



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

Processo nº 16327.000900/2009-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3201-002.227 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de junho de 2016
Matéria COFINS
Recorrente ING BANK N.V.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

COFINS. DECADÊNCIA.

Para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do sujeito passivo, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DE PERDAS EM OPERAÇÕES DE HEDGE.

Não tendo sido comprovado que as operações com derivativos tiveram finalidade de *hedge*, torna-se inadmissível a exclusão de eventuais perdas delas decorrentes na apuração da base de cálculo da Cofins, descabendo, ainda, arguir-se que, não sendo caso de tal hipótese, tais operações poderiam ser consideradas, para fins de exclusão, como aplicações em títulos de renda variável.

PEDIDO SUBSIDIÁRIO. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE PERDAS COM TÍTULOS DE RENDA FIXA OU VARIÁVEL.

A legislação permite a dedução com títulos de renda fixa ou variável. A operação com derivativos, ainda que entendida como ativo financeiro ou mesmo valor mobiliário, não se enquadra no conceito de título.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA.

O crédito tributário inclui tanto o valor do tributo quanto o da penalidade pecuniária. Assim, quer ele se refira a tributo, quer seja relativo à penalidade pecuniária, não sendo pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculados na forma da lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de decadência. Vencidos os conselheiros Pedro Rinaldi de Oliveira Lima e Tatiana Josefovicz Belisário, relatora. No mérito, acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Cássio Schappo e Tatiana Josefovicz Belisário, relatora, que davam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto. Nos termos do § 5º do art. 58 do Anexo II do RICARF/2015, na redação conferida pela Portaria MF nº 152, de 2016, a Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim votou apenas a matéria que restou não votada na assentada anterior (pedido subsidiário: caracterização da perda com títulos de renda fixa e variável).

CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA - Presidente.

TATIANA JOSEFOVICZ BELISÁRIO - Relator.

CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Cássio Schappo, Charles Mayer de Castro Souza (Presidente), Mércia Helena Trajano Damorim, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Tatiana Josefovicz Belisário e Winderley Morais Pereira. Ausente, justificadamente, a conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo.

Fizeram sustentação oral, pela Recorrente, o(a) advogado(a) Leandro Cabral e Silva, OAB/SP nº 234687 e, pela Fazenda Nacional, o procurador Frederico Souza Barroso.

Relatório

Trago como relatório aquele apresentado pelo acórdão de fls. 782/794:

I. DA AUTUAÇÃO

Trata o presente processo de auto de infração (fls. 324 a 331), lavrado em procedimento de fiscalização, para a constituição de créditos tributários de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins dos períodos de apuração referentes aos meses de agosto a dezembro de 2004, relativamente à glosa de perdas em operações com derivativos não caracterizadas como hedge.

No termo de verificação fiscal (fls. 295 a 323), relata a fiscalização que a contribuinte em epígrafe é uma sociedade estrangeira que exerce a atividade econômica de banco comercial, estando sujeita à incidência de Cofins nos termos da Lei nº 9.718/98.

A fiscalização informa que a contribuinte deduziu perdas em operações com derivativos objeto de hedge na apuração da

Cofins (ficha 26B da DIPJ). Acrescenta que, intimada a justificar as deduções, a contribuinte respondeu que se tratava de perdas em operações de hedge do saldo do patrimônio líquido.

Alega a fiscalização que uma operação, para que seja qualificada como hedge contábil, deve atender aos requisitos previstos no art. 5º da Circular Bacen nº 3.082/2002. Além disso, o reconhecimento da variação do ativo objeto de hedge deve ocorrer no mesmo momento da variação do ativo instrumento de hedge, de modo que se compensem num intervalo de 80% a 125%. Argumenta a fiscalização que, no presente caso, a contribuinte reconhece que não é possível vincular as operações efetuadas com o intuito de proteção às variações dos ativos ou passivos que se pretende proteger.

A fiscalização sustenta que o hedge do patrimônio líquido alegado pela contribuinte não encontra amparo na legislação brasileira. Acrescenta que o patrimônio líquido é estipulado em moeda corrente do país, não havendo previsão legal de sua atualização por índices de correção monetária ou cambial. Alega ainda que a contribuinte não auferiu receitas com a variação cambial de seu patrimônio líquido, não havendo razão para se excluir a perda com operações com derivativos na base de cálculo da Cofins.

Informa a fiscalização que a contribuinte impetrou, em 07/06/2005, o Mandado de Segurança nº 2005.61.00.010587-8, com o objetivo de afastar a exigência da Cofins com base na Lei nº 9.718/98 ou de pelo menos recolher a contribuição apenas sobre as receitas decorrentes da prestação de serviços. Acrescenta que a sentença denegou a segurança e que o recurso de apelação foi recebido apenas no efeito devolutivo. Assim, conclui a fiscalização que, na data da autuação, o crédito tributário não estava com sua exigibilidade suspensa, devendo ser lançada a contribuição e a multa de ofício.

Ante o exposto, foi lavrado auto de infração para a exigência dos seguintes valores (fls. 324 a 331):

Crédito Tributário	Enquadramento Legal	Valor em R\$
Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)	Artigos 2º, II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002; art. 18 da Lei nº 10.684/2003.	6.419.437,97
Juros de Mora (calculados até 31/07/2009)	Art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.	3.975.184,35
Multa Proporcional	Art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70/91 e art. 44, I, da Lei nº 9.430/96.	4.814.578,46
TOTAL		15.209.200,78

2. DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada da autuação em 31/08/2009 (fls. 330), a contribuinte apresentou, em 30/09/2009, a impugnação de fls. 340 a 359, acompanhada dos documentos de fls. 360 a 476, na qual apresenta os argumentos sintetizados a seguir.

2.1. Do cabimento da impugnação De início, a contribuinte ressalta o cabimento da impugnação, alegando que não há concomitância com o mandado de segurança nº 2005.61.00.010587-8.

Sustenta que referida ação judicial tem por escopo a impossibilidade de exigência da Cofins com base na Lei nº 9.718/98, ao passo que a presente impugnação trata da natureza das operações de swap com fins de hedge, não havendo identidade de objeto entre as discussões travadas nos âmbitos judicial e administrativo. Ressalta, todavia, que a concessão da segurança, reconhecendo a incidência tributária somente sobre o faturamento, tornaria insubsistente a exigência ora impugnada.

2.2. Da decadência A impugnante alega que teve ciência do auto de infração em 03/09/2009, data em que já havia ocorrido a decadência em relação à Cofins do mês de agosto/2004, devendo ser julgado improcedente o lançamento relativo a esse período.

2.3. Das operações realizadas pela impugnante e de sua finalidade de hedge A impugnante alega que se considera como hedge qualquer operação que tenha como objetivo a proteção do patrimônio das variações cambiais e oscilações de índices, buscando assim a estabilidade patrimonial.

Acrescenta que é legítima a operação de hedge do patrimônio líquido, conquanto busque tão-somente a proteção deste, a fim de evitar uma perda futura decorrente dos riscos do negócio por esta realizado ou de alterações do mercado financeiro.

A impugnante ressalta que é instituição financeira com natureza jurídica de sociedade estrangeira, sendo que o sócio domiciliado no exterior detém 100% do capital.

Argumenta que, por essa razão, seu patrimônio líquido foi considerado como uma obrigação em moeda estrangeira para fins de constituição de proteção contra flutuações das taxas de câmbio.

Acrescenta que, nos termos da Circular Bacen nº 2.894/99 e de autorização específica do Banco Central (Doc. 06, fls. 472 a 476), seu patrimônio líquido era considerado como obrigação componente das exposições vendidas em moeda estrangeira, fazendo parte do conjunto de ativos e passivo, que eram gerenciados dentro dos limites de exposição global de riscos definidos pela administração.

Sustenta que efetuou o hedge de uma exposição líquida de carteiras ativas e passivas, haja vista que o gerenciamento de riscos era feito de forma global e não por operação individual.

