



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10983.721661/2013-32
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.181 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de maio de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente A.M.C. TEXTIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2008

GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. PERDAS COM SWAP.

Quando não se prova que a operação no mercado de derivativos se relaciona à proteção dos direitos e obrigações da contribuinte, fica descaracterizado o propósito de cobertura de risco (*hedge*) da operação. Nesse caso, para fins de dedutibilidade na determinação do lucro real, impõe-se o reconhecimento das perdas apuradas em operações de swap somente até o limite dos ganhos auferidos nas operações de mesma natureza.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC. Precedentes das três turmas da Câmara Superior - Acórdãos 9101-001.863, 9202-003.150 e 9303-002.400. Precedentes do STJ - AgRg no REsp 1.335.688-PR, REsp 1.492.246-RS e REsp 1.510.603-CE.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/12/2008

AUTO REFLEXO

Aplicam-se aos lançamentos reflexos, quando tenham por base os mesmos fatos apurados para o lançamento do IRPJ, as mesmas razões que deram fundamento ao acórdão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 10983.721661/2013-32
Acórdão n.º **1402-002.181**

S1-C4T2
Fl. 3.728

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO, GILBERTO BAPTISTA, LEONARDO LUIS PAGANO GONCALVES, DEMETRIUS NICHELE MACEI, FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, ROBERTO SILVA JUNIOR e FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO.

Relatório

A.M.C. TEXTIL LTDA recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 1ª Turma da DRJ Ribeirão Preto/SP, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Em ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado foram apuradas, no ano-calendário de 2008, perdas não dedutíveis com operações de swap, razão pela qual foram essas despesas financeiras glosadas, resultando na lavratura dos autos de infração de IRPJ (fls. 3454-3456) e de CSLL (fls. 3461-3463), com imposição de multa de ofício de 75%.

Conforme descrito no "Termo de Verificação Fiscal" de fls. 3467-3524, o contribuinte é empresa dedicada ao ramo de confecção de peças de vestuário, sendo titular de diversas marcas de renome. Constatou a autoridade autuante que, no curso do ano-calendário de 2008, o contribuinte efetuou diversos lançamentos contábeis na conta "Variação Cambial Passiva", nos quais foram registrados valores de perdas em contratos de swap celebrados com diversas instituições financeiras, perfazendo despesas financeiras no total de R\$ 187.612.957,66.

Esclarece a autoridade autuante, invocando os arts. 72 a 77 da Lei nº 8.981/1995 e o art. 249 do Decreto nº 3.000/1999 (RIR), que, como regra geral, as perdas apuradas nas operações realizadas nos mercados de renda variável e de swap somente são dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL até o limite dos ganhos auferidos nas mesmas operações. Exceção a essa regra se dá nas hipóteses de operações de cobertura (hedge) realizadas em bolsas de valores, de mercadoria e de futuros ou no mercado de balcão, quando as perdas são integralmente dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL.

Ressalta que, nos termos do art. 77, § 1º, da Lei nº 8.981/1995, reputam-se operações de hedge aquelas destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado: a) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica; b) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

Após tecer considerações acerca dos conceitos de derivativos, dos contratos de swap e da estratégia de hedge, conclui a autoridade autuante que os arts. 72 a 77 da Lei nº 8.981/1995 não vedam a realização de operações especulativas, mas eventuais perdas decorrentes dessas operações não são dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL.

Intimado a apresentar documentos comprobatórios das despesas financeiras escrituradas na conta "Variação Cambial Passiva", o contribuinte apresentou os seguintes elementos: 1- Instrumento Particular de Adesão ao Sistema de Proteção Contra Riscos Financeiros - SPR Derivativos (SWAP, Termo e Opções) e Outras Avencas (SANTANDER); 2- Contratos de Derivativos - SWAP Fluxo de Caixa (UNIBANCO); 3-Confirmação de Operação de SWAP (ITAÚ BBA); 4- duas cédulas de crédito bancário, uma contratada junto ao ITAÚ-UNIBANCO e outra junto ao SANTANDER.

As referidas cédulas de crédito bancário, datadas de 05/12/2008, liquidavam os resultados financeiros negativos resultantes das contratações de swap representadas pelos contratos mencionados nos itens "1", "2" e "3", perdas essas nos seguintes valores: 37.300.000,00 (SANTANDER); R\$ 90.295.847,04 (UNIBANCO); R\$ 49.704.150,83 (ITAÚ).

Em seguida, a autoridade autuante solicitou novos documentos e esclarecimentos, pedindo inclusive a explicitação das justificativas negociais (econômicas e/ou financeiras) para a contratação de derivativos (swap) no ano-calendário de 2008.

Diante da falta de apresentação de alguns dos documentos solicitados e da insistente versão de que os contratos de swap se constituíam em empréstimos/financiamentos para capital de giro, a autoridade autuante intimou as instituições financeiras a apresentar documentos e esclarecimentos.

Após análise da documentação apresentada, concluiu a autoridade autuante que a AMC efetuou, junto às instituições financeiras, contratações simultâneas de crédito para capital de giro e de derivativos (swap) com fins especulativos, tratando-se de contratações distintas, com condições e contratos distintos. Em seguida, passou a detalhar as operações.

No dia 08/09/2008, o contribuinte celebrou com o SANTANDER, simultaneamente, um contrato de swap com valor nocional de R\$ 7.000.000,00 e um contrato de crédito (nota de crédito à exportação) no mesmo valor. Nos termos do contrato de crédito, com vencimento marcado para o dia 31/08/2009, sobre o principal incidiria 100% da variação do CDI mais 6,15% ao ano. Por outro lado, no contrato de swap, o contribuinte assumiu posição ativa correspondente a 116% do CDI e posição passiva correspondente a 95% da variação do CDI mais 95% da variação cambial do dólar.

Em 15/08/2008, o contribuinte celebrou, também com o SANTANDER, simultaneamente, um contrato de swap com valor nocional de R\$ 6.625.000,00 e um contrato de crédito (nota de crédito à exportação) no mesmo valor. Nos termos do contrato de crédito, sobre o principal incidiria 100% da variação do CDI. Por outro lado, no contrato de swap, o contribuinte assumiu posição ativa correspondente a 100% da variação do CDI mais 2,03% ao ano e posição passiva correspondente a 75% do CDI mais 75% da variação cambial do dólar.

