



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Recurso nº. : 135233
Matéria : IRPJ – Ano calendário 1997
Recorrente : LATAM (BRASIL) REPRESENTAÇÕES LTDA. (NOVA DENOMINAÇÃO SOCIAL DE CREDIT SUISSE FIRST BOSTON (BRASIL) REPRESENTAÇÕES LTDA.)
Recorrida : 8ª Turma/DRJ-São Paulo/SP I
Sessão de : 26 de janeiro de 2005
Acórdão nº. : 101-94.813

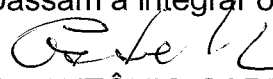
IRPJ. GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. PERDAS COM SWAP. DESCARACTERIZAÇÃO DO HEDGE

O art. 63 da Lei 8.383/91, ao determinar o cômputo, no lucro real, dos resultados líquidos obtidos nas operações de hedge, remeteu a norma tributária às normas da autoridade monetária. Cumpridas as normas da autoridade monetária, com o registro da captação de recursos em moeda estrangeira e comunicação da realização do hedge, sem qualquer oposição manifestada pelo Bacen, não há razão para que a fiscalização descaracterize o hedge.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por LATAM (BRASIL) REPRESENTAÇÕES LTDA. (NOVA DENOMINAÇÃO SOCIAL DE CREDIT SUISSE FIRST BOSTON (BRASIL) REPRESENTAÇÕES LTDA.).

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE


SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

FORMALIZADO EM: 28 FEV 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros VALMIR SANDRI, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, PAULO ROBERTO CORTEZ, CAIO MARCOS CÂNDIDO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

Recurso nº. : 135233
Recorrente : LATAM (BRASIL) REPRESENTAÇÕES LTDA. (NOVA
DENOMINAÇÃO SOCIAL DE CREDIT SUISSE FIRST BOSTON
(BRASIL) REPRESENTAÇÕES LTDA.)

RELATÓRIO

LATAM (BRASIL) REPRESENTAÇÕES LTDA. (NOVA DENOMINAÇÃO SOCIAL DE CREDIT SUISSE FIRST BOSTON (BRASIL) REPRESENTAÇÕES LTDA.), contribuinte inscrita no CNPJ sob o nº 00.589.293/0001-94, com sede social na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Av. Brigadeiro Faria Lima, n.º 3064 – 12º andar - Bairro Jardim Paulistano, jurisdicionado à Delegacia Especial das Instituições Financeiras em São Paulo - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância prolatada pela Oitava Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP, (Acórdão 1.597, de 02/10/2002) recorre a este Primeiro Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 319/364.

A exigência teve origem em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias, tendo sido lavrado, em 25/07/2001, Auto de Infração relativo ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (fls. 09/10) para formalização e exigência do crédito tributário nele estipulado no valor total de R\$ 12.513.617,97 (doze milhões, quinhentos e treze mil, seiscentos e dezessete reais e noventa e sete centavos), incluindo a multa de ofício (75%) e os juros de mora, referente ao fato gerador ocorrido em 31/12/1997 .

O crédito tributário exigido é decorrente de GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS relativas às perdas com *swap* deduzidas acima dos ganhos nessas operações (períodos de apuração das despesas glosadas: setembro/1997; novembro/1997 e dezembro/1997).

O Auditor-Fiscal da Receita Federal responsável pela lavratura do Auto de Infração esclarece, no Termo de Verificação Fiscal, entre outros, os seguintes aspectos:

- o contribuinte efetuou captações de recursos no exterior, em lenes, através da emissão de "Fixed Rate Notes";

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

- o contribuinte realizou operações de “swap” internacional visando proteção contra o efeito da variação cambial lene x Dólar. Com a realização destes contratos de swap, o contribuinte deixou de arcar com os encargos da variação do lene, passando a arcar com os encargos da variação do Dólar, visto que o montante total captado em lene foi objeto de swap lene x Dólar. Isto é, houve uma troca de riscos, passando a empresa a sujeitar-se a variação cambial do Dólar Norte-Americano;

