



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Fl.

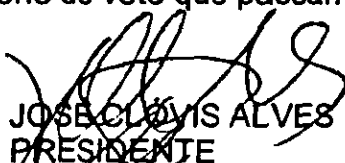
Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Recurso n.º : 137.888 - EX OFFICIO  
Matéria : IRPJ - EXS.: 1996 a 1999  
Recorrente : 7ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO/SP I  
Recorrida : HSBC INVESTMENT BANK BRASIL S/A - BANCO DE INVESTIMENTOS  
Sessão de : 26 DE JANEIRO DE 2006  
Acórdão n.º : 105-15.506


IRPJ - SWAP - DESPESA DEDUTÍVEL - As operações de *swap* podem ter finalidade especulativa, devendo, nesse caso, as perdas estarem limitadas aos ganhos. Nas operações com fins especulativos é possível que não exista o ativo ou passivo que serviu de referência no contrato bem como é irrelevante o fato dos contratantes pertencerem ao mesmo grupo econômico, desde que atendidas as exigências formais fiscalizadas pelo Banco Central.

Recurso de ofício conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por HSBC INVESTMENT BANK BRASIL S/A - BANCO DE INVESTIMENTOS

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recuso de ofício, nos termos do relatório de voto que passam a integrar o presente julgado.

  
JOSE CLÁVIS ALVES  
PRESIDENTE

  
JOSE CARLOS PASSUELLO  
RELATOR

FORMALIZADO EM: 08 MAR 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NADJA RODRIGUES ROMERO, DANIEL SAHAGOFF, CLÁUDIA LÚCIA PIMENTEL MARTINS DA SILVA (Suplente Convocada), EDUARDO DA ROCHA SCHMIDT, LUÍS ALBERTO BACELAR VIDAL e IRINEU BIANCHI.



Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506  
Recurso n.º : 137.888 - EX OFFICIO  
Recorrente : 7ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO/SP I  
Recorrida : HSBC INVESTMENT BANK BRASIL S/A – BANCO DE INVESTIMENTOS

## RELATÓRIO

O Presidente da 7ª Turma da DRJ em SPO I recorreu de ofício da decisão que cancelou lançamento do IRPJ referente aos anos calendário de 1995 a 1998, cuja decisão foi ementada sob os seguintes termos (fls 1129 a 1174):

*“Assunto: Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ*

*Ano-calendário: 1995, 1996, 1997, 1998*

*Ementa: SWAP. DESPESA DEDUTÍVEL.*

*As operações de swap podem ter finalidade especulativa, devendo, nesse caso, as perdas estarem limitadas aos ganhos. Nas operações com fins especulativos é possível que não exista o ativo ou passivo que serviu de referência no contrato bem como é irrelevante o fato dos contratantes pertencerem ao mesmo grupo econômico.*

*O contrato de swap não pode ser caracterizado como doação quando a finalidade subjacente a essa suposta simulação é contrária aos interesses do grupo empresarial.*

*Lançamento improcedente.”*

A revisão necessária foi adequadamente provocada.

Foi procedido a lançamento sobre a mesma matéria, relativo à Contribuição Social sobre o Lucro, o qual integra o processo nº 16327-000.751/2001-72, igualmente sob apreciação deste Colegiado pelo recurso necessário nº 137.478. Nele, a autoridade recorrida deu o mesmo tratamento, decidindo sob mesma conclusão e sob idêntica ementa.

A exigência, formalizada pela via do auto de infração encontra-se a fls. 659, reflete a tributação dos seguintes valores:



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

Fato Gerador	Valor Tributável – R\$
31.12.1995	11.575.142,82
31.12.1996	6.256.667,59
31.12.1997	3.356.296,50
31.12.1998	18.239.084,48
	Valores a fls. 660

Os valores, ao final tributados, são:

Fato Gerador	Valor Tributável	Prejuízos Compensados	Base de Cálculo do IRPJ
31.12.1995	11.575.142,82	3.961.733,51	7.613.409,31
31.12.1996	6.256.667,59	zero	6.256.667,59
31.12.1997	3.356.296,50	3.356.296,50	zero
31.12.1998	18.239.084,48	5.471.725,34	12.767.359,14
Fls. 654 a 657			

O enquadramento legal foi identificado pelas normas: Arts. 195, inciso I, 197 e parágrafo único, 242 e 243 do RIR/94.

