



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

**Processo n°** 13808.001860/00-54  
**Recurso n°** 99.999 Embargos  
**Acórdão n°** 1401-000.914 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 05 de dezembro de 2012  
**Matéria** IRPJ/CSLL  
**Embargante** CITI CP MERCANTIL S.A  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2002

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.**

Embargos de Declaração conhecidos e providos em parte sem, contudo, alterar o decidido. Os Embargos de Declaração não são considerados o veículo adequado para a discussão do inconformismo da Recorrente, pois eventual inconformismo do embargante deve ser objeto de discussão nos meios processuais cabíveis.

**PERDAS COM SWAP.** Dedutibilidade limitada aos ganhos. As perdas apuradas nas operações de swap somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações de swap.

**GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. PERDAS COM SWAP.**

As perdas apuradas nas operações de swap somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações de swap. Quando não se prova que a operação no mercado de derivativos se relaciona à proteção dos direitos e obrigações do contribuinte, fica descaracterizado o propósito de cobertura de risco (*hedge*) da operação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, CONHECER dos embargos e ACOLHE-LOS PARCIALMENTE, suprimindo a omissão e rerratificando o Acórdão n° 1401-00.536, sem contudo alterar o seu resultado de julgamento.

*(assinado digitalmente)*

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

*(assinado digitalmente)*

Antonio Bezerra Neto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Karem Jureidini Dias e Jorge Celso Freire da Silva.

CÓPIA

## Relatório

Trata-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO em que se alega omissão, contradição e obscuridade no Acórdão nº 1401-00.536, proferido pela então 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, que, por unanimidade de votos, DERAM provimento PARCIAL ao recurso, nos termos da ementa abaixo:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1996

Ementa: PROVAS – JUNTADA DE DOCUMENTOS NO DIA DO JULGAMENTO – DILIGÊNCIA - É de se rejeitar a apreciação de documentos peticionada no dia do julgamento e a subsequente proposta de diligência uma vez que nessa apresentação de supetão, onde todas as fases indicadas para absorver a concentração da prova foram deixadas para trás (impugnação e Recurso voluntário), os fatos normalmente não se revelam em sua plenitude para que se invoque o princípio da verdade material. Nesse contexto, o que sobreleva muito mais é o princípio da segurança jurídica, do contrário, abrir-se-ia uma grande porta para que manipulações e protelações injustificadas aconteçam impedindo o desfecho em tempo razoável de determinado feito no processo administrativo fiscal.

Assunto: Imposto Sobre a renda de pessoa – IRPJ e reflexo

Ano-calendário: 1996

IRPJ/POSTERGAÇÃO/PERDAS EM OPERAÇÕES DE SWAP.  
NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO

Uma vez que a dedutibilidade da despesa está condicionada, é necessário que o contribuinte prove que ocorreu a postergação de imposto em função da dedução antecipada de despesa. Ausência de nulidade do lançamento sob este fundamento

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA COBRANÇA DA CSLL

A legislação restringe a indedutibilidade somente ao lucro real.

COBRANÇA DE JUROS SOBRE A MULTA

Inexiste previsão legal para a cobrança de juros sobre a multa.

No caso, aquele colegiado decidiu precisamente, nos termos abaixo, em que este Relator foi designado apenas para fazer o voto vencedor.

(...) pelo voto de qualidade, foi rejeitada a apreciação de documentos peticionada no dia do julgamento e proposta de diligência do Conselheiro Relator. Vencidos os Conselheiros Carlos Pelá (Relator), Alexandre Barbosa Jaguaribe, Regis Magalhães Soares Queiroz e Antonio Carlos Guidoni Filho. Por unanimidade

de votos, dar provimento parcial ao recurso, para cancelar a exigência da CSLL e por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, para excluir os juros de mora sobre a multa de ofício, Vencidos os Conselheiros Antonio Bezerra Neto, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes e Adriana Gomes Rêgo, que mantinham os juros. Designado o conselheiros Antonio Bezerra Neto, para redigir o voto vencedor relativo à juntada de documentos e proposta de diligência.

