ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 13005.720890/2013-02

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

Processo nº	13005.720890/2013-02
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1301-002.915 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	09 de abril de 2018
Matéria	IRPJ: Hedge
Recorrente	FRS S/A AGRO INDUSTRIAL
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

PERDAS. APLICAÇÕES FINANCEIRAS. *HEDGE*. DEDUTIBILIDADE. REGISTRO CETIP.

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

APLICAÇÃO FINANCEIRA "SWAP" PARA FINS DE HEDGE. DEDUÇÃO DE PERDAS.

Os lançamentos fiscais aqui controvertidos partem da premissa errônea de que as perdas em operações de *Swap* para Hedge teriam finalidade especulativa, o que não se comprovou. Assim, dedutíveis todas as perdas e não somente até o limite dos ganhos, fato que também não é só aplicável às instituições financeiras, nos termos do inciso V do art. 77 da Lei n. 8.981/95, e art. 35, § 2°, da Instrução Normativa SRF n° 25/2001 razão pela qual é absolutamente insustentável o lançamento em destaque.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade, e, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Nelso Kichel e Ângelo Antunes Nunes que votaram por lhe negar provimento. Declarou-se impedido o Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro. Participou do julgamento o Conselheiro Suplente Breno do Carmo Moreira Vieira.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)
Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Breno do Carmo Moreira Vieira, Ângelo Antunes Nunes (suplente convocado para manter paridade do colegiado), Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Leonam Rocha de Medeiros (suplente convocado em substituição à Conselheira Bianca Felícia Rothschild) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente justificadamente a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

FRS S/A AGRO INDUSTRIAL, já qualificada nos autos, recorre da decisão proferida pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre (DF) - DRJ/POA, que, por unanimidade, julgou improcedente a impugnação, para manter o crédito tributário de IRPJ e CSLL no valor total de R$42.138.760,71, relativo ao ano-calendário 2008.

Do Lançamento

Trata-se de auto de infração para lançamento de IRPJ e CSLL (fls. 02/15), cumulados de juros e multa de ofício, com ciência em 08/05/2013, lavrado contra FRS S/A AGRO INDUSTRIAL., em razão da falta de adição ao lucro real, com base nos arts. 72, 74, 76, §4º e 77 da Lei 8.981/95 e art. 5º da Lei 9.065/95, art. 3º da Lei 9.249/95, arts. 247 e 249 do RIR/99, arts. 756, §7º, 772, 774 e 775 do RIR/99.

Segundo o Relatório da Auditoria Fiscal, (fls. 16/37), e Relatório do acórdão recorrido, as razões de autuação foram:

1.1 – Das Perdas no Mercado de Renda Variável

A empresa realizou operações financeiras no mercado de renda variável,exceto Day-Trade, informadas na DIPJ do ano-calendário 2008, declarando ganho de R$ 40.148.327,48 e perda de R$ 88.646.343,77, obtendo um resultado líquido negativo de R$ 48.498.016,00. A perda líquida foi deduzida integralmente para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Os resultados destas operações financeiras foram registrados nas contas a seguir, das quais foram transferidos ao resultado os valores da última coluna.

Número da Conta	Nome da Conta	Valor
3155305	GANHO C/OPERACOES ATIVOS FINANCEIROS	33.409.487,73
3155305	GANHOS C/DERIVATIVOS FINANCIAMENTOS	6.738.839,75
3150500	PERDA C/OPERACOES ATIVOS FINANCEIROS	39.757.290,99
3150500	PERDA C/DERIVATIVOS FINANCIAMENTOS	48.889.052,78

Instada a esclarecer a razão do resultado negativo com tais operações, a contribuinte informou (fls. 79):

> *2. Em atenção ao requerimento disposto no item "2", informamos que o valor de R$ 48.498.016,00 diz respeito às perdas com instrumentos de derivativos sofridas em 2008, decorrentes da forte variação cambial depreciativa da moeda brasileira frente às moedas externas (dólar americano e euro), ocorrida naquele ano, esclarecido de que todas estas operações **nunca foram especulativas** (na medida em que todas elas sempre estiveram vinculadas às vendas no mercado externo). Tais perdas estão também relacionadas aos instrumentos contratuais que viabilizaram a depreciação do custo financeiro atrelados à variação cambial;*

A contribuinte foi intimada a apresentar os instrumentos de financiamento das exportações, entre eles, os Adiantamentos de Contratos de Câmbio – ACC. Respondeu esclarecendo que inúmeras operações de derivativos não possuem dois documentos como sugerido (um 'Contrato' e um 'Derivativo'). Continua (fl. 2196):

> *O que existem são dois grandes tipos de derivativos, os derivativos vinculados a operações de financiamentos e os derivativos não vinculados a operações de financiamentos.*
>
> *Os derivativos vinculados a operações de financiamento visam reduzir o custo (juros remuneratórios) destas últimas e estes sim possuem um contrato de financiamento e um instrumento de derivativo.*

A fiscalizada foi, também, intimada a comprovar o registro, nos órgãos competentes, dos contratos de derivativos que deram origens às perdas. Em resposta, afirmou que todas as operações por ela realizadas prescindem de registro.

1.2. Quanto à necessidade de registro das operações de swap

O autuante afirma que a legislação tributária impõe o registro das operações com swap como requisito de dedutibilidade. A previsão estaria no § 3º do art. 74 da Lei nº 8.981/1995, de 20 de janeiro de 1995:

> *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.***

Conclui o autuante (fl 20):

> *Assim, não tendo a fiscalizada se desincumbido de comprovar o registro das operações de swap, embora intimada e reintimada, não há como aceitar as deduções das perdas nestas operações devendo ser glosado o valor total destas, não se limitando a diferença entre os ganhos e perdas previstas no § 4° do artigo 76 da Lei 8.981/95, transcrito adiante.*
>
> *O montante de perdas consta da planilha Total Perdas em Operações de Swap (fl. 4918, em anexo) e é de R$ 57.570.388,09. Esse foi o valor adicionado ao lucro líquido do período.*

1.3 – Quanto ao Regime Tributário das Operações Financeiras

As razões já relatadas foram consideradas, pelo autuante, como suficientes para a realização da glosa. No entanto, considerando a possibilidade de a fiscalizada apresentar, com a impugnação, os documentos comprobatórios dos registros, resolveu ele adentrar na análise de outros aspectos das operações com derivativos, especialmente quanto à legislação aplicável ao caso.

O regime tributário das operações financeiras e as regras para dedução das perdas nas operações financeiras em renda variável, das operações no Brasil, encontram-se previstos na Lei n° 8.981/1995, no Capítulo VI - Da Tributação das Operações Financeiras, Seção II - Do Mercado de

Renda Variável (artigos 72 a 75) e na Seção III - Das Disposições Comuns à Tributação das Operações Financeiras (artigos 76 e 77), com alterações posteriores.

O artigo 76, § 4°, estabeleceu que as perdas nas operações de renda variável são dedutíveis até o limite dos ganhos em operações da mesma natureza:

> *"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 n° 9.065, de 1995)*
>
> *(...)*
>
> *§ 3° 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.*
>
> *§ 4° 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.*
>
> *§ 5° Na hipótese do § 4°, 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 n° 9.065, de 1995) " (Sublinhei)*

O art. 77 da Lei nº 8.981/1995 excepciona a aplicação do regime de tributação previsto no Capitulo VI para os rendimentos ou ganhos líquidos, nas situações que especifica. Essa exceção não alcançaria o § 4º, do artigo 76, o qual trata de regra de dedutibilidade e não acerca do regime de tributação. Diz o autuante:

> *Da exegese dessas normas, extrai-se que é o regime de tributação na fonte ou o pagamento em separado do imposto de renda que foram afastados nas operações classificadas como de cobertura (inciso V da Lei 8.981/95), mas não a limitação à dedutibilidade integral das perdas no próprio exercício, prevista no § 4° do artigo 76 da Lei 8.981/95, pois não se trata de um regime de tributação.*

Assim, o valor das perdas que excedeu os ganhos não poderia ser deduzido, fazendo com que a glosa subsistisse pelo montante de R$ 48.498.016,00.