Pondera a autoridade autuante que a AMC, por meio desses contratos, apostava na queda da cotação do dólar americano, pretendendo obter um ganho referente à diferença das posições em CDI. Não tinha o contribuinte posições ativas em dólar que lhe permitissem compensar possíveis perdas com a posição passiva na moeda assumida por ele com os swaps. Por essa razão, seus fins eram especulativos e os resultados da aposta foram negativamente potencializados em virtude das condições contratuais dos swaps, que previam strikes (verificadores) e a possibilidade de liquidação antecipada. Conforme esclarece a autoridade autuante, "em datas preestabelecidas no contrato são realizadas verificações (data de vencimento da etapa) para cotações mínimas do dólar (strikes). A variação cambial é cumulativamente devida todas as vezes que essas cotações mínimas fossem ultrapassadas, posto que calculadas, repetidamente, sobre o valor da contratação" (grifado no original).

Os contratos de swap celebrados junto ao SANTANDER foram liquidados antecipadamente, no dia 05/12/2008, experimentando o contribuinte perdas no total de R\$ 37.300.000,00. Além dessas perdas, consta na escrituração do contribuinte

lançamentos na conta "Variação Cambial Passiva", com as seguintes datas e valores: R\$ 1.611.029,59 (outubro/2008); R\$ 2.848.122,86 (novembro/2008); R\$ 343.457,44 (05/12/2008). Em razão da falta de apresentação dos demonstrativos de cálculo para as contratações de swap, afirma a autoridade autuante que não foi possível levantar os valores exatos das verificações (strikes) realizados nos dois meses que antecederam a liquidação antecipada.

Observa a autoridade autuante que, contrariamente aos contratos de swap, que foram liquidados antecipadamente, os contratos de crédito para capital de giro foram sendo quitados ou renegociados nos anos seguintes.

A autoridade autuante relata, ainda, a realização de contrato de swap pelo contribuinte junto ao SANTANDER, no ano de 2011, no qual aquele obteve ganhos, revelando esse contrato a atuação especulativa da empresa nesse mercado.

Nas contratações de swap junto ao Unibanco as condições foram semelhantes. O contribuinte firmou diversos instrumentos intitulados "Contrato de Derivativo - Swap de Fluxo de Caixa", nos dias 15/08/2008, 04/07/2008, 08/07/2008 e 08/07/2008, respectivamente nos valores de R\$ 8.400.000,00, R\$ 5.000.000,00, R\$ 3.595.536,02 e R\$ 8.988.840,04. Concomitantemente, celebrou, nas mesmas datas e valores, diversos contratos de crédito para obtenção de capital de giro, mediante Cédulas de Crédito Bancário - CCB, Notas de Crédito à Exportação - NCE e Contratos de Mútuo.

No swap identificado por ATIV08G01753, no valor de R\$ 8.400.000,00, celebrado em 15/08/2008, o contribuinte assumiu posição ativa correspondente a 112% do CDI e posição passiva correspondente a 70% da variação do CDI mais a variação cambial do dólar. Na mesma data e no mesmo valor, contratou Cédula de Crédito Bancário, com vencimento em 10/08/2009, nos termos da qual sobre o principal incidiria 112% da variação do CDI. Os juros com a contratação do crédito foram apropriados ao longo do tempo, até o ano de 2010, enquanto as perdas com o contrato de swap se deram na liquidação antecipada, em 05/12/2008, totalizando R\$ 35.063.262,63. Também nesse caso o contrato de swap contemplava verificadores para a cotação da moeda americana, de modo que os resultados seriam verificados e devidos em oito datas que antecederiam o vencimento.

No swap identificado por ATIV08H00456, no valor de R\$ 5.000.000,00, celebrado em 10/07/2008, o contribuinte assumiu posição ativa correspondente a 75% do CDI e posição passiva correspondente a 75% da variação do CDI mais a variação cambial do dólar. Este contrato é renovação do swap identificado por ATIV07G00486, contratado em 10/07/2007, mesma data em que o contribuinte firmou Nota de Crédito à Exportação, no mesmo valor, com vencimento em 04/07/2008, nos termos da qual sobre o principal incidiria 75% da variação do CDI. O contrato de swap foi liquidado antecipadamente em 05/12/2008, com perdas de R\$ 16.029.627,57, enquanto, na mesma data, a Nota de Crédito à Exportação foi objeto de aditamento, de modo que a amortização do principal e dos juros desse crédito continuou ocorrendo em anos posteriores.

Em 08/07/2008, o contribuinte celebrou com os contratos de swap identificados por ATIV08G00829 e ATIV08G0996, respectivamente nos valores de R\$ 3.595.536,02 e R\$ 8.988.840,04. Relata a autoridade autuante que esses contratos são renovações dos contratos, celebrados em 11/01/2008, identificados por ATIV08A03468 e ATIV08A03469, respectivamente nos valores de R\$ 4.000.000,00 e de R\$ 10.000.000,00. Também em 11/01/2008, mediante Cédulas de Crédito Bancário, o contribuinte firmou Repasses de Recursos em Moeda Estrangeira, nos mesmos valores desses contratos, equivalentes a US\$ 2.254.537,26

e a US\$ 5.636.343,14, já que o dólar estava então cotado a R\$ 1,7742. No vencimento dessas Cédulas de Crédito Bancário, em 08/07/2008, o dólar estava cotado a R\$ 1,5948, tendo elas sido renovadas pelos valores de R\$ 3.595.536,02 e de R\$ 8.988.840,04, mesmos valores dos contratos de swap inicialmente referidos. Nesses contratos de swap, a posição ativa do Unibanco tem previsão de avaliação em 12 verificações, enquanto a posição ativa do contribuinte tem previsão de avaliação apenas na última verificação. Como resultado dessa estratégia arriscada, o contribuinte, em 05/12/2008, liquidou antecipadamente os contratos de swap, arcando com perdas de R\$ 11.200.781,21 no contrato ATIV08G00829 e de R\$ 28.002.175,78 no contrato ATIV08G00996.

O contrato de swap celebrado, em 18/08/2008, com o Itaú BBA obedece a sistemática semelhante. Nesse contrato, identificado como OPERAÇÃO DE SWAP 109808080086800, com valor nominal de R\$ 18.000.000,00, o contribuinte assume posição ativa correspondente a 123,50% do CDI e posição passiva correspondente a 85% do CDI mais variação cambial do dólar. Na mesma data e no mesmo valor, o contribuinte firmou com o Itaú BBA Cédula de Crédito Bancário, com custo de 123,5% do CDI e vencimento em 10/08/2009. Também nesse contrato de swap havia previsão de um calendário de verificadores. Na liquidação antecipada desse contrato, ocorrida em 05/12/2008, o contribuinte arcou com perdas de R\$ 49.704.150,83.