- os recursos captados através das emissões de “Fixed Rate Notes” foram utilizados em aplicações financeiras de renda fixa de CDB pré-fixada, Letras Financeiras do Tesouro – LFT, Notas do Tesouro Nacional – NTN, Notas do Banco Central – série E – NBC-E, Letras do Banco Central – LBC, Letras do Tesouro Nacional – LTN e Fundo de Custo Prazo – FIF, opções flexíveis de dólar e mútuos em dólar para o exterior;

- entre os valores de aplicação financeira, apenas os valores relativos às aplicações em NTN, NBC, LTN, LBC, opções flexíveis e mútuos para o exterior eram indexados ao dólar;

- fica evidenciado que a empresa destinou os recursos captados para aplicações financeiras remuneradas em R\$ como em US\$;

- com o redirecionamento de parte dos recursos para aplicações vinculadas à variação cambial do Dólar Norte- Americano, considerando que os recursos captados sujeitam-se a esta mesma oscilação, a empresa estabeleceu uma política de proteção relativamente à oscilação do Dólar em relação ao Real. Isto é, caso o Real fosse objeto de desvalorização frente ao dólar, o aumento nos encargos de captação seria compensado com a maior remuneração das aplicações em Dólar, e vice-versa;

- entretanto, esta estratégia de proteção restringiu-se a parte dos recursos captados, ficando a empresa exposta aos riscos da variação cambial relativamente ao montante dos recursos aplicados em reais;

- a palavra “swap” significa troca ou permuta e designa uma operação na qual as partes trocam o fluxo financeiro de uma operação sem trocar o principal;

- exemplificando, uma empresa com dívidas em dólar corrigidas por taxas flutuantes poderia contratar uma operação que as transformasse em uma

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

dívida com taxas fixas e vice-versa ou no caso de um Fundo de Investimentos que possui Certificados de Depósitos Bancários – CDB, com taxa de juros pré-fixada, mas quer garantir uma taxa pós aos seus quotistas;

- existem vários tipos de swap, dentre eles: swap pré-pós, swap de taxa de juros, swap de índices, swap de contas a pagar, swap com garantia de valores mobiliários e até swap de risco de crédito, em que uma contraparte assume o risco de crédito que a outra contraparte tem com terceiros. O swap é um instrumento de troca de riscos envolvendo direitos ou obrigações;

- no mercado internacional, os tipos mais comuns de swap são os swaps de taxas de juro e o de moedas estrangeiras conversíveis: marco alemão, libra, dólar norte-americano, iene, etc.;

- hedge pode ser definido como uma operação que tem por objetivo gerenciar o risco de determinada operação relacionada com obrigações ou direitos decorrentes da atividade da empresa, utilizando instrumentos do mercado financeiro;

- o resultado final com a captação e com o swap corresponde a uma posição passiva em Dólares, portanto sujeita à variação cambial do Dólar, o que não caracteriza uma proteção (hedge) contra o risco de variações entre moedas;

- se o contribuinte efetuasse um swap, trocando lene por um indexador de renda fixa, ele saberia qual seria o seu resultado final com a captação mais o swap e, assim, estaria protegido da variação cambial do lene ou de qualquer outra moeda, já que o seu resultado seria atualizado por um índice fixo;

- o hedge é um instrumento de proteção de direitos e obrigações da pessoa jurídica quando o objeto do contrato negociado estiver relacionado com a atividade operacional a empresa, conforme parágrafo 1º do artigo 77 da Lei nº 8.981, de 1995;

- o objeto social do contribuinte, segundo o seu Contrato Social datado de 04/05/95, é o seguinte: prestação de serviços de consultoria; representação de empresas; outros serviços relativos a atividades, transações e operações entre sociedades nacionais e/ou estrangeiras, exceto em transações imobiliárias ou nas que dependam de autorização de órgãos governamentais ou inscrição em entidades de classe;

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

- a captação de recursos no exterior e a aplicação no mercado financeiro interno não se enquadram nas atividades sociais específicas do contribuinte, contrariando o item a do § 1º do artigo 77 da Lei nº 8.981, de 1995;

- como instrumento de proteção de direitos e obrigações, o hedge visa à eliminação de riscos decorrentes de variações de índices, taxas de juros ou moedas, mediante instrumentos de mercados futuro, a termo ou swap;

- o contribuinte pretendeu trocar o risco da variação do lene pelo risco da variação do Dólar, por isso realizou contratos de swap. Ocorre que, com tal prática, o contribuinte passou a correr risco da variação cambial do Dólar em relação ao Real, na proporção dos seus Ativos que não estavam indexados ao Dólar;