A impugnante alega que a efetividade e a contabilização do hedge realizado no presente caso não se enquadra na Circular Bacen nº 3.082/2002, pois tal norma se destina às operações consideradas de forma isolada.

Acrescenta que essa norma disciplina a contabilização de determinadas operações de hedge com derivativos, mas não veda ou proíbe outras formas de realização, razão pela qual não pode servir de base para a presente autuação, devendo ser verificada a efetividade da operação e sua natureza protetora. Argumenta que a comprovação da existência de uma operação de hedge ocorre com a constatação de sua efetividade, que reside na inexistência de perda do objeto protegido ou de ganho com o instrumento utilizado para proteção.

A impugnante argumenta que a fiscalização reconhece a efetividade da operação de hedge realizada, tendo-a desqualificado por não se adequar aos ditames contábeis da Circular Bacen nº 3.082/2002, que, no seu entender, é inaplicável ao caso.

Assim, a impugnante requer seja julgada improcedente a autuação.

2.4. Da possibilidade de se efetuar as deduções como perdas com títulos de renda variável *Ad argumentandum, caso não sejam acolhidos os argumentos apresentados anteriormente, alega a impugnante que as operações com derivativos se caracterizam como títulos de renda variável, podendo as perdas serem excluídas nos termos do art. 3º, §6º, I, 'd', da Lei nº 9.718/98.*

Sustenta que o impedimento à dedução das perdas em comento constitui ofensa ao princípio da isonomia, visto que as demais contribuintes que realizaram operações em mercados futuros de bolsa no mesmo período puderam proceder a tal dedução.

2.5. Do pedido *Ante o exposto, requer o conhecimento e o provimento da impugnação para que sejam julgados improcedentes os valores lançados na presente autuação.*

2.6. Dos documentos juntados à impugnação

A impugnante apresentou, juntamente com a impugnação, os documentos de fls. 360 a 476, consistentes em:

Docs. 01 e 02 – cópias autenticadas da procuração, dos atos societários e do documento de identificação dos advogados que subscrevem a impugnação;

Doc. 03 – cópia do auto de infração e do termo de verificação fiscal;

Doc. 04 – cópia da petição inicial do mandado de segurança nº 2005.61.00.010587-8;

Doc. 05 – cópia de Darf relativo ao pagamento de Cofins de agosto/2004;

Doc. 06 – cópia de correspondência entregue ao Bacen em 10/11/99, cópia do ofício Deorf/Cofin I – 2000/153 e cópia da ata da reunião da diretoria executiva realizada em 03/11/99.

É o relatório.

A DRJ assim decidiu a questão posta:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA.

A propositura de ação judicial importa em renúncia à discussão na via administrativa da matéria levada à apreciação do Poder Judiciário. Deve ser conhecida a impugnação em relação à matéria não discutida no processo judicial.

COFINS. DECADÊNCIA.

Para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do sujeito passivo, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DE PERDAS EM OPERAÇÕES DE HEDGE.

Não tendo sido comprovado que as operações com derivativos tiveram finalidade de hedge, torna-se inadmissível a exclusão de eventuais perdas delas decorrentes na apuração da base de cálculo da Cofins, descabendo, ainda, arguir-se que, não sendo caso de tal hipótese, tais operações poderiam ser consideradas, para fins de exclusão, como aplicações em títulos de renda variável.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido

Em sede de Recurso Voluntário, aduz a Recorrente que:

- i) O lançamento relativo ao período de agosto de 2004 foi atingido pela decadência, nos termos do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional (“CTN”);
- ii) As operações com derivativos efetivamente se caracterizam como *hedge*, sendo ilegítima a glosa efetuada pela D. Fiscalização;
- iii) As perdas excluídas da base de cálculo da COFINS *in casu* também são dedutíveis com base na alínea “d”, do inciso I, do § 6º, do artigo 3º da Lei n.º 9.718/98;
- iv) Subsidiariamente, descabe a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício.

A PGFN apresentou Contrarrazões ao Recurso Voluntário, argumentando que (i) não ocorreu a decadência relativamente ao mês de agosto de 2004; (ii) que no curso da ação fiscal, a autoridade autuante verificou que as operações realizadas pelo fiscalizado não poderiam ser caracterizadas como *hedge*; e, ainda (iii) defende a incidência dos juros de mora sobre a multa aplicada.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Relatora Tatiana Josefovicz Belisário

O Recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Para melhor exame, passo à análise de cada um dos pontos apresentados pela Recorrente.

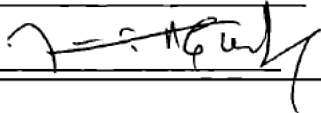
(i) Decadência relativa ao mês de agosto de 2004 nos termos do art. 150, §4º do CTN.

Quanto à decadência, alega a Recorrente:

14. Destarte, aplicando-se a contagem do prazo decadencial prescrita no art. 150, §4º, do CTN, aplicável à COFINS enquanto tributo sujeito a lançamento por homologação, verifica-se que os fatos geradores ocorridos no mês de agosto de 2004 já foram atingidos pela decadência, uma vez que o prazo de 5 (cinco) anos para eventual constituição de créditos tributários findou em agosto 2009, pelo que se efetivou a homologação tácita da apuração do período e a extinção de eventuais créditos tributários.

Pois bem. No caso concreto, já está chancelada a necessidade de aplicação do art. 150, §4º do CTN para fins de contagem do prazo decadencial, uma vez que, pelo Auto de Infração em análise, efetuou-se o lançamento de crédito tributário decorrente de recolhimento a menor da COFINS.

Pelo exame dos autos, nota-se que a ciência do contribuinte acerca do Auto de Infração ocorreu em 31 de agosto de 2009, como se constata à fl. 321 dos autos:

Nome do contribuinte/preposto:	CESAR A.C.M. Leme		
Cargo:	gerente	Data:	31.08.2009
Assinatura:			

Logo, num primeiro momento, poder-se-ia afirmar que, como o prazo para a constituição do crédito tributário relativo à agosto de 2004 findou em agosto de 2009, e a intimação do contribuinte ocorreu exatamente em agosto de 2009, não haveria falar em ocorrência da decadência.

Ocorre que, como se constata às fl. 333 e 334 dos Autos, após a intimação do contribuinte acerca da autuação, a Fiscalização procedeu à duas retificações do Termo de Verificação Fiscal, dos quais foi intimado o Recorrente apenas em 01/09/2009 e 03/09/2009.

Logo, pode-se afirmar, com segurança, que o lançamento fiscal ora combatido apenas se aperfeiçoou em 03/09/2009, data, portanto, a ser considerada como marco interruptivo do prazo decadencial, devendo ser declarados extintos o lançamento relativo aos fatos geradores ocorridos em agosto de 2004.

(ii) Natureza das operações como derivativos - Hedge

Inicialmente, cumpre esclarecer que a matéria em debate já foi analisada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais nos autos do Processo nº 16327.000935/2009-90, Acórdão nº 3403-003.325, da 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária, Sessão de 15 de outubro de 2014, ocasião na qual se discutiu a dedutibilidade das mesmas despesas ora analisadas, contudo, na base de cálculo da contribuição ao PIS.

Como se verifica do resultado do julgamento, a matéria foi assaz controvertida:

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para cancelar a incidência de juros sobre a multa de lançamento de ofício. Vencido o Relator, quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício e o Conselheiro Luiz Rogério Sawaya Batista, que deu provimento integral. Designado para a redação do voto vencedor o Conselheiro Antonio Carlos Atulim. O Conselheiro Ivan Allegretti fez declaração de voto.

O voto vencedor foi assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/12/2004

*MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. JUROS DE MORA.
INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.*

Carece de base legal a incidência de juros de mora sobre a multa de lançamento de ofício.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/12/2004

*BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DE PERDAS EM
OPERAÇÕES DE HEDGE.*

À míngua de comprovação que as operações com derivativos tiveram finalidade de hedge, glosa-se a indevida exclusão das respectivas perdas na apuração da base de cálculo da Contribuição.

