



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

Processo n° 16327.000935/2009-90
Recurso n° 16.327.000935200990 Voluntário
Acórdão n° **3403-003.325 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 15 de outubro de 2014
Matéria PIS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente ING BANK N.V.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim – Presidente e redator designado

(assinado digitalmente)

Alexandre Kern – Relator

Participaram do julgamento os conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Rosaldo Trevisan, Domingos de Sá Filho, Luiz Rogério Sawaya Batista e Ivan Allegretti.

Relatório

ING BANK N.V. teve lavrado contra si o auto de infração (fls. 332 a 338), para formalizar a constituição e exigência de crédito tributário referente à Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS dos períodos de apuração de agosto a dezembro de 2004, no valor total de R\$ 1.689.126,07, em decorrência da glosa de perdas em operações com derivativos não caracterizadas como *hedge*.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 303 a 331), o sujeito passivo exerce a atividade econômica de banco comercial, sujeitando-se à incidência da Contribuição nos termos da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, e deduziu perdas em operações com derivativos na apuração do PIS (ficha 22B da DIPJ). Intimada a justificar as deduções, respondeu que se tratava de perdas em operações de *hedge* do saldo do patrimônio líquido. A Fiscalização entendeu que, para que seja qualificada como *hedge* contábil, a operação deve atender aos requisitos previstos no art. 5º da Circular Bacen nº 3.082, de 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%. Segundo a Fiscalização, o próprio contribuinte reconheceu que não é possível atribuir às operações o intuito de proteção às variações dos ativos ou passivos que se pretende proteger.

Em síntese, as irregularidades constatadas foram as que seguem:

- a) Considerar patrimônio líquido passivo objeto de proteção, pois não se trata de despesa operacional, não constituindo obrigação exigível. Uma vez realizado o capital em moeda corrente nacional, não existe dispositivo legal fiscal que autorize a atualização monetária de patrimônio, não sendo possível portanto vincular operação com derivativo com objetivo de cobertura a algo não passível de variação;
- b) Deduzir indevidamente da base de cálculo das contribuições sociais o excesso de perdas em relação às receitas obtidas em operações no mercado futuro não caracterizadas como de *hedge*;
- a) Deduzir indevidamente da base de cálculo das contribuições sociais as despesas com derivativos não qualificados como operação de *hedge* nas operações de *Swap*, *Opções* e *Termo*.

A Fiscalização, ainda, deu conta de que o contribuinte impetrou, em 07/06/2005, o Mandado de Segurança nº 2005.61.00.010590-8, visando a afastar a exigência

do PIS com base na Lei nº 9.718, de 1998, ou ao menos recolhê-la apenas sobre as receitas decorrentes da prestação de serviços.

Em impugnação (fls. 347 a 366), o sujeito passivo argumenta inexistir concomitância entre o presente processo e o o mandado de segurança nº 2005.61.00.010590-8. Sustenta que a ação judicial tem por escopo a impossibilidade de exigência do PIS com base na Lei nº 9.718, 1998, enquanto o presente processo 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 superveniência de decisão judicial definitiva, reconhecendo a incidência tributária somente sobre as receitas da prestação de serviços, tornaria insubsistente a exigência. Argui que, 03/09/2009, data da lavratura do Auto de Infração, já havia decaído o direito do Fisco de proceder à constituição de crédito tributário relativamente ao PA agosto de 2004.

No mérito, discorre sobre as operações de *hedge*, classificando como tal qualquer operação que tenha como objetivo a proteção do patrimônio das variações cambiais e oscilações de índices, buscando assim a estabilidade patrimonial. Entende ser 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. Ressalta que é instituição financeira com natureza jurídica de sociedade estrangeira, sendo que o sócio domiciliado no exterior detém 100% do capital. 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, de 27 de maio de 1999, que estabeleceu procedimentos para o cálculo do limite de exposição em ouro e em ativos e passivos referenciados em variação cambial, em bases consolidadas, de que trata a Resolução nº 2.606, de 1999, e de autorização específica do Banco Central, seu patrimônio líquido era considerado como obrigação componente das exposições vendidas em moeda estrangeira, fazendo parte do conjunto de ativos e passivos, 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. Explica que a efetividade e a contabilização do *hedge* realizado no presente caso não se enquadra na Circular Bacen nº 3.082, de 2002, referida pela Fiscalização, porque tal norma destina-se às operações consideradas de forma isolada. Lembra que esta 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 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.

