



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

Processo nº 15983.720048/2013-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-001.166 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2014
Matéria IRPJ/CSLL
Recorrente TEAG - TERMINAL DE EXPORTAÇÃO DE AÇÚCAR DO GUARUJÁ LTDA
Recorrida UNIÃO

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

APLICAÇÃO FINANCEIRA “SWAP” PARA FINS DE HEDGE. DEDUÇÃO DE PERDAS. Os lançamentos fiscais aqui controvertidos partem da equivocada premissa de que as perdas em operações de Swap para Hedge também só seriam dedutíveis até o limite dos ganhos auferidos nessas operações, numa leitura em tiras da legislação de regência que faz tábula rasa do citado inciso V do art. 77 da Lei n. 8.981/95, razão pela qual é absolutamente insustentável o lançamento em destaque.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro as mesmas normas de apuração estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, votando pelas conclusões o Presidente Marcos Aurélio Pereira Valadão, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Fez declaração de voto a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

(assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Paulo Mateus Ciccone, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Marcelo de Assis Guerra.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração lavrados em desfavor do sujeito passivo para a cobrança de IRPJ e CSLL atinentes ao ano-calendário 2009.

O conciso Termo de Constatação Fiscal (fls. 18-20) descreve com clareza a alegada infração à legislação de regência que teria sido perpetrada pelo sujeito passivo, sendo que as seguintes passagens são dele extraídos, *litteris*:

5) A empresa optou pelo (sic) forma de tributação do Lucro Real Anual no ano-calendário de 2009, conforme DIPJ entregue em 30/06/2010, no entanto ao conferir e comparar a relação de Outras Despesas Financeiras (ficha 06 A da DIPJ) com Financiamentos a Curto Prazo (ficha 37 A da DIPJ) + Financiamentos a Longo Prazo (ficha 37 A da DIPJ) + Créditos com Pessoas Ligadas (ficha 36 A da DIPJ), foi constatada elevada remuneração do capital de terceiros, conforme segue demonstrado:

(...)

6) Na análise dos lançamentos contábeis e dos documentos apresentados ficou constatado que o elevado valor das Outras Despesas Financeiras se refere à contabilização das perdas nas operações de Swap/ Hedge junto às Instituições Financeiras, no montante de R\$ 34.924.179,75.

7) Diante do apurado, foi emitido o Termo de Intimação Fiscal nº 0001, com ciência em 04/06/2012, solicitando a apresentação a esta fiscalização, os documentos comprobatórios idôneos e hábeis das operações Swap / Hedge e operações de mercados futuros, esclarecendo os motivos da utilização das operações e das causas de perdas acentuadas, demonstrando as operações, os juros, as taxas e as variações cambiais utilizadas, bem como demonstrativo das operações por instituição financeira, destacando as perdas e ganhos mensais, do período de 01/2009 a 12/2009.

8) Em 12/06/2012, o sujeito passivo protocolou a solicitação de prorrogação do prazo para apresentação dos documentos e demonstrativos até o dia 18/06/2012.

9) Em 28/06/2012, a empresa apresentou cópia das notas de negociação de operações Swap aos Bancos Bradesco, Itaú, HSBC e Votorantim do período solicitado.

10) Sendo os documentos apresentados insuficientes para análise, foi emitido o Termo de Intimação Fiscal nº 0002, com ciência em 18/07/2012, re-intimando a apresentação do demonstrativo dos valores mensais das perdas e ganhos nas

operações de Swap / Hedge por Instituição Financeira, do ano de 2009.

11) Em 27/07/2012, o contribuinte apresentou o demonstrativo da composição dos valores mensais das perdas e ganhos nas operações de Swap / Hedge, do ano de 2009.