A exação tem apoio no relatório de fiscalização de fls. 622 a 653, que, após extenso arrazoado acerca das operações de swap com fins de hedge, assim resumiu, por conclusão:

**"17. CONCLUSÃO.**

17.1. Assim, do exposto, podemos concluir que:

- a) as malsinadas operações de SWAP para fins de proteção HED-GE, quando realizadas entre controlador e controlada, não protegem absolutamente nada, dada a impossibilidade de se contratar "seguro" dentro de um mesmo patrimônio, e
- b) mesmo que realizadas com terceiros, as operações que envolveram índices de OURO, que representam a esmagadora maioria em termos de valores, não tinham condições de proporcionar tal proteção, porquanto restou demonstrado que o BANCO CCF não possuía dito ativo, com o que o resultado daquelas realizadas apresentaram, sempre, prejuízo (v. "DEMONSTRATIVO 19" fls. \_\_\_\_\_)



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

- 17.2. *Em decorrência, lavramos o "Auto de Infração" incluso, para exigência do Imposto de Renda – Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro, acrescido de juros de mora e da multa punitiva acima referida.*
- 17.3. *Fica o contribuinte INTIMADO a proceder as seguintes alterações em seus controles a fim de excluir:*
- a) *em data de 31/12/1995, a quantia de R\$ 5.592.369,07 do saldo do prejuízo fiscal em 31/12/1994;*
  - b) *em 31/12/1997 e 31/12/1998, as quantias de, respectivamente, R\$ 3.356.296,50 e R\$ 5.471.725,34 do saldo de prejuízo fiscal apurado em 31/12/1997;*
  - c) *em 31/12/1997 e 31/12/1998, as quantias de, respectivamente, R\$ 3.356.296,50 e R\$ 18.239.084,48 das bases negativas da C.S.L.L. apuradas em 31/12/1997 e 31/12/1998."*

A impugnação contendo extenso arrazoado (fls. 665 a 788), arrematou com a conclusão trazida a fls. 784 a 786:

**"CONCLUSÃO**

*Do exposto acima conclui-se que:*

- a) *o auto de infração ora impugnado está eivado de vício quanto à emissão e notificação dos Mandados de Procedimento Fiscal;*
- b) *decaiu o direito de a Fazenda Pública constituir o suposto crédito tributário referente ao ano-calendário de 1995;*
- c) *o auto de infração ora impugnado está eivado de vício quanto à tipicidade da imposição fiscal. Ficou cabalmente demonstrado que a capitulação legal constante do referido lançamento de IRPJ está totalmente dissociada da realidade fática apontada;*
- d) *o presente auto de infração reúne praticamente os mesmos argumentos daqueles apresentados à CTVM, que atuou como contraparte nas operações que tiveram sua despesa glosada. Ou seja, a simples comparação dos autos de infração, verifica-se que a sustentação econômica de ambos não subsiste;*
- e) *quanto ao mérito verificou-se que a legislação bancária atinente à instituições financeiras prevê, EXPRESSAMENTE, a possibilidade*



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

*dessas entidades realizarem operações SWAP. Há todo um conjunto de normativos emanados do Conselho Monetário Nacional que comprovam constar do objeto social do Impugnante a realização de operações de troca financeira (SWAP);*

- f) demonstrou-se que as operações de SWAP podem ser realizadas com o fim de hedge ou com intuito exclusivamente especulativo. Tanto uma quanto a outra são operações lícitas e passíveis de serem realizadas pelas instituições financeiras e entidades assemelhadas;*
- g) demonstrou-se, outrossim, que a condição fundamental prevista em Lei para a dedutibilidade das perdas incorridas em operações de SWAP é o **REGISTRO** das referidas operações no CETIP ou BM&F. Constatou-se de forma inequívoca que **NÃO É CONDIÇÃO DE DEDUTIBILIDADE** para fins de IRPJ serem as operações de SWAP realizadas com intuito de hedge ou fins especulativos;*
- h) a condição do **REGISTRO** para fins de dedutibilidade das perdas incorridas em operações de SWAP prevista na Lei nº 8.981/95, teve por finalidade justamente evitar situações de simulação de prejuízos nessas operações. Portanto a regra do **REGISTRO** é **OBRIGATÓRIA** e **FUNDAMENTAL** no tocante à dedutibilidade para fins de tributação do IRPJ;*
- i) verificou-se que, assim como os prejuízos incorridos em operações realizadas por entidades financeiras no mercado futuro de bolsas do País e os prejuízos apurados em operações de SWAP registradas em bolsas ou no CETIP são claramente dedutíveis do IRPJ. Tais atividades representam a realização do próprio objeto social das instituições financeiras e entidades assemelhadas;*
- j) identificou-se ser totalmente improcedente a alegação do Sr. Auditor Fiscal no tocante à impossibilidade de se realizarem operações de SWAP entre empresas do mesmo grupo econômico;*
- k) comprovou-se que a regulamentação bancária nas operações de SWAP não exige a existência do respectivo ativo na operação, bastando apenas a existência do índice como referencial. Em síntese: SWAP é troca de índices, troca de preços de referência, **troca financeira**. Decorre daí, que o conceito de SWAPs com intuito de hedge expresso pelo Sr. Agente Fiscal está destituído de correção, fato que comprova a estratégia de hedge do ora Impugnante, nas operações objeto da autuação (ainda que*



Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

*indiferente este critério para fins de tributação, como demonstramos acima); e*

- l) demonstrou-se a ilegalidade e inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic como juros de mora.\**

A impugnante junta parecer dos doutrinadores Roque Antônio Carrazza (fls. 803 a 920) e Paulo de Barros Carvalho (fls. 921 a 973).