1.4. Quanto às atividades das pessoas jurídicas

O RIR/99, ao regulamentar as normas esparsas da legislação do imposto de renda, não teria permitido que as empresas não financeiras efetuassem a dedução integral de eventuais perdas quando estas superassem os ganhos nas mesmas operações. Essa interpretação seria coerente com a de que o artigo 77 da Lei 8.981/1995 somente afastou o regime de tributação previsto no capítulo, mas não a regra de dedutibilidade nele inserida. A contribuinte não é empresa financeira e, assim, não pode deduzir eventuais perdas.

Traz jurisprudência acerca da matéria e conclui (fl. 26):

Portanto, seja porque o artigo 77 da Lei n° 8.981/95 afasta o regime de tributação na fonte e não a regra de dedutibilidade prevista no § 4° ao artigo 76, ou porque a possibilidade de dedução integral das perdas só se aplique às instituições financeiras, a perda líquida de ***R$ 48.498.016,00,*** *no ano-calendário de 2008, relativa às operações financeiras no mercado de renda variável, deveria ter sido adicionada ao lucro líquido para apuração do lucro real, bem como à base de cálculo da Contribuição Social sobre Lucro Líquido, o que resultaria em lançamento do crédito tributário e seus reflexos se estes valores já não estivessem abarcados pelo lançamento cujas razões estão referidas nos itens 21 a 25.*

1.5. O ACC e a necessidade de hedge

O autuante traz outro argumento para sustentar o lançamento da perda líquida: o de que as operações realizadas pela contribuinte não podem ser classificadas como hedge. E ele próprio adverte que (fl. 26) para aceitar este argumentação teríamos que refutar os argumentos anteriores, para em seguida verificar se as operações que realiza podem ser caracterizadas como de 'hedge'

Refere o autuante que a Lei n. 8.981/1995 trouxe um conceito normativo de hedge. De acordo com o parágrafo 1° do artigo 77 da citada Lei, são consideradas como tais 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.

O autuante fez análise de qual seria a necessidade de hedge relativamente às exportações que estariam sujeitas as oscilações do câmbio, considerando as formas de financiamento às exportações utilizadas pela fiscalizada. Ela teria informado a utilização de Adiantamentos de Contratos de Câmbio – ACC, Adiantamento sobre Cambiais Entregues – ACE e Pré-pagamento da Exportação. Os dois primeiros seriam créditos domésticos entre dois agentes residentes e o último constituiria uma modalidade de financiamento externo.

A contribuinte não teria necessidade de realizar operações financeiras com derivativos para receitas que foram antecipadas por meio de ACC/ACE/Pré-pagamento, pois não haveria exposição a risco cambial. Trago excerto do relatório (fls. 34):

> *Conclui-se, por conseguinte, que pelo lado comercial, as receitas das exportações recebidas antecipadamente, fruto dos contratos de câmbio mencionados, não são impactadas pelas variações da moeda, sendo desnecessárias operações de cobertura adicionais, pois só persiste o risco comercial da atividade. Por sua vez, no lado financeiro, também não há necessidade de* hedge *em relação às oscilações do câmbio, pois nos contratos de financiamento (ACC/ACE e Pré-Pagamento) se comprometeu a entregar (vender) a moeda obtida com as mercadorias exportadas, ou então cedeu os direitos de recebimento ao banco, o que permite a liquidação do compromisso com as divisas recebidas, independente da taxa de câmbio praticada.*

Efetuado o confronto entre ACC/ACE/Pré-pagamento versus vendas externas, o autuante concluiu que a exposição a riscos cambiais da empresa seria de 1,64% ou 15,41% do total das vendas para o exterior, dependendo do critério adotado (item 58 do relatório fiscal). Os valores expostos a tais riscos seriam então de R$ 26,4 milhões ou R$ 248,1 milhões, mas a contratação de derivativos teria sido da ordem de R$ 2 bilhões. Diz o autuante (fl. 36):

Portanto, a contratação dos derivativos foi muitas vezes superior às necessidades de cobertura, caracterizando que em sua maioria eram especulativos, visando obter ganhos financeiros, situação que não afastaria o limite de dedutibilidade, previsto § 4° do artigo 76 da Lei 8.981/95, resultando na adição ao lucro líquido do valor de R$ 48.498.016,00.
Ainda, confrontando o quadro acima com o inserido no item 51, constata-se que os valores base dos derivativos superaram em R$ 327 milhões as vendas externas da fiscalizada, ou seja, 19% acima do total das vendas.

O relatório fiscal também refere que a própria fiscalizada admitiu, em resposta à intimação, que os derivativos vinculados aos financiamentos eram para depreciar o custo financeiros destes, em outras palavras, visavam obter ganhos financeiros para com estes reduzir o pagamento dos juros previstos. Diz:

As respostas [à intimação] transcritas constituem confissão de que os objetivos dos derivativos vinculados às operações de financiamento não eram de cobertura, mas especulativos, visando obter algum ganho para reduzir os juros a serem pagos. Analisados por amostragem os financiamentos mencionados pela fiscalizada, constatamos que em sua maioria foram contratados em reais com correção por um percentual do CDI mais juros, portanto, sem risco cambial.

Ao final do relatório fiscal o autuante resume suas conclusões assim (fls. 37):

85. Diante dos fatos e das irregularidades fiscais constatadas, referidas sucintamente abaixo, efetuamos o lançamento em relação ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e do reflexo na Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, assim como da multa de ofício, nos termos do inciso I do artigo 44 da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei n° 11.488, de15/06/2007:

1. porque a fiscalizada não se desincumbiu de comprovar o registro das operações de swap, como estabelece o § 3° do artigo 74 da Lei 8.981/95, condição para o reconhecimento das perdas, cujo montante chegou a R$ 57.570.388,09;

2. porque o artigo 77 da Lei n° 8.981/95 afasta o regime de tributação na fonte das operações financeiras que menciona, mas não a regra que limita a dedutibilidade das perdas aos ganhos auferidos nas mesmas operações, prevista no § 4° ao artigo 76;

3. porque a dedução integral das perdas em renda variável, atendidas certas condições, só é permitida às instituições financeiras, que tem entre suas atividades operacionais estes negócios;

4. porque, acaso afastados os motivos anteriores, a maior parte das operações realizadas pela fiscalizada não podem ser classificadas como de cobertura (hedge), situação em que as perdas excedentes aos ganhos em renda variável devem ser adicionadas ao lucro líquido.

86. A base tributável para o lançamento motivado por qualquer dos itens 2, 3 ou 4 seria de R$ 48.498.016,00.

Da Impugnação

Nos termos da decisão da DRJ, segue o relato da Impugnação:

2.1. Das Preliminares

Os autos de infração teriam sido lavrados com teses sucessivas e valores de bases tributáveis alternados, remetendo, assim, a competência privativa do lançamento ao órgão julgador, para que este faça o aperfeiçoamento do auto de infração e determine qual é a infração correta e qual a base tributável a ser exigida. A competência das delegacias de julgamento, no entanto, é restrita ao julgamento do processo – não pode lançar ou aperfeiçoar a exigência.

A indicação de duas bases tributáveis decorrentes do mesmo fato gerador macula a certeza do crédito tributário referido no auto de infração. Essa incerteza do crédito seria produto da incerteza e da ausência de convencimento da própria fundamentação do auto de infração.

Haveria imprecisão na base tributável de R$ 57.570.388,09. Transcrevendo trechos do relatório fiscal a defesa pergunta (fl. 4937):

> *Com a devida vênia, mas, mesmo no esclarecimento da base tributável de R$ 57.570.388,09 não houve certeza. Como pode uma perda de R$ 48.498.016,00 ter a exclusão do valor de R$ 12.645.640,00 e alcançar o montante de R$ 57.570.388,09.*
>
> *Houve adição dos valores, para determinar a referida base de R$ 57.570.388,09? Houve adição do valor de R$ 12.645.640,00? Houve subtração entre os referidos valores?*
>
> *Veja que não há a devida fundamentação do valor tributável de R$ 57.570.388,09 e, por conseguinte, verifica-se que não há certeza da base tributável e do consequente crédito tributário exigido no auto de infração, mesmo quando analisada isoladamente apenas esta base de cálculo!*

Teria havido, então, nulidade insanável em razão da falta de certeza quanto à base tributável.

