



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10880.721474/2006-88
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-006.839 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de julho de 2023
Recorrente DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001

PERÍCIA

Não é cabível realização de perícia, quando os fatos puderem ser comprovados nos autos, pela apresentação de documentos.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2001

SALDO NEGATIVO DE IRPJ. IRRF SOBRE GANHOS RENDIMENTOS EM RENDA VARIÁVEL. POSSIBILIDADE.

Para efeito de determinação do saldo de IRPJ a ser restituído ou compensado, a pessoa jurídica pode deduzir do imposto devido o valor do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas financeiras computadas na determinação do lucro real, independente da indedutibilidade de eventuais excessos de despesas financeiras em transações da mesma natureza.

SALDO NEGATIVO DE IRPJ. IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR SOBRE LUCROS, RENDIMENTOS E GANHOS DE CAPITAL. PREJUÍZO FISCAL. VEDAÇÃO DE DEDUÇÃO.

É vedada a dedução, na determinação do saldo negativo de IRPJ, do imposto pago no exterior sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital, quando a pessoa jurídica não apurou lucro real e, por conseguinte, imposto devido no período. Mantida, entretanto, a possibilidade de compensação em períodos subsequentes, na forma dos §§ 15 a 17, da IN 38/96

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa, e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer o direito creditório adicional relativo ao saldo negativo de IRPJ referente ao ano-calendário de 2001, no montante de R\$ 4.525.770,14, e homologar as compensações objeto do presente processo até o limite do direito creditório reconhecido, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Wilson Kazumi Nakayama, Maria Angelica Echer Ferreira Feijo, Marcelo Oliveira, Savio Salomao de Almeida Nobrega, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por DOW BRASIL S.A., atualmente DOW BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA para:

(i) reformar a decisão da 3ª Turma da DRJ/SPOI (fls 174 a 184 vol II) que manteve a decisão do Despacho Decisório (fls 150 a 157 Vol I) que reconheceu a homologação parcial dos pedidos de compensações representados por 4 (quatro) PER/DCOMPs, que foram incluídas no controle manual do SIEF, conforme relatado no aludido Despacho Decisório, a saber:

TABELA 1

DCOMP's vinculadas ao saldo credor de IRPJ do exercício 2002	
29051.35423.150104.1.3.02-6970 (fls.13/21)	30883.68524.150104.1.3.02-4738 (fls. 09/12)
03111.47494.120204.1.3.02-8470 (fls. 05/08)	40100.28330.140404.1.3.02-0210 (fls.01/04)

Alega o contribuinte que tais compensações foram realizadas com o saldo negativo de IRPJ do exercício de 2001, no montante de R\$ 7.233.124,47, formado a partir de retenções de fonte.

Compulsando os valores de retenção de fonte com as referidas DIRF, a autoridade fiscalizadora informou ter identificado a falta de oferecimento à tributação das receitas oriundas dos recolhimentos do IRRF relativos aos códigos 5273 – Swap e 8648 – Day Trade (fls 155 Vol I). Destacamos:

“Foi observado que o contribuinte não ofereceu à tributação os rendimentos suportados pelos IRRF's declarados para os códigos 5273 e 8468 nas respectivas linhas, e segundo o art. 837 do Decreto n.º 3.000, de 26 de Março de 1999 (RIR), estes IRRF's não podem ser considerados para fins de compensação.”

E, assim, restou assentada a conclusão o Despacho Decisório pela homologação parcial:

“Conclusão Diante do exposto, e tendo em vista tudo mais que do processo consta, proponho a HOMOLOGAÇÃO das DCOMP's eletrônicas listadas na TABELA 1 com o crédito referente ao saldo credor de IRPJ do exercício 2002 no montante de R\$ 2.685.684,51 (dois milhões, seiscentos e oitenta e cinco mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e um centavos), até o limite do valor desse crédito. O referido crédito está sujeito à valoração nos termos do art. 52 da Instrução Normativa SRF n.º 600, de 28 de dezembro de 2005.”

A DRJ/SPOI (fls 175 a 184 Vol II), por sua vez, manteve a decisão do Despacho Decisório, assim justificando:

“Extrai-se, ainda, da referida planilha que as perdas com operações de swap superam em muito os ganhos auferidos nas mesmas operações.

O artigo 76 da Lei n.º 8.981/1995, com a redação dada pela Lei n.º 9.065/1995, dispõe sobre o tratamento tributário a ser dado aos resultados auferidos nos mercados de renda fixa e de renda variável, in verbis:

....

Assim, ressalvadas as perdas incorridas em operações day trade, as perdas apuradas no mercado de renda variável somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos nas mesmas operações.

Excluem-se da referida limitação as operações de cobertura (hedge) realizadas em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão, de acordo com o inciso V do artigo 77 da Lei n.º 8.981/1995, com a redação dada pela Lei n.º 9.065/1995. O § 10 do mesmo artigo conceitua as operações de cobertura.

...

No presente caso, as operações não foram realizadas em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão, conforme contratos de fls. 211 a 226. Além disso, a interessada não demonstra que objetivaram a proteção contra risco inerente a suas atividades operacionais ou que se destinaram a proteção de seus direitos ou obrigações.

Desse modo, por não se caracterizar a exceção prevista no inciso V do artigo 77 da Lei n.º 8.981/1995, são indedutíveis as perdas no mercado de renda variável que superam os ganhos auferidos nas mesmas operações.