Alternativa e sucessivamente, requer que se considerem as operações com derivativos como de títulos de renda variável, podendo ser deduzidas nos termos do art. 3º, §6º, inc. I, 'd', da Lei nº 9.718, de 1998. Argúi ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que os demais contribuintes que realizaram operações em mercados futuros de bolsa no mesmo período puderam proceder a tal dedução.

A impugnação foi julgada improcedente pela 10ª Turma da DRJ/SP1. O Acórdão nº 16-41.631, de 25 de outubro de 2012, fls. 837 a 849, teve ementa vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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.

PIS. 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.

PIS. 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 perdas delas decorrentes na apuração da base de cálculo do PIS, 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

Cuida-se agora de recurso voluntário contra a decisão da 10ª Turma da DRJ/SP1. O arrazoado de fls. 857 a 877, após protesto de tempestividade e síntese dos fatos relacionados com a lide, retoma a arguição de decadência, relativamente ao PA 08/2004, e repisa os argumentos tendentes a legitimar as operações com derivativos e a refutar a glosa procedida pela Fiscalização e, alternativa e sucessiva, pugna por que se admita a dedução das perdas da base de cálculo do PIS com base na alínea "d" do inciso I do § 6º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998. Inova a impugnação, combatendo a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

A numeração de folhas reporta-se à atribuída pelo processo eletrônico.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Alexandre Kern, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 857 a 877 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-SP1-10ª Turma nº 16-41.631, de 23 de fevereiro de 2005.

Preliminar de decadência

Mesmo segundo a regra do § 4º do art. 150 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional - CTN, a arguição de decadência é improcedente.

Cuidando-se de lançamento de ofício lavrado em 31/08/2009 (ciência a César A. C. M. Leme, gerente, fl. 335), nesta data ainda não haviam transcorrido cinco anos da data de ocorrência do fato gerador mais remoto (31/08/2004).

Mérito – dedução das perdas da base de cálculo da Contribuição

Hedge ou *hedging* é um método de proteção contra flutuações de preço¹. São operações financeiras realizadas com o fim de obter proteção contra riscos advindos de variações da taxa de juros, alterações de câmbio e oscilações de preços de mercadorias, mediante neutralização de uma posição comprada/vendida² em um ativo com uma posição vendida/comprada no mesmo ativo. Tais operações consistem basicamente em tomar uma posição no mercado futuro, oposta à posição assumida no mercado à vista, a fim de minimizar o risco de perda financeira decorrente de uma alteração de preços adversa, com um correspondente ganho financeiro na posição futura.

Essa breve introdução é suficiente. O aprofundamento da conceituação do instrumento financeiro é inútil para a solução da contenda travada nestes autos, já que toda a argumentação em torno da caracterização ou não da operação como sendo de cobertura termina por depender de sua identificação ou não com as disposições legais e normativas que regulamentam a matéria.

Convém antes de tudo frisar que a base de cálculo da Contribuição, que não se discute nos presentes autos, é objeto da contenda judicial mantida no MS nº 2005.61.00.010590-8. A matéria ora controvertida também não se refere à possibilidade de os bancos comerciais considerarem, na apuração da base de cálculo da Contribuição, as perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de *hedge*. A dedução está expressamente autorizada no art. 3º, § 6º, I, " e " , da Lei nº 9.718, de 1998. Transcrevo e negrito:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (Vide art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) (Vide arts. 49 e 98 da MP nº 627, de 11 de novembro de 2013)

[...]

¹ hedging - Method of protecting oneself from price fluctuations. Hedging happens commonly on the commodities futures market.

HARRAP'S. Dictionary of business & finance. Londres: Harrap, 1988. p.165.