Preliminarmente, cabe alguns esclarecimentos:

Pelo AR de fls. 484, em 18/08/2011, foi dado ciência ao Contribuinte: dos seguintes atos:

- Acórdão n° 1201-00.049 (fls. 396/405) proferido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

- Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional (fls. 409/448); do Despacho n° 1200-00.066/2011 — 2ª Camara proferido pelo CARF dando seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional (fls. 450/453);

- Informação s/n — 4a Camara / 1a Turma Ordinária proferida por este Relator negando seguimento aos Embargos da DERAT/SP (fls. 465/467).

Em 23/08/2011, a Contribuinte entra com Embargos demonstrando estranheza pelo fato de seus embargos (fls. 491) tendo sido recebidos em 06 de junho de 2011 não ter sido analisado.

Alega nessa Informação que:

(...)

No caso dos autos, esses requisitos foram atendidos apenas no que se refere aos Embargos interpostos pela fiscalização. Quanto àqueles oferecidos pelo ora Embargante, não há, no r. despacho de fls., uma linha sequer sobre os argumentos ali aduzidos.

Nessas condições, a decisão que se limita a rejeitar os Embargos interpostos pelo ora Embargante sem qualquer fundamentação é nula e não produz efeitos no mundo jurídico, como, alias, já se manifestou a Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais na forma da ementa a seguir transcrita: (...)

O processo somente agora é encaminhado a este Relator para análise dos referidos Embargos de fls. 491.

Em sede de Embargos (fls. 491) alega que:

- Acórdão omitiu-se em relação à necessidade de declaração de nulidade de parte da autuação tendo em vista o flagrante erro na aplicação da legislação tributária.

- O autuante promoveu a glosa das despesas incorridas com operações de swap por entender que estas despesas não seriam relacionadas à atividade fim da Embargante. Para tanto, conforme se verifica à fl. 233 do auto de infração, a fiscalização invocou o artigo 242 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n. 1.041, de 11 de janeiro de 1994, que assim dispõe:

Art. 242. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506/64, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506/64, art. 47, § 1o).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506/64, art. 47, 2o).

- Retoma a discussão da postergação. Alega que o agente fiscal deveria ter averiguado se no período em que foram verificadas as perdas, ou em períodos posteriores que antecederam a lavratura do auto de infração, intimando-a a demonstrar ter auferido ganhos em valor suficiente para compensar aquelas perdas, e não glosar, pura e simplesmente, a sua dedução, sem atentar para o que ocorreu em momento posterior.

- A prova da postergação somente deveria ser produzida pela Embargante se exigida pela autoridade lançadora durante os trabalhos de fiscalização, e isso não ocorreu em momento algum, até mesmo porque, como se disse, o crédito tributário contestado foi constituído a título de glosa de despesas consideradas não compatíveis com o objeto social da Embargante, e não por ter registrado ganhos em valor insuficiente para compensação de perdas em operações de swap.

- “E aqui reside o ponto crucial da controvérsia travada nestes autos: não poderia a fiscalização simplesmente ter glosado as perdas incorridas pela Embargante com operações de swap sob o fundamento de que não se trata de atividade fim do contribuinte, já que a única condição estabelecida pela lei para que a perda em operação de swap possa ser compensada é a existência de ganho nessa mesma operação.”

- A questão em debate é unicamente de Direito, e não de fato. Segundo ela:

“Trata-se, na verdade, de decidir se as perdas em operações de swap são ou não dedutíveis na apuração do lucro real, e em se confirmando a possibilidade de dedução, em que condições esse direito poderia ser exercido. . Muito embora essa questão seja absolutamente relevante para o deslinde da controvérsia, e em que pese o fato de ter sido suscitada pela Embargante por diversas vezes nesses autos, o acórdão embargado não a enfrentou, caracterizando omissão a ensejar os presentes embargos.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

Atendidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento dos embargos de declaração.

A princípio cabe esclarecer que os presentes embargos da Recorrente só agora foram analisados, pois esse é o momento oportuno para fazê-lo, na medida em que a Recorrente só tomou formalmente ciência do Acórdão, através do AR de fls. 484, em 18/08/2011. Isso quer dizer que a argumentação da Embargante é equivocado quando pretende ver suas razões analisadas na Informação s/n — 4a Câmara / 1a Turma Ordinária proferida por este Relator negando seguimento aos Embargos da DERAT/SP (fls. 465/467).