Uma vez que não foram corretamente oferecidos a tributação os resultados auferidos no mercado de renda variável, não se pode admitir a dedução do IRRF correspondente.

Tal entendimento se aplica por igual ao IRRF relativo aos códigos 5273 (Operações de Swap) e 8468 (Day Trade), em razão de a interessada realizar um único lançamento mensal na conta de resultado 730200, englobando todas as operações sujeitas a variação cambial, como informado na manifestação de inconformidade.”

(ii) pedido de perícia “*para que ocorra o aprofundamento de investigação sobre o conteúdo das provas aqui apresentadas*”. Nesse particular, a ora Requerente busca a certeza “*...que todas as receitas das operações de SWAP foram oferecidas à tributação..*”, que como alega “*...os SWAPs que geraram retenção somam o valor de R\$ 22.628.657,42 e que o valor de IRRF totaliza R\$ 4,5, que confere também com os informes de imposto de renda abaixo listados e que seguem anexos:*

<i>Fonte Pagadora IRRF</i>	<i>(R\$)</i>
<i>Pactual</i>	<i>121.060,30</i>
<i>Rau</i>	<i>856.197,10</i>
<i>Santander</i>	<i>121.060,30</i>
<i>Rabobank</i>	<i>133.920,01</i>

<i>Santander</i>	<i>1.285.048,48</i>
<i>Pactual</i>	<i>1.390.060,37</i>
<i>ING Bank</i>	<i>565.525,51</i>
<i>BNP Paribas</i>	<i>52.870,92</i>
	<i>4.525.742,99</i>

Tal pedido encontra-se consubstanciado no fato de, na Decisão da DRJ/SPOI, aquele órgão julgador assim ter justificado a desnecessidade de perícia:

“No que tange ao pedido de realização de perícia contábil, esclareça-se que a perícia é cabível para a averiguação de fatos que dependem de conhecimentos especializados para serem demonstrados, sendo desnecessária quando os fatos puderem ser comprovados documentalmente, como no caso de apresentação de livros e documentos contábeis e fiscais.

Nesse sentido, vale transcrever o seguinte julgado do E. Primeiro

Conselho de Contribuintes:

“PERÍCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - A perícia se reserva a elucidação de pontos duvidosos que requerem conhecimentos especializados para o deslinde do litígio, não se justificando a sua realização quando o fato probando puder ser demonstrado pela apresentação de livros e documentos. Oindeferimento motivado de realização de perícia não acarreta cerceamento do direito de defesa da parte, com a consequente nulidade do julgado” (Acórdão n.º 108-05.550, de 27/01/1999).”

Desse modo, não restou demonstrada a necessidade ou conveniência da realização de perícia.

Quanto ao protesto pela produção de provas documentais, cabe esclarecer que incumbe ao sujeito passivo instruir a defesa com os documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, salvo se demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses previstas no artigo 16, § 4º, do Decreto n.º 70.235/1972 (parágrafo acrescentado pela Lei n.º 9.532/1997). “

E, por fim.

(iii) reconhecimento do direito ao crédito no valor de R\$ R\$ 332.508,52, referente ao imposto de renda retido de fonte no exterior, cuja não homologação ocorreu em decorrência da aplicação do art. 395 do Decreto 3.000/99 (RIR/99), conforme se verifica da decisão da DRJ/SOPI (fls 174 a 184 Vol II), abaixo transcrita e que não alterou a decisão exarada no Despacho Decisório:

“No que concerne ao imposto retido por fontes pagadoras no exterior, ressalte-se que, embora tal rubrica componha o saldo negativo de IRPJ indicado na DIPJ/2002 (Ficha 12A, linha 12, fl. 124), não integra o crédito discriminado na DCOMP 29051.35423.150104.1.3.02-6970 (fls. 14/19).

Entretanto, a DIORT considerou que o crédito a compensar é o saldo negativo de IRPJ indicado na DIPJ/2002. Desse modo, devem ser apreciadas as razões de defesa relativas a esse tópico.

A autoridade administrativa considerou vedada, no presente caso, a utilização do imposto pago no exterior sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital na composição

do saldo negativo de IRPJ, com fundamento no artigo 395 do RIR/1999, a seguir reproduzido:

"Art. 395. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos, ganhos de capital e receitas decorrentes da prestação de serviços efetuada diretamente, computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos, ganhos de capital e receitas de prestação de serviços (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 26 e Lei n.º 9.430, de 1996, art. 15).

§ 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos, ganhos de capital e receitas de prestação de serviços auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 26, § 1º)

Veja-se, ainda, o que estabelece a Instrução Normativa SRF n.º 38/1996, vigente A época dos fatos ora tratados:

"Art. 13. O imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, bem como o pago relativamente a rendimentos e ganhos de capital, poderão ser compensados com o que for devido no Brasil.

(..)

§ 15. O tributo pago sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, que não puder ser compensado em virtude de a pessoa jurídica, no Brasil, no respectivo ano calendário, não ter apurado lucro real positivo, poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendários subseqüentes" (destaques da transcrição).

Assim, se a pessoa jurídica não houver apurado lucro real no período, o imposto pago no exterior poderá ser compensado com o imposto de renda que for devido em anos-calendário subseqüentes.

