



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

Processo n° 13888.723706/2012-07
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1402-002.415 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de março de 2017
Matéria IRPJ - DESPESAS COM OPERAÇÕES DE HEDGE
Recorrentes AJINOMOTO DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO RELATÓRIO FISCAL E DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPROVIDO.

Os argumentos e fundamentos utilizados no Relatório Fiscal servem, tão somente, para fundamentar o motivo que levou a fiscalização a lavratura do auto de infração. Assim, não há que se falar em cerceamento ao direito de ampla defesa do contribuinte, pois é justamente através desta fundamentação apresentada no Relatório Fiscal que lhe é permitido e garantido usufruir de tal direito com máxima eficiência.

PRELIMINAR. NULIDADE. LANÇAMENTO BASEADO EXCLUSIVAMENTE EM REGRAS CONTÁBEIS. IMPROVIDO.

Para uma situação de fato ser enquadrada nas normas fiscais e, conseqüentemente, apontar suas conseqüências tributárias, deve passar por um processo de interpretação e aplicação da norma ao caso concreto e, como é dever de qualquer autoridade administrativa, pela demonstração dos motivos que fundamentaram a sua decisão. Não há empecilho legal algum no sentido de desautorizar a utilização de fundamentos contábeis pela fiscalização para a demonstração da diferença entre a natureza das operações praticadas pelo contribuinte.

LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATOS NDF. MOTIVAÇÃO EXCLUSIVAMENTE FINANCEIRA. DESCARACTERIZAÇÃO DO HEDGE. INDEDUTIBILIDADE.

A opção de liquidar antecipadamente os contratos NDF com objetivo eminentemente financeiro de evitar aumento da perda já verificada pela valorização do Dólar, implica na descaracterização da função do *hedge*, que seria a de proteção contra oscilações da taxa de câmbio.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

IMPUTAÇÃO DE MULTAS PUNITIVAS A SUCESSORA. MESMO GRUPO ECONÔMICO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE DA PENA. INAPLICABILIDADE.

Comprovado o controle comum e o pertencimento ao mesmo grupo econômico, há incidência da Súmula CARF nº 47, que prevê como "Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico". Afasta-se, portanto, a aplicação do princípio da pessoalidade de pena.

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. MULTA DE OFÍCIO PELA FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTO. MATERIALIDADES DISTINTAS. NOVA REDAÇÃO DADA PELA MP 351/2007. APLICÁVEL À FALTA DE RECOLHIMENTO DAS ESTIMATIVAS A PARTIR DA COMPETÊNCIA DE DEZEMBRO DE 2006.

A partir do advento da MP 351/2007, convertida na Lei 11.488/2007 a multa isolada passa a incidir sobre o valor não recolhido da estimativa mensal independentemente do valor do tributo devido ao final do ano, cuja falta ou insuficiência, se apurada, estaria sujeita à incidência da multa de ofício. São duas materialidades distintas, uma refere-se ao ressarcimento ao Estado pela não entrada de recursos no tempo determinado e a outra pelo não oferecimento à tributação de valores que estariam sujeitos à mesma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício. Em relação ao recurso voluntário, negar-lhe provimento: i) por unanimidade quanto às arguições de nulidade, ao mérito da exigência e à cobrança da multa de ofício exigida junto com o tributo; e ii) por maioria de votos quanto à exigência da multa isolada. Vencidos nessa última parte os Conselheiros Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Caio Cesar Nader Quintella e Demetrius Nichele Macei que votaram por cancelar essa penalidade. Designado o Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Relator.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Redator designado.

Processo nº 13888.723706/2012-07
Acórdão n.º **1402-002.415**

S1-C4T2
Fl. 3.480

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto (Presidente), Demetrius Nichele Macei, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Caio Cesar Nader Quintella, Paulo Mateus Ciccone, Luiz Augusto de Souza Goncalves e Fernando Brasil De Oliveira Pinto. Ausente justificadamente o Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira.

Relatório

Adoto em sua integralidade o relatório do Acórdão de Impugnação nº 14-43.283 , da 1ª Turma da DRJ de Ribeiro Preto (SP), com a devida atualização, transcritos abaixo:

Em ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima identificado foi apurado que houve, para o ano-calendário de 2009, dedução indevida na base de cálculo do IRPJ e da CSLL de despesas financeiras não dedutíveis. Também como consequência desse fato, o contribuinte deixou de recolher, para os meses de janeiro a março de 2009, valores devidos a título de estimativa mensal de IRPJ e de CSLL. Em virtude dessas constatações, foram lavrados os autos de infração de IRPJ (fls. 1646-1648) e de CSLL (fls. 1654-1656).

Conforme descrito no "Relatório de Fiscalização" de fls. 1663-1683, o contribuinte deduziu indevidamente, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL do ano-calendário de 2009, perdas decorrentes da liquidação antecipada de instrumentos financeiros do tipo Non-Deliverable Forward - NDF, não qualificados como hedge, além do permitido legalmente para cada ano-calendário, que limita a dedutibilidade até o limite dos ganhos auferidos, nos termos do art. 76, § 4º, da Lei nº 8.981/1995.

Afirma a autoridade autuante que esses contratos foram liquidados antecipadamente e em tempo curto em relação a sua duração, além de não terem qualquer efetividade e de não derivarem de um item protegido, de modo que as operações realizadas são especulativas.

Esclarece a autoridade autuante que a legislação fiscal caracteriza como hedge a operação realizada em bolsa de valores, de mercadoria e de futuros ou no mercado de balcão aquela destinada, 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; ou b) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

Quanto à contabilização de operações de hedge, a autoridade autuante invoca a Resolução CFC nº 1.196/2009, que estabelece princípios para reconhecer e mensurar ativos financeiros, passivos financeiros e alguns contratos de compra e venda de itens não financeiros. Esclarece que a metodologia de hedge accounting, a despeito de não ser obrigatória, tem o objetivo de refletir a operação dentro de sua essência econômica, de maneira a resolver o problema da confrontação entre receitas/ganhos e despesas/perdas existente quando os derivativos são utilizados nessas operações.

Para a aplicação do hedge accounting, o item 88 do CPC 38 prevê que as seguintes condições devem ser cumulativamente satisfeitas:

- (a) no início do hedge, existe designação e documentação formais da relação de hedge e do objetivo e estratégia da gestão de risco da entidade para levar a efeito o hedge. Essa documentação deve incluir a identificação do instrumento de hedge, a posição ou transação coberta, a natureza do risco a ser coberto e a forma como a entidade vai avaliar a eficácia do instrumento de hedge na compensação da exposição a alterações no valor justo ou nos fluxos de caixa do item coberto atribuíveis ao risco coberto;
- (b) espera-se que o hedge seja altamente eficaz (ver o Apêndice A, itens AG105 a AG113) ao conseguir alterações de compensação no valor justo

- ou nos fluxos de caixa atribuíveis ao risco coberto, consistentemente com a estratégia de gestão de risco originalmente documentada para essa relação de hedge em particular;
- (c) quanto a hedge de fluxos de caixa, uma transação prevista que seja o objeto do hedge tem de ser altamente provável e tem de apresentar exposição a variações nos fluxos de caixa que poderiam em última análise afetar o resultado;
 - (d) a eficácia do hedge pode ser confiavelmente medida, isto é, o valor justo ou os fluxos de caixa do item coberto que sejam atribuíveis ao risco coberto e ao valor justo do instrumento de hedge podem ser confiavelmente medidos (ver itens 46 e 47 e o Apêndice A, itens AG80 e AG81 para orientação sobre a determinação do valor justo);
 - (e) o hedge é avaliado em base contínua e efetivamente determinado como tendo sido altamente eficaz durante todos os períodos das demonstrações contábeis para o qual o hedge foi designado.