12) Diante da abertura da conta contábil 224008999.791101.015 – Perda nas Operações Swap (Hedge), no valor de R\$ 34.924.179,75 e da conta contábil 224008999.791101.014 – Ganho nas Operações Swap (Hedge), no valor de R\$ 7.892.543,61, no período de 01/2009 a 12/2009, foram apurados os seguintes valores mensais:

PERDAS NAS OPERAÇÕES DE SWAP / HEDGE ACIMA DOS GANHOS DA MESMA NATUREZA

PERÍODO: 01/2009 A 12/2009

<i>PERÍODO</i>	<i>PERDAS</i>	<i>GANHOS</i>	<i>EXCESSO</i>
<i>jan/09</i>	<i>1.087.505,58</i>	<i>721.551,41</i>	<i>365.954,17</i>
<i>fev/09</i>	<i>1.497.009,03</i>	<i>0,00</i>	<i>1.497.009,03</i>
<i>mar/09</i>	<i>756.073,10</i>	<i>478.813,91</i>	<i>277.259,19</i>
<i>abr/09</i>	<i>1.493.050,85</i>	<i>208.675,07</i>	<i>1.230.375,78</i>
<i>mai/09</i>	<i>3.418.077,21</i>	<i>2.338.500,17</i>	<i>1.079.577,04</i>
<i>jun/09</i>	<i>15.138.163,63</i>	<i>1.849.026,19</i>	<i>13.289.137,44</i>
<i>jul/09</i>	<i>762.774,99</i>	<i>104.650,45</i>	<i>658.124,54</i>
<i>ago/09</i>	<i>7.140.550,77</i>	<i>712.850,81</i>	<i>6.427.699,96</i>
<i>set/09</i>	<i>1.994.749,32</i>	<i>202.974,91</i>	<i>1.791.774,41</i>
<i>out/09</i>	<i>1.341.650,21</i>	<i>1.075.775,73</i>	<i>265.874,48</i>
<i>nov/09</i>	<i>240.649,99</i>	<i>94.900,00</i>	<i>145.749,99</i>
<i>dez/09</i>	<i>107.925,07</i>	<i>104.824,96</i>	<i>3.100,11</i>
TOTAIS	34.924.179,75	7.892.543,61	27.031.636,14

BASE: art. 76, §4º, da Lei 8.981, de 20/01/1995

(...)

16) Sendo assim, foi constatado por esta auditoria fiscal, que a empresa deduziu na base de cálculo do lucro real o valor proveniente do excesso das perdas nas operações de Swap / Hedge junto às instituições financeiras, no montante de R\$

27.031.636,14, no período de 01/2009 a 12/2009 e não sendo adicionado no Livro de Apuração do Lucro Real.

17) Conforme determina o art. 76, §4º, da Lei 8.981, de 20/01/1995, e o item X do art. 249 do Decreto nº 3.000, de 26/03/1999, que trata do Regulamento do Imposto de Renda – RIR, as perdas apuradas nas operações de Swap / Hedge (sic) somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações da mesma natureza.

18) Dispõe o §5º, da Lei nº 8.981, de 20/01/1995, que na hipótese do §4º, a parcela das perdas adicionais poderá, nos anos-calendários 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.

19) Em decorrência da empresa fiscalizada não ter observado a exclusão das perdas nas operações de Swap / Hedge acima do limite dos ganhos na mesma natureza, no montante de R\$ 27.031.636,14, no período de 01/2009 a 12/2009, estamos procedente a exigência do crédito tributário, através da lavratura do auto de infração, conforme determina o disposto nos arts. 836 e 926 do Decreto nº 3.000, de 26/03/1999, que trata do Regulamento do Imposto de Renda – RIR.

20) Efetuamos então o lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), mediante o Auto de Infração, com base no Lucro Real Anual, relativo aos meses de Janeiro/2009 a Dezembro/2009, com a tributação dos valores do excesso das perdas nas operações de Swap / Hedge, que ultrapassaram os ganhos da mesma natureza, conforme determina o disposto no artigo 76, §4º, da Lei nº 8.981, de 20/01/1995 e o item X do art. 249 do Regulamento do Imposto de Renda de que trata o Decreto nº 3.000, de 26/03/1999. (fls. 18-20)