Não teria havido a indicação de qual conduta teria ocasionado uma infração tributária. O discurso sucessivo do autuante teria indicado quatro infrações diversas entre si. Diz a impugnante (fl. 4941):

> *No referido discurso, a única conclusão que se chega é que a Autoridade Fiscal obteve dificuldade na determinação da infração e na determinação da base tributável e lavrou o auto de infração para que, posteriormente, a Delegacia de Julgamento realizasse o seu aperfeiçoamento, determinando qual a infração em análise e a base de cálculo correta. Nesse sentido, é possível formular as seguintes proposições contidas no relatório fiscal e, principalmente, na sua conclusão:*
>
> *Se a primeira infração (não ter demonstrado o registro das operações), com o valor tributável de R$ 57.570.388,09, não for confirmada pela Delegacia de Julgamento, então é porque ocorreu a segunda, e esta deve ser considerada com o valor tributável de R$ 48.498.016,00;*
>
> *Se a segunda infração (regra que limita a dedutibilidade das perdas em hedge aos valores dos ganhos) não for confirmada por esta Colenda Turma, então é porque ocorreu a terceira infração;*
>
> *Todavia, se a terceira infração (dedução integral das perdas de hedge é procedimento exclusivo das instituições financeiras, pelo seu objeto social) também não for confirmada por esta Colenda Turma Julgadora, então, deve ser mantido o auto de infração pela quarta infração (suposta ausência de enquadramento dos derivativos em análise como operações de hedge).*

Enfatiza que o lançamento é atividade vinculada e de competência privativa da autoridade fiscal, não cabendo à turma de julgamento indicar qual infração deveria ter sido autuada e qual a base de cálculo que deveria ser adotada. Pede que o auto de infração seja anulado ante à ausência do enquadramento específico de qual infração está sendo imposta, com a consequente violação aos arts. 10, incisos III e V, e 11, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972.

2.2 - MÉRITO

A contribuinte, quando celebra os Adiantamentos de Contratos de Câmbio – ACC's ainda não possui exportações contratadas sobre aquela produção que será financiada pelo próprio ACC, por isso, a afirmação de que o ACC não se vincula a um derivativo que será contratado, posteriormente, para proteger os riscos da variação da taxa de câmbio sobre as receitas de exportação.

Mensalmente a autuada realiza o cotejo entre o seu fluxo de caixa projetado com as futuras receitas e os vencimentos dos ACC's que financiam o seu ciclo operacional, e, sobre os saldos (diferenças de valores) remanescentes entre os mesmos, realiza a devida proteção através de operações de derivativos para obter o hedge, protegendo o resultado da empresa do risco da variação da taxa cambial do dólar e do euro. Assim, o derivativo seria realizado apenas para proteger a parcela da futura receita de exportação dos riscos da variação cambial, que não estava, de certa forma, acobertada pelos vencimentos dos ACC's, bem como dos ACE's. Diz:

> *Assim, é evidente que a ora Impugnante, ao contratar um derivativo, o faz na exata medição do seu risco, ou seja, apenas para proteger a parcela da receita de exportação que está descoberta e que poderá sofrer prejuízo em face da variação da taxa cambial.*

A celebração de hedge não seria uma liberalidade do administrador, mas uma obrigação imposta pela legislação societária, no caso, os art. 153 e 154 da Lei 6.404/1976 e art. 1.011 do Código Civil.

Os derivativos, para configurarem hedge, tanto podem ser do tipo vinculado – de contrato a contrato – como podem se constituir num núcleo de operações protegidas, como aconteceria no caso concreto, pois a autuada contratava o derivativo conforme o volume das datas de vencimento (recebimento) das receitas de exportação.

A análise de cada ACC, ACE e Derivativo, juntamente com os faturamentos de exportação realizados no período de 2008 mostra que a proteção por derivativos se deu a menor do que poderia ter sido realizada, apenas com exceção dos meses do pico da crise mundial, onde houve pequena oscilação, justificável.

2.2.1. Do Registro das Operações de Hedge

A contribuinte – quando intimada a fornecer o registro de todos os derivativos – não possuía e permanece não os possuindo, pois são as instituições bancárias que procedem ao registro junto aos órgãos competentes. O registro é posterior à contratação. O fato de os registros não terem sido apresentados não significa que os mesmos inexistam.

O autuante deveria ter solicitado às instituições bancárias para que fornecessem referidos registros dos derivativos, haja vista que o procedimento de registro é regulado pelo Banco Central e suas normas são direcionadas às instituições bancárias.

O hedge não pode ser descaracterizado sem que o fisco esgote todos os meios de prova possíveis. Diz (fl. 4949):

> *Todavia, com o propósito de que seja devidamente esclarecido, a ora Impugnante registra a sua autorização para que Vossas Senhorias, determinem, pessoalmente, ou, através de baixa em diligência à Autoridade Fiscal de origem, a solicitação dos registros dos derivativos celebrados com a ora Impugnante, mediante ofício de intimação para as instituições bancárias contratadas, bem como ao CETIP e ao Banco Central por serem os órgãos reguladores das atividades das mesmas.*

Comenta que não há impositivo normativo que determine o registro dos derivativos e, assim, há a possibilidade das instituições financeiras, em razão de entenderem desnecessário, não terem realizado os registros de tais operações. Essa eventual omissão não poderia prejudicar a impugnante, que não é responsável pela formalização do derivativo.

2.2.2. Da dedutibilidade integral das perdas de hedge

A defesa não concorda que as perdas com derivativos devem ser limitadas aos valores dos ganhos percebidos com eles, sob o argumento de que quando o art. 77 da Lei nº 8.981/1995 excepciona a aplicação do regime de tributação previsto no Capítulo VI, excepciona apenas a incidência do imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos ou ganhos líquidos dos derivativos realizados como hedge e não exceção à regra de dedutibilidade do art. 76, § 4º, da Lei nº 8.981/1995.

O art. 77 da referida lei não pode ser interpretado isoladamente. Deverá ser interpretado considerando todo o Capítulo VI, haja vista que a Seção III, onde ele está inserido, trata das disposições comuns ao regime de tributação das operações financeiras, sejam elas fixas (Seção I), sejam elas variáveis (Seção II). E o inciso V, do referido artigo 77, deixa claro que as regras de tributação do Capítulo VI, não se aplicam às operações de hedge. Ou seja, é por expressa determinação legal que o art. 77, inciso V, da Lei n° 8.981/95 excetua a regra de dedutibilidade prevista no art. 76, § 4o, da mesma lei, de modo que as perdas de hedge podem ser integralmente deduzidas.

Por outro lado, o art. 5º, da Lei 9.779/99, não derrogou tacitamente, em parte, o inciso V, do art. 77, da Lei nº 8.981/1995, mas apenas passou a determinar que os ganhos em operações de hedge sejam tributados na fonte, sem qualquer influência quanto ao tratamento dado na ocorrência das perdas de hedge.

O art. 77, inciso V, está previsto na "Seção III – Das Disposições Comuns à Tributação das Operações Financeiras" e, assim, excepciona a regra do art. 76,§ 4º, da mesma lei, em razão do princípio da especialidade. Enfatiza: Quando se tratar de derivativo de hedge, a dedutibilidade das suas perdas é integral, pois, o art. 77, V, excepciona a regra geral de dedutibilidade quando o derivativo for hedge.

A Instrução Normativa SRF nº 25/2001 e depois a nº 1022/2010 garantiriam a dedutibilidade integral das perdas de hedge. Nessa última, a previsão constaria do § 6º, do art. 56:

> ***Art. 56.*** *Estão dispensados a retenção na fonte ou o pagamento em separado do*
>
> *imposto sobre a renda sobre os rendimentos ou ganhos líquidos auferidos:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3 0 Para efeito do disposto no § 2 0 , 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;*
>
> *II- destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.*
>
> *§ 4o 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 sobre a renda na fonte às alíquotas previstas no art. 37.*
>
> *(...)*
>
> *§ 6 ° Não se aplica às perdas incorridas nas operações de que trata este artigo, a limitação prevista no § 7 ° do art. 55.*
>
> *Conclui a impugnante (fl. 4957):*

Dessa forma, verifica-se que o art. 77, inciso V, da Lei n° 8.981/75 autoriza a dedução integral das perdas decorrentes de operações de hedge, assim como, na mesma linha, estabelecem o art. 35, § 6o, da IN/SRF n° 25/2001 e o art. 56, § 60, da IN/RFB n° 1.022/2010.

