

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.438.876 - SP (2014/0043085-3)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **BANCO REPUBLIC NATIONAL BANK OF NEW YORK BRASIL S/A**
ADVOGADOS : **RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA**
LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO
LEONARDO AUGUSTO ANDRADE
RECORRIDO : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. REMESSA DE RENDIMENTOS AO EXTERIOR. ALTERAÇÃO DA ALÍQUOTA. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI TRIBUTÁRIA. ART. 105 DO CTN. RETROATIVIDADE MÍNIMA. ART. 6º DA LINDB. APLICAÇÃO DO ART. 8º, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.788/98, CONVERTIDA POSTERIORMENTE NA LEI Nº 9.779/99, AOS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMOS FINANCEIROS INTERNACIONAIS CELEBRADOS ANTES DA SUA VIGÊNCIA. POSSIBILIDADE.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de aplicação do aumento de alíquota do imposto de renda para 25% incidente sobre rendimentos remetidos a países que não tributam a renda ou o fazem a alíquota inferior a 20% perpetrado pela Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1998, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, em contratos de empréstimos financeiros internacionais celebrados à época da vigência do art. 28 da Lei nº 9.249/95, quando alíquota aplicável aos contribuintes era de 15%, independentemente do tipo de tributação da renda dos países dos beneficiários.

2. Afastada a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, tendo em vista que a aparente contradição existente no acórdão recorrido se resolve da leitura do voto condutor do julgado, quando fica nítida a fundamentação no sentido do afastamento do caráter extrafiscal da exação na hipótese. Eventual malferimento dos preceitos de ordem constitucional serão enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise do recurso extraordinário interposto pela recorrente e admitido na origem.

3. Ainda que o contrato de empréstimo financeiro internacional tenha ocorrido na vigência do art. 28 da Lei nº 9.249/95, não há como afastar a aplicação, na hipótese, da Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1998, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, tendo em vista que, nos termos do art. 105 do CTN, a lei tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes. Dessa forma, os rendimentos percebidos após a vigência da referida lei, a ela serão submetidos, ainda que referentes a contratos celebrados anteriormente.

4. A possibilidade de aplicação da Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1998, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, a contratos celebrados antes de sua vigência já foi enfrentada por esta Corte, conforme se verifica dos seguintes precedentes: AgRg no REsp 865.997/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 30/03/2009; REsp nº 692.748/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 07.06.2005; REsp nº 591.357/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.05.2005; REsp 671.278 / RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 06.10.2005; AgRg no REsp 782.747 / RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 06.12.2005.

Superior Tribunal de Justiça

5. Esta Corte já se manifestou sobre a impossibilidade de aplicação retroativa da lei nova para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, afastando, assim, a chamada retroatividade mínima. Contudo, também já houve manifestação desta Corte no sentido de que a lei nova regula os efeitos presentes e futuros de contratos de trato sucessivo, pois o que se discute, em casos tais, não são "*os efeitos presentes e futuros de negócio jurídico que era perfeito sob a égide da lei revogada, mas, sim, as consequências de negócio jurídico renovado sob os auspícios da lei nova*" (REsp nº 735.168/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/03/2008)

6. Nessa esteira, *mutatis mutandis*, a novel legislação que alterou a alíquota do imposto deve incidir sobre os novos fatos geradores, a despeito da alíquota vigente à época em que foi realizado o contrato, visto que os fatos geradores do imposto de renda se renovam a cada aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda a ser remetida ao exterior.

7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2015.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.438.876 - SP (2014/0043085-3)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : BANCO REPUBLIC NATIONAL BANK OF NEW YORK
BRASIL S/A
ADVOGADOS : RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA
LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO
LEONARDO AUGUSTO ANDRADE
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Cuida-se de recurso especial manejado pelo BANCO REPUBLIC NATIONAL BANK OF NEW YORK BRASIL S.A., com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, por unanimidade, negou provimento ao apelo da impetrante, resumido da seguinte forma:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IRRF. ART. 8º DA LEI Nº 9.779. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXTRAFISCALIDADE ADMITIDA.

1 - Rejeita-se as alegações de malferimento aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, tendo em vista que, se a alíquota do imposto retido na fonte é menor, quando se cuida de rendimentos remetidos a países onde há tributação superior a 20%, como preceituado no art. 8º, da Lei nº 9.779, estabelecendo maior equilíbrio e igualdade entre os contribuintes a imposição de uma alíquota maior, quando tais rendimentos forem remetidos a países onde não há qualquer tributação da renda ou é a mesma inferior a este limite.

2 - O caráter extrafiscal não se verifica, cuidando-se de preceito sintonizado com a ordem econômica e financeira, com vistas à defesa tanto do equilíbrio fiscal quanto da economia nacional, de tudo resultando que adotadas medidas legais, em ordem a conferir maior concretude ao princípio da universalidade da tributação sobre a renda aqui produzida, na medida em que impõe consequências tributárias à remessa de divisas para o exterior, sem embargo daquele propalado efeito, pois não deixa de incrementar a economia nacional em detrimento dos chamados "paraísos fiscais".

