 2), sustentando, preliminarmente, inadequação da via eleita dada a ausência de direito líquido e certo da impetrante. Quanto ao mérito, ressaltou que: (a) o fato gerador não ocorre na data da contratação da operação de *swap*, mas apenas no momento de sua liquidação, independentemente de quando fora celebrado o respectivo contrato; (b) a isenção de Imposto de Renda na Fonte, prevista no inciso V do art. 77 da Lei 8.981/95 foi revogada pelo art. 5º da MP 1.788, de 29/12/98, posteriormente convertida, sem alterações nesse artigo, na Lei 9.779, de 19/01/99; (c) ao retirar a isenção do imposto de renda na fonte sobre operações de *swap* com *hedge*, o Legislador apenas igualou essa modalidade de *swap* às outras já existentes e que vinham sendo tributadas normalmente, com fato gerador na data da liquidação do contrato; e (d) não houve criação de novo tributo, apenas extinguiu-se isenção anteriormente incidente sobre as operações ora debatidas. Por fim, requereu a denegação da segurança.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 61-73, Doc. 2).

Foi proferida sentença julgando procedente o pedido, mediante os seguintes fundamentos (fls. 91-92, Doc. 2):

“Em que pese a possibilidade de revogação a qualquer tempo de isenções por prazo indeterminado bem como ocorrer o efetivo recebimento de renda por parte da impetrante posterior à 1º de janeiro de 1999, o contrato foi celebrado pela impetrante em 04/09/98, sob a égide da lei isentiva.

A lei 9.799/99 nada dispôs sobre sua aplicação aos contratos celebrados anteriormente à sua publicação sendo certo que a incidência do imposto de renda sobre tais contratos além de configurar violação ao princípio da legalidade, já que a determinação partiu de um ato Declaratório, afronta princípios básicos de nosso ordenamento, como o da segurança jurídica e proteção ao ato jurídico perfeito.

Apesar de não classificar-se como contrato de seguro, a impetrante ao contratar o " hedge" teve como objetivo proteger-se contra a variação de câmbio, assegurando sua estabilidade patrimonial com a cobertura " hedge", acreditando na não incidência de imposto de renda sobre esta operação.

A mudança de regras no meio do caminho traz efetivo prejuízo à impetrante, na medida em que a cobertura foi contratada sem

computar-se o imposto devido e, considerando-se a retenção do imposto na fonte, passará a ser de menor valor, deixando de cobrir a variação cambial.

Por fim, cabe assinalar que o art. 174 da CF/88 prioriza a função estatal de planejamento, determinando ser este indicativo para o setor privado, sendo que a aplicação do Ato Declaratório 2/99 afronta claramente a possibilidade da empresa privada de planejar-se, já que é abruptamente surpreendida com a incidência do tributo.

Diante de todo o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO E CONCEDO DEFINITIVAMENTE A SEGURANÇA para afastar a incidência do imposto de renda retido na fonte sobre as operações de cobertura "hedge" constantes da inicial."

A União apresentou recurso de apelação (fls. 105-114, Doc. 2), no qual sustenta, preliminarmente, carência da ação por ausência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental.

Quanto ao mérito, defende a constitucionalidade, eficácia e vigência da Lei 9.779/99, bem como a ausência de violação aos princípios constitucionais da anterioridade, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, tendo em vista que o fato gerador do IR ocorre na liquidação do contrato ou no resgate da respectiva aplicação, e não no momento da celebração do contrato entre a impetrante e a instituição financeira. Assim, ressalta ser aplicável a Lei 9.779/99 ao caso e que o Ato Declaratório 02/99 da Receita Federal não contrariou o texto da Lei, apenas explicitou sua abrangência.

Destaca, ainda, que "o artigo 174 da Constituição cuida da atividade do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica quando poderá exercer as funções de fiscalizar, incentivar e planejar, sendo que esta função de planejar não se confunde com a competência para a instituição de tributos ou com o planejamento de uma empresa privada, como entende a r. sentença. O planejamento a que se refere o artigo 174 é o planejamento para um desenvolvimento nacional equilibrado que deverá incorporar e compatibilizar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, por isso é que é obrigatório para o setor público e indicativo para o setor privado." (fl. 113, Doc. 2)

Requer o provimento da apelação, a fim de reformar a sentença e denegar a segurança.

Em contrarrazões (fls. 117-130, Doc. 2), a apelada ressalta a existência de direito líquido e certo a justificar a concessão da segurança pela e sentença.

