



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

Processo n° 15956.000362/2008-44
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1201-001.125 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de novembro de 2014
Matéria IRPJ - PERDAS INDEDUTÍVEIS
Recorrentes CRYSTALSEV COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA.
 FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

PERDAS. APLICAÇÕES FINANCEIRAS. *HEDGE*.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em INDEFERIR as preliminares de decadência e de inovação cometida pela DRJ de origem e, no mérito, em NEGAR provimento ao recurso de ofício e em DAR provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Relator

Participaram do presente julgado os Conselheiros: Rafael Vidal de Araújo (Presidente), Marcelo Cuba Netto, Rafael Correia Fuso, Roberto Caparroz de Almeida, João Carlos de Lima Junior e Luis Fabiano Alves Penteadó.

Relatório

Trata-se de recursos voluntário e de ofício interpostos nos termos do art. 33 e 34, I, do Decreto n° 70.235/72, contra o acórdão n° 14-37.517, exarado pela 1ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto - SP

Conforme relatado em seu termo de encerramento de ação fiscal (fl. 515 e ss.), a autoridade tributária acusa a contribuinte em epígrafe de haver cometido as seguintes infrações à legislação do IRPJ:

a) falta de adição ao lucro líquido, para fins de determinação do lucro real do ano-calendário de 2003, de perdas em operações de *swap*, no valor de R\$ 9.101.626,96;

b) falta de adição ao lucro líquido, para fins de determinação do lucro real do ano-calendário de 2003, de perdas em operações em bolsa (exceto *day trade* e *swap*), no valor de R\$ 7.877.232,05;

c) falta de adição ao lucro líquido, para fins de determinação do lucro real do ano-calendário de 2004, de perdas em operações em bolsa (exceto *day trade* e *swap*), no valor de R\$ 3.131.274,34.

As infrações acima referidas encontram-se fundamentadas, entre outros, no art. 249, X, do RIR/99, que estabelece que na determinação do lucro real deverão ser adicionadas “*as perdas apuradas nas operações realizadas nos mercados de renda variável e de swap, que excederem os ganhos auferidos nas mesmas operações*”. O auto de infração do IRPJ encontra-se à fl. 4 e ss.

Inconformada com a autuação a contribuinte propôs impugnação ao lançamento (fl. 527 e ss.) alegando, entre outras coisas, que é empresa comercial exportadora atuando principalmente na exportação de açúcar e álcool, e que as perdas em operações de *swap* e em bolsas, ao contrário do afirmado pela fiscalização, não devem compor o lucro real uma vez que tiveram como finalidade a proteção da empresa (*hedge*) à exposição cambial e à variação dos preços das *commodities* que comercializa, conforme disposto no art. 77, V e § 1º, da Lei nº 8.981/95.

Levados os autos a julgamento, o órgão de primeiro grau resolveu convertê-lo em diligência (fl. 1210 e ss.) com vistas a que a fiscalização se pronunciasse sobre os documentos juntados pela contribuinte em sua impugnação, os quais, segundo a defesa, comprovariam que as perdas aludidas no auto de infração são oriundas de *hedge*.

Cumprida a diligência, a autoridade encarregada elaborou relatório (fl. 3475 e ss.) com as seguintes conclusões:

a) as perdas em operações de *swap* relativas ao ano de 2003, no valor de R\$ 9.101.626,96, não devem ser adicionadas na determinação do lucro real pois relacionadas a *hedge*, nos termos do art. 35, § 6º, da Instrução Normativa SRF 25/2001;

b) das perdas em operações em bolsa (exceto *day trade* e *swap*) observadas no ano de 2003, no valor de R\$ 7.877.232,05, apenas R\$ 1.282.214,77 devem ser adicionados ao lucro real pois tal valor superou o necessário para proteger a empresa de sua exposição à variação dos preços da *commodities* que comercializa, nos termos do art. 33, § 7º, da IN SRF 25/2001;

c) das perdas em operações em bolsa (exceto *day trade* e *swap*) verificadas no ano de 2004, no montante de R\$ 3.131.274,34, foram integralmente relacionadas a *hedge*, daí porque não devem compor o lucro real.

Regularmente intimada para a tanto a contribuinte apresentou contrarrazões ao relatório de diligência (fl. 3511 e ss.) onde alega, entre outras coisas, que a perda de R\$ 1.282.214,77 aludida no relatório de diligência, também corresponde a operações de *hedge*, daí porque são plenamente dedutíveis na determinação do lucro real.

Examinadas as razões de defesa a DRJ de origem julgou parcialmente procedente a impugnação (fl. 3550 e ss.) para manter, a título de perdas indedutíveis, apenas os R\$ 1.282.214,77, conforme assinalado no relatório de diligência. E por haver eximido a contribuinte do pagamento de tributo e encargos de multa em montante superior ao limite de sua alçada, submeteu sua decisão ao duplo grau de jurisdição administrativa.

