



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

Processo n° 11020.723604/2011-77
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.201 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de outubro de 2012
Matéria IRPJ
Recorrente BORRACHAS VIPAL SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009

HEDGE. PERDAS COM DERIVATIVOS.

Aplicam-se à contribuição as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009

MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA À TAXA SELIC.

Sobre a multa de ofício, lançada juntamente com o tributo ou contribuição não paga no vencimento, incidem juros de mora à taxa SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencidos: i) o Conselheiro Carlos Pelá que votou por dar provimento parcial ao recurso para cancelar a exigência da CSLL e excluir a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, acompanhado nessa última matéria pelo Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira; e ii) o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que mantinha a

Processo nº 11020.723604/2011-77
Acórdão n.º **1402-001.201**

S1-C4T2
Fl. 3.378

exigência apenas em relação aos meses de agosto e setembro de 2008. O Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva fará declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Borrachas Vipal SA recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 5ª Turma da DRJ Porto Alegre/RS, 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*):

“Trata o presente processo de exigências de imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) e contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) referentes a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2008 e 2009, conforme Autos de Infração e Anexos de fls. 1.0771.098 e Relatório de Auditoria Fiscal de fls. 1.101-1.116.

As infrações estão assim descritas no relatório fiscal:

A empresa BORRACHAS VIPAL S.A. incorreu, nos anos-calendário de 2008 e 2009, em perdas líquidas decorrentes de operações com derivativos (NDF e Swap), conforme segue:

Ano-Calendário 2008:

Ganhos R\$12.266.145,15

Perdas (R\$ 17.302.193,02)

(=) Resultado Líquido (R\$ 5.036.047,87)

Ano-Calendário 2009:

Ganhos R\$772.260,01.

Perdas (R\$ 46.880.065,17)

(=) Resultado Líquido (R\$ 46.107.805,16)

O resultado de tais operações foi contabilizado pela empresa nas seguintes contas: "Receitas Financeiras-Variações Cambiais Ativas"00430100.00005 (meses de janeiro e fevereiro de 2008) e "Receitas Financeiras-Operações com Derivativos"00430100.00008 (março de 2008 a dezembro de 2009), conforme extrato do Livro Razão (fls. 1074 a 1076) e cópias do Livro Diário Auxiliar dessas contas (fls. 324 a 359; fls. 986 a 1003).

Para fins de apuração da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, o sujeito passivo declarou o resultado das operações com derivativos da seguinte forma:

DIPJ AC 2008:

Ficha 06A (Demonstração do Resultado):

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 31/05/2013 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 31/05/2013 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 17/06/2013 por LEONA RDO DE ANDRADE COUTO

Impresso em 18/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Linha 36. Variações Cambiais Passivas R\$2.039.873,03 (R\$119.113.655,84);

Linha 37. Perdas Incorridas no Mercado de Renda Variável, exceto DayTrade... (7.075.920,90)

Linha 46. Contrapartida dos Ajustes ao Valor Justo... (R\$59.888.917,00)

Ficha 09A (Demonstração do Lucro Real:

Linha 02. Ajustes do Regime Tributário de Transição... R\$59.888.917,00

[...]

DIPJ □ AC 2009:

Ficha 06A (Demonstração do Resultado): Linha 23. Outras Receitas Financeiras

(...)

Linha 35. Receitas decorrentes de Outros Ajustes aos Padrões Internacionais de Contabilidade. ... 13.781.111,84

Ficha 09 A (Demonstração do Lucro Real):

Linha 02. Ajuste do Regime Tributário de Transição... (R\$59.888.917,00

[...]

Da análise dos valores declarados pela contribuinte na DIPJ, acima relacionados, depreende-se que a empresa deduziu integralmente, para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o valor das perdas líquidas em operações com derivativos apuradas nos anos-calendário de 2008 (R\$5.036.047,87) e 2009 (R\$ 46.107.805,16).

O regime tributário de dedução das perdas nas operações financeiras em análise encontra-se previsto no art. 76, § 4º, da Lei nº 8.981/95, o qual estabelece que as perdas são dedutíveis até o limite dos ganhos em operações da mesma natureza:

[...]

Por sua vez, o art. 77, inciso V, da Lei nº 8.981/95, excluiu do regime de dedução de perdas supracitado as operações de cobertura (hedge):

[...]

Ainda, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 77 da citada Lei nº 8.981/95, são consideradas como tais (de cobertura) as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado:

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

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

[...]

Em atendimento à intimação fiscal, a empresa informou que, nos anos-calendário de 2008 e 2009, formalizou contratos de venda de dólar a termo, a uma cotação pré-estabelecida, visando proteger os seus créditos decorrentes de vendas para o mercado externo, recebíveis em até 180 dias, de uma possível desvalorização do dólar contra o real. Afirmou, ainda, que a empresa também celebrou operações de hedge com o intuito de proteger as obrigações oriundas da aquisição de matérias-primas derivadas do petróleo, vinculando a aplicação financeira à cotação internacional do petróleo e do dólar.

Em análise às operações de NDF e Swap contratadas pela fiscalizada nos anos-calendário de 2008 e 2009 [...] foi observado o que segue:

*a) O montante dos recursos contratados pela fiscalizada em tais operações foi muito superior ao volume dos créditos oriundos de suas exportações nos anos de 2008 e 2009 [...] ou seja, **a empresa assumiu posições no mercado de derivativos não cobertas por um ativo efetivamente correlato***

[...].

(Grifou-se.)

b) A fiscalizada realizou operações de montantes elevados e com prazo de vencimento igual ou inferior a dez dias, características típicas de operações especulativas, que resultaram em perdas superiores a R\$ 3 milhões [...].

(Grifou-se.)

*c) A empresa afirmou ter **celebrado contrato de hedge**, correspondente à operação "SWAP WTI CRUDE OIL NYMEX" contratada com o Banco Itaú (fl. 178), com o intuito de proteger da variação cambial as suas obrigações oriundas da aquisição de matérias-primas derivadas do petróleo. No entanto, **deixou de distinguir especificamente as obrigações que estariam sendo protegidas por tal operação**, não demonstrando a correlação, em valor e prazo de vencimento, entre a operação de hedge e o seu objeto.*

(Grifou-se.)

***Diante das referidas evidências de intuito especulativo nas operações sob análise, o sujeito passivo foi intimado a apresentar, relativamente a cada operação com derivativo, demonstrativo dos respectivos direitos ou obrigações em moeda estrangeira que a empresa visava proteger, contendo, no mínimo, as seguintes informações:** (Grifou-se)*

a) Valor do direito ou obrigação em dólar;

b) Número do Título;

c) Data de Vencimento.

Em resposta à intimação fiscal, a contribuinte declarou não ter condições de comprovar a vinculação entre o instrumento de derivativo e o objeto do hedge (diretos/obrigações), uma vez que a empresa não dispunha dessa informação em relação às operações financeiras contratadas nos anos-calendário de 2008 e 2009.

*Em razão do exposto, **não tendo restado comprovado** pela fiscalizada que as **operações com derivativos se prestaram à cobertura cambial de seus direitos ou obrigações em moeda estrangeira, e diante da caracterização de sua utilização***

especulativa pelos motivos supracitados, tais operações não se enquadram, portanto, como contratos de hedge. (Grifou-se.)

Assim, tais operações estão submetidas ao tratamento previsto no § 4º do art. 76 da Lei nº 8.981/95 que, para fins de dedutibilidade na apuração do lucro real, determina o reconhecimento das perdas apuradas até o limite dos ganhos auferidos nas operações de mesma natureza.

[...]

DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

Em decorrência da infração apurada, foi efetuada a adição ao lucro líquido do ano-calendário de 2008, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, do valor de R\$ 5.036.047,87 referente ao montante das perdas apuradas pelo sujeito passivo em operações com derivativos que excederam os ganhos auferidos nas mesmas operações [...] Tal adição efetuada de ofício resultou na redução do prejuízo fiscal do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL apurados pela contribuinte no ano-calendário de 2008, conforme discriminado na planilha de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ (fl. 1086) e na planilha de compensação de base negativa da CSLL (fl. 1097), onde consta o valor do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa do período compensada na autuação. Relativamente ao ano-calendário de 2009, foi efetuada a glosa do valor de R\$ 46.107.805,16, excluído indevidamente do lucro líquido, para fins de determinação do lucro real, referente ao resultado líquido negativo das operações com derivativos liquidadas no período.

Ademais, para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL do ano-calendário de 2009, foi efetuado o ajuste de ofício do prejuízo de período anterior (AC 2008) compensado pelo sujeito passivo em montante superior ao saldo existente, conforme detalhado na planilha de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ (fl. 1087) e na planilha de compensação de base negativa da CSLL (fl. 1098).

[...]

Na descrição dos fatos do auto de infração referente ao IRPJ, constam as seguintes infrações:

01 – Ajustes do lucro líquido do exercício. Adições não computadas na apuração do lucro real. Fato Gerador 31/12/2008. Valor apurado: R\$ 5.036.047,87.

Enquadramento legal: art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 247 e 249, X, do RIR/99; Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, § 4º.

02 – Exclusões/Compensações não autorizadas na apuração do lucro real. Exclusões indevidas. Fato Gerador 31/12/2009. Valor apurado R\$ 46.107.805,16.

Enquadramento legal: art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 247 e 250 do RIR/99; Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, § 4º.