Intimado a esclarecer as razões que o levaram a firmar os contratos NDF e, especialmente, a liquidação antecipada de parte deles, o contribuinte apresentou as seguintes explicações:

- tinham o intuito de "proteger parte dos recebíveis da empresa" fruto de exportações.
 - eram firmados em valores semelhantes aqueles que a Fiscalizada pretendia receber (conforme sua previsão interna de faturamento) dos seus cliente no exterior e tinham datas de vencimento próximas a estas previsões de recebimento.
 - os contratos firmados em setembro de 2008, com vencimento entre janeiro de 2009 e março de 2010, referem-se a sua previsão de faturamento.
 - as vendas efetuadas em setembro de 2008 tinham prazo de recebimento médio de 90 dias, não sendo possível vincular os contratos de NDF com as respectivas vendas.
 - objetiva fixar um recebimento mínimo em reais, de maneira a garantir o pagamento de seus custo e despesas locais, mesmo em cenários de desvalorização do dólar, ou seja, no caso de desvalorização do dólar norteamericano, teria uma redução da sua receita de exportação em reais (perda cambial) que seria compensada com um ganho auferidos nas operações de NDF.
- A liquidação antecipada deu-se em decorrência da crise de 2008.

A autoridade autuante afasta o argumento de que os contratos foram celebrados para proteção do fluxo de caixa, afirmando que eles foram firmados e liquidados, na maior parte dos casos, antes mesmo do pagamento de despesas com compra de matérias-primas, quando então dar-se-ia início a seu ciclo de caixa.

Esclarece a autoridade autuante que a "operação de hedge pressupõe a existência de uma **relação contínua com um objeto a ser protegido**, fato **não associado aos contratos NDF** em questão, pois todos foram liquidados em janeiro de 2009, isto é, muito antes do instrumento financeiro completar sua vida útil, conforme pode ser verificado na Tabela 1, que aponta contratos liquidados antecipadamente de 1 a 14 meses. Se fosse realmente uma operação de proteção dos recebíveis contra futura oscilação cambial, os contratos de NDF deveriam **permanecer com a fiscalizada durante toda a sua duração**, até haver o recebimento das receitas de exportação (item protegido)." (grifado no original)

A autoridade autuante faz, ainda, as seguintes observações acerca dos contratos de NDF liquidados antecipadamente pelo contribuinte:

Os contratos de NDF em discussão não tinham no momento da celebração um ativo a proteger, mas apenas, de acordo com a fiscalizada, viriam a proteger recebimentos de vendas futuras esperadas para a data de seu vencimento. Ou seja, a posição de dólares vendidos não tinha uma relação oposta de dólares a receber, ficando a critério da fiscalizada apropriá-la no futuro, fato que não ocorreu ao liquidar os contratos sem a correspondente posição oposta associada, ficando caracterizado como operação de hedge especulativo. A partir da liquidação antecipada, os futuros direitos a receber ou aqueles direitos a receber já existentes ficaram a descoberto, passando, por conseguinte, a especular pela variação favorável da taxa de câmbio. Para caracterizar a operação como hedge como cobertura, a fiscalizada deveria manter a posição dos dólares vendidos até o recebimento das vendas futuras para o exterior relacionadas, sujeitando-se à **oscilação** da taxa de câmbio com o passar do tempo, **sucedendo-se por períodos de desvalorização e valorização da moeda nacional**.

No caso de hedges de fluxos de caixa não cumprirem o compromisso firme que a administração estabeleceu, quando contratou a operação, no momento do **descumprimento**, o resultado do derivativo deve ser revertido, imediatamente, para o resultado do exercício e a administração deve neste momento classificar o derivativo como sendo um **instrumento de especulação**.¹³ (grifamos)

A relação de hedge não pode ser designada para uma parte somente do período de tempo da duração do instrumento de hedge (vide item 75 do Pronunciamento CPC 38). Não é permitida a utilização de um instrumento de hedge apenas durante uma parcela de sua vida útil (vide IAS 39). A norma contábil desqualifica a operação como sendo de hedge quando o instrumento do hedge é utilizado para apenas uma parte de sua duração, pois, evidentemente, ao liquidar o hedge antes do vencimento, no caso da fiscalizada, muitos meses antes do vencimento, passando de um ano em vários casos, deixou a posição oposta de recebíveis ou futuros recebíveis em dólar a descoberto, caracterizando-se a operação como uma aplicação no mercado de renda variável e não de hedge de cobertura, ou em outras palavras, caracterizando-se o hedge especulativo. (grifado no original)

Quanto à efetividade dos contratos de NDF para proteção do fluxo de caixa do contribuinte, afirma a autoridade autuante que "após a liquidação antecipada dos contratos de NDF, deixou de existir qualquer correlação entre ganhos/perdas do instrumento de hedge e perdas/ganhos do objeto a ser protegido, isto é, demonstra que o hedge não foi efetivo e que o instrumento financeiro NDF não derivou de nenhum ativo/direito a ser protegido. Se não há contínua relação entre instrumento financeiro e um item protegido, quando da época da elaboração das demonstrações financeiras mensais, não existe correlação entre as variáveis nem hedge de cobertura."

Afirma a autoridade autuante que, tendo em conta a impossibilidade de caracterização dos contratos de NDF liquidados antecipadamente como operações de hedge, aplicam-se a eles as regras inscritas nos parágrafos 4º e 5º do art. 76 da Lei nº 8.981/1995, de modo que as perdas provenientes dessas operações são dedutíveis até o limite dos ganhos em operações realizadas no mercado de renda variável e 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 no mercado de renda variável.

Diante disso, das perdas com os contratos de NDF liquidados antecipadamente, no montante de R\$ 45.784.691,73, a autoridade autuante deduziu os ganhos

líquidos com operações no mercado de renda variável, no montante de R\$ 43.532,65, remanescendo como despesa indedutível o valor de R\$ 45.741.159,08. Esse valor foi adicionado à base de cálculo do IRPJ e da CSLL para o fato gerador ocorrido em 31/12/2009, resultando nos débitos apurados e lançados para esse fato gerador. Também foi lançada multa de ofício isolada por falta de recolhimento de estimativa de IRPJ e de CSLL para os três primeiros meses do ano de 2009, também como consequência da despesa indedutível apurada.

Inconformado, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 1696-1744, na qual deduz as alegações a seguir resumidamente discriminadas:

A glosa das despesas com os contratos de NDF teve por fundamento três supostas irregularidades, quais sejam: a) inexistência de objeto patrimonial a ser protegido quando da época da liquidação dos NDF; b) não haver efetividade do hedge durante todo o transcurso do prazo de duração dos contratos de NDF questionados; c) inexistência de uma relação contínua do instrumento financeiro com um correspondente ativo. Nenhum desses fundamentos tem previsão legal, estando, inclusive, em dissonância com o disposto no art. 77, § 1º, da Lei nº 8.981/1995. Ademais, tais fundamentos estão lastreados apenas em regras contábeis que não se sobrepõem à legislação tributária. O IAS 39, o Pronunciamento Técnico CPC 14 e o Pronunciamento Técnico CPC 38 contemplam regras contábeis e não se caracterizam como normas legais hábeis a dar fundamento ao lançamento de crédito tributário, em observância ao princípio da legalidade, inscrito no art. 150, I, da Constituição Federal.

O Pronunciamento Técnico nº 38, do Comitê de Pronunciamento Contábeis - CPC, invocado pela autoridade autuante, foi aprovado pelo Conselho Federal de Contabilidade em 21/10/2009, por meio da Resolução CFC nº 1.196, dispondo este ato que a vigência do referido Pronunciamento se dará para os exercícios iniciados a partir de 1º de janeiro de 2010. Destarte, essas regras contábeis não se aplicam aos fatos geradores ocorridos no transcurso do ano de 2009.