Alega que, embora a Medida Provisória 1.788, de 30 de dezembro de 1998, tenha revogado a isenção do imposto de renda na fonte sobre as operações de *hedge*, conforme anteriormente previsto na Lei 8.981/95, o referido imposto deve incidir apenas nas operações celebradas a partir de janeiro de 1999, em obediência ao princípio da anterioridade em matéria tributária.

Destaca a inconstitucionalidade da aplicação retroativa da Medida Provisória 1.788/98 sobre operações contratadas anteriormente à sua edição na forma estipulada pelo Ato Declaratório 02/99 da Secretaria da Receita Federal e afirmou que tal Ato visava criar nova hipótese de incidência para o imposto de renda na fonte sobre operações de *hedge*, em violação aos princípios da legalidade e anterioridade — artigos 150, I, e 150, III, "a", da Constituição da República.

Reitera a argumentação da petição inicial, no sentido de que as operações de *hedge* realizadas não ensejam acréscimo patrimonial, tendo em vista que o rendimento auferido tem por destino inevitável a compensação das despesas decorrentes da variação cambial nas obrigações realizadas em moeda estrangeira e, por fim, requereu o desprovimento da apelação e a manutenção da sentença.

A Procuradoria Regional da República da 3ª Região manifestou-se pelo provimento do recurso de apelação (fls. 136-143, Doc. 2).

A Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida pela União e, no mérito, deu provimento à apelação e à remessa oficial para reformar a sentença e denegar a segurança. O acórdão recebeu a seguinte ementa (fls. 177-178, Doc. 2):

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. OPERAÇÕES DE *HEDGE* REALIZADAS POR MEIO DE *SWAP*. RETENÇÃO DO TRIBUTO. LEI Nº 9.779/99. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. OFENSA NÃO CARACTERIZADA.

1. Sendo certo o fato, mesmo que o direito seja altamente controvertido, é cabível o mandado de segurança, via que se mostra necessária e útil (adequada) para proteção de pretensão direito, nos termos do art. 1º da Lei nº 1.533/51.

2. A contratação de operações de *hedge*, por meio de *swap*, visa a cobertura contra riscos decorrentes da normal variação de preços.

3. A Medida Provisória nº 1.788, de 29 de dezembro de 1998, publicada no dia seguinte, convertida na Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, instituiu a incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os lucros obtidos nas operações de *hedge*, retirando-se a isenção conferida pela Lei nº 8.981/95.

4. A mera contratação de operações de *hedge* não foi eleita pelo legislador como hipótese de incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte, mas sim o auferimento de renda, que pode vir a ocorrer com a liquidação desse contrato (Lei nº 8.981/95, art. 74, §§ 1º e 2º).

5. Por essa razão, a data da celebração do contrato, em face do advento da Lei nº 9.779/99, é irrelevante na seara tributária. Antes da liquidação do referido contrato não há que se falar em ato jurídico perfeito, direito adquirido ou fato impenhorável.

6. Não se pode afirmar que o Ato Declaratório nº 2/99-SRF ofendeu ao princípio da legalidade ou da hierarquia das normas quando afirmou que o art. 5º da Medida Provisória nº 1.788, de 29 de dezembro de 1998, aplica-se aos rendimentos auferidos nas liquidações de operações de *swap* e de *hedge*, ocorridas a partir de 1º de janeiro de 1999, ainda que a operação tenha sido contratada em data anterior, uma vez que tal assertiva apenas procurou pormenorizar, esclarecer, especificar corretamente o dispositivo normativo, a fim de evitar interpretações equivocadas.

7. Inexiste ofensa ao princípio da anterioridade, na medida que a Medida Provisória nº 1.788/98, da qual resultou – sem modificações – a Lei 9.779, foi publicada em 30/12/98, estando apta, portanto, a tributar fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1999.

8. No caso, não há tributação do patrimônio, mas sim da aquisição da disponibilidade jurídica e econômica da renda. Tal situação conforma-se ao conceito de renda previsto no art. 43, I, do CTN, pois essas operações também visam a obtenção de lucros, que, ocorrendo, apresentam aquisição de renda, ensejando a tributação pelo citado imposto.

9. A antecipação do imposto de renda, na modalidade de retenção na fonte, sobre as receitas advindas da operação de *hedge*, não se configura em empréstimo compulsório. Trata-se de sistemática e arrecadação perfeitamente válida, conforme jurisprudência dos Tribunais superiores, que não implica violação aos princípios constitucionais tributários nem às disposições do CTN.