² Posição comprada é a posição em que há um ganho para o agente no caso de uma variação positiva do preço do derivativo ou do ativo objeto e, conseqüentemente, a posição que gera uma perda no caso de uma variação negativa do retorno. A posição vendida é a posição em que há um ganho de uma variação negativa do preço e uma perda no caso de uma variação positiva do retorno.

§ 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: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

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: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

- a) *despesas incorridas nas operações de intermediação financeira; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*
- b) *despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*
- c) *deságio na colocação de títulos; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*
- d) *perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*
- e) *perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*

A operação de *hedge* foi normatizada pelo Banco Central do Brasil, órgão de topo do Sistema Financeiro Nacional, nos termos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que, por competência delegada pelo Conselho Monetário Nacional, expediu, em 30/01/2002, a Circular nº 3.082, estabelecendo e consolidando critérios para registro e avaliação contábil de instrumentos financeiros derivativos. Transcrevo seu art. 5º:

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.

A propósito do tema, a Comissão de Valores Mobiliários, sob autorização da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, expediu, em 19/01/2004, no OFÍCIO/CIRCULAR/CVM/SNC/SEP Nº 01/2004³, a seguinte orientação (negritei na transcrição):

Não são incomuns as situações nas quais os aspectos jurídico-formais que envolvem uma operação relacionada aos instrumentos financeiros não retratam seu verdadeiro aspecto econômico e, conseqüentemente, seus reais reflexos no patrimônio das empresas.

Nesse sentido, preconiza a Estrutura Conceitual Básica da Contabilidade, aprovada e referendada pela Deliberação CVM nº 29/1986: "A Contabilidade possui um grande relacionamento com os aspectos jurídicos que cercam o patrimônio, mas, não raro, a forma jurídica pode deixar de retratar a essência econômica. Nessas situações, deve a Contabilidade guiar-se pelos seus objetivos de bem informar, seguindo, se for necessário para tanto, a essência ao invés da forma".

³ Consolidando e substiuindo os seguintes expedientes, no intuito de divulgar os principais problemas e considerações na aplicação das Normas de Contabilidade aplicáveis às Demonstrações Financeiras das Companhias Abertas: Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 01/1994 ; Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP/nº 02/1994 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 01/1995 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 02/1995 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 03/1995 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 04/1995 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 05/1995 ; Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP/nº 01/1996 ; Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP/nº 02/1996 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 03/1996 ; Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP/nº 04/1996 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 01/1999 ; Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP/nº 01/2000 ; Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP/nº 02/2000 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 01/2002 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 02/2002 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 03/2002 ; Ofício-Circular/CVM/SEP/SNC/nº 01/2003 ; Ofício-

Por exemplo, uma operação em que se toma por base apenas seus aspectos contratuais, não considerando os seus aspectos econômicos, pode ser contabilizada como geradora de ganhos imediatos ou postecipados, quando, na verdade, esses ganhos, quando existentes, devem ser reconhecidos ao longo do período do contrato.

O item IV da Nota Explicativa à Instrução CVM nº 235/95, embora referindo-se às chamadas operações vinculadas, alertou quanto à prevalência da essência sobre a forma na contabilização de instrumentos financeiros. Portanto, os administradores e os auditores independentes devem dedicar especial atenção a essas operações, no sentido de reportar em seus informes contábeis os verdadeiros reflexos econômicos decorrentes dessas operações.

Dentro dessa filosofia, é importante considerar que, embora a contabilização das operações de hedge ainda não tenha sido objeto de norma específica da CVM, a sua utilização, desde que não conflite com a lei societária, deverá estar alinhada com as melhores práticas contábeis internacionais.