2.2.3. Da vinculação do hedge ao objeto social da impugnante

A defesa contesta a conclusão fiscal de que as perdas com hedge somente poderiam ser objeto de dedução integral quando a pessoa jurídica for empresa financeira. Diz (fl. 4958):

> *A única diferença entre a pessoa jurídica não-financeira e a pessoa jurídica financeira, prevista no art. 77 da Lei n° 8.981/95 (que trata sobre as disposições comuns à tributação das operações financeiras), é sobre a tributação sobre os ganhos. Ou seja, quando o ganho for percebido pela pessoa jurídica financeira, não haverá incidência do imposto de renda na fonte e, tal disposição é muito compreensível, pois, se assim não fosse, qualquer empresa que tivesse perdas em derivativos, teria que reter o imposto de renda sobre o ganho das instituições bancárias.*
>
> *[...]*
>
> *Ademais, também não é correto que o RIR/99 tenha restringido a dedução integral das perdas de hedge. Como já foi dito, a definição do procedimento da dedução foi delegado, expressamente pelo art. 757, ao Ministro do Estado da Fazenda e este, o fez através da IN/SRF n° 25/2001 e da IN/RFB n° 1022/2010.*
>
> *Conforme exposto alhures, o art. 35, § 6o, da IN/SRF n° 25/2001, ao dizer que as operações de hedge não estão sujeitas à regra limitadora de dedução prevista no art. 33, § 7o, permitiu expressamente que a dedução das perdas de hedge seja integral, apenas, exigindo dois requisitos alternados:*
>
> *(i) que o hedge esteja estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica; ou*
>
> *(ii) que o hedge destine-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.*

Não há restrição a que uma empresa não financeira realize operações de hedge para proteger as suas receitas de exportação dos produtos que industrializa dos riscos da variação da taxa cambial, como seria o caso da impugnante.

Traz doutrina sobre a dedutibilidade integral das perdas com hedge. Enfatiza que a realização de operação de hedge não é uma liberalidade da empresa, mas uma obrigação prevista na Lei das Sociedades Anônimas. As regras científicas da contabilidade internacional também disciplinam a contabilização e a evidenciação de operações com instrumentos financeiros, incluindo derivativos.

As operações de hedge realizadas foram necessárias para proteger a parcela das suas receitas de exportação que não estavam protegidas pelos ACC's. Elas foram contratadas sem qualquer fim especulativo e estão vinculadas às atividades operacionais da autuada.

2.2.4. Das operações de derivativos celebrados pela impugnante e a sua caracterização como hedge – ausência de caráter especulativo

Para obter recursos para seu ciclo operacional a contribuinte celebra, com bancos, Adiantamentos de Contratos de Câmbio – ACC. Não há, nesse momento, vinculação com operações de exportação já contratadas. Quando os pedidos de exportação são realizados se faz o cotejo do valor projetado da receita de exportação com o valor do montante dos vencimentos dos ACC's, no mesmo período, e, sobre a diferença entre os mesmos, realiza as operações de hedge, porque esta é a parcela das receitas de exportação que está descoberta e exposta ao risco da variação cambial. Quando há Adiantamentos sobre Cambiais Entregues – ACE, eles também são considerados.

O hedge seria, então, realizado na exata medida do risco projetado. Teriam sido cumpridos os requisitos das alíneas 'a' e 'b', do § 1º, do art. 77, da Lei nº 8.981/1995, pois (fl. 4969/4970):

> *Primeiro**,** foi e é realizado para proteger as receitas de exportação dos riscos da variação da taxa cambial, ou seja, para proteger um direito; e,*
>
> *Segundo**,** ao proteger suas receitas de exportação, protege a continuidade das suas atividades operacionais, quais sejam, a industrialização e comercialização de produtos alimentares derivados de aves, suínos e bovinos.*

Traz gráficos procurando demonstrar que o somatório dos referidos instrumentos, os quais gerariam proteção das exportações frente ao cenário externo, são inferiores ao total dos vencimentos dos faturamentos da impugnante.

Às fls. 4971/4972 a impugnante lista as razões pela quais o autuante teria concluído que eram especulativas as operações com derivativos, dizendo que houve "deturpação das informações".

Traz tabelas para demonstrar que no somatório do ano de 2008, o valor que poderia ser garantido por derivativos ficou abaixo das necessidades de garantia em mais de 38 milhões de dólares. Somente em agosto, setembro e outubro/2008, auge da crise mundial, é que teria havido diferença a descoberto em relação às exportações.

Conclui dizendo (fl. 4977/4978):

> *Primeiro, o fiscal parte com a premissa equivocada de que a empresa realizou derivativos para obter ganho, em outras palavras, com o propósito especulativo.*
>
> *Segundo, como foi exposto acima, todas as operações de hedge foram realizadas para proteger saldos remanescentes de receitas de exportação não abrangidos por*

ACCs e, quando foram os casos, não abrangidos pelos valores de ACCs e ACE's com mesmo período de vencimento das exportações.

Terceiro, foram preenchidos os requisitos do art. 77, § I, alíneas "a" e "b", da Lei n° 8.981/95, ou seja, as operações de hedge estavam relacionadas com as atividades operacionais da pessoa jurídica; e destinavam à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

Quarto, verifica-se que a glosa à dedução integral das perdas de hedge não deve persistir, pois, estando ausente o caráter especulativo, não há que se falar em perdas que devem ser acrescidas ao valor tributável.

2.2.5. Da dedução das perdas excedentes aos ganhos, em anos-calendários subsequentes

A impugnante pede que, não acatadas suas razões de defesa, sejam consideradas as perdas até o limite do ganho auferido e que seja permitida a adição da parte excedente das perdas nos anos-calendários subsquentes, na forma como estabelece o § 5º, do art. 76 da Lei nº 8.981/1995:

> *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)*

2.2.6. Da ausência de previsão legal para adição na base de cálculo da CSLL

O lançamento teria sido fundado no art. 249, § único, inciso X, do RIR/99, que faz referência, unicamente, ao lucro real. O lucro real é a base de cálculo do imposto de renda, enquanto que o lucro líquido é a base de cálculo da contribuição sobre o lucro líquido. Devido à referência específica da legislação ao lucro real, não existe permissão de glosa das perdas em comento do lucro líquido – base de cálculo da CSLL. Assim, seria ilegal o lançamento em relação à CSLL. Traz jurisprudência sobre a matéria. O dispositivo do RIR mencionado é o que segue:

> *Art.249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº1.598, de 1977, art. 6º, §2º):*
>
> *I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;*

> *II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, devam ser computados na determinação do lucro real.*
>
> *Parágrafo único.Incluem-se nas adições de que trata este artigo:*
>
> *[...]*
>
> *X - as perdas apuradas nas operações realizadas nos mercados de renda variável e de swap, que excederem os ganhos auferidos nas mesmas operações (Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, §4º);*
>
> *Diz a defesa (fl. 4983):*

Ou seja, ainda que se entendesse que as operações em apreço não seriam hedge e, portanto, os ganhos deveriam ser adicionados ao lucro real, em relação à CSLL tal adição não poderia ser realizada na sua base de cálculo (lucro líquido), haja vista a inexistência de previsão legal permissiva desse procedimento.

2.2.7. Do afastamento da Selic sobre a multa

A defesa se insurge contra a exigência de taxa Selic sobre a multa de ofício, pois não haveria autorização para a penalidades incidirem uma sobre a outra. A previsão legal para incidência dos juros de mora – a defesa transcreve o parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/1996 – é apenas sobre tributos e contribuições, não havendo autorização para incidência sobre qualquer outra espécie que não possua a mesma natureza jurídica. Traz jurisprudência.