- as obrigações do contribuinte, integrantes do seu Passivo, decorrentes da emissão de "Fixed Rate Notes" em lene, passaram a sofrer os risco da variação cambial do Dólar em vista os swaps realizados;

- apenas parte das aplicações financeiras do contribuinte (NTN, NBC, LBC, LTN, opções flexíveis e mútuos para o exterior) eram indexadas ao Dólar, as demais aplicações (FIF, LFT e CDB) não sofriam variação cambial, portanto apenas parte das obrigações indexadas ao Dólar estava protegida por aplicações com o mesmo indexador, ou seja, as aplicações em NTN, NBC, LTN, LBC, opções flexíveis e mútuos para o exterior;

- o montante destas aplicações sofreu variações durante o período analisado, não garantindo qualquer paridade entre o valor do passivo em dólar e o ativo, visto que as obrigações integrantes do passivo eram decorrentes dos contratos de swap, e os direitos integrantes do ativo não foram previamente estabelecidos, alterando-se diariamente de acordo com a política financeira da empresa;

- da mesma forma, mesmo os ativos indexados ao Dólar Norte Americano não guardam qualquer relação de prazo com o passivo da captação. Enquanto a captação foi efetuada com prazo de 8 anos, os títulos que compõem a carteira, em sua maior parte emitidos pelo governo, obedecem à prazos de vencimento próprios de suas características;

- a parcela das obrigações em Dólar proporcionais às aplicações financeiras em FIF, LTF e CDB não estavam protegidas contra as variações da

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

moeda norte-americana em relação aos índices de correção das mesmas contrariando o item b do § 1º do artigo 77 da lei nº 8.981, de 1995;

- no caso em questão, não existe a figura do hedge na proteção dos ativo e passivo sujeitos à variação cambial, visto que o contribuinte apenas estaria trocando um índice de correção do passivo (lene) por outro (Dólar);

- se o contribuinte não efetuasse o "swap" estaria apurando um ganho total de R\$ 11.120.423,57, e tendo realizado o swap obteve uma perda de R\$ 14.543.649,64.

- o diferencial entre o ganho obtido na captação e a perda total incluindo captação e swap equivale a perda do swap, no valor de R\$25.664.073,21;

- nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 76 da Lei 8.981/95, as perdas apuradas nas operações de swap só seriam dedutíveis até o limite dos ganhos auferidos. Como o contribuinte não possui ganhos em operações de swap no ano-calendário de 1977, devem elas ser adicionadas ao lucro real, podendo posteriormente virem a ser excluídas, na forma do § 5º.

O enquadramento legal foi nos artigos 74 e 76 da Lei 8.981/ 95

Irresignada com o lançamento, a empresa apresenta, tempestivamente, em 24/08/01, a sua peça impugnatória de fls. 229/271, argumentando, em síntese, que:

- Através da emissão no exterior de Fixed Rate Notes, efetuou captações em 27/08/97, 11/03/98 e 17/03/98 de, respectivamente, 26.000.000.000,00 de lenes, 30.714.285.714,00 de lenes e 15.869.387.756,00 de lenes, totalizando uma captação de 72.583.673.470,00 lenes Japoneses.

- Esses 72.583.673.470,00 lenes foram convertidos em R\$ 646.694.501,87, através do fechamento de contratos de câmbio, sendo R\$ 235.625.159,76 em 27/08/97, R\$ 272.267.591,35 em 11/03/97 e R\$ 138.801.750,76 entre os dias 17/03/98 e 18/03/98, com o que passou a empresa a ter reais disponíveis no Brasil, e, em contrapartida, uma dívida em moeda japonesa.

- Nas mesmas datas em que houve cada uma das captações, celebrou contratos de swap com não-residente, através dos quais trocou o fluxo financeiro da dívida original em moeda japonesa pelo fluxo de uma nova dívida em Dólares Norte-Americanos, tendo por valores de referência os exatos montantes captados em cada data, ou seja, pelos contratos de swap, a impugnante (i) receberia

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

do não-residente exatamente os valores que deveria pagar aos seus credores titulares das Fixed Rate Notes e, em contrapartida, (ii) pagaria ao não-residente os valores que corresponderiam a uma nova dívida em Dólares, sendo que a liquidação dos swaps é feita pela diferença, após a compensação dos dois fluxos financeiros.