A capitulação legal indicada no auto de infração consiste no art. 3º da Lei nº 9.249/1995, nos arts. 247, 248, 249, inciso I, 251, 277, 278, 299, 300 e 374 do RIR/1999 e no art. 76, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.981/1995. Porém, da leitura do "Relatório Fiscal" infere-se que a imputação está fundada apenas em regras contábeis, mais especificamente no IAS 39, no Pronunciamento Técnico CPC 14 e, em sua maior parte, no Pronunciamento Técnico CPC 38, tendo todos eles o objetivo de estabelecer princípios para reconhecer e mensurar ativos financeiros, passivos financeiros e alguns contratos de compra e venda de itens não financeiros, não ensejando, portanto, qualquer efeito fiscal. Essas divergências de fundamentação suscitam dúvidas sobre a autuação fiscal que violam o direito ao contraditório e à ampla defesa e ferem o disposto no art. 10, IV, do Decreto nº 70.235/1972.

De acordo com o histórico do faturamento da empresa, as operações de exportação representam cerca de 50% das receitas totais, de modo que parcela relevante dos ingressos é denominada em moeda estrangeira. Em consequência, há considerável exposição a riscos derivados da flutuação cambial. Diante disso, com base na política interna da empresa, foram firmados contratos de NDF junto a instituições financeiras brasileiras com o fim de proteger o fluxo de caixa proveniente de exportações futuras.

O NDF é um instrumento financeiro derivativo, negociado diretamente com a instituição financeira, que não contempla entrega física do produto ou do ativo financeiro no final do contrato e sim o pagamento da diferença financeira entre o preço acordado e a cotação vigente na data de vencimento futura estipulada.

A operação de hedge tem por fim reduzir riscos decorrentes de variações, razão pela qual seu objetivo não é o lucro, mas apenas evitar que ocorram prejuízos em virtude de oscilações de taxas e preços. Para fins tributários, o conceito de hedge está previsto no § 1º do art. 77 da Lei nº 8.981/1995, sendo assim consideradas as operações destinadas exclusivamente à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preços ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado a) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica; ou b) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica. Uma vez preenchidas essas condições, as perdas com operações de hedge são integralmente dedutíveis, conforme estabelece o art. 77, V, da Lei nº 8.981/1995. As operações de hedge podem se destinar a proteger operações futuras contratadas com base em preços flutuantes.

A partir de 2007, a moeda norte-americana vinha se desvalorizando mês a mês frente ao Real. Tendo em conta essa tendência, foram firmadas operações com NDF, na posição vendida, com o fim de proteger o fluxo de caixa decorrente das exportações relativamente às perdas decorrentes da flutuação cambial. Porém, com a crise econômica mundial iniciada em setembro de 2008, o dólar passou a valorizar-se relativamente ao Real. Essa mudança de cenário, com projeção de valorização da moeda norte-americana, aumentaria as perdas decorrentes das operações com NDF. Diante disso, os administradores da empresa, atuando diligentemente, decidiram, a fim de evitar maiores perdas, liquidar de forma antecipada, em janeiro de 2009, os NDF contratados no período de novembro de 2007 a outubro de 2008.

Os NDF liquidados antecipadamente em janeiro de 2009 foram contratados para proteger da variação cambial as receitas decorrentes de exportações realizadas e a serem realizadas, de modo que tais contratos estão intrinsecamente relacionados com a atividade operacional da empresa. Além disso, os NDF foram celebrados com o fim de proteger ativos da empresa, consubstanciados em receitas de exportação. Consoante a política de riscos determinada pela matriz, localizada no Japão, refletida nas atas de reunião de seu Comitê Executivo, poderia a empresa contratar derivativos até um limite percentual de suas exportações. A Política de Gerenciamento de Risco de Câmbio Externo do Grupo Ajinomoto, em seu item 3, dispõe acerca da proibição da contratação de instrumentos derivativos com a finalidade de especulação. Nos termos da ata de reunião do Comitê Executivo de 14 de setembro de 2007, que tratou de operações com vencimento no ano societário de 2008, a empresa poderia contratar derivativos com a finalidade de proteção para 25% de suas operações de exportação. Já para o ano societário de 2009, a empresa poderia contratar derivativos com a finalidade de proteção de até 40% de suas receitas de exportação. Apesar disso, os contratos efetivamente firmados nesse sentido representam percentual inferior ou praticamente no limite previsto pela política interna. As projeções de fluxo de caixa decorrente de exportações se efetivaram no percentual de 85%, revelando que foram apuradas com critérios corretos. Todos esses fatos demonstram que os NDF contratados estão em consonância com o art. 77 da Lei nº 8.981/1995, que define o conceito de hedge para fins tributários, razão pela qual é lícita e regular a dedução integral das perdas incorridas em virtude dessas operações.

É descabida a pretensão de transferir o momento da definição do conceito de hedge para a data de liquidação do contrato, pois esse critério não está previsto em lei e não condiz com o próprio conceito de hedge, que leva em consideração a vontade das partes na data da contratação. A finalidade de proteção do instrumento de hedge estará evidenciada desde que a pessoa jurídica mantenha evidências das condições que a levaram à contratação dos derivativos, que a projeção futura de exportações seja baseada em estudos, que os prazos e valores dos contratos de derivativos e os direitos que se pretendem proteger sejam equivalentes, de modo que não há que se exigir que se aguarde a liquidação do contrato para caracterizá-lo como especulativo.

A liquidação antecipada não descaracteriza a operação como hedge, pois tal requisito não está previsto em lei. Ademais, ainda havia exportações futuras a proteger, sendo a liquidação antecipada uma opção da empresa ocorrida num contexto de crise econômica. A jurisprudência exige a evidenciação da posição de risco que está sendo protegida, não fazendo menção alguma à data da liquidação e à necessidade de haver correlação exata entre os contratos de derivativos e o objeto de proteção, tampouco entre ganhos e perdas.

Parte dos valores das perdas com NDF liquidadas em janeiro de 2009, glosadas pela autoridade autuante, corresponde a contratos cujo vencimento efetivo se dava em janeiro de 2009, de modo que não houve liquidação antecipada dessas operações. Tais contratos representam US\$ 9.500.000,00 e provocaram uma perda de R\$ 4.139.615,00. As exportações com vencimento em janeiro de 2009 somam US\$ 8.917.377,01, vale dizer, praticamente 94% dos contratos com vencimento em janeiro de 2009. Assim, tendo em conta os critérios adotados pela autoridade autuante, no sentido de que a efetividade do derivativo, para sua caracterização como hedge, deve ficar compreendida no intervalo de 80% a 125%, é forçoso concluir que tais contratos devem ser reputados operações de hedge, de modo que a perda deles decorrente é dedutível.

O auto de infração foi lavrado em 10/10/2012, vale dizer, após a incorporação da empresa AJINOMOTO INTERAMERICANA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA pela AJINOMOTO DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA, que ocorreu em 28/05/2010. Nos termos do art. 132 do CTN, a responsabilidade por sucessão alcança apenas tributos, não se estendendo às multas, que devem ser excluídas da exigência formulada.

A partir do encerramento do ano financeiro, não há mais que se falar na obrigação de antecipar os valores de IRPJ e de CSLL, muito menos em imputar ao contribuinte multa isolada por descumprimento do dever de recolher a estimativa desses tributos. A multa isolada somente pode ser aplicada quando a fiscalização ocorrer antes do término do exercício financeiro. Encerra do o exercício financeiro, surge a obrigação de apuração anual do tributo, não havendo mais o dever de recolher estimativa, momento em que poderá ser aplicada tão-somente multa de ofício no caso de se verificar saldo de tributo a pagar ao final do exercício. A aplicação concomitante de multa isolada por falta de recolhimento de estimativa e de multa de ofício caracteriza dupla penalização de um mesmo fato jurídico, qual seja, ausência de recolhimento do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2009.