Seguindo essa postura, uma operação de hedge, para ser contabilizada como tal, em linha com as melhores práticas internacionais, deve observar uma série de condições restritivas não excludentes, quais sejam:

- (i) a companhia deve documentar previamente sua política de gestão de riscos (manual interno de normas e instruções);*
- (ii) a companhia deve documentar previamente a operação de hedge a ser realizada, identificando (a) o item de balanço ou o fluxo de caixa (de uma dada operação) a ser objeto de hedge, (b) o fator de risco ou os fatores de risco desse item de balanço ou fluxo de caixa que será ou serão hedgeados, (c) o instrumento financeiro que será utilizado como hedge, sendo imperioso que esse instrumento não sujeite a companhia a outros fatores de risco (ex: um contrato derivativo com vencimento diverso do item a ser hedgeado não pode ser considerado um instrumento de hedge, por oferecer risco de base à entidade), (d) a delimitação da eficácia da operação de hedge e a forma pela qual a eficácia da operação de hedge será acompanhada, (e) os procedimentos contábeis a serem dispensados à parte eficaz da operação de hedge e à parte ineficaz da operação de hedge.*

A regra geral para contabilização de hedge é: sem documentação, não há operação de hedge. Busca-se com isso elidir possíveis abusos no tratamento contábil a ser dispensado, do tipo “hedge é a operação que dá prejuízo, passível de diferimento. O que dá lucro não é hedge.” É inadmissível, por esta razão, considerar perdas cambiais advindas de contratos de pré-pagamento de exportações como um hedge cambial. De outra forma, estaria sendo manipulada a informação levada ao

mercado, tratando como “hedge” uma prática contábil não aceita (de diferimento de perdas cambiais).

A dedução foi glosada porque, intimado a justificá-la e a detalhá-la⁴, o sujeito passivo, ora recorrente, limitou-se a oferecer o Livro Razão e algumas planilhas sem, todavia, identificar os instrumentos de *hedge* utilizados para proteger o patrimônio líquido, demonstrar seus resultados e a efetividade das operações, assim como identificar no Razão os respectivos registros contábeis da receita e da despesa, omitindo-se nas necessárias caracterização do *hedge* e demonstração de que forma as perdas incorridas estariam sendo anuladas por ganhos em outras operações, nos termos do inc. II do art. 5º da Circular Bacen nº 3.082. Aliás, essa omissão foi explicada pelo próprio contribuinte, (fls. 158 a 161), que reconheceu a inviabilidade de tal desiderato, ao afirmar não haver meios de se vincular as operações efetuadas com o intuito de proteção às variações dos ativos ou passivos que se pretenderia proteger, confessando não ser possível, ainda, 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 à variações constantes de saldo e que, em nenhum momento, foi tratado de forma isolada para a contratação do seu respectivo *hedge*.

Analisando, um a um, os argumentos contidos no Recurso a esse respeito, identifico (i) a explicação de que a inclusão do Patrimônio líquido na posição de passivo decorre de autorização do Banco Central do Brasil para tanto e (ii) o argumento de que a Circular nº 3.802 é inaplicável ao caso, pugnando por que se considere a Circular nº 2.894, de 1999. De fato, a tônica da peça recursal é a descaracterização da incidência da Circular nº 3.802 – e conseqüentemente, eximir-se das comprovações requeridas em seu art. 5º - e a insistência na possibilidade de “hedgear” o patrimônio líquido.

O argumento de que a Circular nº 3.802 apenas disciplina a contabilização de determinadas operações de *hedge* com derivativos, mas não veda ou proíbe outras formas de realização, não pode ser acolhido. O seu art. 1º informa que sua finalidade é a de estabelecer os procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras para registro de operações com instrumentos financeiros derivativos realizadas por conta própria. Nada obstante, ao especificar as condições para uma determinada operação seja considerada como de *hedge*, dá importante subsídio para tomada de decisão sobre sua caracterização ou não como tal, já que se trata de conceito adotado pelo Órgão Federal incumbido do controle dessas operações. Assim, a norma do BACEN veio, para fins de estabelecer e consolidar critérios para o registro e avaliação contábil de instrumentos financeiros derivativos e também elucidar significado e caracterização de termos e expressões que pudessem gerar controvérsia.

Assim, imprescindível para a dedução das perdas da base de cálculo, a comprovação requerida no art. 5º da Circular nº 3.802. A jurisprudência deste Conselho tem reiterado a imprescindibilidade dessa comprovação.

IRPJ. OPERAÇÕES COM OPÇÕES DE FLEXÍVEIS DE DÓLARES. LIMITAÇÃO DA DEDUÇÃO DAS PERDAS.