10. Precedentes do E. STJ e da Sexta Turma desta Corte.

11. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial providas.”

Opostos Embargos de Declaração pela apelada (fls. 6-8, Doc. 3), foram rejeitados (fl. 17, Doc. 3).

No apelo extremo (fls. 23-49, Doc. 4), interposto com fundamento no art. 102, III, 'a', da Constituição Federal, a PLAYCENTER S.A. reitera os argumentos expostos na inicial e alega ter o acórdão recorrido violado os seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, XXXV, XXXVI, LIV e LV; art. 148; art. 150, III, a, e IV; art. 153, III; e art. 154.

Sustenta, preliminarmente, que, caso se entenda ausente o prequestionamento da matéria constitucional debatida nos autos, o recurso extraordinário merecerá provimento por violação ao art. 5º, XXXV, LIV e LV da Constituição Federal, devendo ser determinada a restituição à origem a fim de que seja proferida nova decisão nos Embargos de Declaração rejeitados pelo Tribunal *a quo*.

Quanto ao mérito, assevera que o Imposto de Renda possui matriz constitucional no art. 153, III, da Lei Maior e que, de acordo com a doutrina e jurisprudência pátria, o referido tributo incide apenas sobre os ganhos que representem acréscimos patrimoniais ao contribuinte. Conseqüentemente, valores que não ensejam tal acréscimo, mas mera recomposição de perdas - tais como os recebidos de seguradoras em razão da ocorrência de sinistros -, não podem ser objeto de tributação, sob pena de afronta direta ao referido dispositivo da Constituição Federal.

Assenta que, mesmo que o contratante venha a auferir algum valor na operação contratada, esse montante será destinado a cobrir eventuais perdas decorrentes da adimplência de obrigação contraída em moeda estrangeira, possivelmente majorada em razão da oscilação do câmbio, inexistindo, portanto, acréscimo patrimonial tributável na fonte.

Desse modo, os valores recebidos em operações de *hedge* não se enquadram no conceito constitucional de 'renda'.

Assim, defende a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 9.779/99 ao possibilitar a exigência do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os valores recebidos pela recorrente em operações de *hedge* por violação direta ao disposto no artigo 153, III, da Constituição Federal, considerando a "absoluta ausência de acréscimo patrimonial" nas referidas operações.

Ressalta que a retenção do montante o Imposto de Renda na fonte sobre o resultado positivo decorrente da operação de *hedge* implica "empréstimo compulsório disfarçado", considerando que tais valores não são devidos a título de Imposto de Renda e permanecerão temporariamente em poder da

União por força de lei, ensejando ofensa ao art. 148 da Constituição Federal, que estabelece os requisitos para instituição dos empréstimos compulsórios.

Aduz que, por não resultar acréscimo patrimonial, a tributação pelo Imposto de Renda na fonte dos valores decorrentes de operação de *hedge* caracteriza confisco, vedado pelo art. 150, IV, da Constituição Federal.

Deduz que a cobrança ora impugnada incide sobre o patrimônio, e não propriamente sobre a renda, configurando, dessa forma, uma nova materialidade de incidência tributária, e, conseqüentemente, um novo imposto, sem que tenham sido observadas as disposições do art. 154 da Constituição, que prevê a possibilidade de criação de novos impostos pela União, por meio de Lei Complementar, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na própria Constituição.

Assevera, ainda, que a aplicação do disposto no artigo 5º da Lei 9.779/99 não poderia abranger as operações de *hedge* contratadas antes de 1º de janeiro de 1999, sob pena de violação aos princípios da irretroatividade das leis tributárias e da proteção do direito adquirido e ato jurídico perfeito (artigo 150, III, alínea 'a' e art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), uma vez que, no momento da celebração do contrato de *hedge* em apreço, no ano de 1998, tais operações estavam excluídas da incidência do Imposto de Renda na fonte.

Por fim, requer o provimento do recurso extraordinário, para reformar o acórdão recorrido e conceder a segurança, ou, subsidiariamente, seja reconhecida a ofensa ao artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV da Constituição Federal, para anular o acórdão recorrido e determinar ao Tribunal de origem a efetiva apreciação dos embargos de declaração opostos pela recorrente.