O sujeito passivo foi notificado das autuações em referência em 18 de fevereiro de 2013 (fl. 334), sendo que apresentou tempestiva Impugnação em 20 de março de 2013 (fls. 356-393), oportunidade em que teceu as seguintes considerações:

- i) Que as operações de Swap, apesar de serem aplicações de renda variável, são tratadas pela legislação do Imposto de Renda como se fossem operações de renda fixa desde o advento da Lei 9.779/99;
- ii) Nesse quadro, a dedutibilidade das perdas havidas em tais operações dependeria unicamente da observância do registro e da contratação da operação nos termos do Conselho Monetário Nacional – CMN e do Banco Central do Brasil – BACEN, na esteira do que preleciona o art. 772 do Decreto n. 3.000/99;
- iii) Que, ainda que as operações não estivessem sujeitas ao regramento dispensado às operações de renda fixa, os contratos de Swap dos quais derivam as perdas aqui controvertidas foram firmados com objetivo de cobertura (hedge), eis que as despesas necessárias ao desenvolvimento do seu objeto social seriam todas elas cotadas em dólar, de modo que ela contrai tais avenças com vistas a escapar de variações cambiais;

- iv) Outrossim, alega que parte das perdas em análise decorreria de operação de Swap que foi contratada especificamente em virtude da venda a prazo, por parte da Impugnante, de um Terminal de Cargas no importe de US\$ 48.000.000,00, o que a levou a firmar o contrato de que se cuida para fugir às oscilações cambiais que poderiam minorar o preço a ser recebido;
- v) Assevera que, na hipótese de não serem acatadas as razões anteriores, não há que se falar em glosa das perdas acima do limite dos ganhos no que tange à CSLL, à minguia de disposição legal específica; e
- vi) Por fim, no caso da manutenção das autuações, afirma que é indevida a incidência de juros sobre a multa de ofício.

A Colenda DRJ de Ribeirão Preto negou provimento à Impugnação em aresto que restou assim ementado, *verbis*:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2009

APLICAÇÃO FINANCEIRA “SWAP”. DEDUÇÃO DE PERDAS.

As perdas apuradas em operações de swap somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos nestas mesmas operações (art. 76, § 4º, da Lei 8.981/1995).

No caso de operações de swap com finalidade de cobertura (hedge), o limite para a dedução de perdas só não é aplicável quanto o objeto do hedge estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica (art. 77, V, da Lei 8.981/1995). Tratando-se de swap e outros derivativos, isto só ocorre com as instituições financeiras, não abrangendo as demais empresas (art. 5º da Lei 9.779/1999).

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. *Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro as mesmas normas de apuração estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas.*

Impugnação Improcedente

O sujeito passivo tomou ciência desse r. *decisum* em 18 de julho de 2013 (fl. 707), tendo apresentado o vertente Recurso Voluntário em 19 de agosto de 2013 (709).

Nessa postulação, deduz basicamente o mesmo arrazoado tecido na Impugnação.

É o relatório.

Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior

O Recurso Voluntário é tempestivo – ciência em 18 de julho de 2013 (fl. 707) e prática do ato processual em 19 de agosto de 2013 (fl. 709), que foi uma segunda-feira –, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Os trechos seguintes, extraídos do Recurso Voluntário do contribuinte, bem descrevem quais são as atividades sociais desenvolvidas pela empresa de que se cuida, *litteris*:

A Recorrente é pessoa jurídica dedicada à elevação de açúcar, para exportação, em terminais portuários, cuja atividade consiste, em apertada síntese, na recepção do açúcar em seu terminal portuário e posterior embarque nos navios contratados pelas empresas exportadoras, sendo que, na consecução do seu objeto social, tem o preço de seus serviços ajustado em função da moeda norte-americana, sendo que todos os seus parceiros comerciais atuam na área de produção e comercialização, no contexto do mercado internacional de açúcar.

Nesse contexto, consta no Contrato Social, cláusula XXX, que o seu objeto social é:

“A sociedade tem por objeto:

(a) desenvolvimento de atividades portuárias concernentes e de operador portuário e de agência de navegação;

(b) transporte rodoviário de mercadorias, por conta própria ou de terceiros;

(c) prestação de serviços por conta própria ou de terceiros, bem como assistência especializada, comercial e industrial a outras sociedades nacionais ou estrangeiras; e

(d) participação em outras sociedades comerciais ou civis, como acionista ou quotista.”