03 – Saldo Insuficiente. Compensação indevida de prejuízo operacional com resultado da atividade geral. Fato Gerador 31/12/2009. Valor Apurado: R\$ 5.036.047,87.

Enquadramento legal: art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 247 e 250, III, 251, 509 e 510 do RIR/99.

Quanto ao auto de infração relativo à CSLL:

Infração 01 – Custos/Despesas operacionais/encargos não dedutíveis – fato gerador 31/12/2008 – valor apurado: R\$ 5.036.047,87. Art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, com alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034, de 1990; art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, com alterações do art. 1º da Lei nº 9.065, de 1995; art. 2º da Lei nº 9.249, de 1995; art. 1º da Lei nº 9.316, de 1996; art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 37 da Lei nº 10.637, de 2002; e art. 3º da Lei nº 7.689, de 1988, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727, de 2008.

Infração 02 – Exclusões indevidas da base de cálculo ajustada da CSLL – fato gerador 31/12/2009 – valor apurado R\$ 46.107.805,16. Art. 2º da Lei nº 7.689 com alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034, de 1990; art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, com alterações do art. 1º da Lei nº 9.065, de 1995; art. 2º da Lei nº 9.249, de 1995; art. 1º da Lei nº 9.316, de 1996; art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 3º da Lei nº 7.689, de 1988, com redação dada pelo art. da Lei nº 11.727, de 2008.

Infração 03. Saldo insuficiente. Compensação indevida de base de cálculo negativa da atividade geral com resultado da atividade geral – fato gerador 31/12/2009 – valor apurado – R\$ 5.036.047,87. Art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, com alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034, de 1990; art. 3º da Lei nº 7.689, de 1988, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727, de 2008. Os valores da multa de ofício estão lançados com o percentual de 75%.

Enquadramento legal: art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996, com redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007.

Os juros de mora estão sendo exigidos com fundamento nos arts. 6º, § 2º e 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996. Para a exigência relativa à CSLL, acrescente-se o art. 28 da citada lei.

O valor total do crédito tributário, na data da autuação, é de R\$ 27.762.162,63, sendo: a) IRPJ: R\$ 22.046.337,81; b) CSLL: R\$ 5.715.824,82 (fl. 1.099).

A autuada, tempestivamente, por meio de seus procuradores (procuração à fl. 1.196 – Raul Costi Simões e Renato Romeu Renck), impugnou os lançamentos com documentos (fls. 1.1203.238), alegando, em síntese, sob os seguintes títulos, o seguinte:

I – Da tempestividade da impugnação

A defesa descreve que a impugnação é tempestiva.

II – Dos fatos

Depois de relatar a “descrição dos fatos” elaborada pelo autuante, a defesa descreve que a autuação fundou-se na premissa de que a impugnante celebrou as operações de hedge, isto é, derivativos NDF (NonDeliverable Forward) e SWAP (Swap WTI Crude Oil IMymex), com caráter especulativo.

Na seqüência, registra que a operação de hedge se caracteriza simplesmente em função da aplicação em derivativos, nos mercados de renda variável e de swap, com vistas a obter, com estes negócios combinados, uma proteção contra oscilações de preços de contratos e de taxas.

Neste contexto existem aplicações em mercados de renda variável e swap que, em face das oscilações contrárias a recebíveis, e obrigações de pagamento elencados no fluxo de caixa PROJETADO da empresa, cobrem perdas decorrentes de variações de taxas e oscilações de elementos contidos neste fluxo de caixa.

Nestas condições de negócios combinados e não vinculados como quer o fisco – os derivativos cumprem função essencial – e constituem instrumento quase que exclusivo – para que o empresário cumpra a sua função legal de proteger o patrimônio empresarial dos riscos inerentes às oscilações de preço no mercado globalizadas.

Tanto que a própria legislação societária (Lei n.º 6404/1976), essencialmente, destaca o dever de diligência do administrador ao reduzir risco empresarial, protegendo o patrimônio da empresa [...]

Além da legislação societária (Lei n.º 6404/1976), o Código Civil também registra esta postura de dever de probidade por parte do administrador, conforme se pode verificar pela leitura do artigo 1.011, do CC [...]

Para elucidar essa necessidade de proteção da empresa, o administrador deverá empregar os meios hábeis de defesa da atividade da empresa, como, por exemplo, a utilização do hedge nos derivativos. Explicando, dentro desta função os derivativos, para configurar hedge, tanto podem ser do tipo vinculado – de contrato a contrato – como podem se constituir num núcleo de investimento que – combinado com outros elementos – cumpram a função de cobrir exposições de risco de preços. Nestas condições, segundo a lei aplicável, não existe a imposição – legal – de vinculações de contratos como exige a configuração, já superada, mas adotada pelo fisco.

A adoção desta vinculação, como regra, praticamente todo empresário nacional passaria a estar sujeito à penalização de perda de utilização dos prejuízos decorrente dos instrumentos de hedge, genuinamente reconhecido pela ciência universal, que define cientificamente a cobertura de riscos no mercado de negócios.

Como as operações de hedge estão intrinsecamente vinculadas às atividades operacionais da empresa, tendo sido realizados para proteger o fluxo de caixa da empresa através de cobertura cambial nas importações de matéria-prima derivada de petróleo, bem como nas suas receitas operacionais de exportação cotadas em dólar americano, tendo como parâmetro um cenário do mercado internacional projetado, a ora Impugnante não pode concordar com o entendimento do auto de infração, ora combatido, de que suas operações de hedge tiveram intuito especulativo.

III – Do direito

III.I – Da base legal e sua interpretação

III.I.I – O conteúdo substancial do que constitui hedge

A defesa relata que hedge, segundo a lei (art. 77, § 1º, da Lei nº 8.981/95), é reconhecido como uma operação destinada, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando os objetos do contrato negociados:

- a) estiverem relacionados com as atividades operacionais da pessoa jurídica;
- b) destinarem-se a proteção de direitos ou obrigações de pessoa jurídica.

Desta forma, diz a impugnante, entram no contexto das aplicações de hedge as operações de renda variável e swap, desde que estas sirvam de cobertura – direta ou indiretamente – contra riscos de oscilações de preços contratados e projetados – sem qualquer limitação – ou de taxas (de câmbio juros) que se refletem no mercado em que atua a empresa alterando seus fluxos de caixa, quer no plano das receitas, quer das despesas.

Contudo, diz a defesa, não há dúvida que no mercado das commodities o hedge, clássico – visa proteger a empresa das oscilações do mercado destes contratos específicos. Neste caso as perdas são expressamente aceitas.

A dúvida então se localiza na qualificação das operações – de renda variável e swap – que protegem as empresas dos riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas que não se vinculam às operações específicas de commodities.

Acrescenta que segundo a citada lei (§1º do art. 77), que não é restritiva, estão incluídos neste contexto todos os contratos que a empresa normalmente deva estabelecer com o mercado para desenvolver e proteger de exposição de risco – de mercado em geral – o seu objeto social. Entende que entram na mesma cena as taxas de conversão de moeda estrangeira, tanto no que se refere à compra para pagar aquisições, como à venda para realizar o preço de bens exportados. Neste contexto, incluem-se também riscos do mercado.

Observa, na seqüência, que no presente caso o hedge está estritamente combinado com as atividades operacionais da empresa, qual seja: importação de matéria-prima e proteção das receitas de exportação.

Diz que a estrutura da proteção terá que se dar de forma que haja uma combinação de negócio que permita compensar a perda de receita decorrente da baixa do preço no mercado nacional, ou de queda de valores do dólar na venda da moeda pelo contrato de câmbio, que introduz a moeda no país, decorrente das exportações, que visam acompanhar o preço de produtos fabricados pela empresa, bem como da aquisição de matéria-prima importada, ou seja, proteger todas as operações que oscilam segundo a cotação do dólar. Sem esta proteção compensatória haverá risco de flutuação negativa no caixa da empresa, impondo a possibilidade da empresa não cumprir os seus compromissos contratuais.

Registra que nestas condições, o único arsenal de defesa que a empresa encontra para se proteger de riscos de mercado é o que se denomina de operações de hedge, genericamente é constituído por um instrumento financeiro – denominado derivativo – que passa a ser constituído para que fique subjacente aos riscos decorrentes dos instrumentos financeiros efetivos e os que vão decorrer de negócios que, segundo a empresa, irão ocorrer num período de amadurecimento e entrega de seus produtos no mercado.

Descreve que a empresa terá que planejar sua proteção no que tange a seus compromissos com o mercado (pagar passivos em moeda estrangeira). Nestas condições, deverá acomodar em seu fluxo de caixa os valores que deverá pagar num valor correspondente a uma taxa básica de dólar e daí por diante deverá estabelecer mecanismos de proteção da sua exposição de risco por via de hedge.

Defende que as operações praticadas pela empresa se equiparam ao hedge por se tratarem de derivativos que constituem um conjunto – decorrente de uma combinação de efeitos – de proteção – na modalidade de proteção geral com vinculação de operações em volume de negócios em determinado período, e não

necessariamente de contrato a contrato, dada a natureza das operações praticadas pela impugnante, e o volume de suas operações e fluxo de caixa.

Além disto, diz a defesa, o hedge, por via de combinação de volume de negócios, é a única forma que dispõem as empresas que não atuam com commodities (em que existem contratos vinculados), para cumprir a obrigação de promover e comprovar – em suas demonstrações financeiras – sua ação efetiva e eficaz quanto à proteção dos negócios dos riscos decorrentes das oscilações de preços e taxas a que está sujeito o mercado.