Por fim, pede a decretação da nulidade do auto de infração, ou, quanto ao mérito, sua total improcedência, ou, sucessivamente, a dedutibilidade da perda no valor de R\$ 4.139.615,00 referente aos NDF com vencimento em janeiro de 2009, bem como o cancelamento das multas de ofício e isolada.

Passo, agora, a complementar este relatório.

A 1ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto (SP), em julgamento da impugnação apresentada pela Recorrente, deu parcial provimento à mesma, exonerando em parte os créditos tributários originalmente constituídos, restando a decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/01/2009, 28/02/2009, 31/03/2009, 31/12/2009

DESPESAS FINANCEIRAS - *NON-DELIVERABLE FORWARD* - DEDUTIBILIDADE - HEDGE - LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA - RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO - PENALIDADE - MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVA.

A liquidação antecipada, a fim de estancar perdas financeiras, de contratos de non-deliverable forward impede a respectiva caracterização como hedge, por revelar que foram utilizados com finalidades outras que não a exclusiva proteção contra riscos inerentes às oscilações na taxa de câmbio. Como consequência da descaracterização com hedge, as perdas financeiras são dedutíveis apenas até o limite dos ganhos em operações da mesma natureza. A responsabilidade por sucessão não se limita aos tributos lançados quando a incorporação se deu entre empresas integrantes do mesmo grupo societário. É cabível a aplicação da multa isolada pela falta de recolhimento das estimativas mensais do IRPJ, em concomitância com a aplicação da multa de ofício pela falta de pagamento/declaração das diferenças do imposto apuradas em procedimento fiscal, em razão de expressa disposição legal e em face das incidências ocorrerem em situações fáticas distintas.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Data do fato gerador: 31/01/2009, 28/02/2009, 31/03/2009, 31/12/2009

AUTO REFLEXO.

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

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Inconformada em parte com a decisão acima transcrita, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário dirigida a este Conselho, sem contrarrazões pela Fazenda Nacional.

Tendo em vista que a DRJ exonerou parte do crédito tributário originalmente constituído, correspondente ao NDF cujo vencimento foi em Janeiro de 2009, em virtude de que também há Recurso de Ofício em relação ao mesmo.

É o relatório

Voto Vencido

Conselheiro Demetrius Nichele Macei

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual, dele conheço.

Em síntese, a questão de mérito posta pelo contribuinte em seu recurso voluntário cinge-se à afirmação de que os contratos NDF formalizados no período de novembro/07 a outubro/08 tinham o objetivo de hedge de cobertura, vinculados às receitas futuras da contribuinte, em dólar, em razão de suas expectativas de exportações para o período de janeiro/09 a março/10. Para os contratos firmados entre novembro/07 e março/08, a cobertura se estendia para os meses de janeiro/09 a março/09; para os contratos firmados a partir de setembro/08 e outubro/08, a cobertura se estenderia para os meses de janeiro/2009 a março/2010, conforme se vislumbra em planilha resumo de fl. 1687, inserta no Relatório Fiscal que fundamentou a constituição dos créditos tributários vinculados ao presente feito. Por entender se tratar de um hedge vinculado a sua atividade operacional, concluiu a contribuinte que as despesas incorridas na liquidação dos contratos seria dedutível na apuração do IRPJ e CSLL, nos termos do art. 77, da Lei 8.981/95.

Antes de adentrar ao mérito propriamente dito, seguindo, na ordem, os argumentos dispostos pelo contribuinte em seu Recurso Voluntário, passo à análise das preliminares suscitadas, conforme segue.

1. Da falta de correlação entre a fundamentação legal indicada na acusação fiscal e àquela que serviu como base efetiva para a lavratura do auto de infração combatido

Para o contribuinte, “não restam dúvidas de que há total falta de correlação entre a fundamentação aduzida no “Relatório Fiscal”, que serviu de base efetiva para a acusação fiscal, e a fundamentação legal indicada no referido Auto de Infração, implicando claramente no cerceamento ao direito de defesa da Recorrente”.

Seguindo em sua argumentação, o contribuinte afirma que a capitulação legal indicada no auto de infração para fundamentar a suposta infração em que teria incorrido está lastreada no art. 3º, da Lei nº 9.249/95, nos arts. 247, 248, 249, inciso I, 251, 277, 278, 299, 300 e 374 do RIR/99 e no art. 76, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.981/95, sintetizando que tais dispositivos legais dispõem sobre a forma de apuração do IRPJ devidos pelos contribuintes ao final do exercício, notadamente as despesas que poderão ser consideradas dedutíveis da base de cálculo do referido tributo.

Em contrapartida, afirma o contribuinte que o Relatório Fiscal está fundamentado em regras contábeis, mais especificamente no IAS 39, no Pronunciamento Técnico CPC 14 e no Pronunciamento Técnico CPC 38, os quais têm por objetivo estabelecer princípios para reconhecer e mensurar ativos financeiros, passivos financeiros e alguns contratos de compra e venda de itens não financeiros.

Embora a contribuinte lance dúvidas sobre o trabalho de fiscalização na apuração dos fatos, em sua fundamentação e conseqüente lançamento tributário, fato é que o trabalho realizado está correto e não se verifica a falta de correlação apontada pelo contribuinte.

Os tributos fiscalizados – IRPJ e CSLL, têm uma base de cálculo, para os contribuintes que optam ou são legalmente enquadrados na tributação com base no lucro real, complexa, uma vez que é necessário, primeiro, apurar-se o lucro contábil da atividade e, posteriormente, ajustá-lo com adições e exclusões legais para a obtenção do lucro real, base para a incidência das alíquotas de ambos os tributos.

No caso concreto, não há dúvidas que o contribuinte teve perdas/despesas na liquidação de seus contratos NDF. A questão é demonstrar se essas despesas são dedutíveis para fins de apuração da base de cálculo do lucro real, regime de tributação a que a Recorrente está sujeita, nos termos do art. 77, V e respectivos §§ 1º ao 3º da Lei 8.981/95, ou se as mesmas só podem ser consideradas na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações financeiras, nos termos do art. 76, §§ 4º e 5º, da mesma Lei.

Para a fiscalização, as perdas/despesas do contribuinte não são operacionais e, desta forma, deve ser observado o art. 76, §§ 4º e 5º, da Lei 8.981/95 e demais disposições do RIR/99 que fundamentaram a autuação. Os argumentos e fundamentos utilizados no Relatório Fiscal serviram, tão somente, para fundamentar o motivo que levou a fiscalização a essa conclusão, permitindo e garantindo, desta forma, o direito de ampla defesa da contribuinte, que passou a ter a motivação para a desconsideração das perdas/despesas como dedutíveis para fins operacionais e a conseqüente fundamentação legal para o tratamento a ser dado para as mesmas para fins fiscais.

Não há, assim, a falta de correlação apontada pela contribuinte em seu Recurso Voluntário, razão pela qual rejeito esta preliminar.

2. Da falta de fundamentação legal da acusação fiscal imposta à Recorrente

Para o contribuinte, em apertada síntese, “é muito claro que o lançamento em questão se baseou, única e exclusivamente, em regras contábeis” e que, em nenhum momento, “há qualquer indicação dos dispositivos acima indicados (art. 3º, da Lei nº 9.249/95, arts. 247, 248, 249, inciso I, 251, 277, 278, 299, 300 e 374 do RIR/99 e art. 76, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.981/95) na descrição das infrações imputadas à Recorrente (no Relatório Fiscal)”, concluindo que “demonstrado que o lançamento está lastreado tão somente em regras contábeis, há que se admitir a sua nulidade ante a falta de fundamentação legal”.