⁴ A Intimação de 14/07/2009 solicitou entre outras coisas em seu item F, que o contribuinte identificasse quais foram os instrumentos de hedge utilizados para proteger o patrimônio líquido, demonstrasse seus resultados e a efetividade do hedge, e que identificasse no Razão os respectivos registros contábeis da receita e da despesa relativos aos meses do período de 2004.

As perdas incorridas em operações com opções de flexíveis de dólar em mercado de balcão não organizado, devem se limitar, para efeito de dedução na determinação do lucro real, aos ganhos auferidos nas referidas operações, conforme dispõe o § 4º, artigo 76, da Lei nº 8.981/95.

OPERAÇÕES PARA FINS DE HEDGE

Não tendo sido comprovado que as operações com opções flexíveis de dólar tenham sido feitas para fins de hedge, impõe-se a limitação das perdas ocorridas, para efeito de dedução na determinação do lucro real, aos ganhos auferidos nas referidas operações.

(Acórdão nº 9101-00.412, de 3 de novembro de 2009, Rel. Consª. Karem Jureidini)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Anocalendario:

2000, 2001, 2002, 2003 PIS. DECADÊNCIA.

A decadência do crédito tributário nos casos de tributos cujo lançamento operase por homologação do pagamento antecipado pelo contribuinte, acontece cinco anos depois da ocorrência do fato gerador correspondente.

PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA. SÚMULA CARF nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. 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.

MULTA DE OFÍCIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXIGIBILIDADE SUSPensa. PROVIMENTO JUDICIAL APÓS INICIO DO PROCEDIMENTO FISCAL.

Não caberá lançamento de multa de ofício na constituição de crédito tributário destinado a prevenir a decadência, quando o provimento judicial ocorre antes do início de qualquer procedimento de ofício relativo ao débito objeto do lançamento.

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

As operações de Hedge em relação às quais as instituições financeiras estão autorizadas a deduzir as perdas da base de cálculo das Contribuições, devem ser devidamente comprovadas pelo contribuinte e estar de acordo com a legislação que disciplina o assunto.

Recurso Voluntário Provido em Parte

(Acórdão nº 3102-01.180, de 01 de setembro de 2011, Rel. Cons. Ricardo Paulo Rosa)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. SIMULAÇÃO. CONFIGURAÇÃO.

Restando devidamente demonstrado nos autos que os agentes da fiscalização fundamentam a sua atuação na configuração efetiva de simulação nos atos praticados pela contribuinte (instrumentos particulares antedatados ou pósdatados), regular se verifica a glosa efetivada.

ÁGIO DE SI MESMO. COMPROVAÇÃO. INVALIDADE

Verificando-se que o documento que, supostamente, fundamentaria a expectativa de rentabilidade futura (“ laudo”) refere-se, na verdade, à rentabilidade possível da própria contribuinte e não das empresas supostamente adquiridas na operação, inválida se verifica a constituição do ágio pretendido, devendo portanto ser aqui mantida a glosa efetivada.

PERDAS DE HEDGE. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

Inexistindo prova/demonstração que fundamente os fatos relativos às supostas perdas sofridas pela contribuinte nas operações com hedge respectivas (ausência de registros no LALUR), inviável se verifica as deduções por ela então operadas.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. REGULARIDADE

Estando configurada a atuação fraudulenta e dolosa da contribuinte, simulando os fatos apontados com o objetivo único e exclusivo de reduzir o montante do tributo devido, válida se mostra a manutenção da penalidade qualificada, da forma como aplicada.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. 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.

(Acórdão nº 1301-001.435, de 12 de março de 2014, Rel. Cons. Carlos Augusto de Andrade Jenier)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Anocalendarío: 2004, 2005

OMISSÃO DE RECEITAS. SALDO CREDOR DE CAIXA. CARACTERIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO

A constatação de saldo credor na conta caixa da pessoa jurídica, quando essa não lograr apresentar provas em contrário, enquadra-se como presunção legal, autorizativa no sentido de que se presume a existência de manipulação de recursos à margem dos registros contábeis, vez que, não havendo disponibilidade contábil no Caixa, quaisquer saídas ou pagamentos efetuados por essa conta evidenciam a utilização de valores oriundos de receitas omitidas, caracterizadores do elemento do tipo legal descrito como infração.