Em contrarrazões, a União sustenta, preliminarmente, a ausência de prequestionamento da matéria constitucional indicada pela recorrente. Quanto ao mérito, defende a constitucionalidade da cobrança instituída pelo art. 5º da Lei 9.779/99, tendo em vista que “o disposto no inciso III, do artigo 153, da Constituição Federal, foi acatado pela norma em comento, pois a mesma, apenas e tão somente, contemplou as operações de *swap-hedge* como incidentes de imposto de renda, em havendo resultado em tais operações” (fl. 73, Doc. 4), de modo que não haverá qualquer prejuízo ao contribuinte se não houver renda decorrente da operação de *hedge*, pois na declaração de ajuste tais pagamentos serão compensados.

Ressalta que a base de cálculo do tributo é o resultado positivo auferido no contrato de *swap* e que, conforme disposto no artigo 105 do Código Tributário Nacional (*A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116*) , a partir da vigência do artigo 5º da Lei nº 9.779/99, este dispositivo aplica-se tanto aos fatos geradores futuros quanto aos ainda pendentes de conclusão, de modo que se considera consumado o fato gerador no momento da liquidação contratual, independentemente da data em que fora celebrado o instrumento contratual.

Requer o não conhecimento do recurso extraordinário e, caso conhecido, seja desprovido.

O Recurso Extraordinário, a princípio, foi sobrestado na origem, dado o reconhecimento da Repercussão Geral da matéria em debate pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento do RE 596.286-RG, Tema 185 - Rel. Min. MARCO AURÉLIO (fl. 83, Doc. 4). Posteriormente, foi admitido e remetido a esta SUPREMA CORTE, para eventual substituição do referido paradigma (fls. 91-92, Doc. 4).

A parte requerente apresentou petição (Doc. 13) informando que o contrato de *swap* para fins de *hedge* foi liquidado em 1º de março de 1999 e que inexistiu qualquer pendência tributária em relação a ele.

Sustenta, desse modo, ausência de interesse processual no prosseguimento do recurso em razão da perda superveniente do objeto e requer sua extinção sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil.

A União manifestou-se pela subsistência do interesse recursal. Alega que eventual perda de objeto depende de avaliação a ser realizada nas instâncias ordinárias - por demandar análise de fatos e provas - e que, por analogia, é aplicável o disposto no art. 998 do CPC/2015, considerando que, se eventual desistência do recurso, a qualquer tempo, pelo recorrente, não impede a discussão do representativo da controvérsia, também a perda do objeto não obsta a análise da matéria de direito e fixação da tese correspondente. Por fim, requer o prosseguimento do recurso (Doc. 16).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela perda do interesse de agir do recorrente. Caso haja análise do mérito, opina pelo desprovimento do Recurso Extraordinário. O parecer recebeu a seguinte ementa (fls. 1-2, Doc. 20):

‘RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 185. *SWAP*. *HEDGE*. RESULTADOS FINANCEIROS. IMPOSTO DE RENDA. IRPQN. INCIDÊNCIA. RETENÇÃO NA FONTE. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Recurso extraordinário *leading case* do Tema 185 da sistemática da Repercussão Geral: incidência do imposto de renda sobre os resultados financeiros verificados na liquidação de contratos de *swap* para fins de *hedge*”.

2. Os contratos de *swap* cambial para fins de *hedge* caracterizam-se pela troca da variação da moeda estrangeira por outro índice prefixado.

3. Os ganhos líquidos auferidos por meio de contratos de cobertura de risco (*hedge*) configuram acréscimo patrimonial e compõem a base de cálculo do IRPQN.

4. A retenção do imposto de renda na fonte pode ser atribuída à fonte pagadora por meio de lei, compensando-se eventual saldo na declaração periódica de ajuste

5. Há perda superveniente do interesse de agir ao reconhecer-se a inexistência de tributação do patrimônio ante a ausência de pendência tributária após a liquidação do contrato de *swap* para fins de *hedge* .

6. Proposta de Tese de Repercussão Geral:

I – Há incidência do imposto de renda sobre os resultados financeiros verificados na liquidação de contratos de *swap* para fins de *hedge* .

II – É constitucional a técnica de recolhimento do imposto de renda na fonte, prevista no artigo 5º da Lei nº 9.779/99, no caso de resultado financeiro verificado na liquidação de contratos de *swap* para fins de *hedge* .

– Parecer pelo reconhecimento da perda superveniente de interesse de agir e, caso assim não se entenda, pelo desprovimento do recurso extraordinário da empresa Playcenter S.A.; e pela fixação da tese sugerida, nos moldes do art. 998, p.u. do CPC.”