- No confronto dos dois fluxos objeto dos swaps, os valores a pagar pela impugnante revelaram-se, maiores nos meses de setembro, novembro e dezembro de 1997, e menor no mês de outubro, do que os valores a receber nesses mesmos meses.

- Em resumo, no ano de 1997, a empresa teve perdas líquidas de R\$ 25.664.073,21, que o auditor autuante pretende glosar ao fundamento de que tais perdas não decorrem de hedge.

- A conclusão pela ineditabilidade deriva tão somente da premissa de que o swap contratado não teve o propósito de hedge, bastando que se demonstre o equívoco do autuante para que fique demonstrada a improcedência dom auto de infração.

- O Auditor Fiscal desconsiderou o hedge com base em quatro argumentos: (1º) teria havido mera troca de riscos, e não cobertura de risco; (2º) o hedge seria um instrumento de proteção de direitos e obrigações apenas quando o objeto do contrato negociado estiver relacionado com a atividade operacional da empresa, conforme o disposto no art. 77 da Lei nº 8.981, de 1995; (3º) a estratégia de proteção se teria restringido a apenas uma parte dos recursos captados, na proporção dos ativos referenciados em Dólar em relação ao total de ativos da impugnante; e (4º) não haveria coincidência entre os prazos de vencimento do ativo e do passivo, uma vez que a captação fora feita com prazo de oito anos e os títulos que compõem o ativo da impugnante têm prazos menores, como, por exemplo, seis meses.

- No Brasil, o contrato de swap não é definido em lei nem é um contrato típico de permuta, tal como a mesma foi regulada no Código Civil. É um contrato atípico que não encerra necessariamente uma especulação. A propósito, na grande maioria das vezes o swap não tem caráter especulativo, mas sim de proteção, de cobertura de riscos.

- Enquanto o swap é um contrato, o hedge é um propósito, uma finalidade, uma objetivo, uma estratégia. Não existe um contrato de hedge, mas sim

vários negócios jurídicos que individual ou conjugadamente, se prestam à satisfação de tal propósito (hedge), tais como as compras e vendas a termo, as opções e os próprios contratos de swap. Ou seja, pode haver um swap com propósito de hedge – e isso ocorre no mais das vezes, como já mencionado – como também pode haver um swap especulativo.

- Enquanto o hedge objetiva eliminar ou reduzir o risco de uma perda, a especulação procura potencializar um ganho possível, ainda que também se potencialize a perda decorrente da não-realização desse ganho possível. O especulador quer ganhar mais, o hedger (aquele que faz o hedge) não quer perder ou perder menos.

- Assim, pode-se afirmar que um contrato de swap presta-se a finalidades completamente distintas, podendo ter caráter especulativo ou de hedge, caracterizando-se esse último pela busca de proteção contra determinado risco.

- As operações de hedge realizadas no mercado internacional são minuciosamente reguladas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, estando atualmente em vigor a Resolução nº 2.012, de 1993 e a Circular nº 2.348 do BACEN, de 1993.

- Tanto a Resolução nº 2.012, de 1993, quanto a Circular nº 2.348, de 1993, falam em risco de variações “de paridade entre moedas”, e não, especificamente, em risco de variações entre o Real e determinada moeda estrangeira. Ou seja, o hedge realizado no exterior não é necessariamente uma operação de proteção contra a desvalorização do Real frente a determinada moeda estrangeira, mas sim a operação através do qual se cobre o risco da variação cambial entre quaisquer moedas, independentemente do fato de ser uma delas o Real.

- Na prática, o BACEN tem proibido que empresas brasileiras contratem swaps no exterior para trocar lenes por Reais, e só tem permitido que moedas estrangeiras sejam objeto de contratos de swap, ficando caracterizado o hedge quando a empresa brasileira troca uma moeda estrangeira à qual estava exposta, em decorrência de negócio anterior, por outra quanto à qual tenha ou possa ter proteção.



Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

- Foi exatamente o que fez a empresa, que tendo contraído uma dívida em lene com o lançamento das Fixed Rate Notes, contratou swaps pelos quais trocou o lene pelo Dólar.