Aponta a Embargante omissão em dois pontos do Acórdão:

- na Postergação;

- na falta de análise da questão de direito relacionada à capitulação legal da negativa da dedução por não ser compatível com o objeto social da Embargante e, por isso, despesas não necessárias

### **1ª Omissão/contradição/obscuridade**

O Acórdão embargado tratou especificamente de uma questão subsidiária à questão principal. Tratou apenas da questão ligada a postergação de despesas, negando-lhe provimento por falta de provas da parte da Recorrente, daí a sua ligação com a 2ª omissão que será tratada no próximo tópico.

Em relação à matéria (postergação), também tratada nas razões da embargante, entretanto, não há omissão, contradição ou obscuridade, devendo ser afastadas. Isso porque a matéria foi exaustivamente tratada pelo Relator Carlos Pelá em cujo voto ficou bastante claro a sua fundamentação, lastreada inclusive em jurisprudência administrativa de que a prova da postergação é ônus do Contribuinte e não da Fazenda. Por outras palavras, o seu inconformismo refere-se ao fato de o Acórdão embargado haver adotado entendimento diverso daquele que entende seja o correto. Entretanto, tal circunstância não comparece como motivo suficiente a viabilizar os embargos de declaração. Isso porque eventual inconformismo do embargante deve ser objeto de discussão nos meios processuais cabíveis, porquanto os embargos declaratórios não se prestam a modificar o julgado ou a responder questionamentos das partes.

Afasto, portanto, qualquer tipo de omissão/contradição ou obscuridade relaciona à postergação.

### **a) 2ª Omissão – glosa de despesas operacionais –operações de swap – despesas não necessárias**

Trata-se de embargos que apontam omissão na falta de análise da questão de direito relacionada à capitulação legal da negativa da dedução por não ser compatível com o objeto social da Embargante e, por isso, reputou-se como despesas não necessárias.

Segundo a embargante, o crédito tributário contestado foi constituído a título de glosa de despesas consideradas não compatíveis com o objeto social da Embargante (art. 299 do RIR/99), e não por ter registrado ganhos em valor insuficiente para compensação de perdas em operações de swap.

A Embargante tem razão quando aponta omissão no Acórdão embargado. Como já foi colocado no tópico anterior, o Acórdão embargado tratou especificamente de uma questão subsidiária à questão principal. Tratou apenas da questão ligada à postergação de despesas, negando-lhe provimento por falta de provas da parte da Recorrente

Em seu recurso, trouxe as seguintes alegações:

- a fiscalização comete impropriedade quando afirma que "do Estatuto Social da empresa, constata-se não ter a mesma caráter financeiro, o que de imediato impediria a aceitação do valor dos Resultados Negativos de Swap, como despesas operacionais", pois a instituição financeira é apenas uma das partes desses contratos e a outra pode ser qualquer pessoa jurídica que tenha necessidade de proteção para seus ativos ou passivos indexados;
- não é necessário ter a atividade financeira no objeto social para que a contratação de swap enquadre-se como necessária e o procedimento da autuada não descarateriza o art. 299 do RIR/99 ou art. 242 do RIR/94, que sustenta a exigência fiscal;
- são operacionais os resultados das transações de swap, quando tenham por finalidade precípua a proteção de direitos ou obrigações da empresa, com vencimento futuro, visto que essa decisão objetiva a "manutenção da fonte produtora" e sua capacidade de pagamento; tais despesas não traduzem qualquer ato de favor, ao contrário, são encargos incorridos, de inegável interesse econômico, no afã de preservar a capacidade e o cronograma de recebimentos e pagamentos da empresa.

Entretanto, apesar de ter constado da capitulação legal, o TVF de fls. 226, **parte integrante do auto de infração**, tratou também da questão relacionada à indedutibilidade das perdas por se constituírem em renda variável (operações de swap), excedente ao registro de ganhos nesse mesmo tipo de operação.