As perdas conjuntas, no valor de R\$ 142.677.338,27, provenientes dos contratos de swap celebrados com o Unibanco e com o Itaú BBA, resultaram na assinatura, em 05/12/2008, da Cédula de Crédito Bancário nº 100108120004500 (fls. 870-881) com o Banco Itaú BBA.

A autoridade autuante ressalta que a cédula de crédito bancário celebrada com o Bradesco, em 17/03/2008, no valor de R\$ 240.000.000,00 não tem qualquer relação com os contratos de swap que ensejaram as perdas no ano de 2008. São operações distintas no tempo, nas condições de contratação e nos resultados financeiros. A referida cédula de crédito bancário teve a primeira parcela, no valor de R\$ 160.500.000,00, liberada em 17/03/2008, e as demais parcelas, cada uma no valor de R\$ 26.500.000,00, liberadas em 17/03/2009, 17/03/2010 e 17/03/2011. O prazo de contratação foi de 72 meses, vencendo a última parcela em 17/03/2014, com custo de 100% do CDI.

Conclui a autoridade autuante que o contribuinte, ao celebrar os referidos contratos de swap não tinha objetivo de hedge. Afirma, ademais, que as despesas havidas com variação cambial passiva decorrentes desses contratos foram desnecessárias, não cumprindo os requisitos previstos no art. 299 do Decreto nº 3.000/1999, razão pela qual não são dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL. Pondera que a atividade essencial do contribuinte é a industrialização e comercialização de produtos têxteis, sendo que a aposta na variação de uma moeda estrangeira não pode ser considerada usual nas condições em que ocorreram, tendo em conta que os contratos de swap não tinham por objetivo a proteção patrimonial da empresa. Ademais, não pode ser reputada normal a aceitação contratual de verificadores que potencializavam os resultados da aposta, multiplicando as perdas.

Uma vez descaracterizadas as operações como hedge, as perdas somente são dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos nas mesmas operações. A autoridade autuante apurou perdas decorrentes de operações de swap, em 2008, no total de R\$ 187.612.957,66. Apurou, ainda, receitas financeiras com swap, em 2008, no total de R\$ 398.497,26. A diferença entre perdas e ganhos perfaz o total de R\$ 187.214.460,40, que corresponde ao valor das perdas

não dedutíveis com operações de swap a serem adicionadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Inconformado, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 3526-3556, na qual deduz as alegações a seguir resumidamente discriminadas:

Em 2007, a AMC TÊXTIL LTDA iniciou negociações para a aquisição das empresas do grupo TUFI DUEK, detentor das marcas Fórum Fórum Tufi Duek, Triton e Tufi Duek e, para efetivar essa aquisição, recorreu ao BNDES, por meio do seu Programa de Apoio à Revitalização de Empresas - REVITALIZA, tendo apresentado consulta prévia de enquadramento no programa em 19/12/2007. Porém, em 17/03/2008, antes que fossem finalizados os trâmites junto ao BNDES, cujo crédito somente foi disponibilizado em 24/03/2010, a aquisição foi realizada com recursos próprios, ensejando desequilíbrio no fluxo de caixa da empresa. Em virtude desse desequilíbrio, contratou, na mesma data da aquisição, financiamento junto ao Banco Bradesco, no valor total de R\$ 240.000.000,00, com liberação imediata da primeira parcela, no montante de R\$ 160.500.000,00. Além disso, também nessa época, contratou crédito junto ao Banco Itaú, ao Unibanco e ao Santander, em operações caracterizadas como "empréstimos ponte", por serem medidas de urgência para obtenção de capital de giro, até que o crédito solicitado ao BNDES fosse liberado. Porém, considerando a situação econômica nacional e internacional à época dos fatos, as instituições financeiras liberavam o crédito mediante a contratação conjunta de instrumentos secundários (derivativos) que possibilitassem a redução do risco. O derivativo utilizado era o contrato de swap, por meio do qual a AMC TÊXTIL LTDA transferia ao banco o risco relacionado ao pagamento da variação do CDI e, em troca, assumia a obrigação de pagar à instituição financeira a variação do dólar norte-americano frente ao Real. Os contratos de swap tinham os mesmos valores das operações de crédito, eram firmados simultaneamente a essas operações e objetivavam a troca da posição passiva, afastando a exposição da AMC TÊXTIL LTDA ao risco de flutuação dos índices do CDI. Em conclusão, o risco alocado nos contratos de swap tinha como ativos referenciados as contratações de crédito junto às instituições financeiras.

Os contratos de swap possuíam datas de verificação pré-determinadas (strikes) nas quais as partes deveriam pagar uma à outra o valor da variação do dólar no período, sendo possível, ainda, a liquidação antecipada, a depender da conjuntura econômica. Essas cláusulas, aliadas à crise econômica que abalou a economia internacional à época dos fatos, que ocasionou expressivo aumento da cotação do dólar norte-americano, deram causa aos prejuízos nos contratos de swap, cuja liquidação antecipada se deu em 05/12/2008. Assevera a impugnante que, quando da liquidação desses contratos, seu endividamento bancário havia crescido sensivelmente, quando comparado a suas disponibilidades financeiras.

Os contratos de swap são derivativos pelos quais as partes comprometem-se a trocar, em data futura, ativos financeiros de natureza diversa, dos quais são titulares. Esses contratos podem ser utilizados para fins de cobertura (hedge), vale dizer, para proteger a parte contratante de risco ao qual está exposta.