*Recurso Voluntário Provido em Parte Crédito Tributário
Mantido em Parte*

Assim, não obstante o respeito à decisão recorrida, ainda pendente de definição por parte da Câmara Superior de Recursos Fiscais desse CARF, o tema merece cuidadosa análise por parte desta Turma Julgadora, notadamente em face da ampla divergência verificada naquela oportunidade.

Pois bem. Como já delineado pela decisão Recorrida, pela Recorrente em seu Recurso Voluntário e pela PGFN em suas contrarrazões, o cerne da questão está em definir se as operações realizadas pelo contribuinte podem ou não ser enquadradas dentro do conceito de hedge.

Isso porque, uma vez chancelado que as despesas contabilizadas pela Recorrente correspondem à dedução de perdas com ativos financeiros em operações destinadas à *hedge*, será permitida a sua dedução da base de cálculo da Cofins, conforme previsão do art. 3º, §6º, I, 'e' da Lei nº 9.718/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (redação original, vigente até edição da Lei nº 12.973/2014)

(...)

§6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir:

I - no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas
de
crédito: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2158-35.htm - art2

(...)

e) *perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge*; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2158-35.htm - art2

Num primeiro argumento, de acordo com a decisão proferida pela DRJ, a operação realizada pela Recorrente não poderia ser caracterizada como *hedge*.

A Fiscalização / DRJ afirma que, para que determinada operação possa ser caracterizada como *hedge*, deverá, necessariamente, obedecer ao disposto da Circular Bacen nº 3.082/2002. Por outro lado, defende a Recorrente que a referida Circular não se presta a definir o conceito de *hedge*, mas, sim, a determinar critérios para a contabilização de determinadas operações de *hedge* por ela regulamentadas, sem que se destine a esgotar o conceito de *hedge*.

A Recorrente de fato afirma que, as operações ora em exame, não foram contabilizadas da forma preconizada pela Circular Bacen nº 3.082/2002 por não se destinarem à cobertura de uma operação específica, mas ao gerenciamento de um risco global:

51. Ou seja, a Recorrente procedeu ao *hedge* de uma exposição líquida de carteiras ativas e passivas, haja vista que o gerenciamento de risco praticado ocorre de forma global e não por operação individual. O risco é avaliado de forma conjunta, compreendendo toda a carteira de ativos e passivos e os descasamentos tratados com base na exposição líquida.

52. Com isso, resta evidente que a Recorrente, seguindo a toada das grandes instituições financeiras mundiais, busca, com as operações que pratica com finalidade de *hedge*, proteger o montante líquido da totalidade de sua exposição, e não o faz de forma individualizada, item a item.

53. A efetividade e a contabilização do *hedge* realizado não se dará na forma preconizada pela Circular nº 3.082/2002, pois a suscitada norma tem como finalidade refletir no cenário contábil da instituição a efetividade de determinada operação de *hedge*, considerada isoladamente.

54. Ocorre que, como dito, no caso em análise, a verificação da efetividade da operação de *hedge* deverá ser analisada de forma global.

Ou seja, a meu ver, seria inócuo discorrer acerca dos requisitos estabelecidos na Circular Bacen nº 3.082/2002, assim como verificar se a Recorrente cumpriu ou não tais requisitos. É incontroverso que, especificamente quanto à operação ora examinada, a Recorrente não atendeu à tais requisitos normativos.

Assim, nesse primeiro aspecto em exame, o questionamento que se coloca é: toda e qualquer operação de *hedge*, para ser assim considerada, deverá atender aos requisitos elencados na Circular Bacen nº 3.082/2002?

Com efeito, entendo que assiste razão à Recorrente quando afirma que a referida Circular Bacen nº 3.082/2002 não tem o propósito de definir, conceituar ou mesmo limitar aquilo que se entende por operação de *hedge*.

A citada norma, conforme sua ementa, tem por objetivo estabelecer e consolidar "*critérios para registro e avaliação contábil de instrumentos financeiros derivativos*".

Estabelece seu artigo 1º:

Art. 1º Estabelecer que as operações com instrumentos financeiros derivativos realizadas por conta própria pelas instituições financeiras, demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e administradoras de consórcios devem ser registradas observados os seguintes procedimentos:

Ademais, norma infralegal não pode limitar ou condicionar aquilo que a lei não limitou ou condicionou. Uma vez verificada a existência de uma operação de *hedge*, as despesas geradas serão passíveis de dedução, independentemente de eventuais exigências trazidas por normas infra-legais.

Conforme previsão do art. 3º, §6º, I, 'e' da Lei nº 9.718/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, transcrito acima, as instituições financeiras poderão deduzir, na determinação da base de cálculo da COFINS, as "*perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge*". http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2158-35.htm - art2

A norma legal não conceitua o que vem a ser a chamada operação de *hedge*, ou, ainda, não limita quais operações de *hedge* (concluindo pela existência de mais de uma modalidade) serão admitidas como geradoras de despesas passíveis de dedução na apuração da COFINS.

Assim, consoante interpretação literal da referida norma, toda e qualquer perda com ativos financeiros e mercadorias, em operações de *hedge*, quando realizadas por instituição financeira, será passível de dedução.

Vale salientar que o próprio legislador, quando pretendeu limitar ou condicionar as operações de *hedge* para fins de permitir a sua exclusão na apuração do contribuinte, o fez expressamente, como se verifica na Lei nº 8.981/95, que trata da apuração do Imposto de Renda:

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

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

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

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

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

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

Logo, de início, afasto o entendimento contido no acórdão recorrido no sentido de que as despesas deduzidas pela Recorrente não seriam decorrentes de operações de *hedge* por não terem sido atendidos (e de fato não foram) os requisitos previstos na Circular Bacen nº 3.082/2002. A redação do art. 3º, §6º, I, 'e' da Lei nº 9.718/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001 não permite qualquer limitação promovida por ato infra-legal.

Superada tal questão, surge o segundo aspecto da controvérsia instaurada. Qual seria, então, o conceito de operação de *hedge* adotado pela legislação para fins de autorizar a dedução das despesas correspondentes?

Em tradução literal, o vocábulo inglês "*hedge*" pode ser entendido como salvaguarda, proteção. É exatamente desse modo que se estruturam os contratos de *hedge*, como uma operação que tem por finalidade proteger o valor de um ativo contra uma possível redução de seu valor numa data futura ou, ainda, assegurar o preço de uma dívida a ser paga no futuro. No caso presente, o ativo assegurado está mensurado em dólar.

No "Glossário Completo" disponibilizado pelo Banco Central do Brasil (<http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=1670&idioma=P&idpai=GLOSSARIO>), encontram-se as seguintes definições:

Hedge

Operações realizadas com o objetivo de obter proteção contra o risco de variações de taxas de juros, de paridade entre moedas e do preço de mercadorias. A regulamentação sobre operações de proteção (hedge) negociadas no exterior pode ser consultada no Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais.

Hedge cambial

Proteção contra variações da taxa de câmbio. As variações da taxa de câmbio, tanto negativas quanto positivas, podem afetar a posição dos agentes econômicos, dependendo de sua exposição (ativa ou passiva). A proteção pode se processar por meio da troca de fluxos de caixa via operações de swap ou outros derivativos de câmbio, compra ou venda de ativos referenciados em câmbio, etc.

Assim, o *hedge* contra variação cambial é entendido como um contrato de salvaguarda de uma determinada obrigação assumida em face da flutuação no valor da moeda. Quando determinado agente assume, no Brasil, uma obrigação calculada em moeda estrangeira, com vencimento futuro, no momento do pagamento poderá ou lucrar com eventual desvalorização da moeda estrangeira, ou suportar prejuízo caso ocorra a valorização. Aquele devedor que não deseja assumir riscos, realiza a cobertura *hedge* da referida operação, por meio da qual um terceiro assume o risco da operação, suportando ou o lucro ou o prejuízo decorrente da variação cambial.