Por sua vez, irresignada com a parcela da exigência mantida, a interessada interpôs recurso voluntário sob as seguintes alegações, em síntese (fl. 3579 e ss.):

a) o órgão de primeiro grau promoveu alteração nos fundamentos da autuação uma vez que, da perda de R\$ 1.282.214,77, cuja glosa foi mantida, R\$ 988.175,68 referem-se ao mês de fevereiro de 2003, período esse que não foi objeto de autuação;

b) a perda em questão, tal como aquela cuja validade da dedução foi reconhecida pela DRJ, tem como origem operações com objetivo de *hedge*, e não atividades de cunho especulativo, daí porque são plenamente dedutíveis;

c) a decisão de primeiro grau é ilícida, uma vez que deixou de considerar o direito da contribuinte em compensar prejuízos fiscais acumulados;

d) de acordo como o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, decaiu o direito de o fisco constituir, pelo lançamento, créditos tributários referentes aos meses de fevereiro e abril de 2003, uma vez que a empresa tomou ciência do auto de infração somente em 28/11/2008.

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

1) Da Admissibilidade dos Recursos

Os recursos atendem aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, deles deve-se tomar conhecimento.

2) Da Alegação de Decadência

Afirma a recorrente que a parcela mantida do lançamento refere-se a fatos geradores ocorridos nos meses de fevereiro e abril de 2003, períodos esses já alcançados pelo decurso do prazo decadencial de 5 anos previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

Não assiste razão à defesa. Conforme se verifica em sua DIPJ relativa ao ano de 2003 (fl. 332 e ss.), a contribuinte optou por apurar as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL com base no lucro real anual. Significa dizer que nessa situação os fatos geradores desses tributos ocorrem no dia 31 de dezembro de cada ano.

No caso sob exame, tendo o fato gerador do IRPJ ocorrido em 31/12/2003 e o lançamento sido cientificado à contribuinte em 28/11/2008, não há que se falar em decadência do direito de lançar.

3) Da Alegação de Inovação Cometida pela DRJ de Origem

Conforme se observa no abaixo transcrito demonstrativo de “*PERDAS X GANHOS/PREMIOS S/OPER. DE BOLSA EXCETO DAY-TRADE E SWAP*”, presente no termo de encerramento de ação fiscal (fl. 519), o auditor acusa a contribuinte de haver deixado de adicionar ao lucro líquido, para fins de determinação do lucro real do ano de 2003, perdas em bolas no valor de R\$ 7.877.232,05.

A	B	C	D	E
MÊS/ANO	Despes/perda e pgto de premio	Ganhos	Prêmio	Valor Tributável (B - C - D)
Abril/2003	6.040.102,68	0,00	0,00	
Mai/2003	369.395,77	147.372,96	13.285,89	
Junho/2003	2.965.331,96	827.522,05	2.108.427,10	
Julho/2003	131,22	88.834,34	1.821.350,79	
Ago/2003	415.787,81	429.264,42	627.342,36	
Set/2003	1.819.293,80	479.418,89	1.367.143,21	
Out/2003	11.355,19	53.320,11	0,00	
Out/2003	883.450,37	0,00	0,00	
Nov/2003	36.124,25	25.242,14	0,00	
Dez/2003	3.259.866,40	213.407,87	0,00	
Dez/2003	278.324,73	0,00	0,00	
TOTAL	16.079.164,18	2.264.382,78	5.937.549,35	7.877.232,05

Referido demonstrativo foi elaborado em conformidade com a contabilidade apresentada à fiscalização pela contribuinte.

O lançamento foi realizado com base no art. 76, § 4º, da Lei nº 8.981/95 que estabelece, como regra geral, que em cada período de apuração do IRPJ as perdas verificadas em operações no mercado de renda variável somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos naquelas operações.

Em sua defesa a interessada argumenta que, conforme estabelecido no art. 77, V, da Lei nº 8.981/95, o limite para dedução das referidas perdas não é aplicável quando as operações no mercado de renda variável são realizadas com a finalidade de *hedge*. Tal alegação foi objeto de pedido de diligência deferido pela DRJ.

A autoridade que realizou a diligência verificou que as operações cujas perdas estão indicadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização tinham realmente o objetivo de *hedge*, exceto em relação ao mês abril de 2003.