Note-se que a empresa não apurou imposto devido no ano-calendário de 2001, conforme Ficha 12A da DIPJ/2002 (fl. 124). Assim, não é possível a dedução do imposto que teria sido retido por fontes pagadoras no exterior, na determinação do saldo negativo de IRPJ daquele período."

Em 27/08/214, na primeira oportunidade de julgamento, resolveram os Conselheiros desta Turma converter o julgamento em Diligência, nos termos do voto do então relator, para que fosse esclarecida a informação sobre a efetiva contabilização e submissão à tributação das receitas de swap (código 5273), das quais constavam retenções de imposto de renda retido na fonte não admitidas pela autoridade fiscalizadora – *in verbis* (Resolução n.º 1302000.331 – fls 774 a 780):

"Dessa forma, em razão dos indícios de que as receitas referentes aos códigos 5273 (swap), das quais houve a retenção na fonte de IRPJ, foram oferecidos à tributação, entendo pertinente converter o julgamento em diligência a fim de que a DRF de origem tome as seguintes providências:

a) Diligencie junto a Recorrente e, com base em toda sua documentação contábil regularmente registrada, verifique se as receitas de swap (código 5273), das quais constam as retenções, conforme Despacho Decisório (fls. 153), foram efetivamente oferecidas à tributação;

b) Verifique se as receitas e despesas lançadas nas Linhas 24, 32 e 36 da DIPJ/2002 abrangem os resultados das operações de swap, nos termos em que alega a Recorrente."

Processo encaminhado ao DERAT-SPO-SP, conforme despacho de encaminhamento (fls 782). Diligência cumprida através da Informação Fiscal EQAUD IRPJ/CSLL 8RF nº 3466 /2022 (fls 783 a 786), e ciência do Contribuinte em 10/10/2022. Manifestação do Contribuinte (fls 792 a 809) oferecida em 09/11/2022.

Em razão do Relator originário não mais integrar o colegiado desta Turma, o processo foi redistribuído por sorteio, no qual restou designado este Relator.

É o Relatório.

Voto

A tempestividade do Recurso Voluntário e o cumprimento dos demais requisitos para a sua admissibilidade foram analisados quando proferida decisão da Resolução que converteu o julgamento em Diligência. Nesse sentido, deles igualmente conheço.

Questão Preliminar

1. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Ainda que não postulado explicitamente como cerceamento de defesa, este Relator julga por conveniência e prudência receber os argumentos manejados pela Recorrente como questão preliminar, para que não restem dúvidas quanto ao atendimento dos requisitos que poderiam eventualmente macular a decisão deste colegiado.

O cerceamento de defesa que aqui se está a discutir tem como pano de fundo a busca pela certeza da efetiva contabilização das receitas financeiras (swap) nos resultados da sociedade, e, assim, a sua submissão à tributação.

Neste particular, a matéria encontra-se superada, a uma porque a DERAT-SPO-SP (fls 783 a 786), em resposta ao quesito “a” da Resolução nº 1302000.331 , assim afirmou:

“5.Quanto ao item “a” determinado na resolução do CARF, após a análise da documentação juntada pelo contribuinte, entendemos que houve o oferecimento à tributação de receitas de swap e a dedução de despesas relacionadas ao swap...”

Mas, acrescentou, por outro lado:

“7.Entretanto, o montante máximo de perda que o contribuinte poderia ter deduzido fiscalmente estaria limitado ao ganho, R\$ 22.628.728,18, conforme apontou a DRJ, com fundamento no § 4º do artigo 76 da Lei 8.981/1995, combinado com as alíneas “a” e “b” do § 1º do inciso V do artigo 77 do mesmo diploma legal, uma vez que as operações não foram realizadas em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão, além de não demonstrar que objetivaram a proteção contra risco inerente a suas atividades operacionais ou que se destinaram à proteção de seus direitos ou obrigações.

8. Nesse sentido o contribuinte deduziu integralmente as perdas, no valor de R\$ 40.129.792,27, resultando no prejuízo de R\$ 17.501.064,09, valor este que aumentou o prejuízo fiscal apurado pelo contribuinte em 2001, R\$ 95.160.118,71, o qual foi facultado ao interessado utilizá-lo na dedução dos lucros apurados em períodos seguintes. Ou seja, o oferecimento à tributação mostrou-se inferior no montante de R\$ 17.501.064,09, o qual foi indevidamente acrescentado ao prejuízo fiscal.

9. Portanto como as despesas de swap foram deduzidas em excesso no valor de R\$ 17.501.064,09, entendemos que as receitas de swap que devem ser consideradas como oferecidas à tributação deve ser de R\$ 5.217.664,09 (R\$ 22.628.728,18 – R\$ 17.501.064,09) e sobre este valor calculado o montante passível de utilização de retenções na fonte de swap. Assim, como a alíquota de retenção é de 20% sobre os rendimentos, o montante passível de ser reconhecido de retenções na fonte seria de R\$ 1.025.532,82 (R\$ 5.217.664,09 * 0,20).

Ou seja, a dúvida se as receitas financeiras foram submetidas à tributação não mais perdura, ficando, assim, superada a suposta alegação de cerceamento de defesa pela inexistência de uma perícia, cuja finalidade era o esclarecimento deste ponto.