Como já exposto no tópico anterior, a ocorrência de uma situação de fato – liquidação, pela contribuinte, de contratos de NDF em janeiro/09, para ser enquadrada nas normas fiscais e, desta forma, apontar suas conseqüências tributárias (despesa operacional dedutível ou não), passa por um processo de interpretação e aplicação da norma ao caso concreto e, como é dever de qualquer autoridade administrativa, pela demonstração dos motivos que fundamentaram a sua decisão.

O Relatório Fiscal atacado pelo contribuinte apresentou, de forma correta, os motivos que levaram a fiscalização a concluir que as perdas/despesas incorridas pela Recorrente na liquidação de contratos NDF não tinham natureza operacional, mas apenas

financeira e, para tanto, utilizaram-se de fundamentos contábeis para demonstrar a diferença entre uma e outra. Determinada a natureza da operação como financeira, a decorrência natural foi o enquadramento na legislação fiscal que regula o tema e, conseqüentemente, a glosa da despesa utilizada pelo contribuinte na apuração do lucro real e a sua consideração, tão somente, nos moldes do já citado art. 76, §§ 4º e 5º, da Lei 8.981/95, que é, de fato, o fundamento legal da autuação e constituição dos créditos tributários de IRPJ e CSLL no caso concreto.

Assim, não vislumbrando o alegado pelo contribuinte quanto à falta de fundamentação legal a embasar os autos de infração lavrados, afasto a preliminar.

3. Do mérito

3.1. Da natureza jurídica dos contratos NDF firmados pela Recorrente. Conseqüências fiscais em razão de sua liquidação antecipada

Mesmo levantando preliminar de cerceamento de defesa, é fato que a Recorrente entendeu perfeitamente o motivo que levou a fiscalização a levar a termo a autuação objeto deste processo administrativo, que culminou com a constituição de créditos tributários de IRPJ e CSLL.

Tanto é assim que, já na abertura de seus argumentos de mérito, sintetiza, de forma direta, que “o tema da autuação fiscal refere-se ao tratamento tributário que se deve dar às perdas incorridas pela Recorrente por ocasião da liquidação, em janeiro de 2009, dos contratos NDFs que possuía, isto é, se ditas perdas são integralmente dedutíveis, tal como estipula o artigo 77, inc. V, da Lei nº 8.981/95, ou apenas até o limite dos ganhos auferidos em operações de mesma natureza, conforme dicção do art. 76, § 4º, do mesmo Diploma Legal”.

De fato, esse é o cerne da questão posta para análise e julgamento por este Conselho.

Analisando e avaliando toda a informação produzida pelo contribuinte, inclusive com a apresentação de pareceres externos, denota-se que, no momento em que o contribuinte firmou os contratos NDF, objetos deste processo administrativo, tinha, de fato, a intenção de proteger-se da oscilação da moeda americana, uma vez que havia uma tendência de queda na cotação da referida moeda frente ao Real e era justo buscar proteção para garantir, em reais, faturamento suficiente e necessário para honrar seus compromissos e atingir as metas de lucro determinadas para o período abril/09 a março/10, ano societário seguido pelo contribuinte, uma vez que aproximadamente 50% (cinquenta por cento) de seu faturamento decorre de exportações.

Provavelmente se não tivesse ocorrido a crise americana, no último trimestre de 2008, que mexeu com os mercados globais, afetando, como uma de suas muitas conseqüências, a cotação da moeda americana no Brasil, que inverteu uma tendência de baixa para uma forte tendência de alta em relação ao Real, o contribuinte teria levado seus contratos NDF até o vencimento, como certamente era o objetivo original no ato da contratação.

A própria contribuinte traz, em seu Recurso Voluntário, o conceito dos contratos NDF – “instrumento financeiro derivativo, negociado diretamente com a instituição financeira, que não contempla a ‘entrega física do produto ou do ativo financeiro ao final do

contrato. O que troca de mãos é a diferença financeira entre o preço acordado e a cotação vigente na data de vencimento futura do contrato a termo’ ”, concluindo que o referido instrumento “permite a proteção (hedge) contra oscilações futuras de moedas, taxas ou preços, diminuindo ou eliminando riscos de perda de recursos financeiros, em uma determinada posição, em razão de oscilações indesejadas de mercado”.

Para justificar o seu posicionamento quanto à dedutibilidade integral das perdas incorridas na liquidação de seus contratos NDF, o contribuinte afirma que o conceito de hedge está disposto no §1º do art. 77, da Lei 8.981/95, abaixo transcrito:

“Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos:

(...)

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

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

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

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

§ 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)

Conclui o contribuinte: “assim, o que o conceito normativo está a explicitar é que a proteção faz parte do caráter de uma operação de cobertura. Por outro lado essa proteção pressupõe a existência de um objeto a ser protegido”.

Ato contínuo, passa o contribuinte a elencar as razões em que se pautou para enquadrar os fatos à norma acima transcrita, notadamente o cumprimento do disposto nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do § 1º do art. 77, acima transcritas, de forma a justificar a dedutibilidade integral das perdas incorridas na liquidação dos seus contratos NDF.

Para justificar o atendimento do disposto no alínea ‘a’, afirma o contribuinte que o derivativo foi contratado para proteger as exportações realizadas e a realizar da variação da taxa do dólar americano e, desta forma, “tal contratação está intrinsecamente relacionada com a atividade operacional da empresa”.

No que se refere à alínea ‘b’, afirma que as NDFs “foram contratadas com o intuito de proteger as receitas de exportação atreladas à taxa do dólar, ou seja, proteger os ativos da empresa contratados em moeda norte-americana”.

Citando diretamente Roque Carrazza, sustenta o contribuinte que “o hedge é, em última análise, um contrato de cobertura contra riscos decorrentes da normal variação de preços. Em termos técnicos, tem por finalidade ilidir riscos inerentes às operações de venda e compra, com execução diferida”.

Como já dito acima, não há dúvidas de que, no momento de contratação dos contratos NDF, o contribuinte tivesse a intenção de uma proteção em face da variação cambial da moeda americana em face do Real e, mais do que isso, a intenção de liquidá-los em seu vencimento.

Esclarece, contudo, que “devido à crise econômica e financeira mundial ocorrida em 2008, (...), a Recorrente **decidiu por liquidar seus contratos de NDF, de forma antecipada, visando evitar aumento da perda já verificada, uma vez que o Dólar estava valorizando dia a dia**”. (sem grifos no original)

Embora o contribuinte afirme que a liquidação antecipada dos contratos NDF não descaracteriza a operação de hedge, afirma também que **a decisão de não manter tais derivativos é uma opção**, a qual foi exercida pelo contribuinte dentro de um contexto de crise econômica exacerbada, no “cumprimento do dever de diligência que o administrador de uma companhia está obrigado a observar”.

A situação concreta, naquele momento, era a existência, na carteira financeira do contribuinte, de derivativos que visavam protegê-lo da desvalorização do dólar americano frente ao Real, que se esperava receber (dólares) em razão de exportações futuras. Como o intuito da proteção não é o ganho, mas prevenir a perda, em razão de variação, no caso, cambial, fato é que se o contribuinte tivesse levado seus contratos NDF até o vencimento, o eventual ganho no câmbio dos dólares decorrentes da exportação seria utilizado para cobrir as perdas decorrentes na liquidação do instrumento financeiro. Ao contribuinte estaria garantido, em reais, o faturamento que almejava no ato de contratação dos derivativos.

A opção de liquidar antecipadamente os contratos NDF (todos do mês de janeiro/09), materializando, em um único mês, todas as perdas até então incorridas, teve objetivo eminentemente financeiro: **evitar aumento da perda já verificada, uma vez que o Dólar estava valorizando dia a dia**.

Ora, a partir do momento que um instrumento financeiro derivativo é liquidado por razões exclusivamente financeiras, deixa o mesmo de cumprir a sua função de hedge, pois deixa de proteger contra oscilações da taxa de câmbio e, no caso concreto, de proteger receitas de exportação que sequer tinham sido concretizadas, ainda que esperadas.