No caso, pelo fato dos produtos fabricados pela Vipal não se constituírem em commodities, que impuseram a forma de operação de um conjunto de negociações de derivativos que permitiriam consolidar posições específicas de proteção contra riscos normais de mercado.

Observa, ainda que, mais uma variável nesta matriz de cálculos de riscos a serem protegidos é o fato de alguns insumos básicos, utilizados pela Vipal, serem subprodutos de petróleo, os quais têm um mercado em que seus preços flutuam em dois níveis: a) escassez do produto no mundo e a variação do seu preço; b) variação das taxas de câmbio das moedas.

A defesa também relata que a impugnante celebrou o hedge para proteger o valor das importações da sua matéria-prima que, por ser derivada de petróleo, tem seu preço oscilante com base no barril de petróleo, este fixado em dólar, assim como também contratou o hedge para proteger as suas receitas de exportações em dólar americano, com base na projeção de faturamento de contratos celebrados, em fase de celebração e de contratações futuras de seus clientes estrangeiros.

Diz a defesa que é possível a realização do hedge para cobertura de operações futuras, projetadas com base no histórico de faturamento advindo de contratações da empresa no cenário internacional.

A sequência, a defesa apresenta regras contábeis que tratam do tema.

Reitera que a impugnante realizou hedge para proteger as suas importações e exportações futuras, com base na sua projeção de aquisições de matéria-prima e de receitas de exportações no cenário mundial, com o escopo de compensar as eventuais valorizações do barril do petróleo e a desvalorização do dólar americano, de modo a não comprometer o resultado da empresa e destaca:

Tendo em vista que as operações de hedge foram feitas para fixar a cotação do barril de petróleo, cotação utilizada nas aquisições de matéria-prima, bem como de projetar a cotação futura do dólar americano, unidade monetária de sua receita de exportação, as operações de hedge podem ser classificadas como hedge de fluxo de caixa para operação altamente provável.

Nesse sentido, segundo a defesa, estariam presentes dois requisitos:

Primeiro, o risco de elevação da cotação do barril de petróleo e da desvalorização do dólar americano nas suas operações de importação de matéria-prima e exportação de seu produto final, que se tornam operações prováveis com base no histórico dessas negociações.

Segundo, o risco da alta repentina da cotação do barril de petróleo e do valor do dólar, repercutirem em aumento de custo de aquisição de matéria-prima e na diminuição das receitas de exportação e, por corolário lógico, comprometerem o resultado da empresa.

A defesa conclui este assunto entendendo que o objeto do hedge, tanto na importação, quanto na exportação, é de proteger o fluxo de caixa da impugnante a fim de prevenir que o risco da alta do barril de petróleo e/ou a queda do dólar comprometam o resultado da empresa, o que demonstra que as operações em tela se consubstanciam como hedge, na forma do art. 77, § 1º, alíneas "a" e "b" da Lei nº 8.981/95.

IV – Das operações de hedge no caso em análise

IV.I – Das operações de hedge na aquisição de matéria-prima

Diz a defesa que a impugnante para realizar o seu processo produtivo, adquire copolímeros de borracha estirenobotadieno SBR 1502 e SBR 1712 e poliestireno KBR01 para utilizar como matéria-prima.

Tais produtos são obtidos do estireno e do butadieno que, por sua vez, advém da nafta originada da quinta geração do refino do petróleo. São produtos derivados do petróleo, sendo que o valor de aquisição é flutuante e vinculado diretamente à variação do valor do barril de petróleo. E, acrescenta:

Para o fim de fixar o valor de aquisição de suas matérias-primas (SBR 1502, SBR 1702 e KBR01), e para o fim de compensar eventual valorização do preço do barril de petróleo, a ora Impugnante celebrou a operação de hedge através de contrato de swap, como forma de fixar o valor de aquisições futuras de matéria-prima, aquisições projetadas em um cenário futuro, com base no histórico de produção dos anos anteriores da empresa, no seu crescimento, e no valor do barril de petróleo no período das contratações de hedge.

Assim, o swap celebrado como forma de controlar o preço de aquisição das matérias-primas Estirenobotadieno SBR 1502 e SBR 1712 e polibutadieno KBR01 se fez necessário, para o escopo de evitar o risco da alta repentina do valor do barril de petróleo e, por conseguinte, evitar que houvesse impactos na sua produção e, principalmente, no resultado da empresa.

A defesa destaca que o administrador tendo ciência de que as importações de matérias-primas são derivadas do petróleo, tem o dever de realizar operações de hedge para assegurar o valor das aquisições mensais da matéria-prima, tendo em vista que os preços dos produtos estão vinculados à cotação do barril de petróleo e, para tanto, celebrou várias “operações de swap como hedge de fluxo de caixa”.

Registra, depois de apresentar organograma relativo à obtenção da matéria-prima necessária no processo produtivo, que a autuada celebrou diversos swaps com base nas aquisições necessárias ao faturamento projetado, com base no histórico de faturamento nos anos anteriores. Apresenta, também, exemplos de produção da matéria-prima e casos de realização do hedge (fls. 1.1431.144).

Depois de relatar operações financeiras/comerciais realizadas em 2008 e 2009, a defesa informa que a impugnante teve uma perda aproximada de R\$ 15.000.000,00 nos contratos derivativos, mas um ganho operacional de R\$ 58.344.465,73 em face da aquisição de matéria-prima com valor reduzido, através do CPV (custo do produto vendido), fl. 1.145. Esse ganho operacional foi tributado pelo IRPJ e CSLL, segundo a defesa.

Por fim, a defesa observa que a diminuição de preço da matéria-prima que ocorreu no período resultou num aumento do lucro operacional, não havendo

qualquer intenção especulativa nessas operações e, por isso, a exigência fiscal é indevida.

IV.II – Das operações de hedge nas receitas de exportação

Diz a defesa que para proteger as suas receitas de exportação projetadas para os anos de 2008 e 2009, a impugnante realizou contratos de hedge, através de derivativos "Non Deliverable Forwards" (NDF), em que foi realizada a proteção cambial dos valores que a empresa receberia nas futuras exportações, projetada com base no histórico do faturamento da empresa para o exterior, cuja média era de US\$ 4,5 milhões de dólares por mês, e com base no cenário internacional.

Acrescenta que quando a autuada foi questionada sobre a possibilidade de comprovar a vinculação entre os instrumentos de hedge (derivativo financeiro) e o objeto do hedge (receitas de exportação), respondeu que não dispunha dessa informação em relação às operações financeiras contratadas, porque as suas vendas ao exterior são bastante pulverizadas, sendo em média de US\$ 48 mil dólares por fatura, sendo que o seu faturamento mensal para o exterior era de US\$ 4,5 milhões de dólares. Para comprovar suas alegações juntou "demonstrativo de contas a receber" referente a títulos emitidos em julho e novembro de 2008 e março e abril de 2009, para fins ilustrativos.

Diante das condições expostas, diz que a única forma de fazer hedge era a combinação de volumes de vendas externas, com base no seu histórico, nos períodos médios em que foram negociados os derivativos. Apresenta gráfico demonstrando a projeção de faturamento e o faturamento efetivo (fl. 1.148).

Além disso, diz a defesa, deve ser considerado que o desencontro entre os volumes de NDF, projeção de faturamento e faturamento deve-se à imprevisibilidade da crise internacional que, diante da sua ocorrência, abalou sensivelmente as operações de exportação.

Sobre o tema, estão citados trechos de reportagens da época.

Ao final, a defesa reitera que os derivativos NDF realizados pela autuada tiveram o escopo de proteger as receitas de exportação, através da fixação da cotação do dólar, com base no histórico do faturamento de exportações e sua projeção no cenário internacional.

Entretanto, diz a defesa, com a crise de setembro de 2008, o mercado tornou-se imprevisível, razão pela qual as projeções feitas em relação ao ano de 2008 e, sobretudo, dos NDF realizados com média aproximada de 250 dias anteriores, não alcançaram o efetivo faturamento.

IV.III – Operações excepcionais de curto prazo (justificação)

Diz que a impugnante realizou operações de pré-pagamento com instituições financeiras para proteger os valores que entrariam em caixa em torno de 10 dias, razão pela qual realizou 8 (oito) NDF's no mês de setembro de 2008, no entanto o fisco considerou tais operações como especulativas.

A verdade dos fatos não é essa interpretada pelo fisco, alega a defesa, pois em 2008 foram celebrados 187 NDFs, sendo apenas 8 de pequeno prazo (4%). Ocorre que o prazo médio das demais NDFs é de 250 dias.

Além disso, essas operações foram celebradas no estopim da crise internacional, ou seja, no mês de setembro de 2008. Por essa razão era necessário

realizar as operações de hedge para assegurar o ingresso no caixa dos próximos 10 dias, para cumprir obrigações já firmadas pela atuada.

Acrescenta que dos R\$ 51.143.853,03 gerados de perdas em derivativos, os referidos NDF's representam R\$ 3.292.800,00, demonstrando que não alcançam nem 7% das operações de hedge realizadas pela atuada.