Nos termos do art. 77, V, § 1º, da Lei nº 8.981/1995 e do art. 35, § 2º, da Instrução Normativa SRF nº 25/2001, uma operação é considerada de cobertura (hedge) se (I) estiver relacionada com as atividades operacionais da pessoa jurídica; ou (II) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica. Esses requisitos são alternativos. A despeito disso, ambos foram cumpridos nas operações realizadas. Os contratos de swap celebrados estavam sempre vinculados a contratos de crédito firmados na mesma data junto às mesmas instituições financeiras com o

intuito de obter capital de giro. Tendo em conta que esses empréstimos estavam intrinsecamente relacionados às atividades operacionais da empresa, conclui-se que os contratos de swap firmados com o fim de proteger tais empréstimos também guardam estreita vinculação com as atividades operacionais. Ademais, a busca de proteção contra riscos inerentes à atividade econômica encontra-se entre as finalidades principais de qualquer pessoa jurídica. A busca por redução do custo de capital de terceiros é fator fundamental para a continuidade dos negócios das empresas, razão pela qual não há que se falar nessas hipóteses em especulação no mercado financeiro. O ambiente econômico, à época da realização das operações, sugeria que o risco da alta do dólar americano era inferior ao risco da variação das taxas de juros, de modo que, ao trocar o risco dos empréstimos contraídos, do CDI pelo dólar, o objetivo era a proteção do capital. Além disso, os contratos de swap tinham objetivo de proteção relativamente aos empréstimos contraídos, de modo simultâneo e nos mesmos valores, junto às instituições financeiras.

As perdas em operações de hedge podem ser integralmente dedutíveis na apuração do lucro real, conforme prescreve o § 6º do art. 35 da Instrução Normativa SRF nº 35/2001.

Caso, ao invés da celebração de contratos de swap, os empréstimos houvessem sido contraídos diretamente na moeda americana, a desvalorização cambial teria também resultado em graves perdas, que seriam integralmente dedutíveis. Ocorre que as captações de empréstimos diretamente em dólares, no mercado internacional, são mais custosas quando envolvem volumes de recursos menores, razão pela qual essa não era a melhor opção. Diante disso, a pretensão de obstar a dedutibilidade das perdas nas operações de swap acaba por discriminar as operações em razão do seu porte, afrontando o sistema tributário previsto na Constituição Federal.

Os contratos de swap celebrados junto ao Santander nos anos de 2011 e 2012, a que se refere a autoridade autuante, também tinham finalidade de proteção (hedge), conforme esclarece o próprio Santander na correspondência de fls. 3579-3580.

Por fim, pede o impugnante que se decrete a improcedência integral da autuação, de forma a extinguir os créditos tributários de IRPJ e de CSLL exigidos, reconstituindo-se o saldo de prejuízo fiscal existente à época dos fatos.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 14-57.899 (fls. 3.583-3.599) de 23/04/2015, por unanimidade de votos, considerou improcedente a impugnação. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/2008

HEDGE - REQUISITOS - DEDUTIBILIDADE DAS PERDAS - SWAP. As perdas incorridas em operações de renda variável somente são dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações da mesma natureza. A perda passa a ser dedutível caso a operação seja de cobertura (hedge), sendo requisitos para a caracterização como tal a (1) vinculação com as atividades operacionais da empresa ou (2) a destinação à proteção de direitos e obrigações. Contratos de swap firmados com o fim de reduzir o custo de capital de terceiros não são operações vinculadas às atividades

operacionais de empresa. Tampouco tais contratos de swap podem ser qualificados como destinados à proteção de direitos e obrigações, pois para tanto exige-se correlação de valores e prazos com o ativo ou com o passivo exposto ao risco relativamente ao qual se busca proteção, de modo a que eventuais perdas ou ganhos relacionados ao ativo/passivo são compensadas por correspondentes perdas ou ganhos com a operação realizada no mercado financeiro.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Data do fato gerador: 31/12/2008

AUTO REFLEXO. Quanto à impugnação de auto de infração lavrado como reflexo de fatos apurados para o lançamento do IRPJ, são aplicáveis as mesmas razões que deram fundamento à decisão acerca da impugnação a este, quando não houver alegação específica no tocante ao auto reflexo."

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 12/05/2015 (termo de fl. 3.606) a interessada interpôs recurso voluntário em 02/06/2015 (fls. 3.608-3.651) onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação, rebatendo os argumentos da decisão recorrida conforme quadro-resumo a seguir.

Argumento da R. Decisão	Contra-argumento da Recorrente
<i>"A conclusão de que uma dada operação foi efetuada com o fim de proteção (hedge) requer a demonstração de correlação de valores e prazos com o ativo ou com o passivo exposto ao risco relativamente ao qual se busca proteção. "</i>	Conforme conceituado pela literatura econômico-financeira, e expressamente previsto pela legislação fiscal (I do §2º do artigo 35 da Instrução Normativa SRF nº 25/01), uma operação de hedge não depende da correlação de valores de ativo e passivo exposto ao risco. A operação de hedge pode ter como objetivo a proteção da companhia contra uma exposição cambial econômica, como no caso da Recorrente.
<i>"A gestão de riscos financeiros da Recorrente, porém, a despeito de sua relevância para o sucesso empresarial, não pode ser reputada como relacionada com as atividades operacionais da pessoa jurídica para os fins do art. 77 § 1º, "a", da Lei nº 8.981/1995."</i>	Conforme demonstrado empiricamente pelos documentos acostados aos autos, as operações de swap em questão estavam diretamente vinculadas aos contratos de mútuo contraídos pela Recorrente com a finalidade de subsidiar suas atividades. A correlação do passivo em dólar visava garantir a segurança do caixa operacional adquirido por meio do mútuo, através da proteção contra eventos adversos da variação cambial; tais como aqueles advindos do aumento de importações - exposição econômica. Ou seja, a Recorrente buscou proteger sua margem de lucro vinculando o custo do caixa operacional à variação do dólar (variação essa que impada sua obtenção de receitas na direção inversa — quanto maior o dólar, maio a receita, porém maior o custo do caixa operacional e vice versa).
<i>"Isso, evidentemente, não se confunde com estratégia de proteção (hedge), que consiste na simultânea limitação de perdas e de ganhos a que estão sujeitos seus ativos ou passivos, mediante a celebração de contratos financeiros que compensam as referidas perdas e ganhos."</i>	A estratégia de proteção de sua margem, através do caixa operacional, por hedge através da simultânea limitação de perdas e de ganhos a que estão sujeitos seus ativos ou passivos foi precisamente o objetivo da Recorrente ao contrapor ganhos e perdas com os instrumentos de swap atrelados à captação do caixa operacional contra ganhos e perdas decorrentes do aumento ou diminuição de suas receitas em razão da competição internacional (ambas as situações atreladas à variação cambial do dólar americano).