A decisão recorrida (fls. 1129 a 1174) trouxe a fls. 1173 e 1174 sua conclusão, assim expressa:

*“Conclusão parcial*

*72 Ficou demonstrado ser possível a realização, por parte das instituições financeiras, de operação de swap com fins especulativos. Da mesma forma, mostrou-se que esse tipo de operação não possui tratamento diferenciado na legislação tributária, ou seja, a especulação com swap é possível, mas as perdas estarão SEMPRE limitadas aos ganhos. Embora não tenha ficado comprovado nos autos, ainda que as operações de swap realizadas pelo BANCO não decorressem de sua atividade operacional (intermediadora) ou não tivessem finalidade de hedge (troca de ativos/passivos), os ganhos obtidos pela interessada foram bastante superiores às perdas glosadas pelo autuante. Portanto, considerando legítimas as operações, não haveria valor a tributar.*

*A doação*

*73 A fiscalização, contudo, buscou descaracterizar as operações realizadas entre a CTVM e o BANCO, afirmando que se trataram de verdadeiras doações. Para sustentar esse argumento diz que as operações não tiveram finalidade de hedge (o que, nesse voto, se revelou ser irrelevante), que seria impossível o hedge dentro do mesmo patrimônio (o que é verdade, mas recai na questão do hedge, já superada) e que não havia o ativo OURO no BANCO, o que, mais uma vez, afastaria a finalidade de hedge.*

*74 Visto ser possível o swap com fins especulativos, os argumentos acima seriam insuficientes para descaracterizar as operações.*



Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

75 *Por outro lado, se formos ao Relatório de Fiscalização do processo 16327.002725/99-11, veremos que a outra ação fiscal, que tratou dos mesmos fatos, imputou ao contribuinte a falta de comutatividade nas operações, ou seja, os parâmetros do mercado não teriam sido observados. Inclusive apontou-se uma razão para tal atitude, qual seja, a transferência de resultados entre empresas do mesmo grupo, sendo o BANCO deficitário e a CTVM lucrativa. Com isso, as empresas estariam tentando reduzir a tributação.*

76 *Agora esses argumentos não foram suscitados, pois o BANCO, no cômputo geral das operações, teria obtido ganhos frente à CTVM. Assim, a presente autuação não apresenta coerência com aquela que resultou no lançamento contra a empresa controlada.*

#### *Outros lançamentos*

77 *Embora o Relatório de Fiscalização faça referência à CSLL e a uma parcela do IRPJ relativo ao ano-calendário de 1995, tais lançamentos devem ser analisados oportunamente, uma vez que formam outros processos.\**

As três peças mencionadas, relatório fiscal, impugnação e decisão de 1º grau, espraiam informações técnicas acerca das operações de swap com fins de hedge, bem como aspectos técnicos e operacionais, que deixarei de comentar detalhadamente neste relatório em homenagem à economia processual, mantendo, porém informações indispensáveis à apreciação da demanda.

Concisamente, pode-se esboçar a idéia de que, enquanto swap representa (Art. 1º, § 1º, Res. 2.138/94 do Banco Central):

*"....., define-se como "swap" as operações consistentes na troca dos resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais."*

*Hedge* pode ser conceituado como<sup>1</sup>:

*\* A atividade de Hedging consiste basicamente na proteção, na salvaguarda de uma determinada proteção de risco (...)*

<sup>1</sup> Nelson Eizirik, in *Revista do Direito Mercantil*, vol 81, ano XXX, Nova Série, 1991, pág.23



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

*Assim, pode-se dizer que o contrato a futuro constitui negócio jurídico de Hedge, de proteção contra flutuações de preço do bem objeto do contrato. Com efeito, a vontade manifesta pelo hedger é de se proteger contra a variação de preço."*

A principal divergência entre a fiscalização e o contribuinte (e também a autoridade recorrida) se prende aos efeitos diferenciados decorrentes do fato de as operações terem sido praticadas com empresas do mesmo grupo econômico e da inexistência de proteção na operação de *swap* especulativo.

A fiscalização isolou as operações com empresas do mesmo grupo econômico e a empresa pretende apreciar tais operações à luz do artigo 74 da Lei nº 8.981/95<sup>2</sup>.

Não são questionadas as operações quanto à sua efetiva realização nem quanto ao rigor técnico e operacional diante das normas financeiras vigentes, tais como a existência de administrador tecnicamente habilitado, registro das operações, etc. A fiscalização não questiona o atendimento das formalidades vinculadas às operações, como a forma e o registro, não transparecendo qualquer irregularidade perante as normas de controle e acompanhamento do Banco Central, que inspeciona as instituições financeiras, no caso o Banco, e rastreia operações em desacordo com as normas de mercado, penalizando os infratores.