Assim, os motivos pelos quais as operações de hedge não são especulativas, são os seguintes:

A impugnante realizou contratos de pré-pagamento com instituições bancárias e, em relação a estes, realizou 8 NDFs de acordo com os prazos pré-fixados nos aludidos contratos de pré-pagamentos, com a intenção de fixar a cotação do dólar nos patamares que celebrou os pré-contratos, tendo em vista que o dólar, nos meses de agosto a outubro de 2008 estava em constante oscilação (fl. 1.155).

Para garantir uma cotação que correspondesse ao valor que foi ajustado no contrato de pré-pagamento, a atuada celebrou NDFs da seguinte forma;

... com vencimento nas datas de 11/08/08, com cotação de R\$ 1,6148, na data de 12/08/2008, na cotação de R\$ 1,6161, na data de 13/08/2008, na cotação de R\$ 1,6211, na data de 14/08/2008, na cotação de R\$ 1,6204, na data de 02/09/2008, na cotação de R\$ 1,6602, na data de 03/09/2008, na cotação de R\$ 1,6728, na data de 04/09/2008, na cotação de R\$ 1,7010, para o fim de que no vencimento dos contratos de compra de câmbio, fosse possível receber os valores de R\$ 10.000.000,00, R\$ 11.000.000,00 e R\$ 12.000.000,00 (conforme documentos anexos).

Dessa forma, para garantir o pagamento dos valores que estavam protegidos pelas NDF's com vencimento em 02/09/2008, 03/09/2008 e 04/09/2008, dos respectivos valores de US\$ 5.000.000,00; US\$ 5.000.000,00; US\$ 3.000.000,00; US\$ 5.000.000,00 e US\$ 5.000.000,00, contratadas, respectivamente, com cotação do dólar em R\$ 1,6580; R\$ 1,6650; R\$ 1,6800; R\$ 1,6881 e R\$ 1,7144, a ora Impugnante realizou as NDF'S para garantir o pré-pagamento com a instituição bancária quando do fechamento, para garantir o ingresso no caixa, no dia 11/09/2008, de US\$ 12.000.000,00 com cotação de R\$ 1,82375, e, no dia 12/09/2008, de US\$ 11.000.000,00 com cotação de R\$ 1,798.

Todavia, nos dias de vencimento (12/09/2008 e 13/09/2008), o dólar foi cotado em R\$ 1,8255; de modo que o fechamento no câmbio teve uma média de R\$ 1,8115; o que ocasionou a diferença de R\$ 0,1675; 0,1605; 0,1455; 0,1374 e 0,1111.

Deste modo, a ora Impugnante recebeu em caixa o valor de R\$ 41.663.000,00, enquanto que a NDF era de US\$ 41.986.500,00, de modo que a diferença real que a ora Impugnante perdeu na NDF foi de R\$ 323.500,00 (trezentos e vinte e três mil e quinhentos reais), em decorrência da diferença do câmbio.

Assim, diz a defesa, a perda foi inferior a 1% do valor da NDF. Dessa forma, a NDF de pré-pagamento foi realizada para proteger o ingresso do caixa nos próximos 10 dias, em face do momento instável decorrente da crise internacional.

Entretanto, o auto de infração se ateve somente a diferença da NDF, no valor de R\$ 3.319.000,00, não percebendo que de acordo com o ingresso no caixa, a perda da empresa foi de somente R\$ 323.500,00, conforme demonstrativo de fl. 1.158.

Também está citado um pré-contrato e NDFs no montante de US\$8.000.000,00 que geraram uma diferença de R\$ 5.600,00 (fl. 1159), para demonstrar que os derivativos de NDFs se caracterizam como operações de hedge, sem características de especulativas.

IV.IV – Da legitimidade da dedução das despesas de hedge

Diante das operações de swap e de NDF descritas, a defesa entende que essas operações estão vinculadas à atividade operacional da autuada e foram utilizadas com a finalidade de proteção das variações da cotação do barril do petróleo e do dólar americano, referente aos pagamentos de aquisições de matéria-prima e de recebimento de exportação de seu produto final, projetadas com parâmetro na projeção de faturamento e no cenário internacional e, por isso, consistem em hedge de fluxo de caixa para operação altamente provável.

Depois transcrever o art. 76, § 2º, da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 770, § 2º, do RIR/99, o art. 32 da Lei nº 11.051, de 2004, e a IN SRF nº 575, de 2005, art. 1º e §§, a defesa entende que as perdas nas operações de hedge podem ser deduzidas integralmente, no momento da liquidação do contrato, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL (fls. 1.161 e 1.162).

V – Dos limites de aplicação da lei ordinária

Referindo-se aos artigos 43 e 44 do CTN, diz a defesa que a disponibilidade jurídica e econômica de renda abrange todo universo de resultados em que se contrapõem ativos e passivos. Assim, o produto do capital pode ser de ganho ou uma perda.

Em consequência, um resultado total de uma operação que engloba o produto de capital, quando negativa, não pode ser glosado porque implica prejuízo. Impor glosa, então, é ofensa ao art. 43 e traz efeitos de confisco, em forma de exigência de arrecadação com violação do princípio da legalidade.

Neste contexto, diz a defesa, a dedução dos prejuízos que excedam os ganhos da operação praticada no plano de hedge, se qualificam legalmente como passíveis de dedução do lucro real.

Acrescenta que as incertezas enfrentadas pelo setor industrial, onde qualquer evento incerto pode gerar um revés nos negócios, e não reconhecer esse contexto é operar poeticamente.

Nessas condições, as empresas que comercializam produtos que não constituem commodities passam a poder contar exclusivamente com operações para promover um lastro de defesa contra situações imprevistas – são operações de risco que cobrem riscos.

Observa que o hedge não constitui um instrumental restritivo: ele socorre inclusive as empresas que produzam e vendam exclusivamente para o mercado nacional.

Inclusive estas passam a necessitar de proteção uma vez que correm o risco de ficar obrigada a baixar seus preços em face da entrada de um produto estrangeiro adquirido por um dólar de cotação baixa no país.

Em face disso, diz a defesa, a proteção por via de operação com derivativos passa a se constituir na única forma das empresas enfrentarem a concorrência internacional e não amargarem perdas que podem ameaçá-las inclusive de quebra.

Acrescenta que os derivativos passam a figurar dentro do núcleo e estrutura do que é renda tributável segundo os limites postos no Código Tributário Nacional (artigos 43 e 44) e da Constituição Federal, no seu artigo 153 III, § 2o, inciso I. Trata-se de uma despesa absolutamente necessária que tanto o CTN como a lei do imposto de renda impõem seja deduzida da base de cálculo.

Depois de citar o art. 44 do CTN, observa que não havendo possibilidade de diferenciar os ganhos em face da sua denominação – de ganhos operacionais ou financeiros – também não é possível diferenciar as perdas em face dos preços de venda das perdas que foram incorridas nos negócios financeiros. Ambas as situações geram – ou produzem – resultados tributáveis, e a glosa atinge a dedução de despesas absolutamente necessárias.

Ao concluir este tema, a defesa descreve que a dedução das perdas decorrentes de *hedge* tem amparo legal.

VI – Da identificação dos contornos da operação de hedge

A defesa reitera que o hedge é constituído por uma combinação de negócios absolutamente definida no mundo globalizado por via de ordenação por critérios científicos e que existem normas (contidas no CPC 39 e 40) – de conteúdo técnico científico – absolutamente neutras que definem o que é hedge e como ele deve ser ordenado e como se avalia a sua eficácia técnica.

Depois de relatar questões que envolvem critérios/princípios relativos ao tema, registra que normas de elaboração de demonstrações financeiras, segundo os princípios e critérios contidos de IFRS, em forma de técnica de apuração, que foram introduzidos na legislação brasileira pela Lei nº 11.638/77.

Relata, também, que o Conselho Federal de Contabilidade, em conjunto com outros órgãos representativos da comunidade econômica, financeira e governamental, passou a formular, por via do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC, Pronunciamentos Conceituais Básicos, que devem ser seguidos pelas empresas, atribuindo-se ao contador a obrigação de zelar por sua aplicação.

Neste contexto, diz a defesa, a aplicação dos registros, que interessam nesta análise, estão prescritas pelos CPC 14, 38, 39 e 40. Estes CPC dizem respeito aos conceitos, à qualificação e a escrituração contábil de instrumentos de crédito dentre os quais se encontram os derivativos como um tipo destacada por sua natureza especial.

Ainda, como o hedge é constituído por via de uma combinação de contratos de aquisição de derivativos – classificados como instrumentos de crédito – é dentro deste contexto normativo que se define o que é hedge e se ordena o exame das políticas de investimento – de registros contábeis – com vista a concretizar e demonstrar qualitativa e quantitativamente um esquema de proteção de riscos a que estão sujeitos estes créditos.

Registra que esses CPC classificam as operações de hedge como decorrentes de combinação de operações com derivativos, instrumentos financeiros que estão subjacentes a outros instrumentos financeiros.

A defesa destaca que no item 78 do CPC 38 consta que *a única forma disponível no mercado para formular o conteúdo substancial do que se denomina hedge é adquirir um derivativo.*

Destaca, também, o que consta nos itens 76 e 77 do mesmo CPC:

Um único instrumento de hedge pode ser designado como hedge para mais de um tipo de risco desde que (a) os riscos sob hedge possam ser claramente identificados; (b) a eficácia do hedge possa ser demonstrada; e (c) seja possível assegurar que existe uma designação específica de instrumento de hedge e diferentes posições de risco

[...]