- É fato público e notório que não há, no mercado financeiro brasileiro, ativos cuja valorização esteja atrelada à variação do lene ou, pelo menos, não há ativos com tal característica que sejam freqüentemente, que tenham liquidez, que formem um mercado em que a entrada ou saída de um participante não seja demasiadamente penalizada. O mesmo é verdadeiro em relação a qualquer outra moeda estrangeira que não o Dólar, pois também é fato público e notório que há, no Brasil, uma enorme diversidade de ativos cuja remuneração é dependente da desvalorização do real frente ao Dólar.

- Logo, a proibição do BACEN quanto a swaps de Reais por lenes acaba por forçar as empresas brasileiras a, primeiro, buscarem proteção, no exterior, contra a oscilação da cotação do lene frente ao Dólar e, depois, a buscarem proteção contra a valorização do Dólar frente ao Real, já aí no mercado brasileiro.

- Em suma, os swaps contratados, inegavelmente, tiveram o propósito de hedge e assim foram registrados no BACEN. Mais do que isso: na prática, foram o único hedge que poderia ser buscado pela empresa, ante a negativa do BACEN em aceitar swaps internacionais de lenes por Reais.

- Ainda que os swaps, por si sós, não tivessem tido propósito de hedge, ainda assim seria improcedente o Auto, porque improcedentes todos os argumentos utilizados pelo Auditor Fiscal para descaracterizar o hedge.

- Como 1º argumento, para concluir que houve mera “troca de riscos” (e não cobertura de risco, o que caracteriza o hedge), o Auditor Fiscal se limitou a olhar para o passivo (aí compreendido o conjunto de captações e swaps) da empresa, não dando qualquer importância aos seus ativos referenciados em moeda norte-americana. Todavia, os dois lados, ativo e passivo, fazem parte de um todo, que não pode ser compreendido de forma segregada. E o próprio Auditor Fiscal reconhece que, para se perceber a existência de hedge, é necessário confrontar o ativo e o passivo da impugnante, que realmente não poderiam ser dissociados. Não procede, portanto, o primeiro argumento (o que teria havido mera “troca de riscos”) que levou à autuação.

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

- Como 2º argumento, alega o Auditor Fiscal que não haveria hedge no caso concreto porque o objeto dos contratos de swap não estaria relacionado com a atividade operacional da pessoa jurídica, com prescreve a alínea “a” do § 1º do art. 77 da Lei nº 8.981, de 1995. Porém, da simples leitura do art. 77 da Lei nº 8.981, de 1995, percebe-se não ser ele aplicável ao caso concreto (de hedge internacional feito pela impugnante através da contratação de swaps com não-residente). O prescrito naquele dispositivo (aliás, substancialmente alterado pelo art. 5º da Lei 9.779/99) só teria aplicação para fins de exclusão da incidência do IRF sobre rendimentos auferidos em hedge realizado no mercado brasileiro, não alcançando o hedge internacional. O dispositivo legal específico que trata da tributação pelo IRF do hedge internacional é o art. 1º, inciso IV, da Lei 9.481/97, alterado pelo art. 2º da Lei 9.542/97, o qual não subordina a validade do hedge internacional à observância do disposto no § 1º do art. 77 da Lei 8.981/95. O hedge internacional está limitado apenas aos casos de taxas de juros, moedas e preços de mercadorias, e à observância das normas baixadas pelo BACEN.

- Em momento algum as normas do CMN e do BACEN fazem menção à observância do disposto no § 1º do art. 77 da Lei nº 8.981, de 1995, ou de alguma forma condicionam a validade do hedge internacional a qualquer relação com a atividade operacional do hedger. Nem a lei que trata da tributação na fonte do hedge internacional, nem as normas do CMN e do BACEN, subordinam a validade do hedge internacional ao cumprimento do disposto no art. 77 da Lei nº 8.981, de 1995.

- As alíneas do § 1º do art. 77 da Lei 8.981/95 são alternativas, conforme deixa claro a Instrução Normativa SRF 2/97.