2.2.8. Da compilação dos argumentos de defesa

A impugnante diz que é desacertada qualquer uma das conclusões do autuante, pois, em resumo (fl. 4930):

> ***Primeiro,*** *os derivativos, embora não vinculados à cobertura de proteção da taxa de variação do dólar em uma única exportação, estão vinculados a determinados períodos em que está projetada a entrega de produtos alimentícios em diversas operações de exportação e visam proteger as receitas projetadas, nos moldes em que o Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC 14, 38, 39 e 40 orientam a realização do hedge. Ademais, os derivativos são registrados pelas instituições bancárias que celebraram os mesmos com a ora Impugnante.*
>
> ***Segundo,*** *o art. 77, inciso V, da Lei n° 8.981/95, garante a dedução integral das perdas nas operações de hedge, sendo que o RIR/99 delega ao Ministro de Estado da Fazenda a competência para instituir o procedimento que essas perdas serão realizadas, o qual foi regrado pela IN/SRF n° 25/2001 e, posteriormente e idêntico teor, pela IN/RFB n° 1.022/2010.*
>
> ***Terceiro,*** *porque a dedução integral das perdas de hedge não é procedimento previsto exclusivamente às instituições financeiras. Na verdade, para as instituições financeiras é prevista a dedução integral das perdas de quaisquer derivativos, mesmo aqueles que não possuam natureza de hedge, e a desobrigação da retenção de imposto de renda na fonte sobre os "prêmios" pagos às instituições financeiras. Portanto, em nenhum momento a legislação vedou a dedução integral de perdas de derivativos com a natureza de hedge, ao contrário, é expressamente permitido em razão do seu caráter eminentemente protetivo e vinculado aos riscos que ameaçam o resultado do contribuinte, como por exemplo, a variação cambial da moeda.*

E, quarto, *porque os derivativos, questionados pela fiscalização, foram realizados pela ora Impugnante para proteger os valores das receitas de exportação, não havendo qualquer vinculação dos mesmos aos ACCs, pois, uma, os ACCs são utilizados para proporcionar recursos para o ciclo operacional da empresa e, duas, as presentes operações de hedge protegem saldos de valores de receita de exportação em determinados períodos, em concomitância a determinados períodos de vencimentos de ACCs, para cobrir saldos de valores que não estariam alcançados pelos referidos ACCs, e não sobre o valor integral das receitas de exportações, haja vista que foram realizados na estrita necessidade do risco projetado a ser enfrentado e não com caráter especulativo.*

2.3. Do Pedido

Os pedidos apresentados pela defesa são (fl. 4987/4990):

Preliminarmente, *sejam acolhidas as nulidades de ausência de certeza da base tributável e de ausência de determinação da infração autuada e, por conseguinte, seja determinada a nulidade integral do auto de infração, ora combatido, com o consequente cancelamento integral da exigência tributária imposta.*

2. *Sucessivamente, em não sendo acolhidas as preliminares arguidas, requer,* ***no mérito,*** *o acolhimento das razões expostas para o fim de reconhecer a legitimidade das operações de hedge sustentadas acima e a legitimidade da sua dedutibilidade, sendo, por corolário lógico, integralmente cancelado o auto de infração em apreço, com o consequente arquivamento do presente processo administrativo.*

3. *Sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, a ora Impugnante requer o afastamento da adição à base de cálculo de CSLL, por ausência de previsão legal, bem como seja garantida a adição da parte excedente das perdas à base de cálculo do IRPJ, nos anos-calendários subseqüentes aos exercícios em questão.*

4. *Outrossim, a ora Impugnante requer que seja excluída a aplicação da taxa SELIC sobre a multa.*

5. *A ora Impugnante registra a sua autorização para que Vossas Senhorias, determinem, pessoalmente, ou, através de baixa em diligência à Autoridade Fiscal de origem, a solicitação dos registros dos derivativos celebrados com a ora Impugnante, mediante ofício de intimação para as instituições bancárias contratadas, bem como ao CETIP e ao Banco Central por serem os órgãos reguladores das atividades das mesmas.*

6. *Por derradeiro, a ora Impugnante requer a possibilidade de juntar outros documentos que possam corroborar com a comprovação da legitimidade dos argumentos expostos acima, bem como, caso Vossas Senhorias entendam necessário, seja determinada a baixa para realização de diligência fiscal, com o escopo de se analisar toda a documentação juntada aos autos pela própria fiscalização, ou mesmo com outros documentos que venham a ser solicitados por Vossas Excelências, com a finalidade de se aferir a real exposição da empresa, analisando-se os ACC's, ACE's, Derivativos, e Faturamento de exportação pelos seus reais vencimentos/liquidação, e não por presunção, como fez a fiscalização, tampouco com a repetição dos mesmos (ACC's, ACE's e Derivativos) em vários meses/períodos cumulativamente;*

7. Alternativamente ao pedido anterior, seja determinada a realização de perícia, em conformidade com os quesitos aduzidos abaixo, tudo para comprovar a real exposição da empresa, analisando-se os ACC's, ACE's, Derivativos, e Faturamento de exportação pelos seus reais vencimentos/liquidação, e não por presunção, como fez a fiscalização, tampouco com a repetição dos mesmos (ACC's, ACE's e Derivativos) em vários meses/períodos cumulativamente. Quesitos:

7.1. Seja apurado o valor de todos os faturamentos, oriundos de exportação, vencidos no exercício/ano de 2008, aferindo-se os mesmos por dia, ou por mês de vencimento (em 2008);

7.2. Seja apurado o valor de todos os ACCs liquidados no exercício/ano de 2008, aferindo-se os mesmos por dia, ou por mês de vencimento (em 2008);

7.3. Seja apurado o valor de todos os ACE's liquidados no exercício/ano de 2008, aferindo-se os mesmos por dia, ou por mês de vencimento (em 2008);

7.4. Seja apurado o valor de todos os Derivativos liquidados no exercício/ano de 2008, aferindo-se os mesmos por dia, ou por mês de vencimento (em 2008);

7.5. Após a aferição de todos os itens anteriores, seja realizado um comparativo por dia, ou mês de 2008, contrapondo-se os ACCs, ACE's e os Derivativos (liquidação/vencimento dos mesmos), aos faturamentos vencidos no mesmo exercício/ano de 2008 (sem a repetição dos mesmos), aferindo-se a real exposição da empresa nos referidos dias, meses, e no final no ano de 2008, concluindo-se se a mesma laborou com os referidos derivativos como proteção (hedge), ou especulativo (superior ao valor de exposição das exportações, mesmo após o cômputo dos ACC's e ACE's), como afirmou a fiscalização.

A realização da presente perícia se faz necessária, tendo em vista que a autuação concluiu pela especulação, sem levar em consideração os reais vencimentos e/ou liquidação dos ACC's, ACE's, Derivativos e Faturamento de exportação, tampouco sem atentar-se que a extração de tais informações dos documentos contábeis e fiscais em que muitos destes derivativos, ACC's e ACE's constavam no seu somatório, geraram o cômputo em duplicidade, ou até mais de 05 vezes o mesmo valor (por não atentar ao vencimento/liquidação dos mesmos). Desta forma, a perícia, para asseverar a análise real dos contratos, se os mesmos estavam na natureza de proteção/Hedge, ou superior à exposição (especulativo), se faz necessário e mesmo essencial ao deslinde do presente feito, com o respeito à verdade material.

Em julgamento realizado em 23 de agosto de 2013, a 5ª Turma da DRJ/POA, considerou improcedente a impugnação da contribuinte e prolatou o acórdão 10-45.945, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

As nulidades no processo administrativo fiscal são aquelas constantes do art. 59 do Decreto nº 70.235/72. Não tendo ocorrido nenhuma das hipóteses lá previstas, é válido o lançamento.

Inocorre cerceamento do direito de defesa se o autuado revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas e sobre tudo pode manifestar-se mediante bem articulada peça impugnatória.

PERÍCIA. DESNECESSIDADE.

A realização de perícia deve ser indeferida quando não for necessária à solução do litígio e as provas puderem ser produzidas pela juntada de documentos que estão na posse de quem pede a prova técnica.

SWAP. CONDIÇÕES DE DEDUTIBILIDADE. REGISTRO.

A dedução das perdas em operações de swap é condicionada à comprovação de que os contratos foram levados à registro. Cabe à contribuinte demonstrar que cumpriu os requisitos de dedutibilidade.

OPERAÇÕES DE SWAP. PERDAS. LIMITE PARA DEDUTIBILIDADE.

A dedutibilidade das perdas incorridas nas operações de swap é limitada aos ganhos obtidos nessas mesmas operações.