Assim, qual seria a obrigação que a Recorrente busca resguardar com a operação de *hedge* analisada?

Em detalhado Relatório Fiscal de fls. 293 e seguintes dos autos, a Fiscalização apresenta as definições e os esclarecimentos apresentados pela própria Recorrente no curso da ação fiscal. Trago os seguintes trechos de maior relevância, com destaques:

7. Em 05/09/2007, o contribuinte foi intimado a identificar as operações com instrumentos financeiros derivativos destinados a hedge, vigentes no ano de 2004, de acordo com o detalhamento constante da referida intimação;

(..)

10. Em 08/09/2008, o contribuinte foi intimado a demonstrar que o excesso de despesa no mercado futuro informado na linha 17 das fichas 22 e 26 da DIPJ teria sido em operações de hedge;

11. Em 02/10/2008, o contribuinte atende a intimação, e menciona no item 11 a apresentação de uma planilha em que relaciona o histórico das operações de hedge pactuadas que identifica como DOC.6;

12. Em 16/01/2009, o contribuinte informa que os derivativos elencados no DOC. 6 têm como finalidade reduzir a exposição de posições proprietárias da Instituição a riscos de mercado, decorrentes de flutuações nas taxas de juros, câmbio e preços dos ativos financeiros respectivos, ou ainda para atender necessidades de hedge de clientes;

13. Em 23/03/2009, o contribuinte complementa a explicação do DOC. 6 nos seguintes termos:

a. "Quanto ao questionamento relativo aos valores apresentados no quadro 'Histórico do Hedge das posições patrimoniais indexadas em USD', informamos que mesmo tendo sido demonstrado no respectivo quadro diferenças mínimas entre as posições ativas e passivas indexadas a moeda estrangeira (US dólares), os efeitos contábeis registrados em contas de resultados do período de 2004 foram relevantes devido ao fato do Patrimônio Líquido do ING Bank ter sido considerado como uma obrigação em moeda estrangeira para fins de constituição de proteção contra flutuações das taxas de câmbio ";

b. "Em decorrência do disposto acima, com a desvalorização sofrida na taxa de conversão de dólares por Reais durante o mesmo período de 2004, além do fato de que o Patrimônio líquido não sofre contabilmente nenhuma atualização cambial, foram verificadas perdas contábeis com derivativos cambiais neste mesmo período ";

c. "Adicionalmente, devemos destacar que o procedimento mencionado acima, ou seja, hedge do saldo de Patrimônio líquido do ING Bank, foi realizado em consonância com o estabelecido na Circular nº 2.894/99 e alterações posteriores, a qual determinava que o valor correspondente a participações de investimentos estrangeiros no Patrimônio da Instituição Financeira poderia ser considerado como exposição vendida em moeda estrangeira.

Tal opção foi deliberada em reunião de diretoria do ING Bank (DOC.5) e aprovada posteriormente pelo Banco Central do Brasil (Doc. 6)";

d. "A composição analítica, com indicação das contas COSIF respectivas, dos ativos e passivos indexados em US dólares existentes no mês de janeiro de 2004, conforme disposto no DOC. 04, está sendo apresentada no Doc. 7 ".

14. Em 17/07/2009, o contribuinte tomou ciência da **Intimação de 14/07/2009 que solicitou entre outras coisas em seu item F: identificar quais foram os instrumentos de hedge utilizados para proteger o Patrimônio líquido**, demonstrar seus resultados e a efetividade do hedge, assim como identificar no razão os respectivos registros contábeis da receita e da despesa relativo aos meses do período de 2004;

15. Em 24/07/2009, o contribuinte responde nos seguintes termos:

a. Primeiramente, cumpre-nos informar que, **conforme autorização específica do Banco Central do Brasil, datada de 19 de julho de 1999, e baseada na Circular nº 2.894/99, 100% do Patrimônio Líquido do ING Bank era considerado como obrigação componente das "exposições vendidas em moeda estrangeira "**;

b. De acordo com o exposto acima, **o saldo do Patrimônio Líquido do ING Bank fazia parte do conjunto de ativos e passivos que atendiam as necessidades de clientes ou decorrentes de operações por conta própria, que não observaram os critérios de proteção estabelecidos na Circular nº 3.082/2002** e regulamentações supervenientes, motivo pelo qual eram gerenciados dentro dos limites de "exposição global de riscos" definido pela Administração;

c. Objetivando reduzir os riscos decorrentes de variações de taxas de câmbio eram feitos acompanhamentos dos acréscimos e decréscimos da exposição global de riscos de moedas, decorrentes de vencimentos e/ou contratações de operações sujeitas à variação cambial, para que fossem contratados instrumentos financeiros derivativos objetivando manter o saldo da exposição global de riscos dentro dos limites estabelecidos pela Administração;

d. Diante de todo o apresentado anteriormente, **podemos afirmar que não é possível segregar as operações com instrumentos financeiros derivativos que poderiam ser classificados como "instrumentos de hedge " do Patrimônio Líquido uma vez que o mesmo fazia parte de uma exposição global, sujeitas a variações constantes de saldo, e que em nenhum momento foi tratado de forma isolada para a contratação do seu respectivo "hedge ";**

Em síntese: a operação de *hedge* realizada pela Recorrente visava dar cobertura à variação cambial não de uma operação específica, delimitada, mas de seu próprio

patrimônio líquido, considerado como obrigação em moeda estrangeira, ou "*exposições vendidas em moeda estrangeira*", nos termos de autorização específica do Banco Central do Brasil, datada de 19 de julho de 1999, e baseada na Circular nº 2.894/99.

As obrigações que a Recorrente visava resguardar eram aquelas existentes em face dos seus próprios sócios estrangeiros, que investiram o capital social na sociedade constituída no Brasil.

O ponto nodal da questão diz respeito ao fato de, na modalidade de *hedge* realizada pela Recorrente, não ser possível individualizar uma única obrigação à qual se pretenda garantir.

Como esclarece a Recorrente, jamais houve um instrumento específico de *hedge* vinculado à cobertura da variação cambial do PL, uma vez que "*o saldo do Patrimônio Líquido do ING Bank fazia parte do conjunto de ativos e passivos que atendiam as necessidades de clientes ou decorrentes de operações por conta própria*".

Isso porque, ainda nas palavras da Recorrente, esta é uma modalidade de *hedge* global, prática regularmente praticada no mercado internacional.

Com efeito, o conceito de *hedge* não é jurídico, é um conceito extraído da prática comercial, econômica, e que, uma vez absorvido pela legislação tributária, não pode ser deturpado pelo intérprete.

Assim, na busca de tal conceituação, alcançamos trabalho intitulado "*Aspectos do hedge accounting não implementados no Brasil*", publicado pela RAUSP - Revista de Administração publicada pelo Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (R.Adm., São Paulo, v.42, n.4, p.511-523, out./nov./dez. 2007), que traz excelente lição:

3. HEDGE

3.1. Conceito e características

Conceitua-se hedge como uma estratégia defensiva que busca evitar o risco provocado pela variação de preços e taxas em determinadas posições assumidas ou futuras, mediante a compensação entre os resultados produzidos pelos itens objetos e os instrumentos financeiros utilizados na proteção. Faz-se importante observar que, ao evitar a perda, o hedge também anula a possibilidade de ganho, sendo seu objetivo econômico a transferência dos riscos inerentes às operações para outro agente com posição oposta.