- Enfim, seja pela não aplicabilidade do art. 77 da Lei 8.981, de 1995, ao caso concreto, seja pela não cumulatividade das alíneas do referido artigo 77, seja pela observância do disposto na alínea “a” por parte da impugnante, não tem procedência o segundo argumento utilizado pelo Auditor Fiscal, na tentativa de descaracterizar o hedge.

- Como 3º argumento, alega o Auditor Fiscal que não haveria hedge porque a estratégia de proteção se teria restringido a apenas uma parte dos recursos captados, na proporção dos ativos referenciados em Dólar em relação ao total de ativos da impugnante.

- Como visto, o hedge visa a eliminar ou reduzir riscos. Portanto, o hedge pode ser total (também chamado de perfeito), quando consegue eliminar completamente o risco, ou parcial, quando consegue apenas mitigá-lo. Total ou parcial, hedge é hedge, inclusive para fins de tributação, uma vez que não há lei que diga que são dedutíveis perdas com hedge total, mas indedutíveis as perdas com hedge parcial.

- O hedge perfeito é raro por motivos de ordem lógica. Primeiro, porque no momento inicial da realização do hedge é difícilíssimo que o devedor tenha disponibilidade de caixa suficiente para cobrir a totalidade de uma dívida recém contraída. Depois, há sempre a compreensível expectativa do devedor de pagar o débito com recursos gerados a partir do desenvolvimento do seu negócio. Daí ser comum o percentual da dívida "hedgiada" ir aumentando ao longo do tempo, na medida em que se aproxima do vencimento da dívida, mesmo assim, sem muitas vezes chegar aos 100% que caracterizariam o hedge perfeito. Mas não é o fato de ser parcial, que é até o caso mais freqüente, que poderia descaracterizar o hedge como pretendido pelo Auditor Fiscal. Total ou parcial, hedge é hedge;

- O quarto e o último argumento lançado pelo Auditor Fiscal não procede porque é incompatível com fatos públicos e notórios decorrentes do atual estágio de desenvolvimento do mercado financeiro brasileiro: O Governo Brasileiro é o grande emissor de ativos indexados ao Dólar e tais ativos simplesmente não são emitidos com prazos tão longos quanto oito anos, que é o prazo de vencimento da dívida.

- A empresa tem ativos "dolarizados" com vencimento em datas anteriores à data de vencimento de sua dívida "dolarizada" e contorna a impossibilidade prática de se adquirirem ativos "dolarizados" com longo prazo de vencimento renovando suas aplicações "dolarizadas", sucessivamente.

- A prevalecer a posição do Auditor Fiscal, chegar-se-ia à absurda conclusão de que hedge cambial no Brasil só pode ser feito por quem tiver dívida de curto ou curtíssimo prazo. Quem tivesse uma dívida de prazo longo e fosse buscar a única proteção cambial disponível no mercado brasileiro seria então um especulador.

- É ilegal a exigência da Taxa Selic pela mora, eis que o CTN impõe ao contribuinte que não pagar o imposto no vencimento o ônus imediato e

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

automático de juros de mora, não importando a razão de seu inadimplemento (art. 161, caput), e que os juros de mora são calculados à razão de 1% (um por cento) ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso.

O litígio foi julgado em primeira instância pela 8ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo, que considerou inteiramente procedente o auto de infração, conforme Acórdão 1.597, de 01 de outubro de 2002, assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/12/1997

Ementa: IRPJ. GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. PERDAS COM *SWAP*.

Quando a operação de *swap* não se revelar pertinente às atividades da empresa ou à proteção de seus direitos e obrigações, 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.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

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 em lei tributária. Não compete à autoridade administrativa apreciar a constitucionalidade das leis, cabendo-lhe observar a legislação em vigor.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 16/12/2002, conforme AR às fls. 313 v., o contribuinte interpôs, em tempo hábil (14/01/03), o recurso voluntário baseado, em síntese, nos mesmos argumentos expedidos na fase impugnatória. Como condição de seguimento do recurso, apresentou arrolamento de bens.

É o Relatório.



Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

VOTO

Conselheira SANDRA FARONI, Relatora

O presente recurso reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal, devendo ser conhecido.

O crédito tributário em litígio é decorrente de GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS relativas às perdas com *swap* deduzidas acima dos ganhos nessas operações.