A duas, porque as demais questões apresentadas pela autoridade fiscal em resposta à Diligência são de mérito, e serão tratadas nessa qualidade, carecendo de qualquer necessidade de perícia. Aqui acertada, neste particular, a DRJ/SPOI quando decidiu:

“No que tange ao pedido de realização de perícia contábil, esclareça-se que

a perícia é cabível para a averiguação de fatos que dependem de conhecimentos especializados para serem demonstrados, sendo desnecessária quando os fatos puderem ser comprovados documentalmente, como no caso de apresentação de livros e documentos contábeis e fiscais.

Nesse sentido, vale transcrever o seguinte julgado do E. Primeiro

Conselho de Contribuintes:

“PERÍCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - A perícia se reserva a elucidação de pontos duvidosos que requerem conhecimentos especializados para o deslinde do litígio, não se justificando a sua realização quando o fato probando puder ser demonstrado pela apresentação de livros e documentos. O indeferimento motivado de realização de perícia não acarreta cerceamento do direito de defesa da parte, com a consequente nulidade do julgado” (Acórdão n.º 108-05.550, de 27/01/1999).”

Assim, vota-se por rejeitar a alegação de cerceamento de defesa.

DO MÉRITO.

2. IRRF SOBRE OPERAÇÕES DE SWAPS E DAY-TRADE. CRÉDITO. POSSIBILIDADE.

No caso em concreto, parece haver certa confusão sobre dois temas. O primeiro, acerca da possibilidade de o contribuinte se creditar da integralidade do imposto de renda retido na fonte sobre as operações financeiras (IRRF). O segundo, sobre a dedutibilidade de eventuais prejuízos apurados no conjunto de operações de mesma natureza.

A regra geral para a dedução IRRF das pessoas jurídicas optantes pela apuração do imposto de renda com base no Lucro Real encontra sua base legal no §4º, do art. 2º, da Lei

9.430/96, replicado no inciso III, do art. 231, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000/99 (RIR/99).

Eis o comando legal do RIR/99:

“Subseção VI

Deduções do Imposto Anual

Art. 231. Para efeito de determinação do saldo de imposto a pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor (Lei n.º 9.430, de 1996, art. 2º, § 4º):

I - dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os respectivos limites, bem assim o disposto no art. 543;

II - dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração;

III - do imposto pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real;

IV - do imposto pago na forma dos arts. 222 a 230”.

Com efeito, não há qualquer outra condição para dedução do IRRF senão o cômputo das receitas que o geraram na determinação do lucro real.

No plano axiológico este conceito é de simples de compreensão: O princípio do não enriquecimento sem causa por parte do Estado. A retenção de imposto de fonte nos moldes aplicáveis aos rendimentos financeiros para empresas submetidas ao lucro real é uma mera antecipação do imposto de renda devido ao final do período de sua apuração.

Como é cediço, o fato gerador do imposto de renda das pessoas jurídicas submetidas à apuração pelo lucro real é complexo, e se materializa no plano concreto pelo confronto de receitas, custos e despesas sejam elas operacionais, não operacionais ou financeiras. O resultado, observado obviamente os devidos ajustes exigidos ou autorizados pela legislação tributária, poderá ser positivo ou negativo (lucro real ou prejuízo fiscal). Em caso de resultar tal confronto em prejuízo, aquilo que se reteve antecipadamente gera um direito ao sujeito passivo de restituição ou compensação do montante antecipado.

Prima facie, a decisão do Despacho Decisório que homologou parcialmente o crédito, e posteriormente confirmada pelo Acórdão da DRJ/SPOI, levou à aparente conclusão que a ora Recorrente não havia submetido as receitas financeiras à tributação, conforme se apreende das palavras da DRJ/SPOI:

Desse modo, por não se caracterizar a exceção prevista no inciso V do artigo 77 da Lei n.º 8.981/1995, são indedutíveis as perdas no mercado de renda variável que superam os ganhos auferidos nas mesmas operações.

Uma vez que não foram corretamente oferecidos A. tributação os resultados auferidos no mercado de renda variável, não se pode admitir a dedução do IRRF correspondente.

Tal entendimento se aplica por igual ao IRRF relativo aos códigos 5273 (Operações de *Swap*) e 8468 (*Day Trade*), em razão de a interessada realizar um único lançamento

mensal na conta de resultado 730200, englobando todas as operações sujeitas a variação cambial, como informado na manifestação de inconformidade.

A possibilidade dedução do IRRF sobre aplicações financeiras, frise-se, mais uma vez, está adstrita unicamente ao cômputo das receitas sobre as quais houve as retenções na apuração do lucro tributável.

A impossibilidade do crédito tal qual aduzida pela DRJ, ao fim e ao cabo, tornaria o IRRF definitivo, sem qualquer amparo na legislação, notadamente ser a Recorrente contribuinte submetida a apuração do lucro real. Irrelevante que tais receitas sejam reconhecidas separadamente ou em único lançamento contábil com as demais despesas financeiras. Neste particular, a primeira parte da resposta ao quesito “a” da Diligência não deixa dúvidas que a autoridade fiscal reconhece o oferecimento à tributação das receitas que deram origem ao IRRF.

“5.Quanto ao item “a” determinado na resolução do CARF, após a análise da documentação juntada pelo contribuinte, entendemos que houve o oferecimento à tributação de receitas de swap...”

Não obstante, a justificativa para a não homologação do crédito teria sido o excesso de despesas financeiras em relação às receitas oferecidas à tributação, que, na ótica da autoridade fiscalizadora, seriam indedutíveis.