Quanto às características, as operações de hedge diferenciam-se das demais operações realizadas com títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos. A distinção está na obrigatoriedade do reconhecimento simultâneo da receita e da despesa geradas em ativos e passivos protegidos e nos instrumentos financeiros derivativos designados para a proteção. Esse mecanismo consiste na aplicação do princípio da confrontação da receita com a despesa, no qual o conceito norteador do registro contábil reside na premissa de atribuir o

*mesmo critério ao item **protegido** e ao instrumento de hedge, ou seja, os dois dançam de forma sincronizada, com ganhos e perdas em resultado ou em patrimônio líquido, procurando anular-se mutuamente.*

Com vistas a limitar as operações que podem ser reconhecidas, mensuradas e contabilizadas como hedge, o IAS 39 (FASB, 2001) classifica o hedge, para fins contábeis, como a destinação de um derivativo para compensar, total ou parcialmente, eventuais mudanças no valor justo ou nos fluxos futuros de caixa do item objeto de hedge.

Para as instituições financeiras no Brasil, a Circular 3.082 (BCB, 2002a, p.3) entende por hedge:

- “[...] a designação de um ou mais instrumentos financeiros derivativos com o objetivo de compensar, no todo ou em parte, os riscos decorrentes da exposição às variações no valor de mercado ou no fluxo de caixa de qualquer ativo, passivo, compromisso ou transação futura prevista, registrado contabilmente ou não, ou ainda grupos ou partes desses itens com características similares e cuja resposta ao risco objeto de hedge ocorra de modo semelhante”.

Especialmente no que diz respeito ao Hedge global, ou macro-hedge:

4. EVOLUÇÃO DO HEDGE ACCOUNTING

Em função dos fatos apresentados e da constante evolução nos mercados financeiros, a normalização do hedge accounting, em nível internacional, tem sido aprimorada para ampliar sua aplicabilidade pelas entidades que utilizam derivativos em suas operações de hedge. Entre tais aprimoramentos, destacase o macro hedge.

4.1. Macro hedge Com a publicação do Amendment ao IAS 39, em março de 2004, tratando do Fair Value Accounting for a Portfolio Hedge of Interest Rate Risk, o IASB **reconheceu o procedimento denominado como macro hedge, ou seja, o hedge de taxa de juros para uma exposição líquida de carteiras ativas e passivas.**

Esse novo tipo de hedge de exposições líquidas de carteiras ativas e passivas tem sido demandado há bastante tempo pelo mercado financeiro internacional, haja vista que o gerenciamento de riscos em instituições financeiras ocorre de forma global e não por operação individual. O risco em instituições financeiras deve ser avaliado de forma conjunta, compreendendo toda a carteira de ativos e passivos e os descasamentos tratados com base na exposição líquida.

Como isso é senso comum, tanto do mercado quanto dos órgãos de regulação, o motivo pelo qual o procedimento não foi antes implantado gira em torno da complexidade em estabelecer critérios objetivos para selecionar ativos e passivos que possam ser designados para compor os itens objetos de hedge, definir as

características dos instrumentos de hedge, mensurar os itens designados periodicamente e avaliar a efetividade.

Faz-se interessante destacar também que o debate em torno do macro hedge permeou a fase de elaboração do pronunciamento SFAS 133 (FASB, 1998), havendo informações sobre essa questão no próprio pronunciamento⁽³⁾. Enquanto os defensores do macro hedge sustentavam que ele era a mais efetiva e eficiente forma de administrar riscos em uma entidade, o FASB concluiu naquele momento que era difícil alocar os ganhos e perdas do instrumento de proteção em um grupo de itens protegidos, com características e com respostas a riscos diferentes. Certamente, todos esses aspectos contribuíram para postergar a autorização para utilização do procedimento.

O IAS 39 (IASB, 2001), por sua vez, passou a permitir a utilização dos mesmos critérios aplicados ao hedge de valor justo ou ao hedge de taxa de juros de uma carteira, correspondendo o item protegido ao montante dos ativos e passivos designados, em substituição à designação de um ativo ou passivo específico. Com isso, o macro hedge buscou justamente proteger o montante líquido no lugar de um item específico, sendo necessário, entretanto, designar os ativos e passivos que o compõem.

O ganho ou a perda atribuídos ao item protegido será reconhecido em uma rubrica específica dentro do ativo ou do passivo, respectivamente.

O pronunciamento menciona o risco de pré-pagamento (prepayment risk) como uma das principais dificuldades para a estruturação do macro hedge, haja vista a potencial ineficácia existente quando os itens objetos de hedge podem ser pagos ou recebidos antes dos prazos de vencimento, sem a correspondente possibilidade no instrumento derivativo.

Para estruturar um macro hedge, as seguintes etapas devem ser realizadas:

- identificar a carteira (portfolio) a ser protegida, podendo ser um ativo, um passivo, um compromisso firme, uma transação prevista ou um investimento líquido em entidade no exterior ou um conjunto desses itens com riscos semelhantes.*

É possível inclusive agrupar ativos e passivos;

- segregar os **pacotes** a serem protegidos por maturidade esperada de vencimentos. Os itens objeto de hedge apresentam prazos originais de vencimento, contudo, para fins de operacionalização do macro hedge, os itens devem ser segregados de acordo com as expectativas reais de pagamento e recebimento, as quais podem variar de acordo com as taxas de mercado vigentes, avaliação do histórico e outras informações disponíveis;*

- *designar o montante dos itens a serem protegidos em moeda, não sendo permitido informar apenas o valor líquido;*
- *designar o risco que está sendo protegido, ou seja, a exposição a taxa de juros;*
- *designar os instrumentos financeiros derivativos de proteção (swap, por exemplo). A identificação do derivativo servirá de proteção às variações nos itens protegidos;*
- *mensurar e registrar as mudanças no valor justo dos itens protegidos. O reconhecimento deve ser em resultado com contrapartida em uma única linha do ativo ou do passivo, próximo aos itens protegidos. As mudanças no valor dos itens protegidos não devem ser alocadas a um item individual;*
- *mensurar e registrar as mudanças no valor justo dos instrumentos de hedge. O reconhecimento em resultado com contrapartida no ativo ou no passivo, registrando-se um valor a receber ou a pagar correspondente à variação do instrumento derivativo;*
- *reconhecer a ineficácia no resultado, assim como a diferença entre a mudança no valor justo do item **protegido** e no derivativo.*

Assim, tem-se que, no âmbito internacional, a operação de macro-hedge é considerada uma modalidade nova de hedge. E, por imposição do mercado, que cada vez mais passou a se valor de tal sistemática, foi incorporada às Normas Internacionais de Contabilidade, especificamente a IAS 39.

Nesse aspecto, é cediço que, nos últimos anos, o Brasil vem buscando adequar as práticas comerciais realizadas no mercado interno àquelas realizadas no mercado internacional. Assim, observa-se a conversão das normas brasileiras de contabilidade às normas internacionais.

No âmbito do Sistema Financeiro Nacional, conforme Comunicado 14.259, de 10 de março de 2006, o Banco Central do Brasil, considerando o *"acelerado processo de globalização da economia, as quais impõem a necessidade de promover a convergência de normas de contabilidade e de auditoria em nível internacional, tendo em conta as condições, peculiaridades e o estágio de desenvolvimento do mercado brasileiro, decidiu pela elaboração das seguintes ações"*:

"1. Determinar, no âmbito do Banco Central do Brasil, o desenvolvimento de ação específica, a ser concluída até 31 de dezembro de 2006, com o objetivo de identificar as necessidades de convergência às normas internacionais de contabilidade e às normas internacionais de auditoria, promulgadas, respectivamente, pelo IASB e pela IFAC, aplicáveis às instituições financeiras.

2. A partir de referido diagnóstico, serão editados normativos objetivando a adoção de procedimentos para a elaboração e publicação de demonstrações contábeis consolidadas em consonância com os pronunciamentos do IASB a partir de 31 de

dezembro de 2010, bem como a observância das normas editadas pela IFAC para a prestação de serviços de auditoria independente no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

3. Dentro do horizonte do projeto, inclusive na fase de diagnóstico, o Banco Central do Brasil, a exemplo do que já vem desenvolvendo nos últimos anos, adotará os procedimentos necessários para atingir os objetivos de convergência, de modo a que as normas para a implementação em 2010 sejam editadas com a maior brevidade possível.