A empresa captou, no exterior, mediante três emissões de papéis denominados "Fixed Rate Notes" efetuadas nos dias 27/08/1997, 10/03/1997 e 16/03/1998, um total de ¥ 72.583.673.470,00 ienes japoneses. Nas mesmas datas das captações, ou então no dia seguinte, realizou, com não-residente, três operações de *swap* internacional, no total de ¥ 72,5 bilhões de ienes, visando à proteção contra os efeitos da variação cambial iene x dólar norte-americano.

Os ienes captados, após regularmente internalizados no Brasil mediante registro no Departamento de Capitais Estrangeiros do Banco Central do Brasil (Firce/Bacen), foram direcionados a aplicações financeiras remuneradas tanto em real (Fundo de Curto Prazo, CDB, LFT) quando em dólar (NTN, NBC, LTN, LBC, mútuos para o exterior, e opções flexíveis).

Por entender que as operações de *swap* praticadas não se caracterizaram como de *hedge*, a fiscalização glosou as perdas deduzidas no que excederam os ganhos.

Portanto, a solução do litígio se circunscreve em identificar se, ao caso, são aplicáveis, ou não, as regras de tributação do *hedge*, considerando que o caso concreto trata de operações realizadas no exterior, fora de bolsas, e com paridade entre moedas.

As primeiras referências ao *hedge* na legislação tributária constaram do Decreto-lei nº 1.418/75 – sobre a isenção dos resultados em operações de *hedge* efetuadas por exportadores nacionais.



Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

A seguir, o Decreto-lei nº 2.182/84 dispôs, quanto a essas operações, que :“I – os resultados positivos não serão tributáveis, desde que obedecidas as condições estabelecidas pelo Ministério da Fazenda; e II- os resultados negativos não serão dedutíveis”

O art. 6º do Decreto-lei nº 2.397/87 passou a determinar que, nas operações de cobertura realizadas nos mercados de futuros em Bolsas no exterior, computam-se no lucro real os resultados positivos ou negativos. Nas operações que não se caracterizem como de cobertura, os lucros são computados, e os prejuízos não são dedutíveis. A Instrução Normativa 173/88, definiu, para fins fiscais, os tipos de operações que se caracterizam como cobertura de riscos e disciplinou a forma de apuração dos resultados líquidos.

O art. 63 da Lei 8.383/91 estendeu o tratamento previsto no art. 6º do Decreto-lei 2.397/87 às operações de cobertura de riscos (*hedge*) realizadas em outros mercados de futuros, no exterior, além de bolsas, desde que admitidas pelo Conselho Monetário Nacional e desde que observadas as normas e condições por ele estabelecidas. (sublinhei)

Tendo em vista, inclusive, as disposições do art. 63 da Lei nº 8.383/91, o Conselho Monetário Nacional aprovou normas tornadas públicas pela Resolução BACEN 2.012, de 30/07/93, permitindo que “as entidades do setor privado realizem, no exterior, com instituições financeiras ou em bolsas, operações destinadas a proteção (“hedge”) contra riscos de variação de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional”, as quais “ ..pautar-se-ão pelos parâmetros vigentes no mercado internacional, podendo o Banco Central, a seu exclusivo critério, exigir compensação cambial suficiente para elidir os efeitos das operações que se mostrarem dissonantes do objetivo ou celebradas fora daqueles parâmetros.” (sublinhei)

A Lei 8.981/95, no seu Capítulo VI (que compreende os artigos 65 a 82), tratou “DA TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS”. Constam do Capítulo VI as seguintes disposições:

Lei nº 8.981/1995

Art. 74. Ficam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos em operações de swap.
§ 1º A base de cálculo do imposto das operações de que trata este artigo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de swap.

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

§ 3º Somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas nos termos da legislação vigente.

(...)

Art. 76. O imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, ou pago sobre os ganhos líquidos mensais, será: (A redação do caput foi dada pela Lei nº 9.065/95, com vigência a partir de 01.01.95).

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

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

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

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

§ 3º As perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (day - trade), realizadas em mercado de renda fixa ou de renda variável, não serão dedutíveis na apuração do lucro real.