Processo nº 10983.721661/2013-32
Acórdão n.º **1402-002.181**

S1-C4T2
Fl. 3.736

<i>"A Recorrente, conforme já ressaltado, por meio dos contratos de swap firmados, expôs-se excessivamente ao risco da variação cambial do Dólar estadunidense, a fim de reduzir o custo de capital decorrente dos empréstimos contraiados junto às instituições financeiras."</i>	A exposição a que se submeteu a Recorrente é própria dos contratos firmados com finalidades de hedge, inclusive pela mencionada redução do custo de captação atrelado à finalidade de proteção contra exposição econômica, conforme amplamente demonstrado. O fato de sua estratégia não ter sido bem sucedida, ocasionando em grandes perdas, não pode, por si só, invalidar a comprovada intenção de proteger seu patrimônio.
--	---

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Das operações de *swap*

Em síntese, decorrem os lançamentos da constatação de ocorrência, no ano de 2008, de perdas com operações de *swap*, consideradas pelo Fisco como não dedutíveis.

Argumenta a defesa que os contratos de *swap*, nas circunstâncias em que foram firmados, qualificar-se-iam como instrumentos de *hedge*, e, como tal, as perdas deles provenientes seriam dedutíveis na apuração do IRPJ e da CSLL.

Passo à análise.

Traz-se, inicialmente, a base legal da tributação das operações de *swap* e de *hedge*.

Lei nº 8.981/1995, artigos 74 a 77:

Art. 74. Ficam sujeitos à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos em operações de swap.

§ 1º A base de cálculo do imposto das operações de que trata este artigo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de swap.

§ 2º O imposto será retido pela pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, na data da liquidação do respectivo contrato.

§ 3º Somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas no termos da legislação vigente.

(...)

Art. 76. O imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, ou pago sobre os ganhos líquidos mensais, será: (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

I - deduzido do apurado no encerramento do período ou na data da extinção, no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real;

II - definitivo, no caso de pessoa jurídica não submetida ao regime de tributação com base no lucro real, inclusive isenta, e de pessoa física.

§ 1º No caso de sociedade civil de prestação de serviços, submetida ao regime de tributação de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, o imposto poderá ser compensado com o imposto retido por ocasião do pagamento dos rendimentos aos sócios beneficiários.

§ 2º Os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável e os ganhos líquidos produzidos a partir de 1º de janeiro de 1995 integrarão o lucro real.

§ 3º As perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (day-trade), realizadas em mercado de renda fixa ou de renda variável, não serão dedutíveis na apuração do lucro real.

§ 4º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, as perdas apuradas nas operações de que tratam os arts. 72 a 74 somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações previstas naqueles artigos.

§ 5º Na hipótese do § 4º, a parcela das perdas adicionadas poderá, nos anos-calendário subsequentes, ser excluída na determinação do lucro real, até o limite correspondente à diferença positiva apurada em cada ano, entre os ganhos e perdas decorrentes das operações realizadas. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

(...)

Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos: (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

I - em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, inclusive sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil; (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

II- (Revogado pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

III - nas operações de renda variável realizadas em bolsa, no mercado de balcão organizado, autorizado pelo órgão competente, ou através de fundos de investimento, para a carteira própria das entidades citadas no inciso I; (Redação dada pela Lei nº 9.249, de 26.12.1995)

IV - na alienação de participações societárias permanentes em sociedades coligadas e controladas, e de participações societárias que permaneceram no ativo da pessoa jurídica até o término do ano-calendário seguinte ao de suas aquisições;

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

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

I - estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica;

II - destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

§ 2º O Poder Executivo poderá definir requisitos adicionais para a caracterização das operações de que trata o parágrafo anterior, bem como estabelecer procedimentos para registro e apuração dos ajustes diários incorridos nessas operações.

§ 3º Os rendimentos e ganhos líquidos de que trata este artigo deverão compor a base de cálculo prevista nos arts. 28 ou 29 e o lucro real. (grifo nosso)

A matéria foi regulamentada, para o ano-calendário de 2008, na Instrução Normativa SRF nº 25/2001:

Operações de swap

Art. 32. Estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de vinte por cento, os rendimentos auferidos em operações de swap.

§ 1º A base de cálculo do imposto nas operações de que trata este artigo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de swap, inclusive quando da cessão do mesmo contrato.

§ 2º O imposto será retido pela pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, na data da liquidação ou da cessão do respectivo contrato.

§ 3º Para efeitos de apuração e pagamento do imposto mensal sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas em operações de swap não poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos em outras operações de renda variável.

§ 4º As perdas incorridas nas operações de que trata este artigo somente serão dedutíveis na determinação do lucro real, se a operação de swap for registrada e contratada de acordo com as normas emitidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.

§ 5º Na apuração do imposto de que trata este artigo, poderão ser considerados como custo da operação os valores pagos a título de cobertura (prêmio) contra eventuais perdas incorridas em operações de swap.

§ 6º Quando a operação de swap tiver por objeto taxa baseada na remuneração dos depósitos de poupança, esta remuneração será adicionada à base de cálculo do imposto.

§ 7º No caso de que trata o parágrafo anterior, o valor do imposto fica limitado ao rendimento auferido na liquidação da operação de swap.

Hipóteses de Dispensa de Retenção ou de Pagamento Seção IV

Disposições Comuns às Operações de Renda Fixa e de Renda Variável Tratamento dos Rendimentos e do Imposto

Art. 33. O imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável ou pago sobre os ganhos líquidos mensais será:

I - deduzido do devido no encerramento de cada período de apuração ou na data da extinção, no caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado;

II - definitivo, no caso de pessoa física e de pessoa jurídica optante pela inscrição no Simples ou isenta.

§ 1º Os rendimentos e os ganhos líquidos de que trata este artigo integrarão o lucro real, presumido ou arbitrado.

§ 2º Os rendimentos e ganhos líquidos previstos neste artigo, auferidos nos meses em que forem levantados os balanços ou balancetes de que trata o art. 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, serão neles computados, e o imposto de que trata o art. 23 será pago com o apurado no referido balanço, hipótese em que fica dispensado o seu pagamento em separado.

§ 3º Nos balanços ou balancetes de suspensão será observado o limite de compensação de perdas previsto no § 7º.

§ 4º As perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (day-trade), realizadas em mercados de renda fixa ou de renda variável, não serão dedutíveis na apuração do lucro real.

§ 5º Excluem-se do disposto no § 4º as perdas apuradas pelas entidades de que trata o inciso I do caput do art. 35, em operações day-trade realizadas nos mercados de renda fixa, de renda variável e de câmbio.