Ainda que não tenha sido a razão preponderante para a liquidação antecipada, não se pode negar que a mesma teve, de fato, o condão de materializar e estancar a perda financeira diária a que estava sujeito o contribuinte, uma vez que, na época, não se tinha possibilidade de antever qual o patamar cambial que o dólar iria se estabilizar, mas certamente maior do que o previsto nos contratos derivativos, mas, por outro lado, a projeção de recebimento, em reais, das futuras exportações do contribuinte, também seria majorada, podendo, inclusive, superar as perdas incorridas.

Ou seja, ainda que a finalidade inicial do contribuinte tenha sido obter proteção com a contratação de derivativos, a decisão de encerrar tais contratos foi de natureza eminentemente financeira, descaracterizando a sua função de hedge e, desta forma, correta a interpretação da fiscalização em tratar tais perdas/despesas nos moldes do art. 76, §§ 4º e 5º, da Lei 8.981/95, reconhecendo a dedutibilidade das perdas apenas até o limite dos ganhos auferidos em operações de mesma natureza.

Pelas mesmas razões acima, corroboro o posicionamento da 1ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto (SP), de que a liquidação no vencimento dos contratos NDF no mês de janeiro/09 tem natureza operacional e, desta forma, as perdas decorrentes dos mesmos são dedutíveis integralmente. A consequência lógica desse entendimento revela o fundamento para julgar pela improcedência do RECURSO DE OFÍCIO.

3.2. Impossibilidade de imputação das multas punitivas à Recorrente

Em síntese, defende o contribuinte que, tendo em vista a lavratura do auto de infração em 10.10.2012 e que os fatos fiscalizados devem ser atribuídos à empresa incorporada Ajinomoto Interamericana Indústria e Comércio Ltda., CNPJ 46.377.636/0001-58, incorporada pela Recorrente em 28.05.2010, “é imperioso concluir que não se pode admitir a imputação das multas punitivas à ora Recorrente”, sob pena de afronta ao “princípio da pessoalidade da pena”, fundamentando sua argumentação no art. 132, do CTN, que prevê apenas a responsabilidade do sucessor pelos tributos devidos pelo sucedido, bem como colacionando precedente deste Conselho nesse sentido.

Por concordar integralmente com o posicionamento disposto no acórdão recorrido, adoto as mesmas razões para afastar os argumentos trazidos pelo contribuinte:

“A jurisprudência administrativa que enfrenta mais amiúde a questão tem mitigado a interpretação da palavra ‘tributo’ inscrita no art. 132 do CTN, sobretudo nas situações em que a sucessão se dá entre empresas integrantes do mesmo grupo societário. Nesse sentido, há inclusive Súmula do CARF com o seguinte enunciado:

Súmula CARF nº 47: Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico.”

No caso concreto, tanto a sucessora (fl. 1751) quanto a sucedida (fl. 1523), conforme contrato social e DIPJ que integram o presente processo administrativo, tinham/têm como sócia majoritária a Ajinomoto CO. INC., com 99,99% das quotas do capital social.

Desta forma, comprovado o controle comum e o pertencimento ao mesmo grupo econômico, aplico a Súmula CARF nº 47 ao caso, mantendo a responsabilidade da Recorrente sobre as penalidades impostas.

3.3. Da necessidade de exclusão dos valores imputados a título de multa isolada – cobrança concomitante com multa de ofício

A questão não é nova e, com a devida vênia dos que pensam diferente, de fato, não é possível admitir-se a concomitância da multa de ofício com a multa isolada por falta de recolhimento de IRPJ e CSLL sobre estimativas mensais, notadamente em razão da falta de recolhimento pelo contribuinte ter decorrido de glosa de despesas, que também afetaram a constituição do crédito tributário ao término do ano-calendário.

A norma contida no art. 44, II, alínea b, da Lei 9.430/96 (redação dada pela Lei nº 11.488/07) dirige-se ao contribuinte do IRPJ e CSLL, sujeito ao regime de tributação com base no Lucro Real Anual, que deixar de promover a antecipação dos tributos devidos em

razão de estimativas mensais positivas (base de cálculo) apuradas pelo contribuinte mensalmente.

O parágrafo 3º, do citado art. 44, traz, textualmente, que “a pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano”, exceto nos casos de incorporação, fusão, cisão ou extinção da pessoa jurídica.

Ou seja, os valores pagos mensalmente, com base em estimativas, são apenas uma antecipação do tributo, por opção do contribuinte, que será apurado, efetivamente, apenas no encerramento do ano-calendário. Nesse contexto, até o encerramento do ano-calendário o que se tem por tributo devido, a título de CSLL, é o apurado mensalmente sobre as estimativas; após o encerramento do ano-calendário e apuração definitiva da CSLL pelo lucro real, não há dúvidas de que o montante do tributo devido é aquele definitivamente apurado, após adições, exclusões e compensações legais.

Vale destacar a lição de Marco Aurélio Greco a respeito do tema, *in verbis*:

“(…) mensalmente o que se dá é apenas o pagamento por imposto determinado sobre base de cálculo estimada (art. 2º, caput), mas a materialidade tributada é o lucro real apurado em 31 de dezembro de cada ano (§ 3º do art. 2º). Portanto, imposto e contribuição verdadeiramente devidos, são apenas aqueles apurados ao final do ano. O recolhimento mensal não resulta de outro fato gerador distinto do relativo período de apuração anual; ao contrário, corresponde a mera antecipação provisória de um recolhimento, em contemplação de um fato gerador e uma base de cálculo positiva que se estima venha ou possa vir a ocorrer no final do período. Tanto é provisória e em contemplação de evento futuro que se reputa em formação – e que dele não pode se distanciar – que, mesmo durante o período de apuração, o contribuinte pode suspender o recolhimento se o valor acumulado pago exceder o valor calculado com base no lucro do período em curso (art. 35 da Lei nº 8.891/95)”.¹

O que se observa, à vista da lição do mestre, é que um contribuinte pode, ao longo do ano-calendário, ter bases positivas para a apuração de IRPJ e CSLL sobre estimativas, como prejuízo, em cada competência. Nas que houver prejuízo, não há base de cálculo para apuração e recolhimento antecipado; e, ainda que haja uma base positiva após um prejuízo, se aquela for menor que esta e, no acumulado do ano, o que já foi antecipado supera o devido, mesmo tendo a base positiva, não haverá o recolhimento da antecipação.

Assim, se o lançamento é efetuado antes do fim do exercício, a base para a imposição da multa isolada é o valor devido a título de IRPJ e CSLL por antecipação até o momento do lançamento; após o encerramento do ano-calendário, já haverá a apuração definitiva do tributo devido e este valor apurado passa a ser o limite quantitativo da imposição de multa isolada.

Em outras palavras, o valor a ser antecipado pelo contribuinte pode, inclusive, ser suspenso ou reduzido, enquanto balanços ou balancetes mensais demonstrarem

¹ In “Multa Agravada em Duplicidade”, São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário nº 76, p. 159.

que o valor acumulado, já pago, exceder o valor do imposto calculado com base no lucro real do período em curso (art. 39, § 2º, da Lei 8.383/91), demonstrando que não há, de fato, fatos jurídicos autônomos que justifique a imposição de duas penalidades distintas ao contribuinte, em concomitância.

Pede-se vênia para, neste ponto, transcrever-se abaixo trecho do voto do i. Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, proferido no julgamento do processo administrativo nº 10480.720836/2013-55 pela 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, em conclusão lógica quanto ao acima exposto:

“(…)

Assim, a exegese que se extrai dos comandos legais contidos no artigo 44 da Lei nº 9.430/96, mesmo após as alterações inseridas pela Lei nº 11.488/07, é aquela segundo a qual o lançamento da multa isolada pode ser feito em duas hipóteses:

(i) antes da apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, quando a base para a imposição da multa observará um dos seguintes critérios: (i.1) o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir da margem setorial (o percentual definido em lei) da receita bruta acumulada; ou (i.2) o valor correspondente às antecipações não pagas calculadas a partir do balanço de redução ou suspensão (neste último caso, ainda que não tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da CSLL).