As perdas são integralmente dedutíveis tão somente para as instituições financeiras.

CSLL. PERDAS COM DERIVATIVOS.

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

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. Não tendo o auto de infração formulado exigência de juros sobre a multa de ofício lançada, inexiste - sobre esse tema - litígio suscetível de apreciação pela turma de julgamento da DRJ.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

A ora recorrente, devidamente cientificada do acórdão recorrido, apresentou recurso voluntário tempestivo (fls. 5.491/5.577), onde repete os argumentos apresentados em sede de manifestação de inconformidade, principalmente nos seguintes tópicos:

(I) Preliminares:

(a) Nulidade do Auto de Infração em face da ausência da certeza da base tributável;

(b) Nulidade do Auto de Infração em face da determinação do fato incorrido em infração;

(II) Mérito:

(a) Das Operações de Hedge;

(b) Do Registro das Operações de Hedge;

(c) Da Dedutibilidade Integral das Perdas de Hedge;

(d) Da Vinculação do Hedge ao Objeto Social da Recorrente;

(e) Das Operações de Derivativos Celebrados pela Recorrente e a sua Caracterização como Hedge - Ausência de caráter especulativo;

(f) Do Pedido Sucessivo - Da dedução das Perdas Excedente aos Ganhos, em anos-calendário subseqüentes;

(g) Da Ausência de previsão legal para adição na base de cálculo da CSLL;

(h) Do Afastamento da Selic sobre a multa;

(i) Da necessidade de Perícia.

Da Resolução nº 1301-000.202 (fls. 5.580/5.590),

A turma unanimemente resolveu converter o julgamento em diligência para baixar o processo **para que a DRF notifique os bancos pelos quais foram realizadas as operações da recorrente para apresentarem os respectivos registros**, como também, que sejam, realizados os cálculos necessários para verificar se ocorreu lançamento de valor em duplicata como alega a recorrente, nos seguintes termos:

1) apuração de todos os faturamentos, oriundos de exportação, vencidos no ano calendário de 2008, aferindo-se os mesmos, por dia, e por mês de vencimento;

2) apuração de todos os ACC´s liquidados no ano-calendário de 2008, aferindo-se os mesmos, por dia, e por mês de vencimento;

3) apuração de todos os ACE´s liquidados no ano-calendário de 2008, aferindo-se os mesmos, por dia, e por mês de vencimento;

4) apuração de todos os derivativos liquidados no ano- calendário de 2008, aferindo-se os mesmos, por dia, e por mês de vencimento;

5) após as aferições dos itens anteriores, seja realizado um comparativo contrapondo-se as ACC´s , ACE´S e os Derivativos, aos faturamentos vencidos no mesmo exercício sem a repetição dos mesmos. Verificando assim, a real exposição da empresa nos referidos, dias, meses e no final no ano calendário de 2008, concluindo se a empresa laborou com os referidos derivativos como proteção (hedge) ou especulativo superior ao valor de exposição das exportações, mesmo após o computo dos ACC`S e ACE´S.

6) A recorrente deve ser notificada da conclusão da diligência, para que se manifeste no prazo de 10 (dez) dias sobre seu conteúdo.

O Relatório de diligência fiscal encontra-se às fls. 11.277/11.296.

E a Manifestação ao Relatório da Diligência Fiscal por parte do contribuinte encontra-se às fls. 11.302/11.332.

Em nova diligência, decidida através da **Resolução nº 1301-000.406** (fls. 11.403/11.423), em razão de divergências apresentadas pela Recorrente no que tange à diligência anterior, relacionadas a datas e valores, determinou que se refizesse os cálculos nos moldes do item 5 acima.

Entretanto, conforme Relatório, de fls. 11.425/11.430, a DRF entendeu que não haveria tal necessidade, e reiterou o Relatório anterior, mantendo suas conclusões.

A recorrente apresentou suas razões às fls. 11.440/11.479 e outros documentos às fls. 12.131/12.613.

Assim, os autos retornam a esta Conselheira.

É o relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Relatora.

A contribuinte foi cientificada do teor do acórdão da DRJ/POA e intimada ao recolhimento dos débitos de IRPJ e de CSLL em 19/09/2013 (ciência abertura do documento à fl. 5.488), e apresentou em 21/10/2013, recurso voluntário, juntados às fls. 5.491/5.577, tempestivamente, portanto dele conheço. (20/09 feriado estadual e sexta, inicio contagem 23/09)

Como foi verificado nos autos, o objeto social da Recorrente é de desenvolvimento genético, a produção de aves, suínos e ovinos de corte e, a produção e criação das respectivas aves matrizes, a industrialização de produtos alimentares derivados de aves, suínos, bovinos e outros animais, inclusive subprodutos e comércio, por atacado e varejo; fabricação e a comercialização de rações e concentrados; industrialização e a comercialização de cereais e insumos; atividade agropecuária; importação e exportação para uso próprio ou para comércio dos itens anteriores; transporte terrestre e de carga de seus produtos; etc.

Das Preliminares

Alega a Recorrente, em preliminares, que o auto de infração está eivado de nulidade em razão da incerteza da base de cálculo, já que o autuante adotou teses sucessivas para o lançamento.

Como se verifica do Relatório Fiscal, o autuante assim o fez, às fls. 37:

> *85. Diante dos fatos e das irregularidades fiscais constatadas, referidas sucintamente abaixo, efetuamos o lançamento em relação ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e do reflexo na Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, assim como da multa de ofício, nos termos do inciso I do artigo 44 da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei n° 11.488, de15/06/2007:*
>
> *1. porque a fiscalizada não se desincumbiu de comprovar o registro das operações de swap, como estabelece o § 3° do artigo 74 da Lei 8.981/95, condição para o reconhecimento das perdas, cujo montante chegou a R$ 57.570.388,09;*
>
> *2. porque o artigo 77 da Lei n° 8.981/95 afasta o regime de tributação na fonte das operações financeiras que menciona, mas não a regra que limita a dedutibilidade das perdas aos ganhos auferidos nas mesmas operações, prevista no § 4° ao artigo 76;*
>
> *3. porque a dedução integral das perdas em renda variável, atendidas certas condições, só é permitida às instituições financeiras, que tem entre suas atividades operacionais estes negócios;*
>
> *4. porque, acaso afastados os motivos anteriores, a maior parte das operações realizadas pela fiscalizada não podem ser classificadas como de cobertura (hedge), situação em que as perdas excedentes aos ganhos em renda variável devem ser adicionadas ao lucro líquido.*

86. A base tributável para o lançamento motivado por qualquer dos itens 2, 3 ou 4 seria de R$ 48.498.016,00.

Entendo que a autuação foi de falta de adição no lucro real, no valor de R$57.570.388,09, e para, e baseou-os nos itens 1, 2, 3 e 4 acima, que serão discutidas no mérito.

Com relação a dois valores apurados no Relatório Fiscal, restou clara a diferença decorrente entre o valor autuado de R$ 57.570.388,09 (item 1 acima) e R$48.498.016,00 (itens 2, 3 e 4).

O primeira montante se refere às perdas com *swap* sem registro no órgão competente.

E o segundo à perda líquida no mercado de renda variável, que excedeu o ganho.

Não verifico itens previstos no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que determina as situações de nulidade:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

[...]

Da mesma forma, não vejo que houve cerceamento de defesa, fato, que levaria à nulidade. Ela contrapôs argumentos, que também serão analisados adiante, no mérito.

Do mérito

1) Quanto à necessidade de registro das operações de swap

O primeiro motivador do lançamento, foi a falta de registro das operações de swap no órgão competente.

O Recorrente sempre argumentou que o registro fica à cargo das Instituições Financeiras, e que apesar das diversas solicitações não logrou êxito em receber os devidos registros dos bancos.

Em razão da conversão do julgamento em diligência, foi determinado se oficiar as respectivas instituições financeiras, com o fim de comprovar os registros das operações de swap envolvendo a Recorrente no ano -calendário de 2008.