3 - Apelo da impetrante a que se nega provimento.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nas razões recursais o recorrente alega, preliminarmente, violação ao art. 535 do CPC, eis que o acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos de declaração, teria incorrido em contradição na medida em que afirmou ser inviável a utilização do imposto de renda com finalidades extrafiscais e, num segundo momento, justificou, com elementos extrafiscais, quais sejam: a proteção do equilíbrio fiscal e da economia nacional, o tratamento diferenciado do

Superior Tribunal de Justiça

imposto de renda incidente sobre rendimentos remetidos a países que não tributam a renda ou o fazem a alíquota inferior a 20%. Aduz que referida contradição, quanto à existência ou não de fundamento extrafiscal no tratamento diferenciado em questão, é relevante para efeito de averiguação do princípio da isonomia e dos critérios informadores do imposto de renda na forma do art. 153, § 2º, I, da Constituição Federal.

Alega, outrossim, que apesar da nulidade que reveste o acórdão recorrido, é possível a esta Corte adentrar ao mérito recurso para prestigiar o princípio da economia processual nos termos do art. 249, § 2º, do CPC, o qual preceitua que *"quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta"*.

No mérito alega ofensa ao art. 6º, *caput*, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB e ao art. 105 do CTN. Sustenta, em síntese, que no momento da pactuação dos contratos financeiros internacionais, a regra aplicável a todos os contribuintes era a mesma, qual seja, independentemente do tipo de tributação da renda dos países dos beneficiários, o imposto em comento incidia a alíquota de 15%, nos termos do art. 28 da Lei nº 9.249/95. Assim, entende que o aumento de alíquota do imposto de renda incidente sobre rendimentos remetidos a países que não tributam a renda ou o fazem a alíquota inferior a 20% perpetrado pela Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1988, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, não pode retroagir para atingir os rendimentos de contrato de empréstimo celebrado anteriormente à sua vigência, sob pena de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e ao princípio da irretroatividade.

Aduz, outrossim, que a retroatividade mínima, que consiste exatamente na hipótese em que a novel legislação interfira apenas nos efeitos produzidos por atos ou fatos consolidados anteriormente a sua vigência, já foi repudiada em inúmeras ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 493-0/DF) e por esta Corte.

Por fim, aduz que o art. 105 do CTN, ao definir que a lei tributária se aplica imediatamente aos fatos geradores futuros e pendentes, não exclui a aplicação do princípio da irretroatividade, não havendo antinomia entre o referido dispositivo e o art. 6º, *caput*, e § 1º, da LINDB, de forma que a aplicação da lei tributária aos fatos geradores futuros e pendentes não pode modificar os efeitos de situação jurídica constituída sob o império da legislação anterior.

Superior Tribunal de Justiça

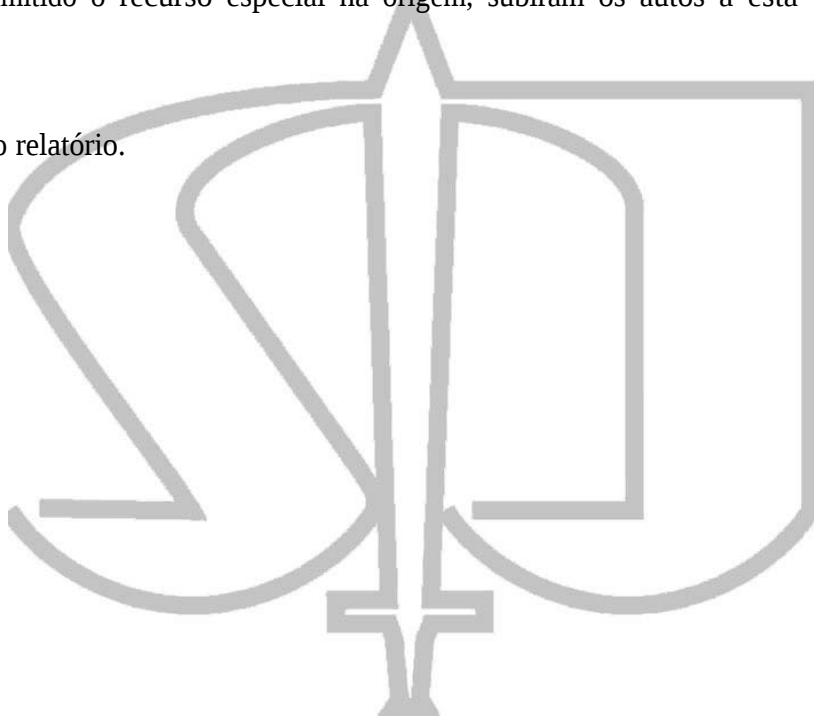
Requer o conhecimento e o provimento do presente recurso especial para anular o acórdão recorrido ou, caso superada a preliminar, para reformá-lo no mérito para que seja concedida a segurança.