Enquanto a fiscalização entende que as operações de *swap* especulativo realizadas entre empresas do grupo não devem provocar redução do IRPJ, a empresa

---

<sup>2</sup> 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*.

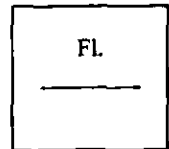
§ 1º A base de cálculo do imposto das operações de que trata este artigo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de *swap*.

§ 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA



Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

expõe seu entendimento de que (fls. 725), “... sejam os SWAPs realizados com o intuito de hedge ou com fins especulativos, são eles de igual forma dedutíveis do IRPJ.”

Aqui aflora uma divergência conceitual que merece registro, qual seja a possível inexistência do conceito de *hedge* adjetivando o *swap*. Isso porque se não existe a garantia própria do *hedge*, o *swap* não mais pode ser operado para fins de *hedge*. É o que foi chamado pelas partes de *hedge* especulativo ou, *hedge* com fins estritamente especulativos.

Esse fato foi reconhecido, de alguma forma, na decisão recorrida, uma vez que a autoridade julgadora de primeiro grau conceituou as operações como sendo de *swap* especulativo, exatamente pelo fato de não apresentar correlação de garantias.

A empresa traz ao processo menção e argumentos vinculados ao Recurso n° 124.462, referente ao processo n° 16327-002725/99-11 que contém exigência do IRPJ contra a empresa CCF Brasil Corretora de Títulos e Valores Mobiliários s/a e que foi julgado na sessão de 20.09.2001, na 1ª Câmara deste Conselho, com a decisão consubstanciada no Acórdão n° 101-93.616, que foi favorável à autuada e foi assim ementado:

**Número do Recurso:124462**  
**Câmara:PRIMEIRA CÂMARA**  
**Número do Processo:16327.002725/99-11**  
**Tipo do Recurso:VOLUNTÁRIO**  
**Matéria:IRPJ E OUTROS**  
**Recorrente:CCF BRASIL CORRETORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.**  
**Recorrida/Interessado:DRJ-SÃO PAULO/SP**  
**Data da Sessão:20/09/2001 00:00:00**  
**Relator:Sandra Maria Faroni**  
**Decisão:Acórdão 101-93616**  
**Resultado:DPU - DAR PROVIMENTO POR UNANIMIDADE**  
**Texto da Decisão:Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.**  
**Ementa:**

IRPJ- CSLL- SIMULAÇÃO – OPERAÇÕES DE SWAP- Para que se possa caracterizar a simulação relativa é indispensável que o ato praticado, que se pretende dissimular sob o manto do ato ostensivamente praticado, não pudesse ser realizado por vedação legal ou qualquer outra razão. Se as partes queriam e realizaram negócio sob a estrutura de swap para atingir indiretamente economia de tributos não restou caracterizada a declaração enganosa de vontade, essencial na simulação.

Recurso provido.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

Lá também se discutia operações de Swap com a participação de empresas do mesmo grupo e também a fiscalização tentou aplicar o conceito de doação baseada em simulação.

Isso porque a fiscalização fez constar no seu relatório que (fls. 650):

*"16.4 Cumpre antecipar um outro argumento que poderia ser levantado pelo BANCO CCF, com vistas a desqualificar a autuação relativamente à exigência da CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO (C.S.L.): já que se trata de glosa de despesa, os valores acima referidos não deveriam ser adicionados à base de cálculo desse tributo, nos termos da Lei nº 8.034/90. Contudo, seria irrelevante a alegação, visto que, como longamente demonstrado, não se cuida de despesa real, que pudesse ser glosada por ser considerada indedutível, mas de pagamento sem causa a autorizá-lo, verdadeira doação, realizada sob falso pretexto."*

(destaque do Relator)

Sobre a questão, consta da parte expositiva do voto condutor da decisão recorrida (fls. 1155):

*2 Portanto, temos o seguinte panorama: a CCF CTVM realizou operações de swap com sua controladora, o BANCO CTVM, em razão das quais apurou perdas e ganhos. As perdas do BANCO (ganhos da CTVM) foram glosadas e resultaram na exigência fiscal ora combatida. As perdas da CTVM (ganhos do BANCO) foram glosadas e resultaram na exigência fiscal objeto do processo nº 16327.002725/99-11. Em ambos os casos os ganhos foram tributados normalmente. Na autuação da CTVM afirmou-se que as operações seriam simuladas e a finalidade seria a transferência de recursos da empresa lucrativa para a deficitária e nos casos falou-se em "verdadeira doação".*

(destaque do Relator)