Iniciada a votação, o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, relator, apresentou seu voto pelo desprovimento do Recurso Extraordinário e propôs a seguinte tese para o Tema 185 da Repercussão Geral:

“É constitucional o artigo 5º da Lei nº 9.779/1999, no que autorizada a cobrança de Imposto de Renda sobre resultados financeiros verificados na liquidação de contratos de *swap* para fins de *hedge*.”

É o que cumpria relatar.

Senhor Presidente, temos para análise, sob a sistemática da repercussão geral, recurso extraordinário em que se debate a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 9.779/99, que autoriza a cobrança de Imposto de Renda na fonte sobre resultados financeiros verificados na liquidação de contratos de *swap* para fins de *hedge*, tendo em vista o disposto nos artigos 5º, XXXVI; art. 148; art. 150, III, 'a', e IV; art. 153, III; e art. 154 da Constituição Federal.

Confira-se o teor dos dispositivos constitucionais indicados pela recorrente:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

“Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.”

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;”

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

III - renda e proventos de qualquer natureza;”

“Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.”

Preliminarmente, em referência à Petição apresentada pela recorrente em 18 de novembro de 2019 (Doc. 13), em que noticia a perda do objeto da ação e requer a sua extinção sem julgamento do mérito, esclareço que, em honra ao princípio da celeridade e considerando o disposto no art. 998, parágrafo único, do atual Código de Processo Civil, considero que a perda do objeto, a exemplo da desistência do recorrente, não obsta o julgamento da matéria e fixação da tese correspondente - mormente na presente hipótese, em que o reconhecimento da repercussão geral do tema se deu há mais de 10 anos e já houve uma substituição do *leading case*.

Assim, entendo ser inadmissível postergar indefinidamente o julgamento do tema por meio de sucessivas substituições de processos representativos da controvérsia, que trazem apenas mudanças do contexto fático mas não alteram o conteúdo jurídico do debate.

Passo, então, a análise do mérito.

A irresignação da recorrente volta-se contra o fim da isenção de Imposto de Renda na fonte sobre as operações de *hedge* destinadas à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica, prevista no art. 77, inciso V, da Lei 8.981/95, revogado pelo art. 5º da Medida Provisória 1.788, de 29 de dezembro de 1998, convertida na Lei 9.779/99. Por oportuno, veja o que dispõem os referidos dispositivos legais

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

V - em operações de cobertura (*hedge*) realizadas em bolsa de valores, de mercadoria e de futuros ou no mercado de balcão.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso V, consideram-se de cobertura (hedge) as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado:

a) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica;

b) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.”

“Art. 5º. Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, mesmo no caso das operações de cobertura (hedge), realizadas por meio de operações de swap e outras, nos mercados derivativos.”

A respeito da referida alteração normativa, vejamos os ensinamentos de ANDERSON BITENCOURT SILVA:

“Para um maior esclarecimento da questão em análise, cabe traçar um paralelo entre a situação atual e a anterior à vigência da Lei nº 9.779/99, quando então vigia o regime da Lei nº 8.981/95, artigo 77, inciso V.

Ora, antes da alteração legislativa, o imposto de renda incidente sobre as operações de *hedge* não era retido na fonte, por expressa exclusão temporal. Não obstante diverso o regime de tributação, as operações de cobertura não estavam excluídas, por este artigo 77, inciso V, do pagamento do imposto de renda. Eram, portanto, passíveis de tributação.

Noutros termos. O imposto de renda era devido nas operações de *hedge* mesmo na vigência da Lei nº 8.981/95; apenas o seu pagamento encontrava-se diferido para a declaração de ajuste, ocasião em que é realizado o balanço final da empresa e apurado o total do imposto de renda a pagar, após a dedução dos prejuízos.

Pelo regime atual da Lei nº 9.779/99, a diferença é que o imposto de renda é retido *na fonte*, ao contrário do que ocorria antes, quando, repita-se, o pagamento era feito na declaração de ajuste final. Isso, sempre, nas hipóteses de lucro, não usar em havendo prejuízo, o imposto sobre a renda não é devido, por óbvio.

Ocorre que mesmo em sendo, atualmente, o IR retido na fonte, tal retenção não significa que a pessoa jurídica irá pagar em definitivo o tributo retido, uma vez que este poderá ser deduzido do total do imposto de renda devido afinal apurado.