§ 6º Para efeito de apuração e pagamento do imposto mensal sobre ganhos líquidos, as perdas em operações day-trade poderão ser compensadas com os ganhos auferidos em operações da mesma espécie.

§ 7º Ressalvado o disposto nos §§ 4º e 5º, as perdas apuradas nas operações de que tratam os arts. 8º, 25 a 29 e 32 somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos nas operações previstas nesses mesmos dispositivos.

§ 8º *As perdas não deduzidas em um período de apuração poderão sê-lo nos períodos subseqüentes, observado o limite a que se refere o parágrafo anterior.*

§ 9º *No caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado:*

I - o imposto de que trata o art. 23 será pago em separado nos dois meses anteriores ao do encerramento do período de apuração;

II - os rendimentos auferidos em aplicações financeiras serão adicionados ao lucro presumido ou arbitrado somente por ocasião da alienação, resgate ou cessão do título ou aplicação (regime de caixa);

III - as perdas apuradas nas operações de que tratam os arts. 25 a 29 somente podem ser compensadas com os ganhos auferidos nas mesmas operações, observado o disposto no art. 30.

§ 10. *A compensação do imposto de renda retido em aplicações financeiras da pessoa jurídica deverá ser feita de acordo com o comprovante de rendimentos, mensal ou trimestral, fornecido pela instituição financeira.*

(...)

Art. 35. Estão dispensados a retenção na fonte ou o pagamento em separado do imposto de renda sobre os rendimentos ou ganhos líquidos auferidos:

I - em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, sociedade de seguro, de previdência privada aberta e de capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil;

II - nas operações de renda variável realizadas em bolsa, no mercado de balcão organizado, autorizado pelo órgão competente, ou por meio de fundos de investimento, para a carteira própria das entidades citadas no inciso I;

III - na alienação de participações societárias permanentes em sociedades coligadas e controladas, e de participações societárias que permaneceram no ativo da pessoa jurídica até o término do ano-calendário seguinte ao de suas aquisições;

§ 1º *Os ganhos auferidos em operações de cobertura (hedge) realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, serão tributados na forma prevista no § 5º, dispensado o pagamento do imposto de que trata o art. 23.*

§ 2º *Para efeito do disposto no parágrafo anterior, consideram-se de cobertura (hedge) as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preços ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado:*

I - estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica; ou

II - destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

§ 3º Os rendimentos auferidos nas operações de cobertura (hedge), realizadas através de operações de swap por pessoa jurídica não relacionada no inciso I do caput, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de vinte por cento.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos rendimentos auferidos na liquidação de operações de swap ocorridas a partir de 1º de janeiro de 1999, ainda que a operação tenha sido contratada em data anterior.

§ 5º Os rendimentos e ganhos líquidos de que trata este artigo, além de comporem lucro real, quando for o caso, deverão:

I - integrar a receita bruta de que trata o art. 29 da Lei nº 8.981, de 1995, no caso das operações referidas nos incisos I e II do caput;

II - ser acrescidos à base de cálculo determinada na forma do art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995, no caso das operações referidas no inciso III do caput e no § 1º.

§ 6º Não se aplica às perdas incorridas nas operações de que trata este artigo, a limitação prevista no § 7º do art. 33.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, às pessoas jurídicas sujeitas às disposições previstas no § 5º, não alcançando, portanto, entidades fechadas de previdência privada, fundos ou sociedades de investimento, e carteiras de valores mobiliários.

Em suma, nos termos das normas acima transcritas, o tratamento tributário conferido às operações de swap no ano-calendário de 2008 pode ser assim resumido:

- i. como regra geral, as perdas em operações de swap somente serão dedutíveis na apuração do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações da mesma espécie;
- ii. caso as operações de swap sejam praticadas com objetivo de cobertura (hedge), as perdas são integralmente dedutíveis na apuração do lucro real.

Nessa esteira, a análise do caso concreto consiste em apreciar se as perdas incorridas nos contratos de swap firmados pela contribuinte são ou não dedutíveis na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL; especialmente, considerando a possível qualificação dessas operações como *hedge*.

Com efeito, da leitura dos citados art. 77, § 1º, da Lei nº 8.981/1995 e art. 35, § 2º, da Instrução Normativa SRF nº 25/2001 depreende-se que o *hedge* não é uma modalidade

contratual, mas uma estratégia de proteção contra riscos que pode ser engendrada por meio de diversas espécies contratuais, dentre elas os contratos de *swap*.

Nos termos das citadas disposições, entendo que as operações de *hedge* são aquelas destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preços ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado:

- i - estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica, ou
- ii - destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

Concretamente, os contratos de *swap* firmados pela atuada tinham algumas características comuns:

- 1- simultaneamente a eles, a empresa contraía, junto às mesmas instituições financeiras, empréstimos sob diversas formas (cédulas de crédito bancário, notas de crédito à exportação etc.);
- 2- nos contratos de *swap* a atuada assumia, em regra, posição ativa em CDI (com diferentes percentuais do CDI em cada contrato) e posição passiva em CDI mais variação cambial (com diferentes percentuais da variação do CDI e da variação cambial do dólar norte-americano).

A defesa, por sua vez, qualifica os contratos de *swap* como operações de *hedge*, com os seguintes argumentos:

- a busca por redução no custo de capital, objetivada pelos contratos de *swap* firmados, é parte essencial da administração financeira da empresa, de modo que está relacionada a suas atividades operacionais;
- os contratos de *swap* destinaram-se à proteção dos empréstimos contraídos junto às instituições financeiras, proteção esta que consistiu na substituição do risco CDI pelo risco variação cambial do dólar norte-americano.

Quanto ao primeiro argumento, bem andou a decisão recorrida em seus fundamentos, os quais adoto conforme descrito a seguir.

... convém tecer algumas observações sobre as alterações introduzidas pela Lei nº 8.981/1995 na sistemática de tributação das operações financeiras para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real.