Eis o teor do TVF:

O valor constante do item "Resultado Negativo de Swap" acima mencionado, no montante de R\$ 756.502,54, é proveniente do confronto das contas do Ativo - Perdas com Passivos, e Passivo - Ganhos com Ativos, respectivamente nos valores de R\$ 7.867.036,68 e R\$ 7.110.534,14, representados na contabilidade da empresa pelo título 8.15.50.00.5 -Prej. Oper. Com Ativ. Fin. eMerc.

A demonstração destes valores está comprovada pelas folhas do "Livro Razão- Movimento Contábil" e pelos Extratos de Contas Correntes, fls. juntadas pela empresa, além da planilha de fls. com o Cálculo das Operações de Swap. O demonstrativo dos valores em questão, fls. foi elaborado por esta fiscalização.

O artigo 756, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26.03.99, dispõe:

"Art. 756 - Estão sujeitos à incidência do imposto, à alíquota de vinte por cento, os rendimentos auferidos em operações de swap ( Lei nº 8.981, de 1995, art. 74, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 36)"

Parágrafo 6o - Para efeitos de apuração e pagamento do imposto mensal sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas em operações de swap não poderão ser compensadas com os ganhos auferidos nas operações de que trata o Subtítulo II." ( Mercado de Renda Variável).

As perdas apuradas nas operações de que trata o artigo acima mencionado, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações nos mercados de rendas variáveis ( operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, aplicações em fundo ou clube de investimento e operações de swap), conforme determinado pelo art. 76, parágrafo 4o, da Lei nº 8.981/95.

O art. 4o do Decreto - lei nº 2.182/84, dispunha que, para efeito de determinação do lucro real da pessoa jurídica, os resultados obtidos com operações a termo em bolsas de mercadorias no exterior, teriam o seguinte tratamento: os resultados positivos não seriam tributáveis, desde que obedecidas as condições estabelecidas pelo Ministério da Fazenda; os resultados negativos não seriam dedutíveis.

Verificando-se o artigo 3o, do Estatuto Social da empresa, constata-se não ter a mesma caráter financeiro, o que de imediato impediria a aceitação do valor dos Resultados Negativos de Swap, como despesas operacionais. Caso se aceitasse tal despesa, estaria descaracterizando o artigo 299, do RIR/99, que dispõe (...) (destaquei)

Como se vê, apesar de haver omissão no enquadramento legal, o atuante fundamentou a glosa de despesas por dois pressupostos distintos: O primeiro, pelo fato de a despesa ser desnecessária, em função do objeto social da empresa não se enquadrar em empresa financeira e, o segundo fundamento, mesmo e se admitindo que se trate de uma despesa operacional necessária, ainda assim a despesa seria indedutível, porque o ordenamento jurídico não prevê, como regra geral, a possibilidade de o excedente de despesas sobre receitas em renda variável, ser dedutível.

Com essa moldura posta, temos que admitir que houve falha no enquadramento legal, pois deveria constar também da capitulação os dispositivos abaixo:

### **Regra Geral**

RIR/99

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei n- 1.598, de 1977, art. 6-, § 2-):

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;

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 n-8.981, de 1995, art. 76, §4?);**

Exceção:

Lei nº 8.981/1995:

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.

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)

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

§ 1º Para efeito do disposto no inciso V, consideram-se de cobertura (hedge) as operações destinadas, exclusivamente, 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.

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

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

Cabe salientar que em relação especificamente ao suposto erro no enquadramento legal, é pacífico o entendimento deste Colegiado no sentido de que o mero erro no enquadramento legal não é suficiente para inquinar o auto de infração quando os fatos estão suficientemente bem descritos, permitindo plenamente o livre exercício do direito de defesa, como efetivamente aconteceu.

Afasto portanto, qualquer defeito que se possa reputar ao auto de infração em relação a esse aspecto.

### **Despesas desnecessárias**

Enfrentamos agora a questão omissa no Acórdão embargado relativa ao fato de que as despesas com swap seriam desnecessárias em função do objeto social da empresa não indicar uma empresa financeira.

A fiscalização e a DRJ equivocam-se quando afirmam que a legislação de regência permite a dedutibilidade das perdas em renda variável apenas para empresas que tenham caráter financeiro, o que de imediato impediria a aceitação do valor dos Resultados Negativos de Swap como despesas operacionais.