4. O Banco Central do Brasil promoverá o acompanhamento contínuo das normas editadas pelo IASB e pela IFAC, de modo a garantir que, uma vez obtida a convergência, essa seja mantida.

No que tange, portanto, à IAS 39, o diagnóstico de convergência do Banco Central do Brasil foi assim elaborado:

1. Introdução

O IAS 39 Financial Instruments: Recognition and Measurement estabelece procedimentos para a contabilização e evidenciação de operações realizadas com instrumentos financeiros, dentre eles, os derivativos.

Define, ainda, procedimentos contábeis específicos para o registro de operações de hedge (proteção) feitas com a utilização de derivativos ou outro instrumento financeiro. Tais procedimentos são conhecidos como hedge accounting e estão regulados no SFN por meio da Circular 3.082, de 2002.

A versão do IAS 39 utilizada neste diagnóstico foi publicada em 31 de dezembro de 2005.

2. Descrição sucinta da norma internacional vinculada ao Hedge Accounting

Os parágrafos do IAS 39 relacionados ao hedge accounting definem e qualificam os itens que podem ser instrumento ou objeto de hedge. São conceituados e detalhados os tipos de hedge accounting, bem como definido quando deve ser implementado/descontinuado cada tipo.

De maneira geral, todos derivativos podem ser utilizados como instrumentos de hedge. Outros instrumentos financeiros só podem ser utilizados em uma operação de hedge de risco de variação cambial.

Pode ser utilizada uma parte ou a totalidade do instrumento de hedge na operação de proteção. No entanto, não é permitida a utilização de um instrumento de hedge apenas durante uma parcela de sua vida útil. Um único instrumento de proteção pode ser utilizado para mais de um tipo de risco, desde que seja possível identificar claramente cada um dos riscos protegidos, calcular a eficácia do hedge e comprovar a sua vinculação com cada risco específico. É possível ainda, usar dois ou mais

instrumentos de hedge ou parcelas dos mesmos em uma operação de hedge, exceto quando estes instrumentos resultarem em uma posição lançada em uma opção, pois, segundo o pronunciamento, a perda potencial em uma opção vendida pode ser significativamente superior ao ganho potencial do item protegido.

Os itens objeto de hedge podem ser um ativo ou um grupo de ativos ou passivos reconhecidos, compromissos firmes não reconhecidos, transações previstas que sejam altamente prováveis ou investimentos líquidos no exterior. Instrumentos financeiros mantidos até o vencimento só podem ser objeto de hedge de risco cambial ou de risco de crédito. Se o item coberto for um ativo ou um passivo financeiro, a operação de hedge pode ser feita para uma parcela de seu valor justo ou de seus fluxos de caixa, desde que seja mensurada a eficácia do hedge.

Um conjunto de ativos e passivos pode ser objeto de hedge de risco de taxa de juros (operação conhecida como macro hedge ou hedge global). No entanto, a operação de proteção não pode ser feita a partir de uma posição líquida de ativos e passivos. Para fins de hedge, a entidade deve designar uma parte específica de ativos ou uma parte específica de passivos como item objeto de hedge. Ativos ou passivos semelhantes podem ser agrupados em uma operação de hedge desde que a proteção seja feita para um mesmo risco e desde que as variações individuais de cada item protegido sejam proporcionais às variações ocorridas em todo o grupo.

Segundo o pronunciamento, as operações de hedge podem ser de 3 tipos:

I - fair value hedge: é a proteção de uma exposição a mudanças no valor justo de um ativo ou de parte dele, de um passivo reconhecido, ou de um compromisso firme não reconhecido, que seja atribuível a um risco em particular e que possa afetar o resultado;

II - cash flow hedge: é a proteção de uma exposição a variações no fluxo de caixa que possa ser atribuível a um risco específico associado a um ativo ou passivo reconhecido ou a uma transação projetada que seja altamente provável;

III - hedge of a net investment in a foreign operation: é a proteção de um investimento líquido em uma unidade operacional estrangeira, como definido no IAS 21 The Effects of Changes in Foreign Exchange Rates.

Uma operação de proteção só se qualifica para fins de hedge accounting se:

I - No início da operação for feita a designação do instrumento de proteção e dos itens protegidos, com base em documentação comprobatória; e

II - O hedge previsto deve ser altamente eficaz durante todo o período da proteção e deve haver mecanismos de confirmação de tal eficácia; e

III - No cash flow hedge, a transação prevista deve ser altamente provável.

No fair value hedge, a parcela eficaz do ajuste decorrente das variações no valor do instrumento de proteção deve ser contabilizada no resultado paralelamente ao registro das variações no valor do item objeto de hedge. Se o item objeto de hedge for um conjunto de ativos ou passivos, a contrapartida do registro em resultado deve ser registrada, no balanço, em rubrica diferente da conta que registra os itens cobertos.

No cash flow hedge, a parcela eficaz do ajuste decorrente das variações no valor do instrumento de proteção deve ser contabilizada no Patrimônio Líquido (PL) até que ocorra o fluxo de caixa objeto da proteção, quando então deve ser transferida para resultado.

O hedge of a net investment in a foreign operation deve ser contabilizado como um cash flow hedge.

Em qualquer modalidade de hedge, a parcela ineficaz da proteção deve ser contabilizada imediatamente no resultado.

Uma operação de hedge, independentemente da modalidade, deve ser descontinuada quando forem verificadas quaisquer das seguintes situações:

I - O instrumento de hedge expira, termina, é exercido ou vendido;

II - O hedge deixa de atender os critérios para qualificação da operação;

III - A entidade cancela a operação de hedge; ou

IV - No caso do cash flow hedge, a transação prevista não ocorra.

3. Normas aplicáveis às instituições financeiras

A regulamentação sobre o tema figura nas Circulares BCB 3.082, de 30 de janeiro de 2002, 3.129, de 27 de junho de 2002, 3.150, de 11 de setembro de 2002 e na Carta-Circular 3.023, de 11 de junho de 2002, e consolidadas nos Cosif 1.4 e 1.22.

De maneira geral, as normas emanadas do Banco Central aplicáveis as operações de hedge accounting se encontram alinhadas às normas internacionais, mesmo porque tais normas foram baseadas no Financial Accounting Statement (FAS) 133 do FASB e na própria norma internacional. No entanto, a norma nacional se apresenta mais restritiva pois define que só os instrumentos financeiros derivativos podem ser utilizados em operações de hedge.

Observa-se, ainda, que a norma local utiliza a expressão 'valor de mercado', como referência para instrumentos financeiros derivativos, em detrimento à terminologia 'valor justo' (fair value), presente nas normas internacionais.

Os critérios de qualificação e designação dos itens de proteção e dos itens protegidos são observados, não havendo, no entanto, a definição para situações específicas como, por exemplo, a relativa a montagem de operações de hedge envolvendo instrumentos financeiros derivativos mantidos até o vencimento.

As operações de hedge são de 2 tipos:

I - Hedge de risco de mercado: equivalentes as operações de fair value hedge; e

II - Hedge de fluxo de caixa: equivalentes as operações de cash flow hedge.

A norma nacional não prevê a categoria de hedge of a net investment in a foreign operation. Não prevê, ainda, o macro hedge, permitido na norma internacional, mesmo que de forma limitada.

Um ponto a destacar, é que as normas locais, ao contrário da norma internacional, permitem que um derivativo utilizado em uma operação de hedge não seja marcado a mercado nas seguintes situações:

I - Quando estiver vinculado a uma operação de captação ou aplicação, observadas as condições definidas na Circular 3.150, de 2002; e

II - Quando for utilizado para a proteção de um título classificado na categoria 'Mantido até o Vencimento', conforme a Circular 3.129, de 2002.