DESPESAS NÃO COMPROVADAS OU DESNECESSÁRIAS. GLOSA

Não tendo sido comprovadas, nem podendo ser consideradas necessárias, tudo à luz da legislação de regência da matéria, há que se manter a glosa operada em face das despesas operacionais assim escrituradas.

GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. PERDAS COM SWAP.

Quando não se prova que a operação no mercado de derivativos se relaciona à proteção dos direitos e obrigações do contribuinte, fica descaracterizado o propósito de cobertura de risco (hedge) da operação. Nesse caso, para fins de dedutibilidade na determinação do lucro real, impõe-se o reconhecimento das perdas apuradas em operações de swap somente até o limite dos ganhos auferidos nas operações de mesma natureza.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Uma vez que os lançamentos de Pis, Cofins e CSLL decorreram dos mesmos elementos prova que nortearam o do IRPJ, evidenciase o caráter reflexivo, impondo-se a eles o mesmo veredicto firmado no lançamento principal.

(Acórdão nº 1401-000.854, de 11 de setembro de 2012, Rel. Cons. Antônio Bezerra Neto)

Ademais, quanto à possibilidade de “hedgear” o patrimônio líquido, são pertinentes as ponderações tecidas pelo autuante à fl. 323. O patrimônio líquido da pessoa jurídica residente do país é estipulado em moeda corrente do país, e seu valor não está sujeito a atualização monetária ou cambial. Sendo assim, não se justifica a realização de operações de *hedge* no tocante ao patrimônio líquido da sociedade. Ademais, e conforme também enfatizou a Fiscalização, segundo o princípio da entidade o patrimônio da entidade, sujeito suscetível de direitos e obrigações, não se confunde com o patrimônio de seus sócios ou proprietários. É irrelevante se os acionistas são estrangeiros, uma vez que quaisquer perdas ou ganhos que

venham a ter em decorrência de oscilações da taxa de câmbio correspondem a eventos a serem reconhecidos em seus respectivos patrimônios, não havendo de se cogitar que a sociedade investida (a autuada) realize operações (pretensamente de *hedge*) para protegê-los contra tais oscilações.

Quanto à pretextada autorização do Bacen, conforme cópia da carta Deorf/Cofin I – 2000/153, acostada aos autos na impugnação, a Autoridade Monetária limitou-se a autorizar o contribuinte "*a considerar o valor do investimento estrangeiro, correspondente a 100% do seu patrimônio líquido, como posição vendida em moeda estrangeira*", conforme deliberação da Reunião de Diretoria Executiva realizada em 03/11/99. E como, enquanto impugnante, o contribuinte não juntou aos autos cópia da correspondência DEORF/COFIN-1/2000/138, de 17.8.2000, não há como elastecer essa autorização para o *hedge* de seu patrimônio líquido.

Por fim, o pedido alternativo de que se classifique tais operações como aplicações em títulos de renda variável e, assim, admitir que as respectivas as perdas sejam excluídas da base de cálculo da Contribuição, segundo a autorização da alínea 'd' do §6º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, não prosperará.

*“As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.”*⁵ Se a Lei nº 9.718, de 1998, faz distinção entre as perdas decorrentes de operações com títulos de renda variável das de operações com ativos financeiros e mercadorias, em operações de *hedge*, não cabe ao aplicador confundi-las, sob pena de desnaturar a classificação de hipóteses feita pelo legislador. O objeto do lançamento foram exclusões de perdas em operações com derivativos, ativos estes que não estão na categoria de títulos de renda variável.

Julgo que não restaram caracterizados nem o objetivo de *hedge* das operações em comento, para seu enquadramento na alínea 'e', do inciso I, do § 6º, do art. 3º, da Lei nº 9.718, de 1998, nem os requisitos de títulos que admitissem a exclusão autorizada na alínea 'd' do referido comando legal. Assim, as perdas não podem ser excluídas da base de cálculo do PIS e o lançamento de ofício das diferenças emergentes da glosa é procedente.