Dois ou mais derivativos, ou proporções deles (ou no caso de risco de moeda dois ou mais não derivativos, ou proporções deles, ou uma combinação de derivativos e não derivativos ou proporções deles) podem ser vistos em combinação e conjuntamente designados como instrumentos de hedge, incluindo a situação quando o risco resultante de alguns derivativos compensa os resultantes de outros.

Depois de transcrever conceitos de “riscos” (Apêndice A do CPC 40), afirma:

Sem dúvida alguma este dispositivo alcança três tipos de hedge específico: que se denominam de: 1) riscos de crédito; riscos de liquidez e riscos de mercado. A partir destes pressupostos, vale afirmar que qualquer derivativo que se encaixe neste contexto de prevenção de risco passa a ser um hedge qualificado no art. 77 § 1o da Lei 8.981/95 que expressamente determina que os prejuízos deles decorrentes constituam despesa, ou parcela dedutível do lucro real.

Como se mostra, pela transcrição a conceitualização de riscos que devem ser cobertos, a partir das regras da nova contabilidade, que emergiu da legislação que introduziu o IFRS no país, notadamente nos CPC 14, 38, 39 e 40 – que regulam os tipos de derivativos e qualificam os negócios – está a exigir como estes riscos devem ser divulgados e demonstrados contabilmente.

Registra, também, que a partir do item 21 do CPC 40, relativamente às políticas contábeis, constam detalhamentos relativos à mensuração e descrição de cada tipo de hedge detalhando no item 23 a forma de demonstração e divulgação dos hedges de fluxo de caixa.

A defesa também descreve que a autuada adota o hedge como forma de proteção contra riscos, abrangendo não só negócios vinculados, mas uma combinação de negócios de proteção. Estes negócios pragmaticamente são feitos a partir de uma espécie de *menu* de contratos que em conjunto de contratos – inclusive de tipos diferentes – formando um núcleo da proteção buscada pela empresa.

Diz que o que a operação de hedge é constituída por uma estruturação financeira, ofertada por que quer correr os riscos de mercado, por via de contratos derivativos que possam ser vinculados de forma conjunta, ou separados a alguns negócios de riscos ou a todos os negócios de risco. Destaca que não há exigência de uma *vinculação específica negócio a negócio como o faz a RFB no auto de infração*.

Observa que esta defesa de riscos passa a ser considerada, no mundo globalizado, uma atividade absolutamente necessária. Assim, a estruturação conjunta de instrumentos financeiros combinados é que estruturam uma operação de hedge que tem uma caracterização complexa e não se resume a uma mera formalização de negócios isolados contrapostos como define a autoridade fiscal que promoveu o lançamento. Está transcrita a definição contida no item 78 do CPC 38 (fl. 1.174).

Diante dessas informações, registra o impugnante, a análise e a definição do que é hedge de proteção passa a se constituir em uma estrutura absolutamente **complexa e totalmente diferente** do que o hedge considerado pela autoridade fiscal.

No entanto, está sendo exigido nos autos a situação em que um derivativo corresponda a cada outro negócio ou instrumento financeiro sujeito a liquidação, contrariando toda a definição científica e legal do que é hedge.

Referindo-se aos derivativos com um aspecto mais amplo, tendo em vista a economia globalizada, a impugnante defende que as normas jurídicas que regulam a atividade administrativa empresarial estão exigindo muito mais do que é possível alcançar com derivativos do que uma simples vinculação direta de uma ponta de eventual perda a outra de negócios contrários. O que o mundo moderno exige atualmente é que se combinem negócios não vinculados.

Contudo, esse instrumental se mostrou insuficiente no período da crise de 2008, que se iniciou em setembro de 2008, com o dólar cotado em R\$ 1,60 e R\$ 2,3650 em 22/10/2008. Foi nesse período que ocorreram as perdas que estão glosadas no presente processo.

Sem dúvida, diz a defesa, está caracterizada a situação de imprevisibilidade em que as perdas passam a ser ditadas por atos de irracionalidade de uma estrutura mercadológica mundial em que cessam de funcionar e ter eficácia qualquer projeção de realidades.

Ao concluir, a defesa conclui que as operações de hedge realizadas pela autuada estão intrinsecamente vinculadas às atividades operacionais da empresa e foram realizadas para proteger o fluxo de caixa da empresa através de cobertura cambial nas importações de matéria-prima derivada de petróleo, bem como nas suas receitas operacionais de exportação cotadas em dólar americano, tendo como parâmetro um cenário do mercado internacional projetado.

VII – Da dedução das perdas excedente aos ganhos, em anos-calendário subsequentes

Diz a defesa que, caso seja decidido que as operações de *swap* e de NDF não se consubstanciam no conceito de hedge, o que admite apenas para efeitos de argumentação, devem ser consideradas as perdas até o limite do ganho auferido e que seja permitida a adição da parte excedente das perdas nos anos-calendário subsequentes, na forma como estabelece o art. 76, § 4º, da Lei nº 8.981/95.

Além disso, as perdas excedentes poderão ser deduzidas dos ganhos apurados em períodos futuros, nos termos do § 5º do citado artigo 76 da Lei nº 8.981/95.

Dessa forma, se ocorrer a descaracterização do hedge nas operações em apreço, o auto de infração deve ser parcialmente cancelado.

VIII – Da ausência de previsão legal para adição na base de cálculo da CSLL

Alega a impugnante que é ilegal o lançamento da CSLL, uma vez que as vedações de dedução de perdas estão restritas a apuração do lucro real, que diz respeito unicamente ao imposto de renda. Ocorre que não há previsão legal para a adição pretendida pelo fisco, na base de cálculo da CSLL.

O lançamento está fundamentado no art. 249, parágrafo único, inciso X, do Decreto nº 3.000/99. De acordo com esse dispositivo legal, as perdas nas operações que não forem consideradas de hedge, e que excederem os ganhos auferidos nas mesmas operações, serão adicionadas ao lucro líquido para o fim de determinação de lucro real. Ou seja, a referida adição comporá a base de cálculo do lucro real, em que

incide o IRPJ, mas não comporá a base do lucro líquido (art. 248 do RIR/99), sob o qual a CSLL é incidente.

Dessa forma, diz a impugnante, não tendo sido realizada pelo legislador a previsão desta adição ao lucro líquido, base de cálculo da CSLL, não é possível a autuação sustentar-se.

Em apoio a seus argumentos, estão transcritas ementas de acórdãos do CARF/MF, que tratam do tema.

Registra, ainda, que o § 4º do art. 76 da Lei nº 8.981/95 só prescreve o referido limite em relação ao lucro real, sem nada mencionar em relação ao lucro líquido.

Observa que a Receita Federal já se pronunciou sobre o tema, conforme Solução de Consulta nº 144 de 17 de junho de 2011:

Solução de Consulta nº 144, de 17 de Junho de 2011

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL

EMENTA: RENDA VARIÁVEL. PERDAS. DEDUÇÃO. As perdas em operações realizadas no mercado futuro podem ser deduzidas da base de cálculo da CSLL apurada pelo lucro real, sem a limitação imposta pelo § 4º do art. 76 da Lei nº 8.981, de 1995.

Assim, conclui a defesa, deve ser afastada a glosa das perdas dos derivativos em apreço na base de cálculo da CSLL.

IX – Do afastamento da Selic sobre a multa

Diz a defesa que, após o prazo legal para apresentação da impugnação, a RFB passa a aplicar a taxa de juros Selic, inclusive, sobre a multa de ofício. Diante disto, a impugnante insurge-se contra tal aplicação, tendo em vista que penalidades, tanto multa de ofício, como taxa de juros Selic, embora previstas em lei, não são autorizadas a incidirem uma sobre a outra. Está citado o art. 43 e parágrafo único da Lei nº 9.430, de 1996.

Acrescenta que a previsão legal da incidência de juros de mora é apenas sobre tributos e contribuições. Estão transcritas ementas de acórdãos do CARF/MF sobre o assunto.

X – Do pedido

A impugnante requer:

a) Que seja acolhida a impugnação, no sentido de determinar o cancelamento integral da exigência fiscal e, via de consequência, arquivado o processo administrativo instaurado.

b) Em caso de não ser acolhido o pedido anterior, que requer o afastamento da adição à base de cálculo de CSLL, por ausência de previsão legal, bem como seja garantido a adição da parte excedente das perdas à base de cálculo do IRPJ, nos anos-calendário subsequentes aos exercícios em questão.

c) Que seja excluída a aplicação da taxa Selic sobre a multa.

E o relatório.

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 1036.206 (fls. 3.246-3.276) de 15/12/2011, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

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

Ano-calendário: 2008, 2009

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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Ano-calendário: 2008, 2009

HEDGE. PERDAS COM DERIVATIVOS. Aplicam-se à contribuição as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA NÃO FORMULADA NO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE PRONUNCIAMENTO PELA DRJ. Os juros de mora incidiram unicamente sobre os tributos lançados e não tendo o auto de infração formulado exigência de juros sobre a multa de ofício lançada, inexistente a respeito qualquer contraditório suscetível de apreciação pela turma de julgamento da DRJ.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 22/12/2011 (A.R. de fl. 3.280) a interessada interpôs recurso voluntário em 20/01/2012 (fls. 3.281-3.363) onde repisa os argumentos apresentados em sua Impugnação.

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.