Tais procedimentos ferem um requisito básico das normas internacionais, que são consensuais ao definirem que a única informação válida, para fins de registro de um instrumento financeiro derivativo, é seu valor justo.

Fora do SFN, não existem normas definindo o tratamento contábil das operações de hedge accounting

4. Diagnóstico

Do exposto, pode-se concluir que existem algumas divergências entre as normas brasileiras aplicáveis às instituições financeiras e o IAS 39 no que tange ao hedge accounting. No entanto, tais diferenças não são avaliadas como críticas. Para que ocorra a harmonização, é necessária, em linhas gerais, a realização dos seguintes ajustes na regulamentação local: a utilização da expressão 'valor justo', em substituição a 'valor de mercado', a definição da categoria de hedge para investimentos líquidos no exterior, o macro hedge e a adequação do tratamento dado aos

derivativos utilizados em operações de hedge de títulos mantidos até o vencimento.

Logo, é o próprio Banco Central do Brasil que reconhece a prática, no âmbito internacional, do chamado *hedge* global, regulamentado pela IAS 39. E mais, reconhece que tal modalidade não foi ainda contemplada na normatização interna (fato, inclusive, que reforça a não aplicação da Circular Bacen nº 3.082/2002 ao caso concreto).

Respalhada, portanto, pela doutrina especializada, pela normatização contábil internacional e, primordialmente, por estudo elaborado pelo Banco Central do Brasil, tenho como forçoso concluir pela existência, no mercado nacional e internacional, da modalidade de *hedge* global, tal como a realizada pela Recorrente.

E mais, é o órgão nacional regulamentador do mercado financeiro que reconhece a deficiência na normatização pátria no que diz respeito ao acolhimento de prática financeira do mercado nacional. Tal deficiência regulatória, contudo, não inviabiliza que tais negócios jurídicos venham a ser praticados internamente. Não há qualquer vedação, legal ou regulatória, que impeça a utilização do chamado *hedge* global pelas instituições financeiras que operam no país.

Assim, entendo que, como dito, inexistindo na Lei nº 9.718/98 qualquer limitação quanto à modalidade de *hedge* para as quais se permite a dedução das despesas incorridas, e, reconhecida a existência do chamado *hedge* global no âmbito do mercado internacional, não vejo como cancelar a glosa efetuada pela Fiscalização.

(iv) Pedido subsidiário - "POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DAS PERDAS COM BASE NA ALÍNEA 'D', DO INCISO I, DO §6º, DO ARTIGO 3º LEI Nº 9.718/98"

Alternativamente, na hipótese de as operações ora examinadas não serem entendidas como *hedge* por este colegiado, a Recorrente postula pela possibilidade de sua caracterização como sendo operações com títulos de renda variável, para fins de enquadramento na hipótese de dedução estabelecida pela alínea "d", do inciso I, do §6º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/98:

Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

(...)

§6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir:

I-no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito:

(...)

d)perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações

Muito embora, conforme exposto no presente voto, esta Relatora defenda o entendimento de que as operações realizadas pelo Recorrente devem, efetivamente, ser entendidas como *hedge* e, desse modo, enquadradas na alínea "e", do inciso I, do §6º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, em face das discussões havidas neste colegiado por ocasião do julgamento, faz-se necessária a manifestação acerca do presente pedido subsidiário.

Passa-se, portanto, ao exame do pleito.

De acordo com o acórdão Recorrido, *"no presente caso, o objeto do lançamento foram exclusões de perdas em operações com derivativos, ativos estes que não estão na categoria de títulos de renda variável"*, concluindo, portanto, que *"não restaram caracterizados nem o objetivo de hedge de tais operações, para seu enquadramento na alínea 'e', do inciso I, do § 6º, do art. 3º, da Lei 9.718/98, nem os requisitos de títulos para serem enquadradas na alínea 'd' do referido comando legal"*.

De acordo com a fundamentação utilizada pela decisão recorrida, após discorrer acerca de normativos expedidos pela CVM - Comissão de Valores Mobiliários, *"os ativos financeiros seriam gênero e títulos seriam espécie. Por consequência, todo título seria ativo financeiro, mas nem todo ativo financeiro seria título."*

Afirma, ainda, que, embora a operação realizada pela Recorrente possa ser entendida como um ativo financeiro, *"não ostentam os atributos anteriormente referidos dos títulos, de cartularidade, literalidade e autonomia, que lhes permitam fácil circulação, visto que são direcionados ao atendimento de interesses financeiros específicos a duas pessoas jurídicas, em determinadas condições e para determinado período de tempo."*

Por outro lado, o Recorrente aduz que, ainda que não se admita a modalidade de *hedge*, é certo se tratar a operação examinada de uma operação com derivativos. Tais operações com derivativos, por sua vez, são contratos de ativos financeiros.

Até então, portanto, há identidade com a conceituação trazida pela DRJ: está se, indubitavelmente, diante de um ativo financeiro.

Todavia, a contribuinte defende que as operações com derivativos são, assim como as ações, valores mobiliários, afirmando, por conseguinte, que devem ser incluídas no conceito de "títulos de renda fixa e variável".

Com a devida vênia às fundamentadas razões apresentadas pelo contribuinte, alinho-me ao entendimento externado pela DRJ, notadamente em face das limitações interpretativas impostas à esta julgadora. Com efeito, ainda que se entenda que as operações com derivativos são ativos financeiros da "espécie" valores mobiliários, não vejo como tê-los na condição de "títulos" de valores mobiliários, tal como definido na norma legal.

Ainda que reconheça a existência de grande discussão doutrinária acerca dos conceitos de "valores mobiliários" e "títulos mobiliários" se seriam estas expressões sinônimas ou não, é certo que, na legislação brasileira, a despeito da ausência de conceituação legal expressa (a exemplo do que se verifica relativamente ao *hedge*), tais termos vêm sendo usados

de forma distinta, segregada. Logo, uma vez que a Lei nº 9.718/98 utiliza a terminologia restrita de "títulos", não vejo como interpretá-la no sentido de "valores mobiliários".

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao pedido subsidiário formulado pela Recorrente.

(v) Juros de mora sobre multa

No que se refere à incidência dos juros sobre a multa de mora aplicada, alio-me inteiramente ao entendimento vencedor no citado Processo nº 16327.000935/2009-90, Acórdão nº 3403-003.325, que passo a transcrever:

Divirjo do Relator quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de lançamento de ofício. Já defendi a impossibilidade dessa incidência no voto condutor do Acórdão nº 002.367, de 24 de julho de 2013, que a seguir transcrevo:

(...)

O assunto seria aparentemente resolvido pela Súmula nº 4 do CARF:

“Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais” (grifo nosso)

Contudo, resta a dúvida se a expressão “ débitos tributários” abarca as penalidades, ou apenas os tributos. Verificando os acórdãos que serviram de fundamento à edição da Súmula, não se responde a questão, pois tais julgados se concentram na possibilidade de utilização da Taxa SELIC.

Segue-se então, para o art. 161 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º / O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.” (grifo nosso)

As multas são inequivocamente penalidades. Assim, restaria ilógica a leitura de que a expressão créditos ao início do caput abarca as penalidades. Tal exegese equivaleria a sustentar que:

“ os tributos e multas cabíveis não integralmente pagos no vencimento serão acrescidos de juros, sem prejuízos da aplicação das multas cabíveis ” .

A Lei nº 9.430/1996, por sua vez, dispõe, em seu art. 61, que:

“ 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.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 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.

Novamente ilógico interpretar que a expressão “ débitos ” ao início do caput abarca as multas de ofício. Se abarcasse, sobre elas deveria incidir a multa de mora, conforme o final do comando do caput.

Mais recentemente tratouse do tema nos arts. 29 e 30 da Lei nº 10.522/2002:

“ Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não tenham sido objeto de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de Ufir, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 1997, os créditos apurados serão lançados em reais.