Neste sentido, elucidativo é o seguinte trecho da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 99.009274-2, ajuizado perante a 19ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro:

"(...) É verdade que, anteriormente à vigência da Medida Provisória nº 1.788/98, convertida na Lei nº 9.779/99, possivelmente a impetrante obteria a dispensa do recolhimento do IRF, bastando para tanto que, quando da contratação inicial do *swap* fosse entregue à instituição responsável pela retenção do imposto na fonte, declaração de que a operação destinava-se à cobertura (*hedge*) e preenchesse os requisitos para tanto, conforme determinava a Instrução Normativa nº 64. Aliás, foi o enorme volume de declarações nesse sentido, constatando que praticamente todas as operações de *swap* de pessoas jurídicas tinham objetivo de *hedge*, que ensejou revogação da dispensa do recolhimento na fonte, mas os valores recolhidos poderão, de qualquer sorte, ser computados quando da apuração do lucro real da pessoa jurídica."

Pela legalidade da incidência do IRF nas operações de cobertura também se posiciona Quiroga Mosquera, doutrinador que abordou com profundidade o tema e que, atento às deturpações do mercado financeiro, identificou a possibilidade de existência de operações de *swap* estritamente especulativas.¹⁴

Sobre o tema, esclarece o renomado autor que a liquidação da obrigação principal constituída no contrato de *swap*, qual seja, a troca entre as partes de créditos/ativos financeiros, ao término do período de vigência do contrato, efetiva-se pela compensação de seus valores e, em seguida, pelo pagamento da diferença apurada em favor de uma das partes.¹⁵ Portanto, a base de cálculo do tributo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de *swap*.

Portanto, o imposto de renda na fonte - IRF - sempre incidirá sobre a remuneração auferida nas operações de *swap*, não havendo que se excepcionar aquelas do tipo cobertura (*hedge*) apenas pelo fato de que não houve acréscimo na moeda estrangeira, visto que o contrato de cobertura (*hedge*) não modifica o empréstimo pactuado (em dólares, euro, iene, etc.) que se está visando proteger.

[...]

Conclusão: o fato de a norma anterior não haver estabelecido, de imediato, o imposto de renda na fonte nos contratos de cobertura (*hedge*) não significa que o legislador não possa agora vir a tributar tais contratos na fonte, visto que a modificação do regime de tributação não implica incoerência do fato gerador e, ademais, em virtude do fato de a modificação do regime poder ser instituída ou modificada por meio de lei." (SILVA, Anderson Bitencourt. *A incidência do imposto de renda na fonte sobre operações de swap para fins de cobertura (hedge): análise da legalidade do art. 5º da Lei*

Pois bem, verifica-se que, ao revogar a isenção do Imposto de Renda na fonte sobre as operações de *hedge* destinadas à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica, o art. 5º da Lei 9.779/99 apenas alterou a sistemática de cobrança do referido imposto - que, a partir de então, passou a ser cobrado na fonte, com possibilidade de posterior compensação no Imposto de Renda da Pessoa Jurídica devido ao final do respectivo exercício fiscal, conforme o caso.

Desse modo, de pronto afasta-se a alegação da parte autora, no sentido de que houve 'instituição de novo tributo em ofensa ao artigo 154, I e II, da Constituição Federal', tendo em vista que o fato gerador, a alíquota e a base de cálculo do Imposto de Renda permaneceram inalterados, visto que a alteração legal abrangeu tão somente a forma de recolhimento do tributo (que passou a ser retido na fonte).

Ressalte-se que o fato gerador do imposto não ocorre no momento da celebração do contrato de *swap* para fins de *hedge*, visto que a contratação em si não gera qualquer vantagem pecuniária passível de tributação - ou seja, somente no momento da liquidação contratual será possível verificar o auferimento de eventuais valores pela empresa.

Desse modo, haverá retenção do imposto na fonte apenas se, no momento da liquidação do contrato de *swap*, for apurado ganho em favor do contribuinte. Inexistindo eventual ganho pelo contribuinte não haverá imposto a ser retido. Assim, para fins de incidência da norma tributária ora impugnada, deve-se considerar o momento da liquidação contratual, independentemente de quando o respectivo contrato fora celebrado.

Além disso, como bem ressaltado pelo eminente relator, Ministro MARCO AURÉLIO, o artigo 105 do Código Tributário Nacional determina a aplicação imediata da legislação tributária aos fatos geradores futuros ou pendentes.

Na hipótese dos autos, não se verifica irretroatividade da Lei 9.779/99 para alcançar contratos celebrados antes de sua vigência. O que efetivamente ocorre é que o fato gerador do imposto - auferimento de renda

decorrente da liquidação contratual - ocorreu quando a referida norma já estava em vigor, portanto, aplicável ao caso.