Contrarrazões às fls. 338-344 e-STJ.

Recurso extraordinário interposto e admitido na origem.

Admitido o recurso especial na origem, subiram os autos a esta Corte e vieram-me conclusos.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.438.876 - SP (2014/0043085-3)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. REMESSA DE RENDIMENTOS AO EXTERIOR. ALTERAÇÃO DA ALÍQUOTA. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI TRIBUTÁRIA. ART. 105 DO CTN. RETROATIVIDADE MÍNIMA. ART. 6º DA LINDB. APLICAÇÃO DO ART. 8º, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.788/98, CONVERTIDA POSTERIORMENTE NA LEI Nº 9.779/99, AOS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMOS FINANCEIROS INTERNACIONAIS CELEBRADOS ANTES DA SUA VIGÊNCIA. POSSIBILIDADE.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de aplicação do aumento de alíquota do imposto de renda para 25% incidente sobre rendimentos remetidos a países que não tributam a renda ou o fazem a alíquota inferior a 20% perpetrado pela Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1998, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, em contratos de empréstimos financeiros internacionais celebrados à época da vigência do art. 28 da Lei nº 9.249/95, quando alíquota aplicável aos contribuintes era de 15%, independentemente do tipo de tributação da renda dos países dos beneficiários.

2. Afastada a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, tendo em vista que a aparente contradição existente no acórdão recorrido se resolve da leitura do voto condutor do julgado, quando fica nítida a fundamentação no sentido do afastamento do caráter extrafiscal da exação na hipótese. Eventual malferimento dos preceitos de ordem constitucional serão enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise do recurso extraordinário interposto pela recorrente e admitido na origem.

3. Ainda que o contrato de empréstimo financeiro internacional tenha ocorrido na vigência do art. 28 da Lei nº 9.249/95, não há como afastar a aplicação, na hipótese, da Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1998, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, tendo em vista que, nos termos do art. 105 do CTN, a lei tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes. Dessa forma, os rendimentos percebidos após a vigência da referida lei, a ela serão submetidos, ainda que referentes a contratos celebrados anteriormente.

4. A possibilidade de aplicação da Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1998, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, a contratos celebrados antes de sua vigência já foi enfrentada por esta Corte, conforme se verifica dos seguintes precedentes: AgRg no REsp 865.997RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 30/03/2009; REsp nº 692.748/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 07.06.2005; REsp nº 591.357/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.05.2005; REsp 671.278 / RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 06.10.2005; AgRg no REsp 782.747 / RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 06.12.2005.

5. Esta Corte já se manifestou sobre a impossibilidade de aplicação retroativa da lei nova para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, afastando, assim, a chamada retroatividade mínima. Contudo, também já houve manifestação desta Corte no sentido de que a lei nova regula os efeitos presentes e futuros de contratos de trato sucessivo, pois o que se discute, em casos tais, não são "*os efeitos presentes e futuros de negócio jurídico que era perfeito sob a égide da lei revogada, mas, sim, as consequências de negócio jurídico renovado sob os auspícios da lei nova*" (REsp nº 735.168/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/03/2008)

6. Nessa esteira, *mutatis mutandis*, a novel legislação que alterou a alíquota do imposto deve incidir sobre os novos fatos geradores, a despeito da alíquota vigente à época em que foi realizado o contrato, visto que os fatos geradores do imposto de renda se renovam a cada aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda a ser remetida ao exterior.

7. Recurso especial não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Discute-se nos autos a possibilidade de aplicação do aumento de alíquota do imposto de renda para 25% incidente sobre rendimentos remetidos a países que não tributam a renda ou o fazem a alíquota inferior a 20% perpetrado pela Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1998, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, em contratos de empréstimos financeiros internacionais celebrados à época da vigência do art. 28 da Lei nº 9.249/95, quando alíquota aplicável a todos os contribuintes era de 15%, independentemente do tipo de tributação da renda dos países dos beneficiários.

Primeiramente, afasto a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, tendo em vista que a aparente contradição existente no acórdão recorrido se resolve da leitura do voto condutor do julgado, quando fica nítida a fundamentação no sentido do afastamento do caráter extrafiscal da exação na hipótese, tendo a Corte *a quo* entendido que o preceito legal impugnado se refere à ordem econômica e financeira, ao equilíbrio fiscal, a maior concretude do princípio da universalidade da tributação sobre a renda remetida ao exterior e ao incremento da economia nacional em detrimento dos chamados "paraísos fiscais". Também se verifica do acórdão recorrido expressa manifestação quanto aos critérios que informam o imposto de renda, bem como quanto aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

Eventual malferimento dos referidos preceitos de ordem constitucional serão enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise do recurso extraordinário interposto pela recorrente e admitido na origem.