Dos juros de mora sobre a multa de lançamento de ofício

A insurgência contra a incidência dos juros de mora sobre a multa de lançamento de ofício não merece conhecimento na instância recursal.

Trata-se de matéria preclusa haja vista que em nenhum momento da peça reclamationária o impugnante tratara dessa matéria. Veja-se, a propósito, o teor do artigo 473 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), *verbis*: "*é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.*"

Na lição de Chiovenda, repetida por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, tem-se que:⁶

⁵ MAXIMILANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 9ª ed. p. 250.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do Processo do Conhecimento*.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 665, apud CHIOVENDA, Giuseppe. "Cosa giudicata e preclusione", in *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, vol. 3, p. 233.

... a preclusão consiste na perda, ou na extinção ou na consumação de uma faculdade processual. Isso pode ocorrer pelo fato:

i) de não ter a parte observado a ordem assinalada pela lei ao exercício da faculdade, como os termos peremptórios ou a sucessão legal das atividades e das exceções;

ii) de ter a parte realizado atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a proposição de uma exceção incompatível com outra, ou a prática de ato incompatível com a intenção de impugnar uma decisão;

iii) de ter a parte já exercitado validamente a faculdade.”

A cada uma das situações acima corresponde, respectivamente, os três tipos de preclusão: a temporal, a lógica e a consumativa.

No caso em tela ocorreu a preclusão temporal, consistente na perda da oportunidade que a recorrente teve para questionar os juros e a multa de ofício. Ultrapassada aquela etapa, extingue-se o direito de levantá-la agora, nesta fase recursal.

Conclusão

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Sala de sessões, em 15 de outubro de 2014



Alexandre Kern

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, redator designado

Dirirjo 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.

§ 2 / 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 tratou-se 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 hajam 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 vice-versa), mas tal raciocínio, ancorado em uma entre duas leituras possíveis do dispositivo, revela-se 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.

Sala de sessões, em 15 de outubro de 2014

Antonio Carlos Atulim

Declaração de Voto

Conselheiro Ivan Allegretti

Faço a presente declaração de voto por entender necessário esclarecer minha adesão apenas a um dos fundamentos do voto do Relator.

A dedução legal refere-se às “*perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge*” (art. 3º, § 6º, I, “e”, da Lei nº 9.718/98).

Ocorre que o *hedge* pode ser feito de variadas formas, na apenas por meio de operações com instrumentos derivativos.

A Circular nº 3.082/2002 do Banco Central do Brasil, conforme fica claro do caput de seu art. 5º, estabelece condições para *as operações com instrumentos derivativos destinados a hedge*.

Entendo, por isso, que as exigências desta Circular são destinadas ao controle administrativo da atividade financeira que envolve derivativos.

Ou seja, a configuração do *hedge* para os efeitos da dedução da Lei nº9.718/98 não depende do atendimento de todas as exigências da Circular.

No entanto, o *hedge* apenas se caracteriza quando evidenciada a finalidade de proteção em relação a um compromisso do contribuinte em moeda estrangeira.

Concordo com o Relator quando nega a caracterização do *hedge* pretensamente destinado a cobrir o próprio patrimônio líquido da empresa.

O patrimônio líquido não é um compromisso em moeda estrangeira com terceiros, suscetível a oscilação cambial que possa ser protegida por *hedge*.

Independente de o sócio ser estrangeiro ou residente no País, apenas tem direito ao valor do patrimônio líquido em moeda nacional.

Não há sentido em fazer a pessoa jurídica proteger a variação cambial em relação a um compromisso que não tem, pois sua obrigação em relação ao sócio é o valor do patrimônio líquido pela sua expressão em moeda nacional.

Tem razão o Relator quando diz que não se justifica a realização de operações de hedge no tocante ao patrimônio líquido da sociedade.

Por este fundamento, acompanho o voto do Relator.

Sala de sessões, em 15 de outubro de 2014

(assinatura digital)

Ivan Allegretti

CÓPIA