§ 2º Para fins de inscrição dos débitos referidos neste artigo em Dívida Ativa da União, deverá ser informado à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional o valor originário dos mesmos, na moeda vigente à época da ocorrência do fato gerador da obrigação.

§ 3º Observado o disposto neste artigo, bem assim a atualização efetuada para o ano de 2000, nos termos do art. 75 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fica extinta a Unidade de Referência Fiscal –Ufir, instituída pelo art. 1º da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia –Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.” (grifo nosso)

Veja-se que ainda não se aclara a questão, pois se trata da aplicação de juros sobre os “ débitos” referidos no art. 29, e a expressão designada para a apuração posterior a 1997 é “ créditos” . Bem parece que o legislador confundiu os termos, e quis empregar débito por crédito (e viceversa),

mas tal raciocínio, ancorado em uma entre duas leituras possíveis do dispositivo, revelase insuficiente para impor o ônus ao contribuinte.

Não se tem dúvidas que o valor das multas também deveria ser atualizado, sob pena de a penalidade tornar-se pouco efetiva ou até inócua ao fim do processo. Mas o legislador não estabeleceu expressamente isso. Pela carência de base legal, então, entende-se pelo não cabimento da aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, na linha que já vem sendo adotada por esta Turma.

Pelo exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário apresentado, reconhecendo, para efeitos de execução do presente acórdão pela unidade local, que não incidem juros de mora sobre o valor da multa de ofício.

Com essas considerações, divirjo do ilustre relator e voto por que se dê provimento ao recurso quanto a esta matéria.

Pelo exposto, voto por dar DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para cancelar a totalidade da exigência fiscal fundamentada na glosa de despesas relativas à realização de operação de hedge global da recorrente.

No que tange ao pedido subsidiário formulado pela Recorrente, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário relativamente à possibilidade de dedução das despesas em operações com derivativos na alínea ‘e’, do inciso I, do § 6º, do art. 3º, da Lei 9.718/98.

Tatiana Josefovicz Belisário - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto

Em que pese a profundidade da análise efetuada pela ilustre relatora em seu voto, a maioria dos conselheiros desta Turma divergiu de seu entendimento em relação a três

questões, quais sejam: a decadência de parte do lançamento; a possibilidade de exclusão da base de cálculo da Cofins de despesas relativas à realização de operação de hedge global da recorrente; e a incidência de juros de mora sobre a multa de lançamento de ofício.

Em relação à alegação de decadência, esta Turma entendeu que o sujeito passivo tomou ciência do auto de infração em 31/08/2009, não ocorrendo, desta forma, a decadência do crédito tributário referente ao período de apuração agosto de 2004.

O entendimento decorre da análise das provas anexadas aos autos.

O sujeito passivo tomou ciência do auto de infração na modalidade pessoal, em 31/08/2009, conforme demonstra documento de fls. 321 deste processo.

Os documentos de fls. 333 e 334 deste processo correspondem a retificações mínimas no lançamento - foram alterados uma data (de 23/03/2009 para 27/03/2009) e o código de um item do quadro despesas de derivativos (de 8.1.5.50.11.28 para 8.1.5.50.11.85.22) - que não tem o condão de descaracterizar a data original da ciência do auto de infração.

Tais informações não modificam os fatos descritos no auto de infração, nem interferem a solução do litígio.

No que tange ao mérito propriamente dito, entendeu esta Turma pela impossibilidade da dedução da base de cálculo da Cofins das perdas com ativos financeiros em operações denominadas hedge global, devido a hipótese não estar prevista na legislação pátria.

A operação em tela não se encontra prevista nem pela Circular Bacen nº 3.082/2002, que regulamenta e discrimina as operações com instrumentos financeiros derivativos realizadas pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, nem por qualquer outra norma de direito interno, não podendo ser enquadrada como hedge à luz do direito interno.

O artigo 3º, §6º, inciso I, alínea 'e' da Lei nº 9.718/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, prevê a dedução da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins das perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge.

Já o artigo 5º da citada Circular Bacen nº 3.082/2002 estabelece as condições para que as operações com instrumentos financeiros derivativos possam ser consideradas como destinadas a *hedge*.

O dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 5º. As operações com instrumentos financeiros derivativos destinadas a "hedge" nos termos dos arts. 3º e 4º devem atender, cumulativamente, às seguintes condições:

I- possuir identificação documental do risco objeto de "hedge", com informação detalhada sobre a operação, destacados o processo de gerenciamento de risco e a metodologia utilizada na avaliação da efetividade do "hedge" desde a concepção da operação;

II- comprovar a efetividade do "hedge" desde a concepção e no decorrer da operação, com indicação de que as variações no valor de mercado ou no fluxo de caixa do instrumento de "hedge" compensam as variações no valor de mercado ou no fluxo de caixa do item objeto de "hedge" num intervalo entre 80% (oitenta por cento) e 125% (cento e vinte e cinco por cento);

III- prever a necessidade de renovação ou de contratação de nova operação no caso daquelas em que o instrumento financeiro derivativo apresente vencimento anterior ao do item objeto de "hedge";

IV- demonstrar, no caso dos compromissos ou transações futuras objeto de "hedge" de fluxo de caixa, elevada probabilidade de ocorrência e comprovar que tal exposição a variações no fluxo de caixa pode afetar o resultado da instituição;

V- não ter como contraparte empresa integrante do consolidado econômico-financeiro, observado o disposto nos arts. 3º e 18 da Resolução 2.723, de 31 de maio de 2000, alterada pela Resolução 2.743, de 28 de junho de 2000.

Parágrafo único. O não atendimento, a qualquer tempo, das exigências previstas neste artigo implica observância dos critérios previstos no art. 2º e imediata transferência, ao resultado do período, no caso do "hedge" de fluxo de caixa, dos valores referentes à operação registrados em conta destacada do patrimônio líquido, na forma do art. 4º, inciso II.

Do exposto, extrai-se que uma operação com derivativos com a finalidade de *hedge* deve estar necessariamente relacionada ao ativo ou passivo que se quer proteger. O reconhecimento contábil do resultado com derivativos destinados a *hedge* deve ser feito no mesmo período de reconhecimento do item que está sendo protegido; ocorrendo a compensação entre receitas e despesas.

A operação denominada *hedge global*, praticada pela recorrente, visava a proteção do patrimônio líquido da recorrente, sem identificar os itens do ativo ou passivo objetos do *hedge*.

Desta forma, as operações ora sob análise não podem ser consideradas como sendo destinadas a *hedge*, o que impede a dedução das perdas na apuração da base de cálculo da Cofins.

Por fim, em relação à incidência da Selic sobre as multas aplicadas, entende a Turma ser devida a Taxa Selic nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal, independente de tratar-se de obrigação principal decorrente da ocorrência de fato gerador ou decorrente da aplicação de penalidade pecuniária.

A obrigação tributária principal, de acordo com o §1º do artigo 113 do CTN surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento do tributo ou de penalidade pecuniária, e extingue-se com o crédito dela decorrente.

O artigo 139 do CTN dispõe ainda que o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Do exposto, conclui-se que o crédito tributário inclui tanto o valor do tributo quanto o da penalidade pecuniária, visto que ambos constituem a obrigação tributária, a qual tem a mesma natureza do crédito a ela correspondente.

O artigo 161 do CTN, por sua vez, estabelece que o crédito não integralmente pago no vencimento será acrescido de juros de mora, sem fazer nenhuma restrição ao crédito tributário decorrente de penalidade pecuniária.

Além destes dispositivos, destaca-se ainda o artigo 43 da Lei nº. 9.430/96, que assim dispõe:

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, 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.

Da análise dos dispositivos citados, resta claro que o crédito tributário, relativo à penalidade pecuniária, constituído de ofício, não pago no respectivo vencimento, fica sujeito à incidência de juros moratórios, calculados à taxa Selic, 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.

Desta forma, com base neste entendimento, foi negado provimento ao recurso voluntário.

Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto - redator designado