A fiscalização, em seu relatório (fls. 637), ao entender que as operações não se prestam ao objetivo de proteção (*hedge*), concluiu que tal fato decorria de dois aspectos:

*"12.8 Entretanto, cabe evidenciar que tais operações somente se prestam àquele objetivo de proteção, ou de cobertura, contra*



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Fl. _____
--------------

Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

*imprevistas oscilações dos índices, desde que atendam, cumulativamente, as seguintes condições:*

*a) sejam realizadas entre empresas com interesses opostos, como no caso do exemplo acima (o BANCO A com ativos em OURO e dívidas em CDI, e o BANCO B na situação inversa), como, aliás, ressaltado pelo próprio BANCO CCF no documento de fls. 000/000, quando diz que **"...os riscos indesejáveis bem como aqueles que lhe convém, são trocados com outras instituições financeiras de interesses opostos, através das operações de swap"**, e*

*b) sejam realizadas entre patrimônio distintos, não hierarquizados."*

A partir disso conclui que inexistente proteção na operação de swap especulativo (fls. 638), inexistente proteção na operação de swap entre controlador e controlada, dada a impossibilidade de transferência de riscos dentro de um mesmo patrimônio (fls. 641), e que inexistente (ou quase) no Banco CCF, ativo ouro, ativo negociado.

A impugnante menciona trecho citado pela fiscalização, de autoria do seu patrono (fls. 723), segundo o qual existem operações de swap estritamente especulativas, e que os aspectos de proteção mencionados pela fiscalização são irrelevantes, uma vez que a "condição fundamental para fins de dedutibilidade do IRPJ nas operações de swap – a partir da Lei n.º 8.981, artigo 74 – é o registro das operações no Cetip ou BM&F".

Ainda, genericamente, consta da impugnação argumentos e preliminares que não foram apreciadas pela autoridade julgadora recorrente diante do provimento ao seu pedido no mérito, mas que em eventual reforma de decisão deverão ser apreciados.

A impugnante atacou, ainda, a falta de capitulação legal já que não foi apontado qualquer tipo fiscal caracterizador da infração e que a indedutibilidade da despesa (ou perda) somente poderia ser capitulada no artigo 74 da Lei n.º 8.981/95, cuja norma legal não foi sequer mencionada pela fiscalização.

Assim, em apertada síntese, se apresenta o processo para julgamento.

É o relatório.



Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

VOTO

Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO, Relator

O recurso necessário, mercê do valor do crédito tributário cancelado, deve ser conhecido.

É incontroverso que as operações sob discussão foram formalizadas de acordo com as normas operacionais e formais reguladoras do mercado.

Não consta que o Banco Central tenha apresentado qualquer oposição ou ressalva quanto aos aspectos técnicos envolvidos nas operações de *swap* sob análise.

Está sob questão, portanto, apenas os efeitos tributários que possam decorrer do fato de terem sido, as operações de *swap*, praticadas sem o objetivo de *hedge* e entre empresas de um mesmo grupo econômico.

Relativamente à capitulação legal, assentada nos artigos 195, inciso I, 197 e parágrafo único, 242 e 243 do RIR/94 (fls. 660), é facilmente constatado tratar-se de menção de dispositivos genéricos que dizem respeito à vertente da universalidade dos procedimentos contábeis e fiscais, sem que indiquem qualquer tipificação que possa se caracterizar como descrição de comportamento infracional objetivo.

A falta de identificação do tipo fiscal definidor da infração dificulta, sem dúvida, a apreciação do lançamento, já que caracteriza a falta de precisa delimitação do comportamento inadequado e da objetiva indicação na norma infringida.

Isso, porém, mesmo prejudicando parcialmente a defesa e o verdadeiro entendimento da infração, pode ser superado, em alguns casos, pela perfeita descrição dos fatos.

Os fatos em si foram detalhadamente descritos, carentes, portanto, apenas de adequado enquadramento legal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Fl. _____
--------------

Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

É o caso exemplar da afirmativa da fiscalização de tratar-se de verdadeira doação, sem que fosse apontada a norma legal que trata como indedutível a doação entre pessoas jurídicas.

E de doação seguramente não se trata, porquanto as características da operação somente poderiam encobrir a troca de posições visando economia de tributos, praticando verdadeiro "*planejamento tributário*" mediante a transferência entre as empresas de rendas ou perdas ajustáveis aos resultados fiscais, incidências tributárias diferenciadas ou percentuais de tributos incidentes. Isso em nenhum momento a fiscalização caracterizou, até porque não demonstrou os resultados fiscais da CTVM (CCF Brasil Corretora de Títulos e Valores Mobiliários s/a) com a qual as operações de *swap* foram contratadas.

A fiscalização tece considerações demonstrando que, sendo a atuada controladora da DTVM, participando com 99,87% do capital, sendo 100% a partir de 1996, tendo prejuízos em favor da controlada, mesmo assim manteria praticamente o mesmo patrimônio líquido, uma vez que procedimento de apuração da equivalência patrimonial eliminaria ditos prejuízos do balanço patrimonial, fato motivador da exigência comercial de consolidação de balanços de empresas de mesmo grupo econômico.