Isso porque, como bem pontuou a Recorrente “a instituição financeira é apenas uma das partes desses contratos e a outra pode ser qualquer pessoa jurídica que tenha necessidade de proteção para seus ativos ou passivos indexados”.

Por outro lado, se esse fosse o caso, o fiscal teria sido incoerente ao não glosar toda a despesa de renda variável com swap, mas tão somente o excesso dela em relação às receitas de mesma natureza.

A DRJ a fim de sustentar o auto de infração traz à baila a Resolução Bacen nº 2.138, de 29/12/1994, a qual regula as operações de swap da seguinte forma:

#### Resolução Bacen nº 2.138/94

Art. 1º Autorizar os bancos múltiplos com carteira comercial e/ou de investimento, os bancos comerciais, os bancos de investimento, as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários e as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários a realizarem, no mercado de balcão, operações de "swap", com ou sem a utilização de limitadores de oscilação máxima ou mínima, bem assim opções sobre "swap", referenciadas em ouro, taxas de câmbio, taxas de juros e índices de preços, por conta própria ou de terceiros.

Parágrafo 1º Para os efeitos desta Resolução, definem-se como de "swap" as operações consistentes na troca dos resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais.

Parágrafo 2º Os índices de preços mencionados neste artigo devem ter série regularmente calculada e de conhecimento público.

Art.3º Estabelecer a obrigatoriedade do registro das operações de que trata esta Resolução em sistema administrado pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP ou em outros sistemas de registro, de custódia e de liquidação, devidamente autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários e que atendam às necessidades de fiscalização e controle por parte do Banco Central do Brasil.

Art. 4º Fica vedada a realização de operações de "swap" que não as contempladas nesta Resolução, bem assim a prática de quaisquer outras modalidades de operações de liquidação futura no mercado de balcão.

Art. 5º Deverá ser atestada, junto ao Banco Central do Brasil, no prazo máximo de 6 (seis) meses contados a partir da vigência desta Resolução, a utilização de modelo de gerenciamento de risco compatível com a estrutura das operações de que se trata.

Parágrafo único. Para efeito da comprovação estabelecida neste artigo, deverá ser encaminhada ao Banco Central do Brasil declaração, firmada pelo administrador referido no art. 2º, sob as penas da lei, de que o modelo utilizado atende às necessidades específicas da instituição.

Art. 6º Fica o Banco Central do Brasil autorizado a adotar as medidas e baixar as normas necessárias à execução do disposto nesta Resolução.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Fica revogada a Resolução nº 2.042, de 13.01.94, passando a base regulamentar para a edição das Circulares nºs 2.402, de 13.01.94, e 2.405, de 03.02.94, a ser esta Resolução.

Porém, não se pode através dessa Resolução extrair a ilação feita pela DRJ, isso porque, como já se colocou retro a instituição financeira é apenas uma das partes desses contratos e a outra pode ser qualquer pessoa jurídica que tenha necessidade de proteção para seus ativos ou passivos indexados. No caso, a referida Resolução estabelece que as Instituições financeiras estão autorizadas a criar tal tipo de operação, mas a Embargante não criou ou gerencia tal tipo de operação, simplesmente as usa. Conforme indica os registros contábeis às fls. 115/223, a contraparte das operações é uma Instituição Financeira, no caso o Citibank.

Portanto, não é necessário ter a atividade financeira no objeto social para que a contratação de swap enquadre-se como necessária e o procedimento da autuada não descarateriza o art. 299 do RIR/99 ou art. 242 do RIR/94, que sustenta a exigência fiscal;

Nesse ponto, dou provimento aos embargos.

Ainda remanesce um outro argumento subsidiário utilizado pela Recorrente em sede recursal que merece ser analisado, uma vez que fora mantida a glosa de despesas em função de o excedente de despesas sobre receitas de rendas variáveis (swap).

Trata-se da exceção à essa regra geral de indedutibilidade das perdas em renda variável, qual seja, se as operações de renda variável tiverem como função se constituir em hedge, aquele excedente negativo de renda variável seria integralmente dedutível, ex vi

artigos 76 e 77 da Lei nº 8.981/95

Art. 76 (...)