Vê-se do relato que a Recorrente celebrou operações de hedge com instrumentos financeiros derivativos NDF (Non-Deliverable Forward) e SWAP (Swap WTI Crude Oil IMymex), incorrendo em perdas líquidas de R\$ 5.036.047,87 e de R\$ 46.107.805,16, nos respectivos anos-calendário de 2008 e 2009, perdas essas que foram deduzidas integralmente na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Segundo a Autuada, tais operações teriam os seguintes objetivos: a) Proteger suas receitas de exportação das variações da taxa de câmbio, e b) Proteger suas obrigações oriundas da aquisição de matéria-prima derivada do petróleo.

O Fisco, assim como a 5ª Turma da DRJ Porto Alegre/RS, entendeu que tais operações não se enquadrariam como contratos de hedge, pelos motivos a seguir elencados (fls. 1.112-1.114):

a) O montante dos recursos contratados pela fiscalizada em tais operações foi muito superior ao volume dos créditos oriundos de suas exportações nos anos de 2008 e 2009 (cujos valores foram indicados pela empresa nas planilhas de fls. 943 a 966 e de fls. 1.033 a 1.057), ou seja, **a empresa assumiu posições no mercado de derivativos não cobertas por um ativo efetivamente correlato**. Os totais são os seguintes – 2008 e 2009:

Créditos de exportação (US\$)	Derivativos (US\$)	Diferença apurada (US\$)
97.389.692,22	193.000.000,00	95.610.307,78

b) A fiscalizada realizou **operações de montantes elevados e com prazo de vencimento igual ou inferior a dez dias**, características típicas de operações especulativas, que resultaram em perdas superiores a R\$ 3 milhões.

c) A autuada afirmou ter celebrado contrato de hedge, correspondente à operação "*SWAP WTI CRUDE OIL NYMEX*" contratada com o Banco Itaú (fl. 178), com o intuito de proteger da variação cambial as suas obrigações oriundas da aquisição de matérias-primas derivadas do petróleo. No entanto, **deixou de distinguir especificamente as obrigações que estariam sendo protegidas por tal operação**, não demonstrando a correlação, em valor e prazo de vencimento, entre a operação de hedge e o seu objeto.

Em resumo, a Fiscalização entendeu que não restara comprovado que as operações com derivativos se prestavam à cobertura cambial dos direitos ou obrigações em moeda estrangeira e, por conseqüência, que a utilização desses instrumentos financeiros se dera de forma especulativa, não se caracterizando como contratos de hedge.

Em conseqüência, os resultados deveriam ser submetidos às determinações constantes no § 4º do art. 76 da Lei nº 8.981, de 1995, que assim dispõe:

[...]

§ 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.

(Obs: os artigos 72 a 74 tratam da tributação dos ganhos e rendimentos obtidos no mercado de renda variável).

A Autuada opôs-se à conclusão do Fisco, alegando que o objeto do hedge, tanto na importação, quanto na exportação, era o de proteger o seu fluxo de caixa a fim de prevenir que o risco da alta do barril de petróleo e/ou a queda do dólar compromettesse o resultado da empresa.

Os contratos em discussão demonstrariam que as operações em análise se consubstanciam como hedge, na forma do art. 77, § 1º, alíneas "a" e "b" da Lei nº 8.981, de 1995.

No que tange às operações financeiras que envolvem a aquisição de matéria-prima, a Recorrente considera comprovado que os derivativos swap foram feitos com o escopo de proteger as aquisições desses produtos, através da fixação da cotação do dólar, o que caracteriza o “*hedge de fluxo de caixa para operação altamente provável*”.

Já no que diz respeito às operações de hedge nas receitas de exportação, a Defendente alega que os derivativos NDF realizados tiveram o escopo de proteger as referidas receitas, através da fixação da cotação do dólar (operação de hedge de fluxo de caixa para operação altamente provável), com base no histórico do faturamento de exportações e sua projeção no cenário internacional, no entanto, com a crise de setembro de 2008, o mercado tornou-se imprevisível, razão pela qual as projeções feitas em relação ao ano de 2008 e, sobretudo, dos NDF realizados com média aproximada de 250 dias anteriores, não alcançaram o efetivo faturamento.

Referindo-se às operações de curto prazo, alega que, em face da crise internacional, realizou operações de pré-pagamentos com instituições financeiras para proteger os valores que entrariam em caixa em torno de 10 (dez) dias, razão pela qual, realizou as 8 (oito) NDF's no mês de setembro de 2008, mas o autuante não examinou a verdade material dos fatos.

Observa que em 2008 foram celebrados 187 NDF, sendo que apenas 8 (oito) NDF foram celebrados em pequeno prazo (10 dias), ou seja, apenas 4%, enquanto que os NDF realizados pela autuada tem prazo médio aproximado de 250 dias, conforme demonstrativo de fl. 1.153.

Além disso, sustenta que os NDF foram celebrados no estopim da crise internacional, ou seja, no mês de setembro de 2008. Por essa razão, era necessário realizar as operações de hedge para assegurar o ingresso no caixa nos próximos 10 (dez) dias para cumprir obrigações já firmadas pela empresa, ou seja, os NDF foram realizados com a finalidade hedge de fluxo de caixa.

Depois de apresentar demonstrativos de cálculos e análises sobre essas operações (fls. 1.156-1.159), a defesa conclui que todos os derivativos NDF realizados no

período para proteger as receitas de exportação, através da fixação da cotação do dólar NDF, isto é, para proteger os pré-pagamentos, através da ancoragem da cotação do dólar, se consubstanciam como operações de hedge.

Consigna que os derivativos de swap foram contratados para proteger as aquisições de estirenobutadieno SBR 1502 e SBR 1702 e polibutadieno KBR01, cujo valor de aquisição é influenciado pelo valor do barril de petróleo, e que os derivativos de NDF são para proteger o valor das receitas de exportações celebradas em dólar americano, consistindo operações de hedge.

Registra, também, que operação de hedge é constituída por uma estruturação financeira, por via de contratos derivativos que possam ser vinculados de forma conjunta ou separados a alguns negócios de riscos, não se exigindo uma vinculação específica, negócio a negócio, como o faz a RFB no lançamento atacado.

Conclui a Recorrente asseverando que as operações de Swap e de NDF realizadas se consubstanciam no conceito de hedge.

Com efeito, entendo de forma divergente da Recorrente. Sirvo-me, nesse sentido, dos fundamentos da decisão recorrida, que peço vênias ao autor para adotá-los neste voto como razão de decidir na forma a seguir apresentada.

Das operações de hedge e a questão tributária

A Defendente apresenta análise referente à caracterização e conceitos relativos às operações de hedge. Mesmo diante das informações descritas, pode-se acrescentar outros estudos para facilitar o entendimento do tema.

No trabalho elaborado por Flávio Dias Rocha, apresentado no II Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia – SEGeT 2005 (<http://www.aedb.br/seget>), consta o conceito formulado por M. Hoji, *in* Administração Financeira: Uma Abordagem Prática, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 229, que se transcreve:

O hedge consiste em assumir uma posição no mercado, de forma que os resultados econômicos e financeiros sejam do mesmo valor absoluto, mas de sentido oposto aos produzidos pelos ativos ou passivos de risco em questão, anulando eventuais variações em seus preços.

O autor, observa que as operações de hedge possuem uma série de características, que merecem ser destacadas:

a) Elas buscam eliminar o risco de perda. Mas, ao fazer isso, eliminam as chances de obtenção de ganhos. Logo, o recebimento líquido ou o desembolso líquido (dependendo da posição do agente na transação) será sempre constante. (Grifou-se.)

b) Se existe a total equiparação entre os fluxos do item patrimonial protegido e do instrumento de proteção, tem-se o chamado *hedge perfeito*. Se a proteção não é total, tem-se o *hedge imperfeito*, que é o que ocorre na maioria dos casos.

c) As razões para o *hedge imperfeito*, entre outras, estão ligadas aos tamanhos e prazos dos contratos, a falta de instrumentos perfeitamente complementares aos itens de proteção e o efeito da carga tributária.

d) Nem todo risco que a empresa sofre pode ser eliminado por operações de *hedge*. Um exemplo é o risco de se obter poucas vendas.

e) As finalidades dos agentes que realizam uma operação de *hedge* podem ser categorizadas em dois tipos básicos. O primeiro é a *cobertura*, cujo objetivo seria a proteção de um item do patrimônio contra uma forte oscilação de valor. Nesse caso, tem-se uma redução ou, até mesmo, uma eliminação do risco. O segundo tipo é a *especulação*, onde o objetivo é a obtenção de ganhos financeiros. **Nesta situação, ocorre uma modificação ou um aumento no nível de exposição ao risco.**

O OfícioCircular/ CVM/SNC/SEP nº 01/2005 (disponível em <http://www.cvm.gov.br/>), no item que trata da contabilização das operações de *hedge* segundo norma internacional, também oferece as seguintes informações:

21.4 Contabilização das operações de hedge segundo a norma internacional

É importante considerar que, embora a contabilização das operações de hedge ainda não tenha sido objeto de norma específica da CVM, a sua utilização, desde que não conflite com a lei societária, deverá estar alinhada com as melhores práticas contábeis internacionais.

O IASB revisou em dezembro de 2003 a norma IAS 39 para aplicação em janeiro de 2005 com modificações significativas. A seguir está traduzido e resumido de forma livre, os parágrafos iniciais que definem e qualificam a operação de hedge.