Os efeitos contábeis apontados são verdadeiros, mas as demonstrações financeiras consolidadas se destinam a refletir perante o mercado acionário ou de investidores o verdadeiro montante do patrimônio líquido do grupo, já que provoca a eliminação das operações entre empresas do mesmo grupo econômico, sem que isso produza repercussões fiscais.

Aqui poderia residir um motivo objetivo de autuação, desde que a fiscalização comprovasse que as operações inquinadas tivessem deslocado resultados, por exemplo, de uma sociedade com lucros tributáveis para outra com apuração de prejuízos. Isso, sem dúvida, provocaria um diferimento ou até eliminação de IRPJ e CSLL pela via da simulação de operações, que poderia ser facilmente barrada. Mas isso não foi feito, restando inexistente a integração dos resultados da atuada e da DTVM.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Fl. _____
--------------

Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

É tecnicamente comprovado que operações entre empresas de um mesmo grupo econômico, mesmo que provoquem lucro para uma das empresas do grupo ou prejuízo para qualquer delas, não alteram o patrimônio líquido contábil global do lucro. Os resultados são simplesmente transferidos entre as empresas do grupo, sem interação com terceiros fora dele. Isso é inerente à existência dos grupos econômicos e é determinado pela capilaridade econômica entre eles. Nessas circunstâncias a fiscalização deve comprovar as distorções fiscais provocadas, sendo que uma das figuras fiscais é a distribuição disfarçada de lucros, entre tantas outras.

Muito bem andou a autoridade julgadora ao introduzir no seu voto o conceito de especulador, não no sentido pejorativo atribuído pelo conceito popular, mas no conceito técnico de representar os agentes que assumem riscos e embasam de forma clara a atividade empresarial.

A partir daí o julgador admitiu a existência, na atividade empresarial, de um participante assumindo risco, sob pena de minimização dos resultados e descaracterização da atividade empresarial, basicamente calcada no lucro e no risco.

Foi o recheio da operação que denominou *swap* especulativo.

Admitiu a autoridade julgadora a existência de *swap* sem a adjetivação de *hedge*, melhor dizendo, sem a complementação da garantia redutora do risco inerente à operação.

Importante é a descrição do mercado futuro (fls. 1156) elaborada pela recorrente, no qual três elementos são importantes; os *hedgers*, que buscam segurança; os árbitros, que obtém lucro em operações simultâneas em dois mercados, nos quais assumem posições contrárias num e outro, e os especuladores, que arriscam, apostando nas altas e baixas de preços.

Genericamente, a posição de risco é aceitável, porém se deverá avaliar se tal posição, quando assumida entre empresas de um mesmo grupo econômico e produz



Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

resultados positivos para uma e, conseqüentemente, negativos para outra, pode ter os efeitos fiscais preservados ou se provoca a necessidade de ajuste tributário.

Aqui se localiza o cerne da questão.

Relembro que as operações foram formalmente corretas, sem notícia de impugnação pelo Banco Central.

Concordo com a restrição à segurança e trava do risco nas operações.

Concordo que as operações apenas remanejaram resultado de uma empresa para outra, mas lembro que em nenhum momento a fiscalização demonstrou que isso serviu para redução de tributos do grupo. Explico que, não encontrei provas ou alegações que as operações serviram para eliminar arrecadação global do grupo sob qualquer forma ou montante.

Isso me permite vislumbrar que é possível que, se as operações não tivessem sido realizadas, o montante, ou a soma dos tributos (IRPJ e CSLL) arrecadados pela autuada e pela DTVM, teria sido na mesma somatória que o foi depois de realizadas as operações questionadas. Se bem, isso é mera presunção, mas a fiscalização em nenhum momento alegou quebra desse montante em função das operações observadas. Penso que, em vista do detalhamento da descrição dos fatos, se houvesse quebra desse montante, isso não passaria despercebido pela aguçada observação do autor do feito.

Continuo pelo exame das condições de dedutibilidade dos resultados das operações de *swap*.

Ele se inicia com a avaliação do método adotado pela fiscalização.