Demais disso, tampouco há que se falar em ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal tendo em vista que esta SUPREMA CORTE já firmou seu entendimento no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico tributário. A propósito veja-se:

“REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO ADQUIRIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À DECISÃO DO PLENÁRIO DO STF NA ADI 4.420/SP. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. ACÓRDÃO PARADIGMA QUE AFIRMOU A INEXISTÊNCIA DE DIREITO DO RECLAMANTE À MANUTENÇÃO DE REGIME JURÍDICO. DECISÃO RECLAMADA CONSENTÂNEA À JURISPRUDÊNCIA DESTA STF E À SÚMULA VINCULANTE 4. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A reclamação, por expressa determinação constitucional, destina-se a preservar a competência desta Suprema Corte e garantir a autoridade de suas decisões, ex vi do artigo 102, inciso I, alínea I, além de salvaguardar o estrito cumprimento das súmulas vinculantes, nos termos do artigo 103-A, § 3º, da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004. Trata-se de instrumento processual de natureza eminentemente excepcional, sob pena de subversão de toda a lógica do encadeamento processual e de uma excessiva avocação de competências de outros Tribunais pela Suprema Corte. 2. Forte na excepcionalidade da via processual da reclamação, a jurisprudência desta Corte tem assentado como requisito de seu cabimento a demonstração da teratologia da decisão reclamada. Precedentes: Rcl 28.338-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 14/11/2017; Rcl 23.923-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 9/11/2016). Consectariamente, se a decisão reclamada tiver dado interpretação razoável a precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, não se mostrará cabível a revisão da decisão judicial em sede de reclamação, sob pena de desvirtuamento de todo o sistema recursal. 3. In casu, o acórdão invocado como paradigma (ADI 4.420/SP, Red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 16/11/2016) não veiculou entendimento de que a preservação do direito adquirido garantiria ao requerente e seus pares a manutenção da indexação de seu benefício ao salário mínimo e o congelamento ad aeternum da alíquota de suas contribuições previdenciárias. A rigor, o Eminentíssimo Ministro Redator para o acórdão ressaltou expressamente a

inexistência de direito adquirido nestas matérias. 4. Ademais, a **decisão reclamada é consentânea aos entendimentos assentados por esta Corte, no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico tributário.** (ADI 3.128/DF, Red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado.” (RCL 41759 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, 09/09/2020 – grifo nosso)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LIMITAÇÃO. LEIS 9.032/1995 e 9.129/1995. INCIDÊNCIA PARA OS CRÉDITOS CONSTITUÍDOS APÓS SUA VIGÊNCIA, AINDA QUE OS PAGAMENTOS INDEVIDOS TENHAM OCORRIDO ANTERIORMENTE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO . CONFLITO ENTRE AS REGRAS SOBRE COMPENSAÇÃO PREVISTAS NESSAS NORMAS E NO CTN. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Inexiste direito adquirido a regime jurídico.** Aplicação das limitações à compensação tributária constantes das Leis 9.032/1995 e 9.129/1995 quanto aos créditos constituídos na sua vigência, ainda que os pagamentos indevidos tenham sido recolhidos anteriormente. II – Análise de eventual conflito entre os dispositivos das Leis 9.032/1995 e 9.129/1995 e o CTN, na parte em que disciplinam o direito à compensação. Questão que envolve a interpretação a ser dada a essas normas. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível o recurso extraordinário. III – Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 706.240 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 15/08/2014 – grifo nosso)

“Embargos de declaração no recurso ordinário em mandado de segurança. Conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (cebas). Inexistência de direito adquirido. Constitucionalidade da exigência do cumprimento de condições para renovação do certificado. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. Não cabimento de embargos de declaração contra decisão monocrática. Embargos convertidos em agravo regimental. 2. Não tem êxito o agravo regimental que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão singular (art. 317, § 1º, RISTF). Precedentes. 3 . **A jurisprudência da Corte é firme no sentido de que não existe direito adquirido a regime jurídico de imunidade tributária.** A Constituição Federal de 1988, no seu art. 195, § 7º, conferiu imunidade às entidades beneficentes de assistência social desde que atendidos os requisitos definidos por lei. Não há imunidade tributária absoluta. Precedentes. 4. O cumprimento das exigências para a atribuição da proteção conferida pela imunidade tributária deve ser aferido no período imposto pelo sistema jurídico e deve estar de acordo com os

critérios estabelecidos para a atual conjuntura, observando-se a evolução constante da sociedade e das relações pessoais. 5. Agravo regimental não provido.” (RMS 27382 ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/11/2013 – grifo nosso)