(ii) após a apuração do tributo devido no balanço do final do ano-calendário, somente se ficar constatado que houve parcela do tributo devido que deixou de ser paga na forma de antecipação (quando deveria ter sido paga nesta forma), mas foi paga no ajuste. A base para a imposição da multa corresponderá exatamente ao valor da mencionada parcela. Não se admite, por óbvio, que tal base supere o valor do tributo devido apurado. Assim, há que se verificar se os valores de estimativa a pagar foram deduzidos na apuração anual. Em caso positivo, isto significa que o tributo devido não foi recolhido nem como estimativa nem como resultado do ajuste, portanto, não se trata de cobrar multa isolada, mas, sim, de cobrar o tributo acompanhado da multa proporcional. Em caso negativo, isto significa que o tributo não foi recolhido como estimativa, mas foi recolhido como resultado do ajuste, portanto, é cabível a multa isolada. Contudo, a base para a imposição da multa deverá corresponder ao valor da estimativa não paga que deixou de ser deduzida na apuração anual do imposto devido. Não se admite, também, que essa base supere o valor do imposto devido calculado na apuração anual.

Conclui-se, portanto, que impor sanção pelo não recolhimento de IRPJ e CSLL, apurada através de lançamento de ofício (2014) com o ano-calendário já finalizado (2010), com a respectiva multa proporcional de 75%, e, ao mesmo tempo, impor multa isolada de 50% como sanção pelo não recolhimento de antecipações devidas nas competências de setembro a dezembro/2010, observando-se que de IRPJ e CSLL em questão não foi recolhido nem por antecipação, nem como resultado do ajuste anual, é penalizar o contribuinte duas vezes pelo mesmo tributo e, neste caso, uma penalidade é excludente da outra, não se admitindo a concomitância.

Afasto, desta forma, o lançamento da multa isolada no presente caso, mantendo, tão somente, a multa proporcional de 75%.

Processo nº 13888.723706/2012-07
Acórdão n.º **1402-002.415**

S1-C4T2
Fl. 3.488

Conforme já afirmei, em relação à NDF com vencimento em 15/01/2009, mês em que - coincidentemente -, a Recorrente antecipou o pagamento das NDFs relacionadas pela fiscalização, em virtude de não ter sido de fato antecipada, manteve sua natureza de Hedge, e portanto corroboro com o entendimento da primeira instancia julgadora no sentido de admitir sua dedução como despesa operacional.

Por todo o exposto, nego provimento ao RECURSO DE OFÍCIO e dou provimento parcial ao RECURSO VOLUNTÁRIO, unicamente para afastar o lançamento da multa isolada.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Redator Designado.

Com a devida vênia, pelo vênia para discordar do i. Conselheiro Relator somente em relação à exigência de multa isolada aplicada em razão da falta de recolhimento de estimativas.

Em razão da infração principal, a autuada deixou de recolher valores a título de estimativas de IRPJ e CSLL, ensejando a exigência de multas isoladas.

Há de separar a exigência em dois períodos distintos em razão da nova redação dada ao art. 44 da Lei nº 9.430/1996: o primeiro até o advento da Medida Provisória nº 351/2007 (convertida na Lei nº 11.488/2007) e o segundo após a edição de tal ato.

DAS MULTAS ISOLADAS ATÉ O ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 351/2007

Em relação à aplicação da multa isolada de forma concomitante com a multa de ofício, em que pese meu entendimento pessoal sobre a matéria, recentemente foi aprovada súmula impedindo tal cobrança quando baseada no art. 44, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.430/96, conforme se observa do enunciado nº 105 da Súmula CARF: "*A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.*"

Considerando-se que a Medida Provisória nº 351/2007 - que em seu art. 14 deu nova redação ao art. 44 da Lei nº 9.430/1996 - foi editada em 22 de janeiro de 2007 (e posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007), as multas isoladas cujos recolhimentos deveriam ter sido realizados antes de tal data devem ser exoneradas. Assim sendo, como o vencimento para pagamento da estimativa é o último dia útil do mês subsequente, devem-se exonerar as multas isoladas relativas às estimativas referentes ao período de janeiro a novembro de 2006, já que a estimativa referente ao mês de dezembro de 2006 deveria ter sido recolhida até o dia 31/01/2007, quando já vigia a nova redação do dispositivo legal em questão.

No caso concreto, a exigência diz respeito ao ano-calendário de 2009, ou seja, a fatos geradores que ocorreram após o advento da MP nº 351/2007 que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96 a que se refere Súmula CARF nº 105, ou seja, tal súmula é inaplicável ao caso concreto. Passo à análise desse novo dispositivo legal.

DAS MULTAS ISOLADAS APÓS O ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 351/2007

Com a edição da Medida Provisória nº 351/2007 em 22/01/2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007, a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas de IRPJ e CSLL passou a ter novo regramento.

Desse modo, a partir da estimativa devida referente ao mês de dezembro de 2006, cujo vencimento se deu em 31/01/2007, a penalidade isolada aplicada no lançamento de ofício encontra-se prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996,

com a redação que lhe foi dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, não se aplicando, portanto, a Súmula CARF nº 105. Confirma-se a nova redação do dispositivo em questão:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

[...]

As multas exigidas juntamente com o tributo ou isoladamente, como definidas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, vinculam-se a infrações de natureza distinta. A Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 1º, estabeleceu como regra geral, a partir do mês de janeiro de 1997, a apuração do lucro real trimestral. Apenas por exceção a pessoa jurídica poderia optar pela apuração do lucro real anual, situação em que fica obrigada a efetuar os recolhimentos do IRPJ e da CSLL mensalmente, calculados por estimativa (artigo 2º).

As bases de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos mensalmente são determinadas por meio da aplicação, sobre a receita bruta do mês, de percentuais estabelecidos pelo artigo 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, de acordo com as atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica.

Consoante se verifica pela redação das normas transcritas, são essencialmente duas as penalidades previstas no art. 44 retrotranscrito (“*serão aplicadas as seguintes multas*”, “*I...II*”): uma, exigida juntamente com o tributo faltante, nas hipóteses de “*de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata*”. Essa penalidade está valorada em 75% “*sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição*”; outra, exigida de forma isolada, no percentual de 50%, na hipótese da falta recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e da CSLL.

É pertinente esclarecer que os recolhimentos efetuados mensalmente a título de estimativas (art. 2º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.430, de 1996) não são definitivos, porquanto a apuração definitiva do tributo devido se dará somente ao final de cada ano-calendário. Esse o motivo pelo qual a penalidade pelo inadimplemento dessa obrigação é denominada multa isolada, uma vez que pode ser exigida independentemente de haver ou não tributo devido ao final do período de apuração. E também não há qualquer correlação entre o valor do tributo devido ao final de apuração e a multa isolada: sua base de cálculo é o valor do pagamento mensal (estimativa) de IRPJ ou CSLL que deixar de ser recolhido.

Diante dessas constatações, é imperioso concluir que as multas são distintas e autônomas. Isso decorre, acima de tudo, das evidentes diferenças que existem entre as hipóteses de incidência e os consequentes das normas punitivas.

No IRPJ e na CSLL, observamos que os critérios material e temporal são completamente distintos. O tributo não pago, decorrente da existência de lucro apurado trimestralmente ou anualmente, submete-se à multa do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, enquanto que a estimativa não recolhida, decorrente da existência de receita bruta mensal ou balanços de redução, submete-se à multa do inciso II do dispositivo antes citado.