39.85 - A contabilização de hedge reconhece no resultado os efeitos compensatórios oriundos de modificação no valor justo de instrumentos de hedge e de itens hedgeados. 39.86 As operações de hedge podem ser de três tipos:

a) hedge de valor justo: hedge de proteção contra mudanças no valor justo de um ativo ou passivo reconhecido ou de compromisso firme não reconhecido contabilmente, ou ainda, de uma porção identificada de ativo ou passivo ou de um compromisso firme que seja atribuível a um risco particular e que possa afetar o resultado;

b) hedge de fluxo de caixa: proteção contra exposições a variações de fluxos de caixa que (i) sejam atribuíveis a riscos específicos associados com ativos ou passivos (tais como taxas de juros variáveis incidentes sobre pagamentos futuros) ou uma transação projetada altamente provável e (ii) que possa afetar o resultado;

c) hedge de um investimento líquido em operações estrangeiras tal como definido no IAS 21.

Um hedge contra riscos cambiais em um compromisso firme pode ser contabilizado tanto como um hedge de valor justo quanto de hedge de fluxo de caixa.

39.88 - As relações de hedge são qualificadas para a contabilização de hedge sob os parágrafos 89102 do IAS 39 somente se:

a) Existe uma documentação escrita no momento da concepção do hedge que identifica:

(i) o instrumento de hedging, o item hedgeado e o risco a ser hedgeado;

(ii) o objetivo do gerenciamento do risco e a estratégia para tomar o hedge; e

(iii) como será medida a sua efetividade, especificando os enfoques a serem usados para teste de efetividade tanto prospectivas quanto retrospectivas; (Grifou-se.)

b) Espera-se que o hedge seja altamente efetivo para compensar as modificações no valor justo ou nos fluxos de caixa atribuíveis ao risco hedgeado, em linha com a estratégia de gerenciamento de risco originalmente documentada para a operação de hedge específica (no parágrafo BC 136 anexo Basis for Conclusions e no AG105AG113 Application Guidance, o pronunciamento qualifica a faixa de 80:125 por cento de resultados do hedge para serem considerados como "quase completamente compensado");

c) No hedge de fluxo de caixa a transação projetada objeto do hedge deve ser altamente provável e deve apresentar uma exposição a variações de fluxo de caixa que possam afetar o resultado; (Grifou-se.)

d) A efetividade do hedge deve ser mensurada de forma confiável. Isso requer que o valor justo de um instrumento de hedge e o valor justo (ou fluxos de caixa) do item hedgeado sejam mensurados de forma confiável; (Grifou-se.)

e) O hedge deve ser avaliado continuamente e deve ter sido efetivo durante todo o período para o qual foi proposto".

Nos aspectos de divulgação, o IASB, no parágrafo 58 e 59 do pronunciamento IAS 32, estabelece que:

A entidade deve divulgar os seguintes itens, separadamente para hedge de valor justo (fair value), fluxo de caixa e hedge de investimento líquido em países estrangeiros, tal como definido no IAS 39:

a) descrição do hedge (descrição do tipo de hedge se de valor justo, fluxo de caixa ou investimento líquido no estrangeiro e da operação em si);

b) descrição dos instrumentos financeiros designados como instrumentos de hedge e seus valores justos na data do balanço;

c) natureza dos riscos protegidos por hedge;

d) para hedges de fluxo de caixa, os períodos nos quais é esperado que os fluxos irão ocorrer, o seu reflexo no resultado, e a descrição de qualquer transação projetada para a qual a contabilização de hedge tenha sido utilizada previamente mas que não se espera que ainda vá ocorrer. (Grifou-se.)

Quando os ganhos ou perdas de um instrumento de hedge em uma operação de hedge de fluxo de caixa tiverem sido reconhecidos diretamente no patrimônio líquido, a entidade deverá divulgar: (Grifou-se.)

a) o montante reconhecido durante o período;

b) o montante que foi baixado do patrimônio e reconhecido no resultado durante o período e,

c) o montante que foi baixado do patrimônio durante o período e incluído na mensuração inicial do custo de aquisição ou em outro valor contábil de um ativo ou passivo não financeiro em uma transação projetada e protegida por hedge, altamente provável.

Registre-se que essas orientações da CVM repetem-se nos OFÍCIOS-CIRCULARES/CVM/SNC/SEP Nº 01/2006 e nº 01/2007.

Por outro lado, a Deliberação CVM nº 566/08, citada pela Defesa, foi revogada, conforme Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP/Nº 03/2009. O referido ofício informa que o Pronunciamento Técnico CPC 14 foi revisado e transformado na Orientação OCPC 03, onde consta o seguinte (p. 31):

77 - As operações com instrumentos financeiros derivativos destinadas a hedge nos termos desta Orientação devem atender, cumulativamente, às seguintes condições:

(a) possuir identificação documental do risco objeto de hedge, com informações específicas sobre a operação, destacados o processo de gerenciamento de risco e a metodologia utilizada na avaliação da efetividade do hedge desde a concepção da operação;

(b) comprovar a efetividade do hedge desde a concepção e no decorrer da operação (de forma prospectiva e retrospectiva), com indicação de que as variações no valor justo ou no fluxo de caixa do instrumento de hedge compensam as variações no valor de mercado ou no fluxo de caixa do item objeto de hedge no intervalo entre 80% (oitenta por cento) e 125% (cento e vinte e cinco por cento); (Grifou-se)

(c) prever a necessidade de renovação ou de contratação de nova operação no caso daquelas em que o instrumento financeiro derivativo apresente vencimento anterior ao do item objeto de hedge;

(d) demonstrar, no caso dos compromissos ou transações futuras objeto de hedge de fluxo de caixa, elevada probabilidade de ocorrência e comprovar que tal exposição a variações no fluxo de caixa pode afetar o resultado da instituição.

78 - O não atendimento, a qualquer tempo, das exigências previstas no item 77 implica na aplicação e observância dos critérios previstos nos itens 7, 36 e 37 desta Orientação e na imediata transferência, para o resultado do período, no caso do hedge de fluxo de caixa, dos valores acumulados na conta de patrimônio líquido (ajuste de avaliação patrimonial) decorrentes da operação de hedge.

As orientações acima descritas estão também nos itens 57 e 58 do Pronunciamento Técnico CPC 14 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (Deliberação CVM nº 566, de 2008).

Em resumo, pode-se chamar de **hedge** a proteção em operações financeiras contra o **risco** de grandes variações de preço/valor de determinados ativos/passivos financeiros e não financeiros, ou seja, sob o aspecto funcional **é uma política de proteção patrimonial**.

Atente-se que todas as normas legais relativas às operações de hedge são estabelecidas pelas autoridades monetárias que regulam e fiscalizam as operações financeiras que envolvem essas “operações de proteção”, também denominadas como “operações de cobertura”. Ademais, deve-se ter presente que a lei tributária também estabelece condições

para que determinada operação possa ser considerada de “cobertura ou não”, o que ocorreu com o advento da Lei nº 8.981, de 1995, que assim estabelece:

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)

[...]

*§ 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 subseqüentes, 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)

[...]

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

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

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

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

Portanto, para efeitos tributários, a partir da vigência do dispositivo legal acima, interpreta-se que a operação financeira é classificada como hedge quando for realizada com a **finalidade de proteção de bens ou dívidas vinculadas às atividades operacionais da pessoa jurídica** e que atenda as regras formais estabelecidas pelas autoridades monetárias.

Note-se que a proteção descrita pressupõe a preexistência de um objeto a ser protegido.

No entanto, ocorrendo a descaracterização do hedge nas operações realizadas no país, aplicam-se as regras dos parágrafos 4º e 5º do art. 76 da Lei nº 8.981, de 1995, de forma que as perdas são dedutíveis até o limite dos ganhos e o excesso pode ser excluído na

determinação do lucro real apenas até o limite correspondente à diferença positiva apurada em cada ano, entre os ganhos e perdas decorrentes das operações realizadas.

Das operações NDF e Swap contratadas pela fiscalizada

Registre-se, inicialmente, que não há divergência em relação aos montantes tributáveis apurados neste processo, os valores de R\$ 5.036.047,87 e de R\$ 46.107.805,16, nos anos-calendário de 2008 e 2009. O litígio envolve a tributação desses valores, tendo em vista a conclusão fiscal de que as operações que geraram esses resultados não se enquadraram como “contratos de hedge” (fl. 1.114).

Em decorrência, também ocorreu a glosa de compensação de prejuízos fiscais (IRPJ) e de base de cálculo negativa da CSLL, em 2009, no valor de R\$ 5.036.047,87.

a) Da discrepância entre os valores contratados de hedge e dos créditos de exportação

Com referência à discrepância entre os valores contratados de hedge e dos créditos de exportação, os demonstrativos consolidados de fls. 1.112 e 1.113 não deixam dúvidas que os valores dos derivativos foram muito superiores aos referidos créditos. A diferença apurada corresponde a 98,17% desses créditos, evidenciando a inexistência de relação linear entre os referidos créditos e os derivativos contratados, mesmo com alguma margem razoável de variação. Entende-se, assim, que a Recorrente assumiu uma posição no mercado de derivativo não coberto por um ativo.

Deve-se esclarecer que não se está exigindo o hedge perfeito, onde, por exemplo, com uma variação na cotação da moeda estrangeira em 5%, uma das variáveis cresce e a outra diminui no mesmo percentual. A questão é o elevado nível de risco envolvido nas operações financeiras contratadas.