O relatório de fiscalização indica (fls. 622 e 623) que as operações com a DTVM os prejuízos de:



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

Ano	Valor R\$	Cf Dmons trativo de fls.	Valor Tributado no ano – fls. 660
1995	7.566.536,76	603	11.575.142,82
1996	664.298,52	604	6.256.667,59
1997	3.356.596,50	605	3.356.296,50
1998	18.239.084,48	606	18.239.084,48

Como se observa o valor indicado como sendo tributável (fls. 660 – folha de continuação do auto de infração) é diferente daquele constante do relatório de fiscalização (fls. 622) apontados como sendo:

*“Em resumo, nessas operações de SWAP efetivadas entre o BANCO CCF e a CTVM, aquele teve, conforme as inclusas relações fornecidas por essas instituições financeiras, denominadas “CARTEIRA DE OPERAÇÕES SWAP/HEDGE”, os seguintes prejuízos a esse título: ...” (Repetem-se os valores indicados na tabela acima – apenas as duas primeiras colunas).*

A divergência entre os valores constantes da segunda e quarta colunas indicam a possibilidade de estarem incluídos na exigência outros valores além dos relativos à CTVM, porém, no relatório não resta esclarecido se apenas foram consideradas as operações que produziram prejuízo ou também aquelas que redundaram em ganho e sua compensação com as perdas.

Relativamente a isso a autoridade recorrente assim se manifestou (fls. 1154 e 1155):

*“17 Segundo os argumentos trazidos pela impugnante, o auto de infração ora combatido decorre dos mesmos fatos que resultaram no lançamento contra a CCF CTVM (processo n° 16327.002725/99-11). Embora não demonstre de forma cabal essa relação no texto da peça de defesa, verificando os documentos acostados às fls. 662 e 990 é possível concluir que a empresa fiscalizada, em ambos os casos, foi o BANCO CCF e os contratos cujos valores resultaram nas duas autuações foram registrados na conta contábil 8.1.5.50 do BANCO.*

*18 Portanto, embora não exista perfeita coincidência entre os valores descritos nos Relatórios de Fiscalização que acompanham os autos*



Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

*de infração, as descrições dos fatos feitas pelos autuantes não deixam dúvidas de que se tratam das mesmas operações.*

*19 Chegando a essa primeira conclusão é possível visualizar os fatos. Inicialmente tomaram-se as operações de swap entre o BANCO e CTVM para exigir tributo da CTVM e posteriormente as mesmas operações serviram para constituir créditos tributários contra o BANCO, ou seja, em ambos os casos desconsideraram-se as receitas para tributar apenas os valores correspondentes às perdas, tal qual se procede numa glosa de despesas."*

Me inclino a aceitar tais afirmativas como verdadeiras, porquanto a autoridade recorrente têm o acesso ao outro processo, que a mim não é dado.

Se nas mesmas operações foram propiciadas perdas para ambos os lados, isso somente é possível se existirem igualmente ganhos para ambos os lados.

É evidente que numa mesma operação não é possível que as duas partes redundem ganhadoras ou perdedoras, somente sendo razoável a existência do quadro descrito pela autoridade recorrente se em algumas operações uma das partes ganhou e em outras operações a mesma parte perdeu.

A conclusão acima estampada induz ao reconhecimento de falha no levantamento, que deixou de compensar os ganhos com as perdas.

Penso que, a despeito de algumas colocações acima posicionadas, a autoridade recorrente andou bem ao declinar da análise das preliminares diante do acolhimento do pleito da impugnante quanto ao mérito. Isso é adequado no processo administrativo fiscal como no judicial.

As ponderações trazidas no voto recorrido são precisas quando conceitua *swap* e *hedge* e quando define o *swap* no ordenamento jurídico brasileiro, quando elenca as disposições normativas (fls. 1162 e 1163) do Bacen, concluindo que as perdas somente são dedutíveis se houver registro das operações de *swap* (Art. 74, § 3º, Lei 8.981/95).



Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

Ademais, estando as operações de *swap* entre aquelas operacionais das instituições financeiras, condição que se mostra irrelevante diante da possibilidade negativa de tal classificação, assumindo aspectos especulativos, mas, mesmo assim a fiscalização não observou o disposto da legislação, porquanto as perdas com esse tipo de operação são compensáveis com os ganhos.

Sobre a questão, já tratada anteriormente, a autoridade recorrente trouxe (fls. 1170):

*"O autuante sequer menciona esses ganhos, pois se o fizesse, seria obrigado a reconhecer a inteira dedutibilidade das perdas que glosou, como se pode verificar no termo lavrado ao se efetuar o lançamento na CTVM – processo 16327.002725/99-11 – pois o BANCO obteve mais ganhos do que perdas nas operações com sua coligada.\*"*

O tópico elaborado pela autoridade julgadora de primeiro grau sob o título de "O *swap* na legislação tributária", bem aprecia os aspectos legais de regência da matéria, tendo a expressão:

*"O swap na legislação tributária*

**45** *A legislação do Imposto de Renda parece fazer algum tipo de distinção, ao menos de controle, sobre as operações de swap. Há pelo menos duas distinções estabelecidas pela legislação a partir da Lei nº 8.981/1995. A primeira diz respeito ao limite às deduções com operações de swap. Diz a Nota nº 694 do Regulamento do Imposto de Renda para 1997, Volume I, de Alberto Tebechrani, Fortunato Bassani Campos e José Luiz Ribeiro Machado:*