Superior Tribunal de Justiça

Devidamente prequestionados os dispositivos legais tidos por violados pelo acórdão recorrido, passo a análise do mérito recursal.

Por oportuno, confira-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão em que se verifica o prequestionamento dos dispositivos legais tidos por violados, *in verbis*:

A hipótese dos autos não se ajusta ao contexto, pois volvida a matéria tributária, onde impera as regras do direito público, não havendo direito adquirido ao pagamento de tributos sob regras antedatas, sem embargos das garantias magnas expressas literalmente no corpo da lei maior e atinentes a anterioridade e a irretroatividade, vista esta sob a ótica dos fatos já submetidos à tributação sob o império da legislação vigente à época, ou ainda naquelas situações previstas no art. 106 do CTN. Para os fatos geradores subsequentes, resolve-se a matéria pela aplicação do preceito contido no art. 105 do mesmo diploma, o qual, sabemos, cumpre a função disposta no art. 146 da lei fundamental. (*sic*)

O recorrente alega ofensa aos arts. 6º, *caput*, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB e 105 do CTN, os quais possuem as seguintes redações:

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. (LINDB)

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)
[...]

LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. (CTN)

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.

Com efeito, à época da vigência do art. 28 da Lei nº 9.249/95, a alíquota de imposto de renda aplicável aos contribuintes pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no estrangeiro era de 15%, independentemente do tipo de tributação da renda dos países dos beneficiários. Com o advento da Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1998, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, a alíquota passou a ser de 25% no caso de rendimentos remetidos a países que não tributam a renda ou o fazem a alíquota inferior a 20%, nos termos do art. 8º da referida lei.

A recorrente alega que referida majoração de alíquota não pode retroagir para atingir os rendimentos de contrato de empréstimo celebrado anteriormente à sua vigência, sob pena de

Superior Tribunal de Justiça

ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e ao princípio da irretroatividade. Aduz, outrossim, que a retroatividade mínima, que consiste exatamente na hipótese em que a novel legislação interfira apenas nos efeitos produzidos por atos ou fatos consolidados anteriormente a sua vigência, já foi repudiada em inúmeras ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 493-0/DF) e por esta Corte; e que o art. 105 do CTN, ao definir que a lei tributária se aplica imediatamente aos fatos geradores futuros e pendentes, não exclui a aplicação do princípio da irretroatividade, não havendo antinomia entre o referido dispositivo e o art. 6º, *caput*, e § 1º, da LINDB, de forma que a aplicação da lei tributária aos fatos geradores futuros e pendentes não pode modificar os efeitos de situação jurídica constituída sob o império da legislação anterior.

A pretensão da recorrente foi rechaçada pelo acórdão recorrido, o qual merece ser mantido. Senão vejamos.

Ainda que o contrato de empréstimo financeiro internacional tenha ocorrido na vigência do art. 28 da Lei nº 9.249/95, não há como afastar a aplicação, na hipótese, da Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1998, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, tendo em vista que, nos termos do art. 105 do CTN, a lei tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes. Dessa forma, os rendimentos percebidos após a vigência da referida lei, ainda que referentes a contratos celebrados anteriormente, a ela serão submetidos.

A possibilidade de aplicação da Medida Provisória nº 1.788, de 29.12.1998, convertida posteriormente na Lei nº 9.779/99, a contratos celebrados antes de sua vigência já foi enfrentada por esta Corte, consoante o precedentes que seguem:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. OPERAÇÕES DE SWAP, COM COBERTURA DE *HEDGE*. LEI Nº 9.779/99. INCIDÊNCIA.

I - Esta Corte já se manifestou no sentido de que incide imposto de renda sobre as operações de *swap* com cobertura *hedge*, porquanto ocorre, nesse caso, acréscimo patrimonial.

II - A MP nº 1.788/98, convertida na Lei nº 9.779/99, tem aplicabilidade aos contratos em comento, eis que os fatos geradores foram realizados quando da vigência de tais normas, não importando que os contratos tenham sido firmados em data anterior a tais regramentos. Precedentes: REsp nº 591.357/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 27/06/05 e REsp nº 692.748/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 20/06/05.

III - Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 782.747 / RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 06.12.2005).

OPERAÇÕES DE SWAP COM COBERTURA *HEDGE*. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. LEI 9.779/99.

Superior Tribunal de Justiça

1. Mandado de segurança visando impedir a retenção, na fonte, do imposto de renda incidente sobre operação de *hedge* por meio de *swap*, nos termos do art. 5º, da lei 9.779/99.