Conforme destacado na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 812/1994 (Diário do Congresso Nacional de 19/01/1995, pág. 357), convertida na Lei nº 8.981/1995, as novas regras pertinentes à tributação, pelo imposto de renda, das operações financeiras realizadas nos mercados de renda fixa e de renda variável eliminaram a tributação em separado dos rendimentos derivados dessas operações, no caso de pessoa jurídica tributada com base no lucro real. Especificamente quanto ao art. 77, esse mesmo documento contém as seguintes observações:

O art. 77 excepciona do regime geral de tributação das operações financeiras, entre outros, os rendimentos em renda fixa auferidos pelas instituições financeiras, tendo em vista estarem eles compreendidos no próprio objeto social

dessas instituições. Os resultados das demais operações relacionadas no referido dispositivo já estavam previstos na legislação como integrantes do lucro real, com exceção das operações de *hedge*, que recebem esse tratamento por representarem mecanismos de proteção contra riscos inerentes à própria atividade operacional.

Resta claro, portanto, que a razão pela qual o legislador excepcionou as operações previstas no art. 77 da Lei nº 8.981/1995 do regime de tributação previsto no Capítulo VI do mesmo diploma normativo é o fato de que essas operações são compreendidas como integrantes da própria atividade operacional da empresa.

Nesse sentido, a simples busca por redução no custo de capital de terceiros mediante a celebração de contratos de *swap* não autoriza a conclusão de que foi cumprida a exigência prevista no art. 77, § 1º, "a", da Lei nº 8.981/1995, segundo o qual a operação, para ser qualificada como *hedge*, deve estar relacionada com as atividades operacionais da pessoa jurídica. A assunção de riscos no mercado financeiro, ou mesmo a troca de um risco por outro (por exemplo, troca de exposição ao CDI por exposição à variação cambial), ainda que com o fim de reduzir o custo de capital de terceiros, não pode ser compreendida como operação relacionada com as atividades operacionais da pessoa jurídica.

No caso concreto, as atividades operacionais são aquelas intrinsecamente ligadas à consecução de objeto social da empresa autuada, que consiste, resumidamente, na confecção de artigos de vestuário, na fabricação de calçados e no comércio varejista e atacadista desses produtos e outros congêneres, incluindo importação e exportação.

Evidentemente, o desenvolvimento dessas atividades demanda capital, próprio e de terceiros, e a gestão financeira, inclusive de riscos, integra a gestão empresarial. Porém, tendo em conta seu objeto social, as operações financeiras qualificáveis como operações de *hedge*, com base no art. 77, § 1º, "a", da Lei nº 8.981/1995, são aquelas intrinsecamente relacionadas à consecução do próprio objeto social, como por exemplo a proteção contra a variação cambial decorrente da exportação de sua produção ou da importação de insumos ou produtos acabados.

A assunção de riscos no mercado financeiro, ou mesmo a troca de um risco por outro são operações que poderiam ser qualificadas como relacionadas às atividades operacionais de instituições financeiras, por exemplo. A gestão de riscos financeiros da autuada, porém, a despeito de sua relevância para o sucesso empresarial, não pode ser reputada como relacionada com suas atividades operacionais para os fins do art. 77, § 1º, "a", da Lei nº 8.981/1995.

Frise-se: o legislador, por meio da norma citada, pretendeu excluir as operações de *hedge* das regras pertinentes à tributação, pelo imposto de renda, das operações financeiras realizadas nos mercados de renda fixa e de renda variável. Para tanto, exigiu que as operações estivessem relacionadas às atividades operacionais da pessoa jurídica. A redução do custo de capital de terceiros por meio de operações de *swap* não se inclui na previsão legal.

Também quanto ao segundo argumento, veja-se os argumentos da decisão *a quo*.

Também não procede a alegação de que os contratos de *swap* destinaram-se à proteção dos empréstimos contraídos junto às instituições financeiras, proteção esta que teria consistido na substituição do risco CDI pelo risco variação cambial do

A conclusão de que uma dada operação foi efetuada com o fim de proteção (*hedge*) requer a demonstração de correlação de valores e prazos com o ativo ou com o passivo exposto ao risco relativamente ao qual se busca proteção, de modo a que eventuais perdas ou ganhos relacionados ao ativo/passivo são compensadas por correspondentes perdas ou ganhos com a operação realizada no mercado financeiro.

Nada obsta que seja adotada estratégia de investimento diversa, expondo a empresa a riscos maiores com o fim de obter resultados também maiores. Trata-se de decisão estratégica que envolve a aptidão e o interesse da empresa em assumir riscos no mercado. Isso, aliás, foi devidamente demonstrado na recente crise internacional, que teve por epicentro o mercado de crédito dos Estados Unidos da América, quando os jornais noticiaram amplamente posições assumidas por diversas empresas nacionais nos mercados de renda variável, em estratégia que partia da convicção de que o Real prosseguiria em sua trajetória de valorização diante do Dólar estadunidense. Ressalte-se que essa trajetória de valorização teve início em 2003, prosseguindo até meados de 2008.

Essa é precisamente a situação de que trata o presente processo administrativo. A empresa autuada contraiu empréstimos perante instituições financeiras (SANTANDER, ITAÚ e UNIBANCO) sobre os quais incidiam juros calculados com base na variação do CDI. O montante desses juros não foi uniforme em todos os contratos de empréstimos, tendo variado de 75% do CDI a 123,5% do CDI, conforme demonstrado pela autoridade autuante.

Ocorre que a autuada, convicta de que o Real não sofreria grande desvalorização perante o Dólar, tomou a decisão de firmar contratos de *swap* com as mesmas instituições financeiras referidas, nas mesmas datas e valores dos empréstimos contraídos. Por meio desses contratos de *swap*, a instituição financeira assumia posição passiva em CDI (na mesma taxa a que estava submetido o contribuinte no contrato de empréstimo) e a autuada assumia posição passiva em variação cambial do dólar norte-americano somada a um percentual da variação do CDI inferior àquele previsto no contrato de empréstimo. Ao assim proceder, e caso sua aposta fosse vencedora, vale dizer, caso o Real não sofresse grande desvalorização perante o Dólar, o resultado da estratégia seria a redução do custo dos empréstimos contraídos perante as instituições financeiras.

Como se vê, a empresa autuada adotou estratégia direcional, vale dizer, atuou no mercado financeiro baseada em uma crença quanto à variação do objeto do contrato celebrado (Dólar). Em suma, a fim de reduzir o custo de capital de terceiros, assumiu risco cambial.