No caso do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430 de 1996, a quantificação toma por base o tributo devido em função do lucro, fazendo incidir o percentual de 75% (regra geral passível de qualificação e agravamento - §§ 1º e 2º do art. 44). No caso do inciso II, letra “b”, do dispositivo antes citado, a quantificação toma por base a estimativa apurada em função da receita bruta ou resultados mensais, fazendo incidir o percentual de 50% (regra geral não passível de qualificação ou agravamento).

Como se pode observar, são duas normas distintas e autônomas, que punem, em diferentes graus, ilicitudes diversas.

Alega a Recorrente que a aplicação da penalidade isolada, tal qual perpetrada no auto de infração, viola o princípio da legalidade. Aduz ainda que não se poderia aplicá-la após o encerramento do exercício, tampouco em concomitância com a multa de ofício de 75%. Cita diversos acórdãos do CARF que dariam guarida a sua tese.

Não merecem prosperar os argumentos de defesa. Vejamos.

Em primeiro lugar, conforme já transcrito, a penalidade isolada por ausência de recolhimento de estimativas mensais está prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da legalidade. Nesse sentido, também, não há ofensa ao art. 97, V, do CTN, uma vez que a multa em discussão foi instituída por lei.

Em relação a não aplicabilidade das multas isoladas após o encerramento do exercício, implicaria ofensa à literalidade do art. 44, II, “b”, da Lei nº 9.430/96, dispositivo que prevê, de forma expressa, a aplicação da penalidade isolada *“ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente”*. Ora, se a própria norma prevê sua aplicação ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base negativa de CSLL, pressupõe-se, por óbvio, que o exercício já tenha sido encerrado, sem o que não se poderia falar em apuração do resultado do exercício.

Pode-se concluir que o ordenamento jurídico protege, com a multa isolada, o fluxo financeiro advindo do pagamento mensal das estimativas. Ora, inexistindo penalidade pelo seu não recolhimento não haveria como obrigar o contribuinte a antecipar o tributo, e o pagamento das estimativas acabaria por se tornar mera faculdade do contribuinte, retirando da norma a sua força cogente, o que não se mostra razoável.

Em relação às decisões colacionadas pela Recorrente, frise-se que se baseiam na redação anterior do art. 44 da Lei nº 9.430/96. **Em que pese minha particular discordância com a interpretação do referido dispositivo dada pelos acórdãos em questão, não se pode olvidar que os argumentos utilizados não se amoldam a novel redação dada ao dispositivo pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007.** Vejamos.

Ao se comparar a alteração da redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, constata-se que se buscou adequar o dispositivo à jurisprudência então dominante no CARF, mais precisamente a firmada em torno do entendimento do então Conselheiro e Presidente de Câmara José Clóvis Alves, que atacava a redação do *caput* do art. 44 da Lei nº 9.430/96 ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição...*"), e também o fato da ocorrência de *bis in idem*, pois a "mesma" multa seria aplicada quando do lançamento de ofício do tributo (Acórdão CSRF 01-05503 - 101-134520). Na nova redação do citado artigo, o *caput* não mais faz referência à diferença de tributo ("*Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas...*"), sendo tal expressão utilizada somente no inciso I, que trata da multa de 75% aplicada sobre a diferença de tributo lançado de ofício. A referência à multa isolada agora é tratada em dispositivo específico (inciso II), com multa em percentual distinto da multa de ofício (esta é de 75%, e aquela de 50%). Vê-se, assim, que a nova multa isolada é aplicada, em percentual próprio, sobre o valor do pagamento mensal que deixou de ser efetuado a título de estimativa, não mais se falando em diferença sobre tributo que deixou de ser recolhido.

Em voto que a meu ver bem reflete a tese aqui exposta, o ilustre Conselheiro GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES foi preciso na análise do tema (Acórdão 103-23.370, Sessão de 24/01/2008):

[...]

Nada obstante, as regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitativa, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível, no caso das extraordinárias, e certo, em relação às temporárias, a cessação de sua vigência, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.

Desse modo, após o advento da MP nº 351/2007, entendo que as multas isoladas devem ser mantidas, ainda que aplicadas em concomitância com as multas de ofício pela ausência de recolhimento/pagamento de tributo apurado de forma definitiva. Tal conclusão decorre da constatação de se tratarem de penalidades distintas, com origem em fatos geradores e períodos de apuração diversos, e ainda aplicadas sobre bases de cálculos diferenciadas. A legislação, em nenhum momento, vedou a aplicação concomitante das penalidades em comento.

Em complemento, e em especial em relação à suposta aplicação do princípio da consunção, transcrevo o entendimento firmado pelo Conselheiro Leonardo de Andrade Couto em seus votos sobre o tema em debate:

Manifestei-me em outras ocasiões pela aplicação ao caso do princípio da consunção, pelo qual prevalece a penalidade mais grave quando uma pluralidade de normas é violada no desenrolar de uma ação.

De forma geral, o princípio da consunção determina que em face a um ou mais ilícitos penais denominados *consuntos*, que funcionam apenas como fases de preparação ou de execução de um outro, mais grave que o(s) primeiro(s), chamado *consuntivo*, ou tão-somente como condutas, anteriores ou posteriores, mas sempre intimamente interligado ou inerente, dependentemente, deste último, o sujeito ativo só deverá ser responsabilizado pelo ilícito mais grave.²

Veja-se que a condição básica para aplicação do princípio é a íntima interligação entre os ilícitos. Pelo até aqui exposto, pode-se dizer que a intenção do legislador tributário foi justamente deixar clara a independência entre as irregularidades, inclusive alterando o texto da norma para ressaltar tal circunstância.

² RAMOS, Guilherme da Rocha. Princípio da consunção: o problema conceitual do crime progressivo e da progressão criminosa. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/996>>. Acesso em: 6 dez. 2010.

No voto paradigma que decidiu casos como o presente sob a ótica do princípio da consunção, o relator cita Miguel Reale Junior que discorre sobre o crime progressivo, situação típica de aplicação do princípio em comento.

Pois bem. Doutrinariamente, existe crime progressivo quando o sujeito, para alcançar um resultado normativo (ofensa ou perigo de dano a um bem jurídico), necessariamente deverá passar por uma conduta inicial que produz outro evento normativo, menos grave que o primeiro.

Noutros termos: para ofender um bem jurídico qualquer, o agente, indispensavelmente, terá de inicialmente ofender outro, de menor gravidade — passagem por um *minus* em direção a um *plus*.³ (destaques acrescidos).

Estaríamos diante de uma situação de conflito aparente de normas. Aparente porque o princípio da especialidade definiria a questão, com vistas a evitar a subsunção a dispositivos penais diversos e, por conseguinte, a confusão de efeitos penais e processuais.

Aplicando-se essa teoria às situações que envolvem a imputação da multa de ofício, a irregularidade que gera a multa aplicada em conjunto com o tributo não necessariamente é antecedida de ausência ou insuficiência de recolhimento do tributo devido a título de estimativas, suscetível de aplicação da multa isolada.

Assim, não há como enquadrar o conceito da progressividade ao presente caso, motivo pelo qual tal linha de raciocínio seria injustificável para aplicação do princípio da consunção.

Ainda seguindo a analogia com o direito penal, a grosso modo poder-se-ia dizer que a situação sob exame representaria um concurso real de normas ou, mais especificamente, um concurso material: duas condutas delituosas causam dois resultados delituosos.

Abstraindo-se das questões conceituais envolvendo aspectos do direito penal, a Lei nº 9.430/96, ao instituir a multa isolada sobre irregularidades no recolhimento do tributo devido a título de estimativas, não estabeleceu qualquer limitação quanto à imputação dessa penalidade juntamente com a multa exigida em conjunto com o tributo.

Isso posto, voto por manter a exigência das multas isoladas.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Redator Designado

³ Idem, Idem