“8. Nesse sentido o contribuinte deduziu integralmente as perdas, no valor de R\$ 40.129.792,27, resultando no prejuízo de R\$ 17.501.064,09, valor este que aumentou o prejuízo fiscal apurado pelo contribuinte em 2001, R\$ 95.160.118,71, o qual foi facultado ao interessado utilizá-lo na dedução dos lucros apurados em períodos seguintes. Ou seja, o oferecimento à tributação mostrou-se inferior no montante de R\$ 17.501.064,09, o qual foi indevidamente acrescentado ao prejuízo fiscal.

9.Portanto como as despesas de swap foram deduzidas em excesso no valor de R\$ 17.501.064,09, entendemos que as receitas de swap que devem ser consideradas como oferecidas à tributação deve ser de R\$ 5.217.664,09 (R\$ 22.628.728,18 – R\$ 17.501.064,09) e sobre este valor calculado o montante passível de utilização de retenções na fonte de swap. Assim, como a alíquota de retenção é de 20% sobre os rendimentos, o montante passível de ser reconhecido de retenções na fonte seria de R\$ 1.025.532,82 (R\$ 5.217.664,09 * 0,20).”

A construção argumentativa da autoridade preparadora não se sustenta em nenhum comando legal. Em verdade, ao assim proceder, tentou consertar, por via transversa, e inovação inadmissível no processo administrativo, o fato de a autoridade fiscal não ter autuado o contribuinte pelo motivo e base legal pertinentes. Quais sejam, o aumento indevido de um prejuízo fiscal por força de uma dedutibilidade de despesas que aquela autoridade considerava indedutíveis, ou, quiçá, a apuração de base positiva (lucro real) e conseqüente lançamento da diferença de imposto eventualmente devido.

Cabe destacar que, de início, o motivo para a não homologação teve por único argumento receitas financeiras não oferecidas à tributação. Veja Despacho Decisório (fls 155 Vol I):

“Foi observado que o contribuinte não ofereceu à tributação os rendimentos suportados pelos IRRF's declarados para os códigos 5273 e 8468 nas respectivas linhas, e segundo

o art. 837 do Decreto n.º 3.000, de 26 de Março de 1999 (RIR), estes IRRF's não podem ser considerados para fins de compensação.”

Posteriormente, quando do julgamento da manifestação de inconformidade, a DRJ/SPOI altera o argumento para afirmar que as receitas não haviam sido “corretamente” oferecidas à tributação. Veja (fls 183 vol II).

“Uma vez que não foram corretamente oferecidos A. tributação os resultados auferidos no mercado de renda variável, não se pode admitir a dedução do IRRF correspondente.”

Não é demais lembrar que, em todos os momentos que teve oportunidade, a ora Recorrente insistia na afirmação no sentido da submissão das receitas financeiras que originaram o IRRF ao lucro real (via reconhecimento no resultado do exercício), inclusive com persistentes pedidos de perícia.

Só quando da conversão do julgamento pelo CARF em Diligência no ano de 2014, por notórios indícios de que as receitas financeiras teriam sido oferecidas à tributação, é que a autoridade fiscal, explicitamente, informou que a Recorrente havia lançado corretamente as receitas financeiras e que a homologação parcial estaria consubstanciada no argumento da indedutibilidade do excesso de despesas, que, como já mencionado alhures, não encontra amparo na legislação.

Igual sorte não assiste razão à autoridade fiscalizadora no que toca ao IRRF sobre as operações de Day-Trade, pelas mesmas razões acima já esposadas.

Quanto ao quesito “b”, assim resultou a Diligência:

“No que concerne ao item “b” determinado na resolução do CARF, com base na documentação apresentada pelo contribuinte, entendemos que o interessado demonstrou ter lançado nas Linhas 24, 32 e 36 da DIPJ/2002 os resultados das operações de swap.”

A resposta acima em nada acrescenta ao já abordado no quesito “a” da Diligência, exceto pela prova que as operações de swap constavam da DIPJ/2002, como inicialmente alegado pela ora Recorrente.

Em relação ao argumento da indedutibilidade do excesso de despesas financeiras em comparação às receitas financeiras, este apenas surge, inovado pela decisão da DRJ/SPOI, ao analisar a manifestação de inconformidade da Recorrente, para assim assentar:

“Excluem-se da referida limitação as operações de cobertura (*hedge*) realizadas em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão, de acordo com o inciso V do artigo 77 da Lei n.º 8.981/1995, com a redação dada pela Lei n.º 9.065/1995. O § 10 do mesmo artigo conceitua as operações de cobertura.

Transcrevem-se as normas citadas:

"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 bolsas de valores, de mercadorias 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, proteção contra riscos inerentes as oscilações de preços 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".

No presente caso, as operações não foram realizadas em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão, conforme contratos de fls. 211 a 226. Além disso, a interessada não demonstra que objetivaram a proteção contra risco inerente a suas atividades operacionais ou que se destinaram A. proteção de seus direitos ou obrigações.

Desse modo, por não se caracterizar a exceção prevista no inciso V do artigo 77 da Lei n.º 8.981/1995, são indedutíveis as perdas no mercado de renda variável que superam os ganhos auferidos nas mesmas operações.”

Nesse ponto, o Despacho Decisório, como mencionado anteriormente, não havia negado a homologação pelo excesso de despesas (inedutíveis), mas com o simples argumento de as receitas não terem sido oferecidas à tributação.