Registre-se que o açúcar insere-se na categoria de commodities, que têm, como referência de preço, o mercado internacional e, via de regra, são cotados em moeda estrangeira, independente de seu comprador ser nacional ou não, daí o motivo da Recorrente ter o preço de sua prestação de serviço fixado de acordo com a moeda norte-americana. (fls. 709-710)

Consoante visto acima, as exigências de IRPJ e CSLL aqui examinadas foram lavradas pelo fato de que a sociedade empresária em apreço, no ano-calendário 2009, deduziu a integralidade das perdas sofridas em operações de Swap, sem que tivesse adicionado ao lucro contábil a fração das perdas que extrapola os ganhos auferidos com as mesmas operações durante esse período.

O demonstrativo detalhado das perdas e dos ganhos obtidos com as operações de Swap repousa ao fôlio n. 41, ao passo que as Notas de Negociação dessas operações – bem como lançamentos contábeis das perdas e dos ganhos, além de controles que consolidam as informações atinentes às aplicações – encontram-se às fls. 61-195.

Feitas essas considerações iniciais, entendo que os lançamentos aqui controvertidos não podem prosperar.

Com efeito, a legislação do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica estabelece que as perdas havidas em operações de renda variável e de Swap são indedutíveis na parte que sobeja os ganhos obtidos com essas operações, o que se depreende da leitura dos seguintes artigos da Lei n. 8.981/95, *litteris*:

Art. 74. Ficam sujeitos à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos em operações de swap.

§ 1º A base de cálculo do imposto das operações de que trata este artigo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de swap.

§ 2º O imposto será retido pela pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, na data da liquidação do respectivo contrato.

§ 3º Somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas no termos da legislação vigente.

Art. 76. O imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, ou pago sobre os ganhos líquidos mensais, será: (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

I - deduzido do apurado no encerramento do período ou na data da extinção, no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real;

II - definitivo, no caso de pessoa jurídica não submetida ao regime de tributação com base no lucro real, inclusive isenta, e de pessoa física.

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

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

§3º As perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (day-trade), realizadas em

mercado de renda fixa ou de renda variável, não serão dedutíveis na apuração do lucro real.

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

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

Nesse quadro, em se tratando de uma operação pura e simples de Swap, as perdas que extrapolarem os ganhos na operação devem ser adicionadas ao lucro contábil – em consonância com o inciso X do art. 249 do RIR/99 –, sendo que tais perdas ainda poderão ser aproveitadas pelos investidores em anos-calendários subsequentes, de acordo com o que determina o supratranscrito §5º do art. 76 da Lei n. 8.981/95.

A seguinte definição de operação Swap pode ser localizada em publicação especializada da Revista Infomoney, *verbis*:

O que é este tipo de operação?

De maneira bastante simples, um swap pode ser definido como um contrato, entre dois agentes, de troca de fluxo de caixa ou troca de rentabilidade, havendo duas pontas (pernas), associados a dois indexadores, que podem ser vistas como uma posição comprada e outra vendida.

Desta forma, cada um dos agentes assume as duas posições, mas de forma antagônica: comprada na perna A, por exemplo, e vendida na ponta B. Evidentemente, o ganho deste investidor se dá quando a rentabilidade na perna na qual ele assumiu a posição comprada for superior ao retorno da ponta em que assumiu a posição vendida. Caso contrário, ele apuraria uma perda.