A respeito da perda registrada contabilmente em abril de 2003 a autoridade que realizou a diligência assim se pronunciou (fl. 3492 e ss.):

35. Os valores em dólar informados nos contratos acima se referem a todos os contratos, no entanto os meses de fevereiro e abril de 2003 o volume de exposição em operações em bolsa é maior que os contratos de exportação em aberto e conforme

determina a resolução do Banco Central redigida por meio de circular, exposta no item 6.3 deste Termo de Conclusão, inciso II, art. 4º da Circular nº 2348/2001 que "...no caso de 'hedge' de preços de mercadorias, as posições em aberto se limitam ao volume físico da mercadoria a ser exportada, importada ou negociada no mercado interno", esta fiscalização entende que parte das perdas incorridas nesses meses decorrentes de operações em bolsa não são considerados hedge.

36. Tendo em vista que parte dos valores operados em bolsa não serem considerados como hedge, segue demonstrativo informando o percentual operado em bolsa

Mês	Contratos de Export. Aberto	Oper. Bolsa (Contrato Futuro Sugar#11)	% Operado em Bolsa
Fev/2003	59.176.109	73.405.767	124,05%
Abril/2003	49.715.718	69.471.959	139,74%

36. Para os outros meses, constatamos que os contratos de exportação, doc. pág (2043/2044), são suficientes para cobrir as operações em bolsa realizadas pela contribuinte. Inclusive, se utilizarmos somente os contratos realizados com a Cargill, doc. pág. (2039/41) estes também são suficientes.

37. A contribuinte apresentou um demonstrativo o qual ela efetua um comparativo com Ganhos/Perdas decorrentes da Receita de Exportação conforme já exposto no item 25 em relação aos ganhos e perdas com operações em bolsa, valores estes, objeto do auto de infração referente aos valores adicionados ao lucro real, doc. pág. (2046) e podemos constatar que a expectativa de receita gerada em decorrência das variações de preços do açúcar ocorridas nas entregas futuras foram maiores que as perdas em bolsa, demonstrando um acréscimo patrimonial de R\$ 17.070.709,83.

38. A fiscalizada [sic] intimou a contribuinte a se manifestar no dia 24/10/2011, mediante documentação hábil e idônea, a perda decorrente de operações em bolsa no valor de R\$ 6.040.102,68, conforme contabilização razão doc. pág. (2127). No dia 31/10/2011 a contribuinte respondeu a intimação e constatamos que trata-se da perda referente aos meses de fevereiro e abril de 2003, conforme demonstrativo abaixo apresentado pela contribuinte, doc. pág. (2047/2084).

(...)

39. Conforme expostos nos itens 34, 35 e 36 que nos meses de fevereiro/2003 e abril/2003 houve um volume maior de negociação em bolsa de valores operando contratos de açúcar, superando o que determina a resolução já exposta nos itens 6.3 e 35 segue demonstrativo das perdas ocorridas nestes meses que a fiscalização considerará como hedge.

Perda Apurada pela Fiscalização

Mês	% Operado em Bolsa	Total da Perda	Considerada Hedge	Não Considerada Hedge
Fev/2003	124,05%	5.097.014,23	4.108.838,55	988.175,68
Abril/2003	139,74%	1.033.946,19	739.907,10	294.039,09

40. *Importante ressaltar que as perdas de fevereiro e abril foram escrituradas em um único lançamento efetuado no valor de R\$ 6.040.102,68 já exposto no item 38.*

A DRJ entendeu ser indedutível a perda no montante de R\$ 1.282.214,77 (R\$ 988.175,68 + R\$ 294.039,09, em consonância com o relatório de diligência) e, em seu recurso a interessada alega ter havido inovação na decisão de primeiro grau argumentando que, do total dos R\$ 6.040.102,68 considerados pela fiscalização como perda indedutível do mês de abril de 2003, apenas o valor de R\$ 1.033.946,19 refere-se àquele período, sendo o restante relativo ao mês de fevereiro, o qual não foi objeto do lançamento.

Pois bem, conforme se verifica nos autos, a autoridade que realizou o lançamento tomou por base os registros contábeis da contribuinte. A perda no valor de R\$ 6.040.102,68 encontra-se registrada no balancete relativo ao mês de abril de 2003, por ela levantado (fl. 238 e fl. 313).

Ainda no curso do procedimento de fiscalização, a contribuinte foi intimada a se manifestar sobre essa perda registrada em seus assentamentos contábeis (vide termo de intimação fiscal à fl. 114 e ss.), nada esclarecendo ao auditor que parte se referia ao mês de fevereiro de 2003.

Somente na diligência deferida pela DRJ é que a contribuinte, intimada para tanto, esclareceu que apenas parte da perda no valor de R\$ 6.040.102,68 referiam-se ao mês de abril, sendo o restante relativo ao mês de fevereiro do mesmo ano.

Não há como negar, então, que a ora recorrente induziu a fiscalização a erro, uma vez que o registro contábil da perda no valor de R\$ 6.040.102,68 refere-se integralmente ao mês de abril e, intimada, nada esclareceu na ocasião que em verdade parte daquele valor se referia a perda do mês de fevereiro.