*"– Perdas no mercado de renda variável – As perdas apuradas nas operações de que tratam os artigos 72 a 74 da Lei nº 8.981/1995 (... e operações de swap, registradas nos termos da legislação vigente), somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações previstas naqueles artigos; ...(Lei nº 8.981/1995, art. 76, §§ 4º e 5º, Lei nº 9.065/1995, art. 1º, Lei nº 9.249/1995, art. 11, § 3º, e IN 2/1996, art. 17, §§ 3º e 4º)\*"*

**46** *Transcreve-se a seguir os parágrafos 4º e 5º do artigo 76 da Lei nº 8.981/1995:*



Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

*"Art. 76. O Imposto de Renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa ou pago sobre os ganhos líquidos mensais será:*

...

*§ 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, no ano-calendário subsequente, ser excluída na determinação do lucro real, até o limite correspondente à diferença positiva apurada no mesmo ano, entre os ganhos e perdas decorrentes das operações realizadas."*

*47 A segunda distinção, por sua vez, aborda a questão da retenção do Imposto de Renda na Fonte. Os swaps com finalidade de hedge estão dispensados da retenção, atendidos alguns requisitos da lei. Segue a transcrição de parte da Nota 1284 da mesma compilação citada no parágrafo precedente:*

*"d) Exclusão da tributação na fonte (hedge) – Estão dispensados de retenção na fonte os rendimentos auferidos em operações de swap utilizados como cobertura (hedge), realizadas em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão; para esse efeito, consideram-se de cobertura as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preços ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado: (I) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica; OU (II) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica (Lei nº 8.981/1995, art. 77, V e § 1º, e IN 2/1996, art. 19, § 1º). ..."(os grifos não são do original)*

*48 O art. 74 da Lei nº 8.981/1995 prescreve que as perdas somente serão dedutíveis se houver registro da operação de swap:*

*"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.*



Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

*§ 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."*

*49 Desta forma, a legislação tributária revela cuidados com a matéria em discussão, tornando dedutíveis as despesas com operações de swap apenas na medida em que destas mesmas operações resultem receitas, conforme legislação já referida. A consequência desse preceito é que a empresa que resolva "apostar" no mercado financeiro, na forma de especulação, encontrará limites para a dedução de suas despesas nessas operações, não significando que não possa fazê-lo.*

*50 Em outras palavras, pode-se dizer que a legislação tributária visou coibir excessos porventura cometidos em operações de swap, limitando as despesas incorridas às receitas obtidas e conferindo, inclusive, tratamento diferenciado para as operações que visam hedge, dispensando-as do recolhimento do Imposto de Renda na Fonte. A contrario sensu, infere-se que a ressalva feita pelo legislador com relação aos contratos de swap com finalidade de proteção é decorrente do RECONHECIMENTO da existência de operações que não visam este objetivo, ou seja, operações especulativas. Se assim não fosse, deveríamos considerar letra morta a prescrição contida no artigo 77, V e parágrafo 1º, da Lei nº 8.981/1995 e no artigo 19, parágrafo 1º, da IN 2/1996. Vale, para confronto, transcrever o artigo 77, inciso V, parágrafo 1º.*

*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 mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão.*

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

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUINTA CÂMARA

FL.

Processo n.º : 16327.000752/2001-17  
Acórdão n.º : 105-15.506

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

*51 Não restam dúvidas, portanto, de que a legislação tributária brasileira se harmoniza com regras do mercado financeiro que, como já explicitado, coloca o especulador na posição de elemento essencial à existência desse mercado. Eis, portanto, uma primeira conclusão sobre a matéria. Diferentemente do que sugere o autuante, as operações realizadas por especuladores têm amparo legal (pelo princípio da autonomia privada) e as perdas podem, obedecidos alguns requisitos, ser dedutíveis na apuração do Imposto de Renda.*

Bem verdade que alguns reparos podem ser feitos às expressões adotadas pela autoridade recorrente, como a correlação de receitas e despesas, cuja expressão não se coaduna com o disposto no § 7º, do art. 33, e art 35 da IN SRF nº 25/2001, bem como comentários relativos ao imposto de renda na fonte inaplicáveis ao caso, porém, isso não deslustra a decisão nem lhe retira força conclusiva suficiente para cancelar a exigência e ser referendada no seu conjunto.

A complementação dos termos acima expendidos se faz pelas expressões próprias da decisão atacada, de onde se deflui a irregularidade legal do lançamento, pelo mecanismo de apuração adotado e pela insuficiente capitulação legal quanto pela inadequada interpretação dos efeitos fiscais das operações inquinadas.

Assim, diante do que consta do processo, voto com conhecer do recurso necessário e, no mérito, negar-lhe provimento.

Sala das Sessões - DF, em 26 de janeiro de 2006.

  
JOSÉ CARLOS PASSUELLO