Pois bem. Já está claro que a possibilidade de dedução do IRRF sobre aplicações financeiras está desassociado de eventuais perdas, ainda que indedutíveis.

Contudo, uma vez que este tema foi abordado pela DRJ/SPOI, passamos a analisar a procedência de suas alegações, apenas quanto a dedutibilidade das despesas financeiras, que, conforme já anteriormente esposado, em nada afeta o direito pleiteado pela Recorrente.

Perquirindo os precedentes do próprio CARF sobre a matéria, notadamente quanto à base legal reclamada pela fiscalização, assim tem se posicionado:

Processo nº 13005.720890/201302

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 1301002.915 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Sessão de 09 de abril de 2018

Matéria IRPJ: Hedge

Recorrente FRS S/A AGRO INDUSTRIAL

Recorrida FAZENDA NACIONAL “ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário:2008

PERDAS. APLICAÇÕES FINANCEIRAS. HEDGE. DEDUTIBILIDADE.

REGISTRO CETIP.

Demonstrado efetivo registro na CETIP, são dedutíveis as perdas. São plenamente dedutíveis na determinação do lucro real as perdas verificadas pela pessoa jurídica em aplicações financeiras em bolsa e em *swap* quando tais aplicações tiverem como finalidade o *hedge*. São plenamente dedutíveis na determinação do lucro real as perdas verificadas pela pessoa jurídica em aplicações financeiras em bolsa e em *swap* quando tais aplicações tiverem como finalidade o *hedge*.

APLICAÇÃO FINANCEIRA "SWAP" PARA FINS DE HEDGE.

DEDUÇÃO DE PERDAS.

Os lançamentos fiscais aqui controvertidos partem da premissa errônea de que as perdas em operações de *Swap* para *Hedge* teriam finalidade especulativa, o que não se comprovou. Assim, dedutíveis todas as perdas e não somente até o limite dos ganhos, fato que também não é só aplicável às instituições financeiras, nos termos do inciso V do art. 77 da Lei n. 8.981/95, e art. 35, § 2º, da Instrução Normativa SRF nº 25/2001 razão pela qual é absolutamente insustentável o lançamento em destaque."

No caso em concreto, a Recorrente juntou aos autos contratos de SWAP, cujos objetos eram a contratação de troca taxa (CDI) pelo Dólar, como por exemplo o que se destaca às (Fls 10 Vol II), com a indicação das características do registro junto à CETIP.

1. Para os efeitos do presente Instrumento, as partes assumem obrigações recíprocas de pagamento da variação positiva dos parâmetros de atualização, de acordo com o registro realizado junto à CETIP, com as seguintes características:

- 1.1. Número da operação: 00J11998
- 1.2. Valor base montante do contrato: R\$ 18.981.000,00
- 1.3. Data de início: 25/10/2000
- 1.4. Data de vencimento: 22/02/2001
- 1.5. Parâmetros de atualização para cada parte:

PACTUAL

1.5.1. BANCO: 100% do CDI extra-grupo

1.5.2. CLIENTE: Taxa PTAX 800 – opção 5 – cotação de venda, acrescido de taxa pré-fixada de 4,10% linear ao ano.

Em nenhum momento a autoridade fiscal sequer contestou documentos impróprios ou insuficientes a se provar a inexistência de transações financeiras com vista a uma proteção patrimonial frente à variação da moeda americana (hedge), afirmando, de forma genérica que *“No presente caso, as operações não foram realizadas em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão, conforme contratos de fls. 211 a 226. Além disso, a interessada não demonstra que objetivaram a proteção contra risco inerente a suas atividades operacionais ou que se destinaram à proteção de seus direitos”* (Fls 182/183 Vol II).

Da análise dos documentos acostados, *vis a vis* o próprio segmento no qual está inserido a Recorrente, com vendas no mercado exterior, e os esclarecimentos prestados após o resultado da Diligência (fls 792 a 809), aos olhos deste Relator, não restaram dúvidas quanto ao objetivo de Hedge, sem caráter especulativo, materializado através dos contratos de SWAP. São contratos visando a proteção do patrimônio da companhia às oscilações da moeda americana. Portanto, também não deve prosperar a alegação de as perdas com os SWAP (hedge) serem indedutíveis.

Mesma sorte não assiste aos contratos de day-trade, cujo caráter especulativo é presumido pela Lei e não há qualquer ressalva quanto a casos para possibilitar a sua dedutibilidade. Mas, ainda que as perdas oriundas desses contratos sejam indedutíveis, esse fato não enseja, de plano, a impossibilidade de dedução do IRRF, se as receitas correspondentes estejam computadas na apuração do imposto de renda da pessoa jurídica.

Por fim, quanto ao montante, o Despacho Decisório homologou apenas R\$2.685.684,51.

Portanto, tendo em vista o acima exposto, há de se considerar o montante de R\$ 2.685.684,51 (dois milhões, seiscientos e oitenta e cinco mil, seiscientos e oitenta e quatro reais e cinquenta e um centavos) a título de Imposto de Renda Retido na Fonte na apuração do saldo credor de IRPJ do exercício 2002.

Referido montante foi obtido a partir do seguinte cálculo aritmético: Valor do saldo total de retenções (R\$7.211.454,65) (-) IRRF código 5273 Swap (R\$4.525.731,46) (-) IRRF código 8468 day-trade (R\$ 38,68).