Mais que isso, a fim de que a redução de custo de capital de terceiros fosse mais expressiva, a empresa admitiu que cláusulas especiais fossem incluídas nos contratos de *swap*, cláusulas essas que aumentaram sobremaneira os prejuízos que ela experimentaria caso o Real sofresse desvalorização expressiva diante do Dólar. Essas cláusulas tratam da estipulação de datas de vencimento de etapas, que poderiam ensejar pagamentos às instituições financeiras antes do vencimento final dos contratos de *swap*. Esses riscos adicionais estão claramente evidenciados no contrato de *swap* firmado junto ao ITAÚ BBA (fl. 2.087), conforme se observa no seguinte excerto:

A **CLIENTE**, por meio dos representantes abaixo assinados, declara que a **OPERAÇÃO** objeto desta **CONFIRMAÇÃO** foi examinada e aprovada por administradores com poderes para assunção das obrigações estabelecidas neste Instrumento.

Ainda que a presente OPERAÇÃO tenha sido contratada de acordo com uma de suas estratégias de negócios e visando determinado resultado, a CLIENTE declara que reconhece que a introdução de Verificadores na OPERAÇÃO pode acarretar a não produção dos efeitos originalmente pretendidos pela CLIENTE.

A CLIENTE declara conhecer e aceitar que, por um lado, a introdução de Verificadores na OPERAÇÃO reduz o PASSIVO CLIENTE se comparado ao PASSIVO CLIENTE de uma OPERAÇÃO idêntica a esta porém sem Verificadores mas, por outro lado, traz o risco adicional da CLIENTE ter que pagar determinados valores ao ITAÚ BBA todas as vezes que referidos Verificadores forem atingidos, o que pode tornar o PASSIVO CLIENTE sensivelmente aumentado se comparado a uma OPERAÇÃO idêntica a esta porém sem Verificadores.

A CLIENTE declara que reconhece que a presente OPERAÇÃO é um negócio de risco e que não há segurança de que os efeitos originalmente pretendidos sejam atingidos. (grifado no original)

Isso, evidentemente, não se confunde com estratégia de proteção (*hedge*), que consiste na simultânea limitação de perdas e de ganhos a que estão sujeitos seus ativos ou passivos, mediante a celebração de contratos financeiros que compensam as referidas perdas e ganhos.

A autuada, conforme já ressaltado, por meio dos contratos de *swap* firmados, expôs-se ao risco da variação cambial do Dólar, a fim de reduzir o custo de capital decorrente dos empréstimos contraídos junto às instituições financeiras. Trata-se, conforme assevera em seu recurso, de estratégia de gestão financeira, não havendo qualquer ilícito nessa prática.

Contudo, o legislador, no art. 77, V, da Lei nº 8.981/1995, afastou a limitação da dedução de perdas prevista no art. 76, § 4º, apenas para as hipóteses em que ficar caracterizada a realização de operações de cobertura (*hedge*), especificando o § 1º, "b", do referido art. 77 que essas operações destinam-se, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

Precedentes neste Conselho.

“GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. PERDAS COM SWAP.

Quando não se prova que a operação no mercado de derivativos se relaciona à proteção dos direitos e obrigações do contribuinte, fica descaracterizado o propósito de cobertura de risco (hedge) da operação. Nesse caso, para fins de dedutibilidade na determinação do lucro real, impõe-se o reconhecimento das perdas apuradas em operações de swap somente até o limite dos ganhos auferidos nas operações de mesma natureza.”. (Acórdão nº 1401-000.854 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, sessão de 11 de setembro de 2012).

“HEDGE. OPERAÇÕES DE PROTEÇÃO NÃO COMPROVADAS. PERDAS.

As perdas com hedge que não se prestem à cobertura de direito e obrigações somente são dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos nas operações.”. (Acórdão nº 1402-001.201 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, sessão de 2 de outubro de 2012).

Em conclusão, os contratos de swap celebrados pela empresa autuada são parte legítima de sua estratégia de gestão financeira, mas a dedução das perdas deles decorrentes somente é admitida até o limite dos ganhos auferidos em operações da mesma espécie, já que não podem ser qualificados como operações de cobertura (*hedge*).

Dos juros de mora sobre a multa de ofício

Por fim, a recorrente questiona a cobrança de juros de mora à taxa Selic sobre a multa de ofício. Afirma que inexistente base legal para essa exigência e apresenta vários julgados deste Conselho que amparam sua tese.

A aplicação de taxa de juros lastreadas em indicadores do mercado financeiro iniciou-se com a Lei nº 8.981/95, cujo art. 84 dispõe:

Art. 84. *Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de:*

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna; (...)

Em Seguida, a Lei nº 9.065/95 substituiu o indicador pela taxa SELIC:

Art. 13. *A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea "a.2" da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. (...)*

Por seu turno, a Lei nº 9.430/1996, ao remodelar a multa de mora incidente nos pagamentos em atraso, estabeleceu em parágrafo que sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal incidirão juros de mora à taxa SELIC, veja:

Art. 61. *Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (...)*

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Com base nessa disposição a Receita Federal vem entendendo que a multa de ofício também está sujeita aos juros de mora à taxa SELIC, a partir do seu vencimento.

O cerne da questão está, pois, na interpretação que se deve dar à expressão “débitos decorrentes de tributos e contribuições”.

De fato o não pagamento de tributos e contribuições nos prazos previstos na legislação faz nascer o débito. Portanto, o débito decorre do não pagamento de tributos e contribuições nos prazos.

Também nesse sentido é a multa de ofício débito decorrente de tributos e contribuições. Isso porque ela resulta, nos exatos termos da alínea *a* do art. 44 da Lei nº 9.430/96, da punição aplicada pela fiscalização à *falta de pagamento ou recolhimento dos tributos e contribuições, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória*.

A jurisprudência neste Conselho é predominante no sentido de que é cabível a apreciação da matéria pelo contencioso administrativo e de que a aplicação da taxa Selic à multa de ofício é correta.

Nesse sentido já se manifestou este E. Colegiado quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/0400.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA — MULTA DE OFÍCIO — OBRIGAÇÃO PRINCIPAL — A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Aplicável, portanto, a SELIC como taxa de juros de mora sobre a multa de ofício.

Da tributação reflexa

Aplicam-se aos lançamentos reflexos, quando tenham por base os mesmos fatos apurados para o lançamento do IRPJ, as mesmas razões que deram fundamento ao acórdão.

Conclusão

Por todo o aqui exposto, Voto por negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

Processo nº 10983.721661/2013-32
Acórdão n.º **1402-002.181**

S1-C4T2
Fl. 3.749

CÓPIA