2. As operações de *swap* com cobertura *hedge* representam aplicação de determinada quantia em moeda nacional em negócio cuja rentabilidade leva em conta uma moeda estrangeira, o que evita maiores prejuízos para a empresa contratante (*hedger*), que possua dívidas em moeda estrangeira, ficando sujeita à oscilação da referida moeda. Seu escopo original é servir para cobertura de riscos provenientes da taxa cambial flutuante, não obstante prestar-se também para a especulação financeira, desde que se aposte na elevação da moeda estrangeira cuja variação remunera aquele investimento e inexistam passivos em tal moeda.

3. Os fatos geradores específicos do imposto de renda são as várias situações descritas nas leis ordinárias, como, por exemplo, os rendimentos auferidos nas diversas modalidades de aplicações financeiras, podendo ser complexivos, quando se constituem em diversos fatos materiais sucessivos, que são geralmente tributados em conjunto, principalmente pelo regime de declaração de rendimentos, ainda que recolhidos antecipadamente. Por seu turno, há os fatos geradores simples, que se constituem de circunstâncias materiais isoladas, tributadas em separado, pelo regime na fonte, como por exemplo o imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e o Imposto de Renda Retido na Fonte.

4. A operação de *swap* constitui típica operação ensejadora do fato gerador simples do imposto sobre a renda, posto que representa acréscimo patrimonial, obtido na troca de financiamentos em taxas diversas, sobre um montante principal, daí por que ser tributado na fonte.

5. Merecem destaque as razões de política fiscal apresentadas na Exposição de Motivos anexa à Medida Provisória 1.788/98, que deu origem à lei 9.779/99, senão vejamos, *verbis*:

8 - As novas normas têm por objetivo evitar a postergação ao pagamento do imposto sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelos referidos fundos, tendo em vista a previsão de distribuição de lucros e a consequente incidência do imposto de renda na fonte. O artigo 5º trata da incidência do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos auferidos em aplicações ou operações financeiras de renda fixa ou variável, incluindo, nessa forma de tributação, as de *hedge*, realizadas por meio de *swap* como forma de equalização com as demais operações realizadas no mercado financeiro, mantida, no entanto, a possibilidade de se reconhecer, integralmente nos balanços da empresa, eventuais perdas incorridas nessas operações."

6. *In casu*, verifica-se que o contrato foi celebrado entre a Companhia Siderúrgica Nacional - CSN e o Deutsche Bank em 12/11/1997, com data de vencimento aprazada para 20/12/2002.

7. A lei que se aplica é a da data do fato gerador, consoante o seu art. 105, *verbis*: "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 art. 116."

8. Ademais, não há que se falar em violação ao princípio da anterioridade, previsto no art. 104 do CTN, porquanto a lei 9.779/99, embora publicada em 19/01/1999, teve sua eficácia plena em dezembro/1998, com a edição da MP 1.788/98 de 29/12/98. Por isso que a referida norma se coaduna com o art. 104 do CTN que assim determina: "*Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda.*"

9. Forçoso concluir que **a MP nº 1.788/98, convertida na Lei nº 9.779/99, é aplicável ao presente contrato de swap, não obstante o contrato ter sido firmado sob a vigência da lei anterior, posto que a obrigação tributária surge com o fato gerador.** Ocorrido o fato gerador, o tributo passa a ser devido de acordo com a alíquota, base de cálculo e demais elementos descritos em lei. Conseqüentemente, constituindo o fato gerador do IR o momento da liquidação do contrato e a base de cálculo o resultado positivo auferido nesta mesma data, consoante dispõe o art. 74, § 1º, da lei 8.981/95, é o que precisa o *quantum* e em favor de quem foi apurada uma diferença positiva.

10. Verifica-se que a operação de *swap*, *in casu*, com cobertura *hedge* proporcionou vantagens econômicas para a empresa recorrida, diante da desvalorização da moeda nacional (real) em face do Dólar norte-americano, quando do vencimento da operação.

11. Precedente: RESP 591.357, desta Relatoria, DJ de 27.06.2005).

12. Recurso especial provido (REsp 671.278 / RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 06.10.2005).

OPERAÇÕES DE SWAP COM COBERTURA *HEDGE*. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. LEI 9.779/99.

1. Mandado de segurança visando impedir a retenção, na fonte, do imposto de renda incidente sobre operação de *hedge* por meio de *swap*, nos termos do art. 5º, da lei 9.779/99.

2. As operações de *swap* com cobertura *hedge* representam aplicação de determinada quantia em moeda nacional em negócio cuja rentabilidade leva em conta uma moeda estrangeira, o que evita maiores prejuízos para a empresa contratante (*hedger*), que possua dívidas em moeda estrangeira, ficando sujeita à oscilação da referida moeda. Seu escopo original é servir para cobertura de riscos provenientes da taxa cambial flutuante, não obstante prestar-se também para a especulação financeira, desde que se aposte na elevação da moeda estrangeira cuja variação remunera aquele investimento e inexistia passivo em tal moeda.