Agregando-se os ganhos e as perdas dos dois agentes, torna-se uma operação de ganho zero, sendo o ganho de um investidor rigorosamente igual à perda da sua contraparte. (Swaps: o que são e como funcionam as operações de troca de fluxo de caixa? - InfoMoney . Acessado em 31 de maio de 2014 em: <http://www.infomoney.com.br/ultimas-noticias/noticia/377126/swaps-que-sao-como-funcionam-operacoes-troca-fluxo-caixa>)

As operações de Swap consubstanciam interessante aplicação de renda variável que surgiu da criatividade de instituições financeiras, que encontrou campo fértil no fato de certos agentes de mercado estarem expostos a oscilações nos preços tanto dos bens/serviços ligados às suas receitas quanto dos custos e despesas atinentes ao desenvolvimento das atividades sociais.

Como visto, a mecânica dessas operações permite que ela seja fartamente utilizada com propósitos puramente especulativos – circunstância essa que não macula em absolutamente nada o instrumento em destaque –, o que explica a circunstância de a legislação do Imposto de Renda ter dispensado às operações de Swap tratamento análogo àquele atribuído a operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas: gravando os respectivos rendimentos com uma alíquota de 10% e restringindo a dedutibilidade das perdas aos limites dos ganhos no período.

É isso o que se depreende dos arts. 72, 74 e do §4º do art. 76 da Lei n. 8.981/95.

Nada obstante, é preciso dizer que, consoante dito acima, vários são os mercados relevantes cujos agentes estão inafastavelmente submetidos a variações substanciais nos preços daquilo que têm a oferecer e também nos preços de todos os insumos de que necessitarão para que o desenvolvimento do objeto social seja possível.

É nesse contexto que as operações de Swap revelam-se extremamente apropriadas para que os agentes econômicos quando menos minimizem os riscos de flutuações nos preços relacionados às suas atividades.

Um exemplo pode ilustrar esse quadro.

Imagine-se um exportador regular de café, que acaba de firmar um contrato com um comprador no estrangeiro através do qual se compromete a entregar, daqui a quarenta e cinco dias, 1 Saca de Café no Porto de Rotterdam. O preço – de US\$ 100,00 – é pago no ato.

Uma vez que o café é uma *commodity* – cujo preço, cotado em moeda estrangeira, é impactado por uma série de fatores nacionais e internacionais –, pode ser que seu preço experimente uma elevação dentro de quarenta e cinco dias, assim como pode se desvalorizar. Igualmente, é possível que o real se valorize frente ao dólar ou o contrário.

Obviamente, se o preço do café se eleva consideravelmente nesses quarenta e cinco dias, o exportador – que vendeu sua saca de café por US\$ 100,00 – poderia ter vendido por US\$ 130,00 se a operação tivesse sido realizada no dia pactuado para a entrega, com o que a venda para entrega a termo não teria sido um bom negócio; diversamente, é possível que no dia da entrega uma saca de café não valesse mais que US\$ 80,00.

É certo que, no seio de uma sociedade empresária, a exposição a essas oscilações engendra incertezas que em nada contribuem para o desenvolvimento das atividades sociais.

É assim que, para fugir a tais oscilações, o exportador do nosso exemplo poderia contratar uma operação de Swap, mas uma operação de Swap com o específico fim de *dar cobertura* às oscilações a que está sujeito em seus negócios.

Para tanto, o exportador adquire uma saca de café para recebimento dentro de quarenta e cinco dias, e assim repõe o seu estoque por preço assemelhado ao da venda que ele promoveu: assim, se o café se valorizar e passar a valer US\$ 130,00 daqui a quarenta e cinco dias, então a perda dos US\$ 30,00 que poderiam ter sido obtidos com eventual venda no momento da entrega é compensada com o fato de o exportador ter adquirido, quarenta e cinco dias antes, por US\$ 100,00 uma carga que hoje pode ser vendida por US\$ 130,00.

Essa é uma descrição sintetizada do mecanismo de operação de Swap levada a efeito para fins de Hedge, de cobertura: o exportador não realiza a operação com vistas a obter ganhos financeiros através de maior rentabilidade de suas posições compradas, ele busca simplesmente minorar a sua exposição a oscilações de preços ínsitas às suas atividades.