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

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

[...]

Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos: (Redação dada pela Lei nº9.065, de 1995)

[...]

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

Alega a requerente que as operações glosadas seriam *swaps* com finalidade de *hedge*.

Eis a doutrina de Eduardo Fortuna a esse respeito:

Os agentes econômicos ao participarem deste mercado (mercado de futuros) podem fazê-lo sob dois enfoques principais, o de hedger e o de especulador. O hedger é o agente que assume uma posição no mercado de futuro contrária à posição assumida no mercado à vista. Ele, certamente deve ter vínculo com a mercadoria objeto da operação. Se as diferenças de preços permitirem poderá, também, surgir como participante deste mercado, o arbitrador, que tentará obter um ganho fixo proporcionado por esta diferenças de preço.

Como se vê, o que a Recorrente teria então que provar que exerce efetivamente essa posição de Hedger e que necessariamente teria vínculo com a mercadoria objeto da operação.

A operação de *hedge* tem normalmente a função de proteger alguém de eventuais perdas resultantes de aumento do valor de seus bens ou passivos em uma posição à vista e cujos preços estão sujeitos à flutuação futura. O investidor, no caso, faz uma transferência para terceiros do risco de mudança na tendência dos preços que afeta negativamente o valor de sua posição à vista.

A Recorrente não consegue se desincumbir-se à contento dessa prova, conforme foi bem colocado pela decisão de piso, cujos fundamentos tomo-os também de empréstimo para fundamentar a minha posição:

Alega a requerente que as operações glosadas seriam *swaps* com finalidade de *hedge*. Contudo, a peça impugnatória não esclarece nem traz elementos que permitam concluir que as operações de *swap*, glosadas pela fiscalização, foram efetuadas com títulos e taxas que, de fato, permitiriam a proteção de seus direitos ou obrigações, como previsto no § 1º do art. 77, acima transcrito.

Por relevância ao caso, devemos citar que em empresa do mesmo grupo, em ação fiscal desenvolvida à mesma época, formalizada através do processo nº

13808.001859/0075, verifica-se que a autuada fez swaps com a mesma contraparte CITIBANK e com as mesmas características do Swap, a saber: (i) o título PRE a 35,20% e o USV a 21% para a operação iniciada em 14/11/95 e com vencimento em 13/05/96; (ii) o título PRE a 25,20% e o USV a 15,90% para a operação iniciada em 27/05/96 e com vencimento em 25/11/96, (iii) o título PRE a 22,95% e o USV a 11,50%) para a operação iniciada em 20/11/96 e com vencimento em 20/03/97.

Tal coincidência de percentuais pactuados nas operações, diante de uma diversa composição de direitos e obrigações entre tais empresas, reforça o entendimento que as operações de swap não estão atreladas à proteção dos direitos e obrigações dessas empresas - a autuada no presente caso e a autuada conforme processo nº 13808.001859/00-75.

Ressalte-se que, embora a requerente reporte-se a dispositivo legal que trata de swap (Circular nº 2.402/94 do Bacen), pretende que a tais operações se dê o tratamento tributário previsto para as operações com cobertura (hedge) para as quais a legislação tributária define regras específicas e exige comprovação.

Assim, não há como acolher a alegação de que as operações efetuadas pela fiscalizada correspondiam a operações de cobertura (hedge), impossibilitando, por conseguinte, que sejam excepcionadas segundo a regra do inc. V do art. 77 da Lei nº 8.981/95.

Porém, o que se percebe é que a Recorrente oscila em sua defesa, deixando-a incoerente. Não consegue explicar o mínimo. Já se colocou que a utilização do mecanismo de hedging está relacionada à proteção de um risco. Qual seria o seu ativo ou passivo a ser protegido? como esse ativo se correlacionaria com o objeto social da empresa (Factoring e prestação de serviços de análise de atividades mercantis e civis) ?

Não apresentou qualquer demonstrativo em que seja estabelecida correlação de quantidade, data de vencimento e valores de referência dos contratos das operações de *hedge* com as quantidades, datas e valores dos contratos que representam o direito ou obrigação protegida.