No Relatório da Diligência Fiscal, fls. 11.277, e respectiva planilha elaborada à fl. 10.991, temos que a conclusão foi no sentido de que as operações de renda variável com "swap" foram registradas, nos termos do excerto abaixo:

> Analisando estas respostas, restaram alguns contratos sem a apresentação dos registros no CETIP pelos bancos. No entanto, considerando as características do número de registro (dois dígitos numéricos para o ano da celebração do contrato, um dígito alfabético para o mês e dígitos numéricos para o número de ordem da operação), identificamos nos documentos entregues no curso da fiscalização e da diligência, numerações com as mesmas características, evidenciando os registros das operações em comento, conforme observações lançadas na tabela "CONTROLE REGISTRO SWAP" da fl. 10991. Desta maneira, as operações de renda variável com "swap" foram registradas.

Assim, em razão da confirmação e comprovação dos registros das operações de swap no CETIP, feito pelas instituições financeiras, entendo que afastado o item 1 da autuação, caindo a glosa para R$48.498.016,00.

2) Quanto ao regime tributário das operações financeiras

Passemos, dessa forma, à análise dos demais itens.

O autuante entendeu que, em qualquer situação, o valor das perdas que ultrapassem os ganhos devem ser adicionados, em razão da limitação prevista no §4º, do art. 76 da Lei 8.981/95.

Já a Recorrente alega que as perdas com *hedge* podem ser integralmente deduzidas, nos termos do inc. V, do art. 77 da mesma norma, que excetuaria a regra de dedutibilidade utilizada pelo autuante. Nesses mesmos termos as IN 25/01 e 1.022/10.

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

Lei n° 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.*
>
> *§ 1° A base de cálculo do imposto das operações de que trata este artigo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de swap.*
>
> *§ 2° O imposto será retido pela pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, na data da liquidação do respectivo contrato.*
>
> *§ 3° 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 n° 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.

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

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

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

§ 4° 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.

§ 5° Na hipótese do § 4°, 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 n° 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 n° 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 n° 9.065, de 1995)

II- (Revogado pela Lei n° 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 n° 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.***
>
> ***§ 1° 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.***
>
> *§ 2° 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.*
>
> *§ 3° 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 IN 25/2001, revogada pela IN 1022/10 também teve a mesma previsão legal:

> *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:*
>
> *(...)*
>
> *§ 7° Ressalvado o disposto nos §§ 4° e 5°, as perdas apuradas nas operações de que tratam os arts. 8°, 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.*
>
> *Art. 35. Estão dispensados a retenção na fonte ou o pagamento em separado do imposto de renda sobre os rendimentos ou ganhos líquidos auferidos*
>
> *(...):*
>
> *§ 2**° 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.***
>
> *§ 3° 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.*
>
> *(...)*
>
> ***§ 6° Não se aplica às perdas incorridas nas operações de que trata este artigo, a limitação prevista no § 7° do art. 33.***

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:

a) 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;

b) caso as operações de swap sejam praticadas com objetivo de cobertura (hedge), as perdas são integralmente dedutíveis na apuração do lucro real.

Desta feita, a análise do caso concreto consiste em determinar 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*.

> ***"****Hedge é uma estratégia defensiva (ou de proteção), que tem por objetivo evitar perdas em posições assumidas anteriormente ou em transações que serão realizadas no futuro. É, portanto, um mecanismo que visa, primordialmente, a proteger empresas das oscilações desfavoráveis de mercado. Sendo assim, não se deve montar operação de hedge com o objetivo de lucro*[1].

Com efeito, da leitura dos citados art. 77, § 1°, da Lei n° 8.981/1995 e art. 35, § 2°, da Instrução Normativa SRF n° 25/2001, depreende-se que o *hedge* não é uma modalidade 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.

Conforme alegou e demonstrou a recorrente, é atuante no ramo de venda de carnes, incluindo-se entre suas atividades, a importação e exportação dos bens. E para fugir das oscilações de mercado, contratou operações de swap com a finalidade de proteção e cobertura a essas oscilações a que seus negócios estão sujeitos.

Bem como é usual a proteção ao fluxo de caixa da sua atividade produtiva, em detrimento ao risco da variação cambial de um ativo contratado, inclusive para poder honrar os seus passivos, em que cerca de 80% de sua produção é destinada ao mercado externo,

[1] Fundamentos da Proteção Financeira em Câmbio e Comércio Exterior, UCBB, 2008, p. 23.

sendo a despesa com *hedge*, normal e necessária, sendo perfeitamente dedutível, nos termos da lei.

Não vejo como prevalecer também o argumento da autuação de que somente tem direito à dedutibilidade integral dessas despesas as instituições financeiras.

Conforme se verifica da leitura atenta à norma acima transcrita, não observo nenhuma vedação nesse sentido, a não ser àquelas duas já citadas.

A única diferenciação que existe nessa norma, se refere à tributação dos ganhos, que quando percebida por instituição financeira não deverá ocorrer a incidência do IRRF.

A limitação da dedutibilidade dessas despesas para apenas às instituições financeiras inviabilizaria todas as operações de exportações realizadas pelas empresas brasileiras, dada às oscilações cambiais a que o próprio mercado está sujeito, muito mais o brasileiro.

E ainda, frise-se, estamos nos referido ao ano de 2008, em que houve a crise mundial, com grandes oscilações do Dólar e Euro, moedas, com as quais a Recorrente negociava, frente ao Real.

Argumentou, ainda, o órgão fiscalizador que tais operações de derivativos, tinham na realidade cunho especulativo, em razão de serem muito superiores às necessidades de cobertura, chegando ao valor de R$2.049.016.381,84 a mais.

Nos termos da Recorrente, tais derivativos foram realizados para proteger os valores das receitas de exportação, não havendo qualquer vinculação aos ACC´s, pois estes são utilizados para proporcionar recursos para o ciclo operacional da empresa, de forma que as operações de hedge protegem saldos de valores de receita de exportação em determinados períodos, em concomitância e determinados períodos de ACC´s, para cobrir saldos de valores que não estariam alcançados pelos referidos ACC´s e não sobre o valor integral das exportações.

Continua, ainda, explicando o fluxo operacional realizado, que entendo ser imprescindível descrever, a fim de visualizar a operação comercial que é seguida pela empresa: de que diante do risco da taxa da variação do câmbio do dólar e do euro, necessitava proteger a parcela das suas receitas de exportação que não estavam protegidas pelos ACC´s. Ressalta, ainda, que as operações de hedge foram contratadas apenas quanto a esse limite quantitativo, sem qualquer fim especulativo, apenas projetando as datas de vencimentos dos ACC´s e dos vencimentos das exportações.

Os ACC´s, Contratos de Adiantamento de Câmbio, são celebrados pela recorrente para obter recursos para o seu ciclo operacional com as instituições financeiras, e que no momento da celebração, não está vinculado a uma operação de exportação já contratada, e sim como forma de financiar seu ciclo operacional. Isso ocorre, segundo a recorrente, em razão do histórico de volume de exportações que é possível projetar o volume de exportações que deverá realizar no futuro, dessa forma, mensalmente, realiza novos contratos de ACC´s, a fim de financiar o seu ciclo operacional, resultando em exportações no futuro.

Assim que os pedidos de exportação são feitos, é projetado o momento em que ocorrerá os respectivos vencimentos, que é exatamente quando as tais receitas serão auferidas e assim, projeta o montante, com base na projeção da variação da taxa de câmbio do dólar ou do euro; em seguida, verifica esse valor com o montante dos vencimentos dos ACC's, no mesmo período, e sobre a diferença entre eles, realiza as operações de hedge, já que esta diferença, é a parcela da receita de exportação, que deve ser protegida, já que está descoberta e exposta ao risco da variação da taxa cambial.

De igual maneira, nos casos das ACE's (Adiantamento sobre Cambiais Entregues), a recorrente considera os vencimentos de ambos os contratos e seus valores adiantados, em seguida compara o valor total dos ACC's e ACE's com o vencimento no período com os valores das receitas de exportação, cujos vencimentos são contemporâneos e projeta os valores com a possível variação cambial, realizando o hedge tão-somente sobre a diferença entre elas.

Destacou diversos erros cometidos pela Fiscalização na apuração do valor que ela entendeu ser de caráter especulativo, pois ultrapassava as receitas de exportação. Dentre eles, que não foi considerado o vencimento correto dos ACC's e ACE's, não considerou os prazos de vencimento de cada um deles, assim como não segregou os derivativos contratados em determinado mês daqueles que haviam sido contratados em meses anteriores, acarretando em erro material.