Portanto, neste item deve-se conhecer do Recurso Voluntário para Ihe DAR PROVIMENTO para reconhecer o direito ao crédito do IRRF no montante de R\$ 4.525.770,14 (R\$ R\$4.525.731,46 (swap) + R\$ 38,68 (day-trade)), na apuração do saldo negativo de IRPJ do exercício financeiro 2002.

3. IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR SOBRE LUCROS, RENDIMENTOS E GANHOS DE CAPITAL. FORMAÇÃO DO SALDO NEGATIVO DE IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO.

Segundo consta do Despacho Decisório, não foi homologado o valor de R\$ 332.508,52, por tratar-se de imposto de renda pago no exterior que estava compondo o saldo negativo de imposto de renda do exercício 2002, em razão da apuração de prejuízo fiscal por parte da Recorrente.

“Foi verificado que o contribuinte utilizou imposto pago no exterior sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital para compor o saldo credor de **IRPJ**. Porém esses valores não podem ser utilizados para fins de composição de saldo negativo de **IRPJ**, podendo somente ser utilizados para compensar o imposto devido, respeitando as limitações legais. (GRIFAMOS)

“Decreto nº3.000, de 26 de março de 1999 (RIR).

"Art. 395. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos, ganhos de capital e receitas decorrentes da prestação de serviços efetuada diretamente, computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil sobre os referidos lucros, rendimentos, ganhos de capital e receitas de prestação de serviços.

§ 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos, ganhos de capital e receitas de prestação de serviços auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil”

Por sua vez, a DRJ/SPOI, além de replicar o normativo acima, acrescentou:

“Veja-se, ainda, o que estabelece a Instrução Normativa SRF nº 38/1996, vigente à época dos fatos ora tratados:

"Art. 13. O imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, bem como o pago relativamente a rendimentos e ganhos de capital, poderão ser compensados com o que for devido no Brasil.

(..)

§ 15. O tributo pago sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, que não puder ser compensado em virtude de a pessoa jurídica, no Brasil, no respectivo ano-calendário, não ter apurado lucro real positivo, poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendários subsequentes" (destaques da transcrição).”

Assim, se a pessoa jurídica não houver apurado lucro real no período, o imposto pago no exterior poderá ser compensado com o imposto de renda que for devido em anos-calendário subsequentes.

Note-se que a empresa não apurou imposto devido no ano-calendário de 2001, conforme Ficha 12A da DIPJ/2002 (fl. 124). Assim, não é possível a dedução do imposto que teria sido retido por fontes pagadoras no exterior, na determinação do saldo negativo de IRPJ daquele período.”

Cabe destacar que, neste ponto, não há qualquer questionamento das autoridades fiscais sobre a existência ou não do crédito, tampouco se as receitas foram ou não computadas na apuração da base do imposto de renda.

A questão cinge-se, tão somente, ao fato do imposto de renda pago no exterior poder ou não compor o saldo negativo do imposto de renda, quando a pessoa jurídica apura prejuízo fiscal no mesmo exercício do aludido pagamento.

Quando da introdução da tributação em bases mundiais (art. 25 e seguintes, da Lei 9.249, de 1995 e art. 15 da Lei 9430, de 1996), a regra matriz da compensação do imposto de

renda incidente sobre os lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior, ficou limitada ao imposto que seria devido no Brasil sobre tais rendimentos.

Tomando-se, por mera hipótese, que o único resultado apurado pela empresa no Brasil fosse exatamente os lucros, rendimentos ou ganho de capital no exterior, e sobre esses a tributação no exterior tivesse sido de 40% (quarenta por cento), decerto que, ao apurar o imposto de renda no Brasil à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), este seria o limite possível de compensação do imposto pago no exterior. Nessa hipótese, nada mais haveria de ser recolhido aos cofres do erário brasileiro. Entretanto, nenhum valor adicional (o excesso de 15%) seria cabível de restituição.

O tema ganha em complexidade quando se combinam os resultados das atividades em território nacional com aqueles das atividades no exterior. Dessa combinação podem resultar várias outras situações, sendo a que interessa para o caso em concreto é aquela na qual o resultado combinado é um prejuízo fiscal, e, ao mesmo tempo, tenha havido tributação sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital no exterior.

A primeira conclusão é que nenhum imposto será devido ao Estado Brasileiro, por óbvio. A segunda é que não há como, simplesmente, o imposto retido no exterior ser formador de um imposto de renda a maior naquele ano, passível de restituição.

Porém, mesmo raciocínio não se aplica à possibilidade daquele imposto ser passível de compensação em períodos posteriores. Explico: O art. 26, da Lei 9.249, de 1995 (extensível aos rendimentos na forma do art. 15 da Lei 9430, de 1996) determina que o imposto pago no exterior pode ser compensado “até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital”.

Em 28 de junho de 1996, foi publicada a Instrução Normativa SRF no. 38, de 27 de junho de 1996 (IN 38/96), que acabou por regulamentar tal dispositivo.

Determinou a IN 38/96 que o cálculo do imposto de renda no Brasil fosse realizado, tendo juntas as atividades do Brasil e do Exterior.

IMPOSTO E ADICIONAL

“Art. 12. O imposto e o adicional devidos no Brasil, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital, auferidos no exterior, serão calculados juntamente com o imposto e adicional devidos, correspondentes às operações praticadas no Brasil.”