3. Os fatos geradores específicos do imposto de renda são as várias situações descritas nas leis ordinárias, como, por exemplo, os rendimentos auferidos nas diversas modalidades de aplicações financeiras, podendo ser complexivos, quando se constituem em diversos fatos materiais sucessivos, que são geralmente tributados em conjunto, principalmente pelo regime de declaração de rendimentos, ainda que recolhidos antecipadamente. Por seu turno, há os fatos geradores simples, que se constituem de circunstâncias materiais isoladas, tributadas em separado, pelo regime na fonte, como por exemplo o imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e o Imposto de Renda Retido na Fonte.

4. A operação de *swap* constitui típica operação ensejadora do fato gerador simples do imposto sobre a renda, posto que representa acréscimo patrimonial, obtido na troca de financiamentos em taxas diversas, sobre um montante principal, daí por que ser tributado na fonte.

5. Merecem destaque as razões de política fiscal apresentadas na Exposição de Motivos anexa à Medida Provisória 1.788/98, que deu origem à lei 9.779/99, senão vejamos, *verbis*:

8 - As novas normas têm por objetivo evitar a postergação ao pagamento do imposto sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelos referidos fundos, tendo em vista a previsão de distribuição de lucros e a conseqüente incidência do imposto de renda na fonte. O artigo 5º trata da incidência do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos auferidos

Superior Tribunal de Justiça

em aplicações ou operações financeiras de renda fixa ou variável, incluindo, nessa forma de tributação, as de hedge, realizadas por meio de swap como forma de equalização com as demais operações realizadas no mercado financeiro, mantida, no entanto, a possibilidade de se reconhecer, integralmente nos balanços da empresa, eventuais perdas incorridas nessas operações."

6. *In casu*, verifica-se que o contrato foi celebrado entre a Xerox do Brasil Ltda. e o Morgan Guaranty Trust Company of New York em 15/07/1998, com data de vencimento aprazada para 12/07/1999.

7. A lei que se aplica é a da data do fato gerador, consoante o seu art. 105, *verbis*: "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 art. 116."

8. Ademais, não há que se falar em violação ao princípio da anterioridade, previsto no art. 104 do CTN, porquanto a lei 9.779/99, embora publicada em 19/01/1999, teve sua eficácia plena em dezembro/1998, com a edição da MP 1.788/98 de 29/12/98. Por isso que a referida norma se coaduna com o art. 104 do CTN que assim determina: "*Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda.*"

9. **Forçoso concluir que a MP nº 1.788/98, convertida na Lei nº 9.779/99, é aplicável ao presente contrato de swap, não obstante o contrato ter sido firmado sob a vigência da lei anterior, posto que a obrigação tributária surge com o fato gerador.** Ocorrido o fato gerador, o tributo passa a ser devido de acordo com a alíquota, base de cálculo e demais elementos descritos em lei. Consecutariamente, constituindo o fato gerador do IR o momento da liquidação do contrato e a base de cálculo o resultado positivo auferido nesta mesma data, consoante dispõe o art. 74, § 1º, da lei 8.981/95, é o que precisa o *quantum* e em favor de quem foi apurada uma diferença positiva.

10. Verifica-se que a operação de swap, *in casu*, com cobertura hedge proporcionou vantagens econômicas para a empresa recorrida, diante da desvalorização da moeda nacional (real) em face do Dólar norte-americano, quando do vencimento da operação.

11. Recurso especial provido (REsp nº 591.357/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.05.2005).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INCOMPATIBILIDADE ENTRE LEI COMPLEMENTAR E LEI ORDINÁRIA SUPERVENIENTE. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IRRF. OPERAÇÕES DE SWAP, PARA FINS DE HEDGE. EXISTÊNCIA DE EFETIVO ACRÉSCIMO PATRIMONIAL PARA UMA DAS PARTES. CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA.

1. Não pode ser conhecido o recurso especial, pela alínea *a*, na parte em que indica violação ao art. 43 do CTN, porque a alegada incompatibilidade entre a norma constante desse dispositivo e aquela inscrita no art. 5º da Lei 9.779/99 é tema de índole eminentemente constitucional, já que a invasão, por lei ordinária, da esfera de competência reservada constitucionalmente à lei complementar acarreta a sua inconstitucionalidade, e não a sua ilegalidade, conforme a orientação sedimentada pela jurisprudência do STF.

2. Correspondendo a efetivo acréscimo patrimonial para uma das partes, os rendimentos auferidos nos contratos de swap (=troca de indexadores a que

vinculados preexistentes créditos das partes contratantes) para fins de *hedge* (=cobertura do risco de variação do preço ou da taxa a que atrelado débito anterior da pessoa jurídica) sujeitam-se à incidência do imposto de renda (arts. 74 e 76 da Lei 8.981/95).