Após pedido de diligências a fim de se apurar esse quesito, a conclusão da Fiscalização, de fls. 11.277/11.296, foi no sentido de que no ano de 2008, houve despesa considerada especulativa de R$33.113.991,65, pois acima das suas necessidades de cobertura.

> Tomando os valores em bases mensais, temos que em julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008 a contribuinte apurou perdas nas operações no mercado de renda variável, sendo parte delas consideradas especulativas, ou seja, o montante de **R$ 38.273.278,29.**
>
> Em bases anuais, seriam consideradas especulativas 68,64% das operações no mercado de renda variável, correspondendo a uma perda de **R$ 33.113.991,65.**

VALORES MENSAIS EM DÓLARES NORTE AMERICANOS

MÊS	EXPORT. POR VENDIMENTO	ACC - ADIANT. CONTRATO DE CÂMBIO	ACE – ADIANT. CAMBIAIS ENTREGUES	PRÉ-PAGAMENTO	DERIVATIVOS	EXPORTAÇÕES (–) DERIVATIVOS (-) ACC, ACE e PPE	MONTANTE DE DERIVATIVOS EXCEDENTES AO RISCO CAMBIAL NO MÊS	% DERIVATIVOS EXCEDENTES AO RISCO CAMBIAL NO MÊS	RESULTADO LÍQUIDO DAS OPERAÇÕES COM DERIVATIVOS NO MÊS	PERDA ESPECULATIVA NO MÊS
janeiro/08	59.319.736,57	7.238.775,00	7.050.000,00	0,00	70.948.057,31	-25.917.095,74	25.917.095,74	36,53%	5.470.887,97	0,00
fevereiro/08	62.480.029,00	13.935.707,76	0,00	0,00	26.466.087,89	22.078.233,35		0,00%	1.087.415,58	0,00
março/08	78.024.209,32	18.915.845,94	13.970.000,00	0,00	90.033.849,88	-44.895.486,50	44.895.486,50	49,87%	9.424.104,00	0,00
abril/08	72.513.816,18	18.796.416,85	25.250.205,58	0,00	100.110.637,24	-71.643.443,49	71.643.443,49	71,56%	2.686.313,75	0,00
maio/08	80.906.482,43	40.947.715,10	22.511.000,00	268.181,82	158.794.956,58	-141.615.371,07	141.615.371,07	89,18%	5.773.080,17	0,00
junho/08	88.028.616,25	24.062.938,20	18.600.000,00	1.500.000,00	144.256.864,52	-100.391.186,47	100.391.186,47	69,59%	3.453.112,73	0,00
julho/08	85.000.472,95	38.152.968,79	44.495.097,92	5.750.000,00	154.630.297,63	-158.027.891,39	154.630.297,63	100,00%	-1.075.984,38	-1.075.984,38
agosto/08	83.681.600,16	29.066.347,33	26.595.000,00	268.181,82	143.446.013,58	-115.693.942,57	115.693.942,57	80,65%	-2.103.403,69	-1.696.464,47
setembro/08	91.564.273,28	29.366.310,27	17.099.000,00	0,00	224.180.422,77	-179.081.459,76	179.081.459,76	79,88%	-9.981.633,09	-7.973.601,81
outubro/08	82.596.774,57	23.285.768,77	11.881.544,63	0,00	110.637.388,97	-63.207.927,80	63.207.927,80	57,13%	-27.538.738,58	-15.733.077,36
novembro/08	65.397.159,09	17.484.870,41	7.329.715,45	268.181,82	57.928.170,25	-17.613.778,84	17.613.778,84	30,41%	-25.694.977,79	-7.812.876,78
dezembro/08	58.146.904,40	15.649.376,77	5.989.000,00	1.500.000,00	59.195.840,32	-24.187.312,69	24.187.312,69	40,86%	-9.743.737,66	-3.981.273,49
TOTAIS =>	907.660.074,20	276.903.041,19	200.770.563,58	9.554.545,46	1.340.628.586,94	-920.196.662,97	938.877.302,56		**-48.243.560,99**	**-38.273.278,29**

VALORES ANUAIS EM DÓLARES NORTE AMERICANOS

ANO	EXPORT. POR VENCIMENTO	ACC - ADIANT. CONTRATO DE CÂMBIO	ACE – ADIANT. CAMBIAIS ENTREGUES	PRÉ-PAGAMENTO	DERIVATIVOS	EXPORTAÇÕES (-) ACC, ACE e PPE (–) DERIVATIVOS	MONTANTE DE DERIVATIVOS EXCEDENTES AO RISCO CAMBIAL NO ANO	% DERIVATIVOS EXCEDENTES AO RISCO CAMBIAL NO ANO	RESULTADO LÍQUIDO DAS OPERAÇÕES COM DERIVATIVOS NO ANO	PERDA ESPECULATIVA NO ANO
2.008	907.660.074,20	276.903.041,19	200.770.563,58	9.554.545,46	1.340.628.586,94	-920.196.662,97	-920.196.662,97	68,64%	-48.243.560,99	-33.113.991,65

Mesmo em segunda tentativa de diligência determinada por este órgão, a DRF não cumpriu o determinado pois entendeu desnecessária a realização de alteração, concluindo como especulativo montante indicado em 1a diligência.

A Recorrente, por sua vez, apresentou manifestação às fls. 11.302/11.332, e após 2o relatório, às fls. 11.440/11.479, onde reafirma os mesmos argumentos de que a Fiscalização alterou valores relativos aos contratos de ACC's, bem como dos faturamentos das exportações, e que ao invés de considerar as datas de vencimento das exportações, considerou a data de embarque das mercadorias exportadas, não se atendo ao determinado para diligência.

A recorrente aponta novamente os erros nos cálculos, especialmente nos derivativos, em que a fisco realizou acréscimos de valores que totalizaram US$ 1.340.628.586,94 do que era inicialmente US$ 861.293.690,58, decorrentes de valores informados nas planilhas ou não informados pela recorrente e apresentados pelos bancos.

O próprio TVF reconhece a necessidade da realização de operações com derivativos, dada sua operação ser eminentemente exportadora e sujeita às oscilações de câmbio:

> 51 Analisando concretamente a questão, a fiscalizada enquadra-se como eminentemente exportadora, destinando ao exterior no período 2007/2008 acima de 80% de sua produção, de acordo com as receitas contabilizadas nas contas referidas no quadro abaixo, valores que estariam, em tese, sujeitos às oscilações do câmbio, justificando a contratação de derivativos para cobertura.

ANO-CALEN-DÁRIO	TOTAL DAS VENDAS MERCADO INTERNO E EXTERNO R$	VENDAS AO EXTERIOR (OUTROS) R$ Contas 41201000/41200000	VENDAS AO EXTERIOR (GRUPO) R$ contas 4120202/41900000	VENDAS EXTERIOR R$ contas 41200000/410MCEXT	% VENDAS EXTERIOR/TOTAL VENDAS
2007	1.651.057.199,99	1.306.339.736,03	192.632.120,29	1.498.971.856,32	90,79%
2008	2.080.678.986,80	1.592.617.881,13	128.876.910,86	1.721.494.791,99	82,74%

Junta contratos, que demonstram que o acréscimo foi indevido em US413.824.195,93.

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, § 1°, da Lei n° 8.981/1995 e art. 35, § 2°, da Instrução Normativa SRF n° 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.

Assim, no meu entendimento, o auto já não deveria permanecer em razão dos itens 1 a 3 acima destacados, e assim cancelados.

Quanto ao item relacionado ao caráter especulativo, entendo que nenhuma atitude do recorrente foi demonstrada nesse sentido, ao contrário, a própria fiscalização reconheceu a necessidade de cobertura, bem como as perdas apresentadas ocorreram nos meses de julho a outubro de 2008, sendo que após tal período houve a normalização das previsões econômicas e as perdas cessaram, fato também salientado pelo fiscal.

Ressaltou, ainda, que esses derivativos foram celebrados em média 6 meses antes, quando ainda não era possível prever a crise.

E assim, conforme legislação acima, todo valor será dedutível.

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário, afastar a preliminar suscitada, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)
Amélia Wakako Morishita Yamamoto