No caso das operações com finalidade de cobertura – em que, consoante visto, o elemento especulativo não é determinante –, observa-se que a legislação do Imposto de Renda não seguiu o tratamento, no que tange à dedutibilidade das perdas experimentadas em tais operações, dispensado às operações de Swap sem esse propósito e às operações em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

Com efeito, é isso que se extrai do art. 77 da mesma Lei n. 8.981/95, em que se lê, *verbis*:

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

I - em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, inclusive sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil;

III - nas operações de renda variável realizadas em bolsa, no mercado de balcão organizado, autorizado pelo órgão competente, ou através de fundos de investimento, para a carteira própria das entidades citadas no inciso I;

IV - na alienação de participações societárias permanentes em sociedades coligadas e controladas, e de participações societárias que permaneceram no ativo da pessoa jurídica até o término do ano-calendário seguinte ao de suas aquisições;

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

§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.

O supratranscrito inciso V do art. 77 – artigo esse inserto no Capítulo IV da Lei n. 8.981/95, intitulado Da Tributação das Operações Financeiras, que também engloba os arts. 72, 74 e 76 desse diploma legal – expressamente assevera que o regime de tributação previsto no Capítulo não se aplica às operações de cobertura (hedge) realizadas em bolsa de valores, de mercadoria e de futuros ou no mercado de balcão, sendo que é o regime previsto no Capítulo que estabelece que as perdas havidas nas operações de Swap apenas serão dedutíveis da base de cálculo do Imposto de Renda até o limite dos ganhos auferidos nas mesmas operações.

Frise-se que o transcrito §1º do art. 77 da Lei n. 8.981/95 traça os contornos das operações que podem ser tidas como de cobertura: elas devem estar relacionadas com as atividades operacionais da pessoa jurídica e destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

De se notar que não existe qualquer determinação no sentido de que as operações de *hedge* a que alude o inciso V do discutido art. 77 da Lei n. 8.981/95 restringir-se-iam àquelas praticadas por instituições financeiras, o que afasta o argumento nesse sentido que foi trazido à balha pela instância *a qua*.

Realmente, a própria leitura dos outros incisos do art. 77 revela que jamais se pretendeu restringir as operações tratadas no seu inciso V às realizadas por instituições financeiras: deveras, percebe-se que o legislador foi expresso ao tratar das operações realizadas por financeiras nos incisos I e III, não tendo feito qualquer consideração acerca dos sujeitos das operações no inciso V, que é o aplicável à hipótese vertente.

No caso dos autos, em que a contribuinte é sociedade empresária que notadamente está inserida num mercado relevante em que oscilações nos preços pertinentes são a tônica – o que faz com que suas considerações no sentido de que as operações controvertidas sejam no mínimo muito plausíveis –, é certo que a r. autoridade autuante não logrou comprovar que as operações de Swap não tinham a finalidade de *hedge*, muito pelo contrário.

De fato, **o Termo de Constatação Fiscal refere-se às operações como contratos de Swap / Hedge, sendo que não há qualquer consideração no sentido de que a alegada finalidade de cobertura não estava por trás das avenças em apreço.**

É importante salientar que, consoante se depreende da análise dos documentos que repousam às fls. 61-195, as Notas de Negociação dos contratos apresentados pelo sujeito passivo foram registradas e liquidadas *de acordo com o Regulamento do Sistema de Proteção Contra Riscos Financeiros – SPR, administrado junto à CETIP – Câmara de Custódia e Liquidação*.

Destaco, outrossim, as Planilhas de Ajustes Financeiros que repousam às fls. 198-211, que dão conta justamente de que as operações de Swap realizadas com cada instituição financeira estão no seio do desenvolvimento do objeto social da Recorrente, que de maneira constante firma negócios jurídicos cotados em moeda estrangeira.

É de se notar, ademais, que para além de ter demonstrado hialinamente que os resultados das atividades sociais que desenvolve estão insitamente expostos a variações cambiais – o que justifica a contratação das operações aqui controvertidas –, o sujeito passivo ainda logrou comprovar que uma das operações de Swap (fl. 124) foi realizada para dar cobertura à venda do Terminal 33 à Libra Terminais, conforme o documento de fl. 622, datado de 15 de abril de 2009.

