V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Os pressupostos de recorribilidade foram atendidos. Tem-se recurso subscrito por advogado credenciado, observado o prazo legal.

Cumpre afastar o articulado, pela União, no tocante à ausência de prequestionamento. A matéria foi abordada na origem. O instituto pressupõe debate e decisão prévios do tema constante das razões do recurso, independentemente de menção a dispositivos legais – recurso extraordinário nº 128.519/DF, Pleno, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de março de 1991.

Eis o teor do preceito envolvido na solução da controvérsia:

> Lei nº 9.779/1999:
> […]
> 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 de derivativos.

A recorrente, visando proteger-se das oscilações do câmbio, consideradas obrigações pactuadas em moeda estrangeira, contratou operação de *swap* , por meio da qual ajustada com determinada instituição financeira a troca, em data certa, de resultados financeiros decorrentes de ativos.

Cumpre saber: Na liquidação da obrigação constituída , isto é, na compensação dos valores, ante o termo final, havendo saldo positivo para a empresa, há materialidade a respaldar o recolhimento do Imposto de Renda? A resposta é afirmativa, observado o figurino constitucional – artigo 153, inciso III, da Constituição Federal.

O que se tem? Dois atos negociais diversos e independentes, regidos por normas específicas. O contrato principal, sujeito à oscilação de preços, cujos riscos se pretende diminuir, e outro de cobertura, direcionado a salvaguardar a posição patrimonial.

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/05/2021 00:00

Ainda que as operações estejam correlacionadas, é estreme de dúvidas a autonomia de cada ajuste, no que em jogo partes e objetos diferentes. Daí dever a consideração de cada circunstância material ensejadora da tributação.

Havendo aquisição de riqueza ante a operação de *swap,* incide o imposto na fonte, não importando a destinação dada aos valores. Mesmo se direcionados a neutralizar o aumento da dívida decorrente do contrato principal, em razão da valorização da moeda estrangeira, cumpre tributar os rendimentos.

Nesse sentido, a doutrina:

> A aplicação posterior da renda auferida, se em nova operação financeira ou para cobrir eventuais compromissos, não afasta a ocorrência do fato gerador do tributo, devendo-se salientar, inclusive, que, nos termos preceituados pelo artigo 118 do CTN, "a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se os efeitos dos fatos efetivamente ocorridos".

Caso resulte prejuízo, poderá o contribuinte deduzi-lo no recolhimento final do Imposto de Renda, considerado o balanço da empresa.

Ainda que se busque reduzir a exposição ao risco no mercado à vista, não se pode desconsiderar o caráter especulativo inerente às operações, na linha de outros instrumentos de renda variável por meio dos quais se busca alcançar lucro, inclusive por aqueles que atuam no mercado financeiro sem desenvolver atividades produtivas.

Assentada a materialidade do Imposto de Renda no tocante às operações, improcede o alegado quanto a empréstimo compulsório ou exercício ilegítimo da competência tributária residual da União – artigos 148 e 154 da Constituição Federal. Tampouco há confisco.

No que evocado o princípio da irretroatividade, levando em conta a formalização do contrato em período anterior à vigência do diploma em discussão, o recurso não merece melhor sorte.

A data da celebração do ajuste, considerada a edição da Lei nº 9.779 /1999, surge irrelevante para fins tributários. Nos termos da norma de

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/05/2021 00:00

regência, o fato gerador se concretiza quando da liquidação, momento em que se verifica a presença dos elementos indispensáveis à realização do que previsto em abstrato.

Conforme a disciplina do artigo 105 do Código Tributário Nacional, a lei que se aplica é a relativa à data do fato gerador:

> Art. 105. 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 contratação de operações de *hedge* não foi incluída pelo legislador como situação de recolhimento do Imposto de Renda na fonte, mas, sim, o auferimento de riqueza, que ocorrerá quando do encontro recíproco de contas, ante a permuta dos resultados financeiros pactuada.

Desprovejo o recurso extraordinário.

Eis a tese: "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* ."

Plenário Virtual - minuta de voto - 28/05/2021 00:00