A defesa alega que a relatada crise financeira de setembro de 2008 abalou as operações de exportação, razão pela qual as projeções feitas para o ano de 2008 não foram atingidas, aliada aos NDF realizados com média de 250 dias anteriores, foram os fatos que geraram o resultado já descrito.

Ocorre, entretanto, que os atos CVM citados prescrevem que no hedge de fluxo de caixa a transação projetada objeto do hedge deve ser altamente provável, o que não se configura no caso em análise.

Além disso, a Lei nº 8.981, de 1995, art. 77, § 1º, estabelece que a operação de cobertura pressupõe a preexistência de um objeto a ser protegido, ou seja, destina-se à proteção de direito ou obrigação da pessoa jurídica.

A Recorrente já informou, relativamente aos anos-calendário de 2008 e 2009, que não tem condições de comprovar a vinculação entre o instrumento (derivativo financeiro) e o objeto do hedge (direitos/obrigações) – fls. 941/942 e 1.028/1.033.

Além disso, defende que as regras contábeis vigentes não determinavam a vinculação entre o instrumento e o objeto de hedge, e que a obrigatoriedade dessa vinculação somente foi exigida a partir de 2010, com a adoção do novo padrão contábil internacional (IFRS) e vigência do Pronunciamento Técnico CPC 38, aprovado pela Deliberação CVM nº

604, de 2009.

Analisando-se os documentos apresentados pela defesa, constata-se, por exemplo:

- Fl. 1.897 – nota de negociação – swap – contrato a termo de moeda com funcionalidade (NDF) – tipo de operação: compra e venda de dólar americano. O banco compra/cliente vende dólar americano (USV) e cliente compra/banco vende Reais (R\$).
- Fl. 1.907 – mesmo tipo de operação do item anterior.
- Fl. 1.963 – termo de negociação referente a contrato a termo de moeda sem entrega física – prazo 459 dias.
- Fl. 1.964 – confirmação de contrato de derivativos. Moeda US\$. Vendedor: a atuada. Comprador: Banco.
- Fl. 2.094 – confirmação relativa a operação de derivativo/operação de proteção contra riscos financeiros do tipo “termos de moedas”. US\$ contra Reais.
- Fl. 2.129 – confirmação de operação de termo de moedas – referente a contrato de derivativos; constam os valores, tipo da operação, paridade termo e paridade final entre outras informações. E ainda, que é uma operação sem garantias.
- Fl. 2.177 – nota de negociação de operação a termo de moeda sem entrega física, com informações relativas aos dados da operação (datas de contratação, datas de vencimento e prazos, entre outras informações).
- Fl. 2.200 – nota de negociação de operação de NDF, com informações relativas as datas, valores, cotação R\$/US\$ e prazos.
- Fl. 2.268 – confirmação de operação NDF – constam informações relativas às datas de negociação/liquidação, moeda de referência, valores, taxa de câmbio a termo, condições para liquidação e outras condições contratuais.
- Fl. 2.761 – confirmação relativa a operação de derivativo/operação de proteção contra riscos financeiros do tipo “termo de moedas”.
- Fl. 2.853 – nota de liquidação – termo de moeda – swap – tem-se informações relativas ao contratante e participante, valores, prazo e dados da operação.
- Fl. 2.854 – contrato de compra e venda de moeda a termo sem entrega física, com descrição das características da operação. No caso, a atuada é a vendedora da moeda (US\$).
- Fl. 3.008 – operação de NDF – estão descritas as condições contratuais.
- Fl. 3.160 – carta de confirmação de operação de compra e venda de moeda estrangeira sem entrega física. Comprador: banco. Prazo: 335 dias.
- Fl. 3.194 demonstrativo de liquidação de operação de derivativo – termo de moeda – tem-se informações relativas à operação onde consta o número do contrato, moeda de referencia, valor base liquidado, cotação do dólar americano no vencimento, data da operação e liquidação e ajuste de valor, nos contratos de celebrados, por exemplo, com o HSBC Bank Brasil S. A. – Banco Múltiplo (fl. 214), que foi apresentado à fiscalização, está descrito o “objeto do contrato” – neste caso operações de swap, a termo, com ações não padronizadas, referenciadas em

diversos ativos e/ou índices de taxas de juros...”. As mesmas condições repetem-se no contrato com o Deutsche Bank S. A. (fl. 255).

Como se vê, nesses documentos não está descrita qualquer associação a direito ou obrigação da autuada. Contêm somente informações relativas a contratos de compra e venda de moeda (US\$) sem entrega física.

Além disso, conforme já mencionado, a Recorrente não apresentou qualquer documento de sua contabilidade que demonstrasse tal vinculação, afirmando, inclusive, a impossibilidade de trazer comprovação.

Nessa esteira, no item 21.4 do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP 01/2005, que trata da contabilização dessas operações, já constava a existência de documentação escrita que identificasse o hedge (norma IAS 39.88), contendo, dentre outros, o “item hedgeado”, ou seja, o **item protegido**.

Na mesma linha, o item 57 do Pronunciamento Técnico CPC 14 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (Deliberação CVM nº 566, de 2008), acusa que as operações com instrumentos financeiros derivativos devem atender, cumulativamente, as condições ali expressas, dentre as quais possuir identificação documental do risco objeto de hedge, com informações específicas sobre a operação (alínea “a”).

Assim, pode-se concluir, inicialmente, que a determinação constante na Lei nº 8.981, de 1995, art. 77, § 1º, não foi observada, uma vez que não há identificação dos “direitos ou obrigações da pessoa jurídica” que as operações com derivativos visavam proteger.

Ademais, ainda que se considere a operacionalização do denominado “hedge de fluxo de caixa”, onde as operações com NDF são realizadas com a intenção de proteger o fluxo de caixa da empresa, resta claro que a autuada assumiu posição no mercado de derivativos superior à que seria necessária para cobrir o **risco** que poderia envolver seu fluxo de caixa: créditos de exportação de US\$ 97.389.692,22 para o montante de derivativos de US\$ 193.000.000,00, conforme demonstrado nos autos.

b) Das operações com derivativos Swap

Com referência às operações com o derivativo Swap, que supostamente tinham por objetivo a proteção cambial de suas obrigações oriundas da aquisição de matéria prima, admitindo-se também como operação para proteger o seu fluxo de caixa, da mesma forma, também não há identificação da obrigação que estaria sendo protegida por tal operação.

Efetivamente, não está demonstrada a correlação de valores e prazos de vencimento, entre a operação de hedge e o seu objeto.

Diante desses elementos, não há possibilidade de admitir-se que as operações com derivativos se prestaram à cobertura cambial de direitos ou obrigações em moeda estrangeira na forma regulamentar, previstas nos atos CVM.

Assim, as perdas havidas pela Recorrente, nas operações com NDF e Swap, submetem-se as regras estabelecidas no § 4º do art. 76 da Lei nº 8.981, de 1995, ou seja, as perdas somente são dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos nessas operações, como está descrito nos autos.

Da dedução das perdas excedentes dos ganhos nos anos-calendário subseqüentes

Ocorre que não estando a operação com derivativo caracterizada como hedge, as perdas excedentes podem ser deduzidas dos ganhos apurados em períodos futuros, conforme estabelece o § 5º do art. 76 da Lei nº 8.981, de 1995:

§ 5º Na hipótese do § 4º, a parcela das perdas adicionadas poderá, nos anos-calendário subseqüentes, 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)

No caso dos autos, os valores passíveis de dedução nos anos-calendário de 2008 e 2009 já foram computados, pois os ganhos em cada período são menores que as perdas decorrentes de operações com derivativos NDF e Swap, gerando os valores tributáveis anteriormente descritos.

Assim, não há incorreção na apuração dos valores tributáveis, conforme alegação da defesa (fl. 1.180) não havendo necessidade de alteração dos autos de infração.

Da adição das perdas com derivativos na base de cálculo da CSLL

Diz a defesa que não há previsão legal que dê suporte à exigência do fisco relativamente à CSLL, pois todos os dispositivos legais publicados tratam da vedação de dedução das perdas em discussão na apuração ao lucro real, que diz respeito somente ao IRPJ.

De fato, todos os atos que regulam os efeitos tributários produzidos pelas operações em análise cuidam do cálculo do valor tributável para efeito do imposto de renda.

Nesse caso, deve ser aplicada a regra estabelecida pelo art. 57 da Lei nº 8.981, de 1995, que assim dispõe:

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

Com referência à orientação contida na Solução de Consulta nº 144/SRRF/9ªRF, de 2011, registre-se que os seus efeitos são aplicáveis somente à parte que tem legitimidade para formular a consulta à RFB, nos termos do art. 46 do Decreto no 70.235, de 1972, e art. 50 da Lei no 9.430, de 1996. É ato administrativo decisório. Assim, a consulta tributária não gera efeitos com relação a terceiros, que é a posição da Recorrente nessa relação jurídica.

Portanto, considero correta a apuração do valor tributável da CSLL e, conseqüentemente, o valor da contribuição exigida nos autos.

Dos juros de mora incidentes sobre a multa de ofício

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.

Processo nº 11020.723604/2011-77
Acórdão n.º 1402-001.201

S1-C4T2
Fl. 3.408

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*.

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

Conclusão

Por todo o exposto, Voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, mantendo integralmente o crédito tributário exigido.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.