Com efeito, neste mesmo dia 15 de abril de 2009, o contribuinte firmou operação de Swap no valor de R\$ 105.004.800,00 (fl. 124), cifra essa que equivale a US\$ 48.000.000,00 (com o dólar a R\$ 2,1876, taxa do dia 14.4.2009), que é o preço que o Recorrente atribui ao Terminal em questão (fl. 725). Ademais, as perdas atinentes especificamente a este contrato são plenamente compatíveis com o quadro de ajustes financeiros que repousa ao fôlio n. 41.

Destarte, para que pudesse empreender o lançamento por falta da adição ao lucro contábil da parcela das perdas que extrapolou os ganhos com as operações de Swap durante o ano-calendário de 2009, **deveria a autoridade fiscal demonstrar à sociedade que as operações não perseguiram a finalidade de cobertura**, que se tratava de operações com propósitos puramente especulativos.

Não é essa a acusação dirigida ao sujeito passivo na vertente controversa, os lançamentos fiscais aqui controvertidos partem da equivocada premissa de que as perdas em operações de Swap para Hedge também só são dedutíveis até o limite dos ganhos auferidos nessas operações, numa leitura *em tiras* da legislação de regência que faz tábula rasa do citado inciso V do art. 77 da Lei n. 8.981/95.

Revelam-se absolutamente insustentáveis, portanto, os lançamentos fiscais em destaque, tendo em vista que a r. autoridade autuante não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar que as operações de Swap em testilha, contrariamente ao defendido pelo sujeito passivo, não tinham a finalidade de Hedge. Muito pelo contrário: sem sequer analisar a documentação comprobatória trazida à balha pelo sujeito passivo, a autoridade lançadora efetivamente considerou que se tratava de operações de Swap para fins de Hedge, e mesmo assim procedeu ao lançamento pela falta de adição ao lucro líquido da parcela das perdas que extrapola os ganhos com as mesmas operações durante o período em discussão.

Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, para julgar improcedentes os Autos de Infração *sub examen*.

Da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício

Na remota hipótese de o entendimento acima declinado não prosperar, procedo ao exame do pedido sucessivo da ora Recorrente, em que o sujeito passivo pede o afastamento da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Acerca desse tema, tenho me posicionado no sentido do descabimento dessa exigência, ante a manifesta ausência de previsão legal.

Nessa linha, já foram proferidos diversos julgados no âmbito deste Conselho Administrativo. Menciono, a título de exemplo, o Acórdão nº 103-23428, de 17/04/2008, da 1ª Turma da Câmara Superior, bem como o acórdão nº CSRF/02-03133, de sua 2ª Turma, proferido em 06/05/2008.

Em setembro do ano passado, porém, fui vencido na 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção em relação à matéria (Processo nº 10980.722071/201276, Acórdão nº 1101-000.942, Sessão de 13/09/2013). Na oportunidade, o voto vencedor da I. Conselheira Relatora Edeli Pereira Bessa adotou como fundamentos as razões do Acórdão nº 9101-00.539 da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no qual se entendeu que a autorização legislativa para aplicação dos juros sobre a multa mencionada seria revelada pela leitura sistemática do artigo 61 da Lei 9.430. Confira-se:

“Uma interpretação literal e restritiva do caput do artigo 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do Sistema Tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p. 70), 'interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito'.

(...)

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas o relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.”

(Transcrição parcial do voto vencedor da Conselheira Viviane Vidal Wagner no Acórdão nº 9101-00.539, Câmara Superior de Recursos Fiscais, sessão de 11/03/2010).

Não vejo, contudo, como aceitar tal entendimento. O mencionado artigo 61 da Lei nº 9.430/96 é claro ao afirmar que apenas se sujeitam à incidência de juros os débitos referentes a tributos devidos pelo contribuinte. O parágrafo terceiro do dispositivo, por sua vez, esclarece que a SELIC incide “sobre os débitos a que se refere este artigo”, isto é, sobre os tributos somente. *In verbis*:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o §3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.”