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. PAGAMENTO INDEVIDO. CRÉDITO UTILIZÁVEL PARA EXTINÇÃO, POR COMPENSAÇÃO, DE DÉBITOS DA MESMA NATUREZA, ATÉ O LIMITE DE 30%, QUANDO CONSTITUÍDOS APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 9.129/95. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA. Se o crédito se constituiu após o advento do referido diploma legal, é fora de dúvida que a sua extinção, mediante compensação, ou por outro qualquer meio, há de processar-se pelo regime nele estabelecido e não pelo da lei anterior, posto aplicável, no caso, o princípio segundo o qual não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso não conhecido.” (RE 254.459, el. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ 10-08-2000 PP-00012 EMENT VOL-01999-06 PP-01090)

Ressalto, ainda, que o Imposto de Renda recolhido na fonte incide somente sobre eventuais resultados positivos das operações de *swap*, independentemente da destinação a ser dada aos valores. Assim, deve ser considerado como antecipação do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ devido pela empresa referente ao ano calendário fiscal correspondente, com possibilidade de compensação do montante recolhido na fonte.

Desse modo, não há que se falar em efeito confiscatório do recolhimento do imposto de renda sobre operações de *swap* na fonte, tampouco vislumbra-se a ocorrência de ‘empréstimo compulsório em desconformidade com o artigo 148 da Carta Magna’. O que, de fato, ocorre é a antecipação do recolhimento do Imposto de Renda da empresa, que poderá ser compensado ou restituído, conforme o caso, no encerramento do respectivo exercício fiscal. Também nesse sentido manifestou-se ANDERSON BITENCOURT SILVA:

“Finalmente, a nosso ver, não há sentido na argumentação de que a antecipação do imposto representa verdadeiro empréstimo compulsório. Com efeito, não se pode olvidar que o imposto de renda por declaração é modalidade de imposto com fato gerador complexo. O lucro com a operação especulativa de *swap* constitui rendimento que há de sofrer ajuste na declaração anual, quando da

apuração do lucro real da empresa. E a jurisprudência pátria é abundante e pacífica no sentido da legitimidade das antecipações de imposto, como se pode vislumbrar da análise dos arestos a seguir transcritos:

[...]

Além disso, considerar que o imposto instituído no artigo 5º da Lei nº 9.779/99 representa empréstimo compulsório é inobservar a diferença entre as naturezas jurídicas dos tributos. O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza não se confunde com o instituto do empréstimo compulsório. Aquele é, por definição legal, tributo que tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica (CTN, artigo 16), enquanto este - o empréstimo compulsório - tem os recursos provenientes de sua instituição "vinculados à despesa que fundamentou sua instituição" (CF, artigo 148, parágrafo único)." (SILVA, Anderson Bitencourt. *A incidência do imposto de renda na fonte sobre operações de swap para fins de cobertura (hedge): análise da legalidade do art. 5º da Lei nº 9.779/1999* . *Revista Dialética de Direito Tributário* , n. 123 , dez. 2005, p. 28-29.)

Verifica-se, portanto, que não assiste razão à recorrente. No mesmo sentido manifestou-se a Procuradoria-Geral da República em seu parecer, do qual transcrevo o seguinte trecho (fls. 14-15, Doc. 20):

“São trazidos como fundamentos do recurso: (i) que a receita auferida nos contratos de swap para fins de hedge caracterizam recomposição patrimonial, (ii) que a retenção do imposto de renda na fonte sobre o resultado positivo decorrente da operação de hedge configura empréstimo compulsório e (iii) que sendo legítima a retenção na fonte, esta somente poderia alcançar as operações contratadas a partir de 1º de janeiro de 1999.

Os argumentos dos pontos (i) e (ii) não de ser rejeitados, uma vez que a técnica de retenção não configura tributo diferente do imposto de renda e que eventual recolhimento indevido poderá ser compensado ao final do período de apuração.

O ponto (iii) é também infrutífero, nos termos do artigo 105 do Código Tributário Nacional, o qual prevê a aplicação imediata da legislação tributária aos fatos geradores futuros ou pendentes. Caso a liquidação dos contratos de swap para fins de hedge ocorra já sob a vigência do artigo 5º da Lei nº 9.779/99, sua determinação há de ser observada.”

Por todo exposto, acompanho o eminente Ministro MARCO AURÉLIO e nego provimento ao recurso extraordinário.

Adiro à tese proposta pelo relator para o Tema 185 da Repercussão Geral.

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 01/06/21 14:54