Nesse sentido, acolher agora a alegação da defesa, segundo a qual a DRJ de origem teria inovado o lançamento ao “superar” o erro quanto ao período de parte da perda de abril, macularia o princípio geral de Direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza.

Mas há mais. Em verdade, ao contrário do afirmado pela recorrente, não houve erro quanto ao período em que deveria ser glosada a perda. De fato, conforme se observa no termo de encerramento de ação fiscal, as perdas foram glosadas segundo o período de apuração do IRPJ adotado pela própria contribuinte, qual seja, o anual.

Nesse sentido, o já transcrito demonstrativo de “*PERDAS X GANHOS/PREMIOS S/OPER. DE BOLSA EXCETO DAY-TRADE E SWAP*”, em sua coluna “*E*”, designada como “*Valor tributável*”, indica apenas o valor anual a ser glosado, ou seja, R\$ 7.877.232,05, e não os valores mensais. E isso está em perfeita consonância com o auto de infração, que também só se refere ao período anual.

4) Da Alegação de que os Valores Mantidos também Tinham como Objetivo o *Hedge*

Em sua defesa a recorrente afirma que a já mencionada perda em bolsa no valor de R\$ 1.282.214,77 também tinha como finalidade o *hedge*. Argumenta que, de acordo com o art. 77, V, e §§ 1º a 3º, da Lei nº 8.981/95, a dedutibilidade das perdas está condicionada exclusivamente à: (i) vinculação com as atividades operacionais da empresa, fato sobejamente comprovado, e; (ii) destinação à proteção de direitos ou obrigações, os quais também estão devidamente comprovados.

Pois bem, sobre o assunto o art. 77 da Lei nº 8.981/95 assim estabelece:

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

(...)

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

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

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.

(...)

Em razão do prescrito no parágrafo 1º, fica claro que as operações realizadas em bolsas somente podem ser consideradas com a finalidade de *hedge* acaso se destinem, “*exclusivamente*”, à proteção da empresa contra riscos inerentes a oscilações de preços e de taxas.

Corroborar esse entendimento o disposto no a seguir transcrito art. 4º da Resolução Bacen nº 2.348/1993, que “*Dispõe sobre as operações de proteção ("hedge") contra riscos de variações de taxas de juros, paridades entre moedas e preços de mercadorias, no mercado internacional*”

Art. 4º. As operações de proteção ("hedge") de que trata esta circular terão como limite, a qualquer tempo:

(...)

II - no caso de "hedge" de preços de mercadorias, as posições em aberto se limitam ao volume físico da mercadoria a ser exportada, importada ou negociada no mercado interno.

No caso sob exame, conforme documentos apresentados à autoridade diligenciante pela própria contribuinte, sintetizados no demonstrativo de fl. 3492, a contribuinte possuía contratos de exportação de açúcar em aberto, nos meses de fevereiro e abril de 2003, cujo montante era inferior a suas operações na New York Coffee, Sugar and Cocoa Exchange - NYCSCE, contrato Sugar#11.

No entanto, de acordo com próprio termo de diligência, item 34, está claramente evidenciada a estreita correlação existente, ao longo dos anos de 2003 e 2004, entre o valor dos contratos de exportação em aberto, e o valor das operações em bolsa nas referidas operações na NYCSCE. Referida correlação pode ser melhor vislumbrada no gráfico apresentado pela contribuinte à fl. 2043, onde se vê que as perdas em bolsa ao longo daqueles anos mantêm-se inferiores aos ganhos auferidos com a variação do preço dos contratos de fornecimento de açúcar em aberto, com exceção dos meses de fevereiro e abril de 2003.

Nesse sentido, a meu ver, as perdas líquidas havidas nos meses de fevereiro e abril de 2003 são claramente fruto de *hedge*, e não de operação financeira especulativa, razão pela qual são plenamente dedutíveis na determinação do lucro real.

5) Do Recurso de Ofício

A DRJ de origem, na esteira do informado no relatório de diligência, afastou parcialmente a exigência do IRPJ relativamente ao ano de 2003, e integralmente quanto ao ano de 2004, sob o argumento de que as perdas glosadas pela fiscalização tiveram origem em operações com finalidade de *hedge*.

Não há reparos a fazer na decisão de primeiro grau. De fato, conforme demonstrado no relatório de diligência, as perdas em questão têm origem em operações de *swap* e em bolsas que, por sua vez, foram realizadas com finalidade de *hedge*, daí porque são plenamente dedutíveis, a teor do disposto no art. 77, V, da Lei nº 8.981/95.

6) Conclusão

Tendo em vista todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício, e por dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto

Processo nº 15956.000362/2008-44
Acórdão n.º **1201-001.125**

S1-C2T1
Fl. 10

CÓPIA