Forte na convicção de que o artigo indicado não necessita de interpretação extensiva ou sistemática, ante a clareza do propósito legislativo, examinei a votação da referida lei na Câmara dos Deputados, a qual entendo que ratifica minha posição sobre o tema. A propósito, veja-se o trecho do relatório que aborda o mencionado artigo 61 (cuja numeração inicial era 63), aprovado pelo plenário na sessão de 20/11/1996 (sem destaques ou emendas em relação ao dispositivo tratado):

“16. O art. 62 sujeita as entidades submetidas aos regimes de liquidação extrajudicial e de falência às normas de incidência dos impostos e das contribuições de competência da União aplicáveis às pessoas jurídicas em geral.

17. O art. 63 altera o critério de incidência da multa de mora incidente sobre tributos e contribuições federais, não pago nos prazos estabelecidos, cujos fatos geradores ocorram a partir de 1 de janeiro de 1997. Os juros de mora, incidentes sobre os débitos cujos fatos geradores venham a ocorrer a partir de 1 de janeiro de 1997, continuação incidindo segundo os mesmos critérios estabelecidos no art. 84 da Lei nº 8.981/95, combinado com o art. 13 da Lei nº 9.065/95

18. O art. 64 altera o critério de incidência dos juros de mora sobre o saldo do imposto a pagar das pessoas físicas (art. 14, III, da Lei 9.250/95), vem como sobre o saldo a restituir (art. 16 da Lei nº 9.250/95). O parágrafo único do artigo define com mais propriedade o critério de incidência dos juros sobre o ITR (de que trata o art. 14 da Lei nº 8.847, com as alterações do art. 6º da Lei nº 8.825, do art. 90 da Lei nº 8.981/95, e do art. 1º da Lei nº 9.065/95)” (Transcrição parcial do relatório apresentado na sessão plenária de 20/11/1996, para a votação do Projeto de Lei nº 2.448/96, que deu origem à Lei 9.430. Publicado no Diário Oficial da Câmara dos Deputados de 21/11/1996, página 30.365 – grifo meu)

Ora, entendo que tal trecho fulmina a pretensão do fisco. Em primeiro lugar, porque esclarece que os juros moratórios incidem “sobre os débitos cujos fatos geradores venham a ocorrer”, o que indica que os débitos a que se refere o dispositivo são tributos.

Em segundo lugar, porque o referido relatório esclarece que a intenção do dispositivo era rigorosamente a de reproduzir os critérios do art. 84 da Lei 8.981/95, o qual afirma de forma ainda mais clara a incidência de juros de mora sobre **tributos** apenas:

“Art. 84. Os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores vierem a ocorrer a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária serão acrescidos de: (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

I - juros de mora, equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna; (Vide Lei nº 9.065, de 1995”

Em terceiro lugar, o relatório elaborado na Câmara dos Deputados demonstra que não há, no artigo 61 da Lei 9.430/96, um sentido oculto que transcenda sua interpretação literal, ou uma vontade implícita da lei de fazer incidir juros sobre multa. Há, em verdade, uma ingerência criativa do fisco sobre o patrimônio do contribuinte, a qual é certamente nociva ao Estado Democrático de Direito.

Entendo, portanto, que os fundamentos que têm prevalecido nesta 1ª Turma estão equivocados e que devem ser revisados.

Concluindo, registro, que não desconheço os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais os artigos 113 e o art. 161 do CTN não vedam a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, tais como o REsp 1.129.990/PR (Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 14/9/2009) e REsp 834.681/MG (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 2/6/2010).

Os julgados do tribunal se referiam, contudo, ao confronto de leis estaduais com o Código Tributário Nacional, não guardando qualquer relação com a situação em exame, no qual a controvérsia é acerca da interpretação da lei que define a fluência de juros moratórios no âmbito da União Federal, o que torna irrelevantes a exegese do art. 113 do referido código, bem como regra subsidiária de seu art. 161.

Improsperável, portanto, a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, nos termos das razões acima declinadas.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Benedicto Celso Benício Júnior - Relator