3. Até a edição da MP 1.788/98, por força do art. 77 da Lei 8.981/95, os ganhos obtidos nos contratos com finalidade de *hedge* estavam dispensados apenas da retenção do imposto de renda na fonte, a que sujeitas as demais aplicações financeiras, devendo compor a base de cálculo do lucro do exercício, sobre a qual, então, incidiria o tributo.

4. Com o advento, em 29.12.1998, da MP 1.788 (convertida na Lei 9.779, de 26.05.1999), porém, suprimiu-se o tratamento excepcional conferido pela Lei 8.981/95 às transações para fins de *hedge*, submetendo-se as quantias nelas auferidas à retenção na fonte — assegurado sempre o direito ao reconhecimento de eventuais perdas incorridas no final do exercício, via dedução do lucro.

5. **Tendo os fatos geradores (liquidação dos contratos de swap para fins de hedge) ocorrido, no caso, em abril de 1999 — após, portanto, a edição da MP 1.788/98, é devida a retenção do IR na fonte, por força de seu art. 5º.**

6. Recurso especial a que se nega provimento (REsp nº 692.748/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 07.06.2005).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. OPERAÇÕES DE SWAP COM COBERTURA HEDGE. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. LEI 9.779/99. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

(...)

5. As razões de política fiscal apresentadas na Exposição de Motivos anexa à Medida Provisória 1.788/98, que deu origem à Lei 9.779/99, merecem ser destacadas, senão vejamos, verbis: "As novas normas têm por objetivo evitar a postergação ao pagamento do imposto sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelos referidos fundos, tendo em vista a previsão de distribuição de lucros e a conseqüente incidência do imposto de renda na fonte. O artigo 5º trata da incidência do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos auferidos em aplicações ou operações financeiras de renda fixa ou variável, incluindo, nessa forma de tributação, as de *hedge*, realizadas por meio de swap como forma de equalização com as demais operações realizadas no mercado financeiro, mantida, no entanto, a possibilidade de se reconhecer, integralmente nos balanços da empresa, eventuais perdas incorridas nessas operações."

6. In casu, verifica-se que o contrato de empréstimo foi celebrado entre a empresa e a instituição financeira em 08.01.1999 (fl. 7), com vencimento para 5.4.99 (fl. 30)

7. A lei que se aplica é a da data do fato gerador, consoante o disposto no artigo 105, do CTN, segundo o qual: "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 art. 116".

8. A violação ao princípio da anterioridade, previsto no artigo 104, do CTN, não resta evidenciada, porquanto a Lei 9.779/99, embora publicada em 19.01.1999, teve sua eficácia plena em 30.12.1998, com a edição da Medida Provisória 1.788, de 29 de dezembro de 1998. Por isso que a referida norma se coaduna com o artigo 104, do Codex Tributário, que assim determina: "Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda".

9. Forçoso concluir que **a MP nº 1.788/98, convertida na Lei nº 9.779/99, é**

aplicável ao presente contrato de swap, não obstante o negócio jurídico tenha sido firmado sob a vigência da lei anterior, posto que a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato jurídico tributário.

10. Assim, ocorrido o fato gerador, o tributo passa a ser devido de acordo com a alíquota, base de cálculo e demais elementos descritos em lei. Consectariamente, constituído o fato gerador do IR, verificado o momento da liquidação do contrato e a base de cálculo, existindo o resultado positivo auferido nesta mesma data, consoante dispõe o artigo 74, § 1º, da Lei 8.981/95, exsurge o quantum e a favor de quem foi apurada a diferença positiva.

11. Destarte, os resultados positivos auferidos na operação de swap com cobertura hedge, ante a desvalorização da moeda nacional (Real) em face do Dólar norte-americano, quando do vencimento da operação, ensejam a tributação do imposto de renda com retenção na fonte, ex vi do artigo 5º, da Lei 9.779/99.

12. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 865.997RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 30/03/2009) (grifei)

No que tange à alegada ofensa ao art. 6º, *caput*, § 1º, da LINDB, relativamente à impossibilidade da lei nova atingir os efeitos futuros do ato jurídico realizado sob a égide de lei anterior (retroatividade mínima), melhor sorte não assiste à recorrente.

Esta Corte já se manifestou sobre a impossibilidade de aplicação retroativa da lei nova para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, afastando, assim, a chamada retroatividade mínima. Contudo, também já houve manifestação desta Corte no sentido de que a lei nova regula os efeitos presentes e futuros de contratos de trato sucessivo, pois o que se discute, em casos tais, não são "*os efeitos presentes e futuros de negócio jurídico que era perfeito sob a égide da lei revogada, mas, sim, as consequências de negócio jurídico renovado sob os auspícios da lei nova*" (REsp nº 735.168/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/03/2008). Confira-se excerto do voto-condutor do referido julgado, *in verbis*:

Quanto à aplicação do CDC, o STJ tem posição desde há muito consolidada e ela pode ser desdobrada em duas proposições genéricas:

a) O CDC não retroage para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência. Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IRRETROATIVIDADE – PRECEDENTES. I - O Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos celebrados anteriormente a sua vigência. Segundo os precedentes desta Corte, o só fato de se constituir lei de ordem pública é insuficiente para se admitir a retroatividade, em razão da própria suspensividade contida na legislação consumerista, que

determinou sua entrada em vigor para cento e oitenta dias após a sua edição. II - A Lei n.º 9.298, de 01/08/96, que alterou o artigo 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, não se aplica aos contratos celebrados anteriormente a sua vigência, devendo prevalecer a multa contratada, de 10% (dez por cento), nos limites constantes do próprio Código de Defesa do Consumidor, em sua redação original. Agravo improvido” (AgRg no REsp 489.858/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 17.11.2003).

b) O CDC regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo, pois aí não se discutem os efeitos presentes e futuros de negócio jurídico que era perfeito sob a égide da lei revogada, mas, sim, as consequências de negócio jurídico renovado sob os auspícios da lei nova. Confira-se:

“Contrato de prestação de serviços médicos. Execução continuada. Renovação na vigência do CDC. Aplicabilidade. Princípio da irretroatividade das lei. Violação. Não ocorrência. I - Tendo sido o contrato renovado sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, embora o pacto inicial tenha ocorrido em 1985, não há como afastar a incidência das disposições nele previstas. II - Recurso especial não conhecido” (REsp 193.584/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ 18.04.2005)

“Previdência privada. Código de Defesa do Consumidor. Devolução em dobro. Dano moral. 1. Nos contratos de execução continuada aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, mas, no caso, tratando-se de pedido de restituição de prestações pagas a entidades de previdência privada, não incide o art. 42, parágrafo único, do referido Código” (REsp 331.860/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 05.08.2002) (g.n.).

O segundo preceito é relevante para a solução da controvérsia que se apresenta no Especial.

O Tribunal de origem reconheceu que se está diante de trato sucessivo. Não haveria de ser diferente. O contrato de seguro não é mero negócio jurídico com prazo indeterminado, mas, ao contrário, negócio que se renova de tempos em tempos uma vez que o prêmio corresponde à cobertura securitária por determinado tempo. Esgotado o período de cobertura, novo prêmio deve ser pago.

Por outro lado, não se controverte sobre os fatos relevantes para o litígio. A própria recorrida reconheceu que, em 30.04.02, ou seja, anos após a vigência do CDC, o recorrente solicitou sua internação no Hospital Samaritano do Rio de Janeiro, tendo autorizado seu procedimento cirúrgico. Negou-se, no entanto, ressarcir o valor de 2 “stents”, bem como aparelhos de barbear, CDs Room, box para fita VHS e fitas VHS (fls. 138-139).

Ora, tal fato revela que mesmo após a vigência do CDC o contrato de seguro continuou a ser renovado periodicamente. Não se trata, portanto, de retroagir as normas do CDC para regular contrato anterior a sua vigência, mas aplicá-lo, de imediato, nos termos do art. 6º, LICC, ao contrato que se renovou sob sua égide e que, por isso, não pode ser

Superior Tribunal de Justiça

qualificado como ato jurídico perfeito.

A discussão foi travada nesta Corte por ocasião da aplicação do Código de Defesa do Consumidor - CDC aos contratos celebrados anteriormente a sua vigência, cuja conclusão foi no sentido de que O CDC não retroage para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, salvo nos casos de contratos de trato sucessivo e prestação continuada, pois aí não se discutem os efeitos presentes e futuros de negócio jurídico que era perfeito sob a égide da lei revogada, mas, sim, as consequências de negócio jurídico renovado sob os auspícios da lei nova.

Nessa esteira, *mutatis mutandis*, a novel legislação que alterou a alíquota do imposto deve incidir sobre os novos fatos geradores, a despeito da alíquota vigente à época em que foi realizado o contrato, visto que os fatos geradores do imposto de renda se renovam a cada aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda a ser remetida ao exterior, a exemplo das relações de trato sucessivo e prestação continuada.

Pelas razões expostas, CONHEÇO do recurso especial e NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2014/0043085-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.438.876 / SP

Números Origem: 00169235219994036100 169235219994036100 199961000169234

PAUTA: 18/08/2015

JULGADO: 18/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BANCO REPUBLIC NATIONAL BANK OF NEW YORK BRASIL S/A

ADVOGADOS : RUBENS JOSE NOVAKOSKI F VELLOZA
LUIZ EDUARDO DE CASTILHO GIROTTO
LEONARDO AUGUSTO ANDRADE

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IRPJ / Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - Retido na fonte

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). LEONARDO AUGUSTO ANDRADE, pela parte RECORRENTE: BANCO REPUBLIC NATIONAL BANK OF NEW YORK BRASIL S/A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.