Contudo, ao explicar como esse cálculo deveria ser realizado, a IN 38/96 determinou que se fizesse a apuração do imposto antes e após a inclusão dos lucros, rendimentos e ganhos de capital no exterior. Destacamos abaixo:

§ 9º O valor do tributo pago no exterior, a ser compensado, não poderá exceder o montante do imposto e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor dos lucros, rendimentos e ganhos de capital incluídos no lucro real.

§ 10. Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica, no Brasil, deverá calcular o valor.

a) do imposto pago no exterior, correspondente aos lucros de cada filial, sucursal, controlada ou coligada, bem assim aos rendimentos e ganhos de capital, que houverem sido computados na determinação do lucro real;

b) do imposto e adicional devidos sobre o lucro real antes e após a inclusão dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

§ 11. Efetuados os cálculos na forma do parágrafo anterior, o tributo pago no exterior, passível de compensação, não poderá exceder o valor determinado segundo o disposto na sua alínea a, nem à diferença positiva entre os valores calculados sobre o lucro real com e sem a inclusão dos referidos lucros, rendimentos e ganhos de capital, referidos na sua alínea b.

A polémica, então, surge quando antes e depois da inclusão o resultado permanece negativo – prejuízo fiscal. Em uma conclusão açodada, a resposta seria a impossibilidade de utilização do imposto pago no exterior, por não resultar imposto devido no Brasil.

Essa hipótese foi explicitamente tratada na mesma IN 38/96, mesmo normativo utilizado pela DRJ/SPOI para negar a possibilidade utilização do crédito reclamado pela Recorrente. Vejamos o que dispõe o parágrafo 15, do art. 13.:

“15. O tributo pago sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, que não puder ser compensado em virtude de a pessoa jurídica, no Brasil, no respectivo ano-calendário, não ter apurado lucro real positivo, poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendários subsequentes.”

§ 16. Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendários subsequentes e controlar o seu valor na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR.

§ 17. O cálculo referido no parágrafo anterior será efetuado mediante a multiplicação dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital computados no lucro real, pela alíquota de quinze por cento, se o valor computado não exceder o limite de isenção do adicional, ou pela alíquota de vinte e cinco por cento, se exceder.”

A IN 38/96 veio exatamente esclarecer que, a despeito de não poder o imposto pago no exterior ser passível aumento de uma base já negativa, porquanto equivaleria a uma “transmutação” para imposto de renda negativo (passível de restituição), não haveria óbice à sua compensação em períodos subsequentes, observados o limite originário e o controle exigidos nos parágrafos 16 e 17, do art. 13 acima transcrito, na linha da inteligência do caput do art. 26, da Lei 9.249, de 1995.

A inteligência do normativo pode ser compreendida da seguinte forma. Tome-se por hipótese a existência de um prejuízo fiscal oriundo das atividades exercidas em território nacional antes de se somar os resultados positivos do exterior de (\$100), e um resultado positivo do exterior no valor de \$100, que tenha sido submetido a uma tributação de 25% no exterior.

Em não havendo a imposição de se somar tais resultados, o sujeito passivo teria a possibilidade de redução do imposto devido no futuro sobre as atividades exercidas em território nacional da ordem de \$25 (resultante do prejuízo de \$100). Entretanto, ao ser somado o resultado

positivo do exterior, o sujeito passivo deixa de ter esse direito, e ao mesmo tempo, foi submetido a uma tributação no exterior de \$25.

Assim, mantida essa situação, o contribuinte seria penalizado duas vezes. Perda do direito de uso de um prejuízo fiscal das atividades no Brasil e, ao mesmo tempo, pagamento de um imposto no exterior.

A possibilidade de utilização dos \$25 (imposto do exterior), no futuro, é uma medida de justiça fiscal para que se recomponha o direito do sujeito passivo, que deixou de poder usufruir de um saldo maior de prejuízo fiscal, cujo efeito financeiro é de igual monta.

De outro lado, porém, esse tributo pago no exterior não pode ser simplesmente ressarcido nas modalidades de saldo negativo, motivo pelo qual a sua utilização futura deve estar limitada ao montante do saldo de imposto a pagar, antes de sua dedução. Por óbvio, mantido o controle na parte B do Lalur.

No caso em concreto, o objeto da lide é a não homologação do saldo negativo de imposto de renda, em razão da Recorrente ter nele incluído o valor do imposto pago sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital no exterior.

Não obstante ser possível a compensação de imposto pago sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital no exterior com imposto de renda da pessoa jurídica devido em períodos subsequentes (§§ 15, 16 e 17 da IN 38/96), como aqui esposado, não assiste razão à Recorrente. O imposto pago no exterior não deve compor o saldo negativo do imposto de renda, quando a pessoa jurídica apura prejuízo fiscal no mesmo exercício.

Com efeito, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário nesse item.

CONCLUSÃO:

Por todo o exposto, vota-se por conhecer do Recurso Voluntário, para afastar a preliminar de cerceamento de defesa, e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO**, nos seguintes termos:

- i) Reconhecer o crédito de IRRF sobre operações de Swap e day-trade, no montante de R\$ 4.525.770,14 (R\$ R\$4.525.731,46 (swap) + R\$ 38,68 (day-trade)), na apuração do saldo negativo de IRPJ do ano calendário 2001, e homologar a(s) compensação(ões) declarada(s) até o limite do crédito reconhecido.

(documento assinado digitalmente)

Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Relator