Não trouxe também nenhuma comprovação, por exemplo, dos registros nos órgãos competentes, se for o caso, dos contratos relativos às obrigações ou direitos acima referidos.

Em que contas ou subcontas dos livros contábeis da empresa o bem, direito ou obrigação protegido está contabilizado? Não se demonstrou também.

Às fls. 115/223 existem apenas os registros contábeis das contas de resultados que foram trazidos aos autos, dando conta apenas da utilização de operações de Swap –perdas com passivo – Intercompany (entre companhias do mesmo grupo, no caso com o Banco Citibank), sem fazer qualquer referência a supostas operações com a função de Hedge.

E não se alegue que isso não precisava estar destacado na contabilidade. O Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), que apresenta os critérios e procedimentos contábeis a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, deixa bem claro que deve haver uma distinção entre uma conta contábil de resultado para qualquer que seja a operação de

derivativos (mercado de futuro, de opções e Swap) e uma conta que tenha como função e finalidade fazer o Hedge e cujo meio seja qualquer dessas operações de derivativos. O que se observa é aqui mais uma indício de que o Hedge não foi utilizado, pois apesar de não ser formalmente uma instituição financeira, a sua contabilidade se comporta como se fosse e, nesse passo, a classificação contábil era para apontar essa distinção conforme tabela abaixo extraída do plano Cosif encontrada no sítio do banco central:

<b>Título:</b>	<b>DESPESAS EM OPERAÇÕES COM DERIVATIVOS</b>	8.1.5.50.00-5
	Swap	8.1.5.50.11-5
	Swap - Hedge de Título Mantido até o Vencimento	8.1.5.50.13-9
	Termo	8.1.5.50.21-8
	Termo - Hedge de Título Mantido até o Vencimento	8.1.5.50.23-2
	Futuro	8.1.5.50.31-1
	Futuro - Hedge de Título Mantido até o Vencimento	8.1.5.50.33-5
	Opções - Ações	8.1.5.50.39-7
	Opções - Ativos Financeiros e Mercadorias	8.1.5.50.42-1
	Opções - Hedge de Título Mantido até o Vencimento	8.1.5.50.43-8
	Derivativos de Crédito	8.1.5.50.60-3
	Derivativos de Crédito - Hedge de Título Mantido até o Vencimento	8.1.5.50.63-4
	Outros	8.1.5.50.90-2

**Função:**

Registrar as despesas em operações com instrumentos financeiros derivativos de acordo com a modalidade, inclusive os ajustes negativos ao valor de mercado.

**Base Normativa:** (Circ 2278 art 1º; Cta-Circ 2379 art 1º § 9º; Cta-Circ 2754 1,8; Cta-Circ 3023; Cta-Circ 3195 1)

A esse mesmo respeito, e em complemento ao que foi dito, a DRJ assim se pronunciou:

Ressalte-se que, embora a requerente reporte-se a dispositivo legal que trata de swap (Circular nº 2.402/94 do Bacen), pretende que a tais operações se dê o tratamento tributário previsto para as operações com cobertura (hedge) para as quais a legislação tributária define regras específicas e exige comprovação.

A contribuinte não logra êxito, portanto, no cumprimento do seu papel de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do seu direito.

Apresentou somente os extratos registros contábeis que se provam que ela operou no mercado de futuros e que pode estar, portanto, no lado especulativo.

Por todo o exposto, nego provimento também a essa argumentação.

Como se vê, como a segunda condição, qual seja, a glosa de despesas em função de o excedente de despesas sobre receitas de rendas variáveis (swap) ainda permanece incólume no Acórdão embargado, conclui-se que os efeitos infringentes desses embargos não é suficiente para dar provimento ao recurso, continuando o mesmo nessa parte sendo negado, no caso pelo segundo fundamento da fiscalização constante no TVF de fls.226, parte integrante do auto de infração.

Processo nº 13808.001860/00-54  
Acórdão n.º **1401-000.914**

**S1-C4T1**  
Fl. 1.045

---

Por todo o exposto, conhecer dos embargos para lhes dar provimento parcial sem alterar, contudo, o seu resultado, rerratificando o Acórdão embargado nos termos acima analisado..

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto

CÓPIA