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

§ 5º Na hipótese do § 4º, a parcela das perdas adicionais poderá, nos anos-calendário subsequentes, ser excluída na determinação do lucro real, até o limite correspondente à diferença positiva apurada em cada ano, entre os ganhos e perdas decorrentes das operações realizadas. (A redação deste parágrafo foi dada pela Lei nº 9.065/95, com vigência a partir de 01.01.95).

§ 6º Fica reduzida a zero a alíquota do IOF incidente sobre operações com títulos e valores mobiliários de renda fixa e de renda variável.

§ 7º O disposto no § 6º não elide a faculdade do Poder Executivo alterar a alíquota daquele imposto, conforme previsto no § 1º do art. 153 da Constituição Federal e no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994." (Ver nova redação dada a este artigo pelo Art. 1º da Medida Provisória nº 947 de 22.03.1995, convertida na Lei nº 9.065 de 20.06.1995).

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

(...)

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

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

§ 1º Para efeito do disposto no inciso V, consideram-se de cobertura (hedge) as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preços 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.*

(...)

Portanto, até 31/12/91, consistia pressuposto para dedutibilidade dos prejuízos em operações de *hedge*, *além da caracterização da operação como de cobertura nos termos da IN 173/88*, que se tratasse de operações **com mercadorias**, realizadas nos mercados de futuro, **em bolsas no exterior**. A partir de 01/01/92 passou a ser permitida a dedutibilidade dos prejuízos também nas operações de cobertura realizadas em **outros mercados** de futuro, além de bolsas. A dedutibilidade ficou subordinada à admissão das operações pelo Conselho Monetário Nacional e à observância das normas e condições por ele estabelecidas. Essas normas e condições, para o período de que se trata, são as que constam da Resolução CMN 2.012, de 1993 e Circular BACEN 2.348, de 1993, a seguir transcritas:

Resolução nº 2.012 do CMN, de 1993:

"Art. 1º - Permitir que as entidades do setor privado realizem, no exterior, com instituições financeiras ou em bolsas, operações destinadas a proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridade entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional.

§ 1º - As operações de que se trata pautar-se-ão pelos parâmetros vigentes no mercado internacional, **podendo o Banco Central do Brasil, a seu exclusivo critério, exigir compensação cambial suficiente para elidir os efeitos das operações que se mostrarem dissonantes do objetivo previsto ou celebradas fora daqueles parâmetros, sem prejuízo da aplicação das sanções porventura cabíveis.** (negritos acrescentados)

§ 2º - As operações que se vinculem a direitos e obrigações registradas, ou sujeitas a registro, no Banco Central do Brasil/Departamento de Capitais Estrangeiros (FIRCE) estarão igualmente sujeitas a registro, o qual poderá ser efetuado após a respectiva contratação.

(...).

Art. 4º - Fica delegada competência ao Banco Central do Brasil para adotar as medidas e baixar as normas necessárias a execução do disposto nesta resolução."

Circular BACEN 2.348, de 1993:

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

"Art. 1º - Podem ser objeto de proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional, os pagamentos e recebimentos em moedas estrangeiras programados ou previstos para ocorrerem em momento futuro, relacionados com obrigações e direitos de natureza comercial ou financeira.

(...).

Art. 2º - Para fins e efeitos do disposto no artigo anterior, podem ser utilizadas quaisquer modalidades de proteção ("hedge") institucionalizadas no mercado internacional, segundo os parâmetros à época de cada operação.

Parágrafo único. Referidas modalidades incluem, mas não se limitam a:

I – "hedge" de taxas de juros ("interest rate swaps"), de moedas ("currency swaps") e de mercadorias ("commodity swaps") e seus derivativos, inclusive opções de utilização desses mecanismos;

II – transações em bolsas no exterior, nos mercados a termo, de futuros e de opções.

Art. 3º - Os pagamentos e recebimentos resultantes da utilização das modalidades de proteção ("hedge") serão efetuados em moeda estrangeira, mediante celebração de operação de câmbio para liquidação pronta no mercado de câmbio de taxas livres.

Parágrafo 1º - O disposto neste artigo abrange todas as remessas do e para o exterior pertinentes as modalidades de ("hedge") praticadas no mercado internacional.

(...).

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

I – no caso de "hedge" de taxas de juros e de moedas, o valor remanescente em moeda estrangeira dos direitos e obrigações de natureza comercial ou financeira que lhes sejam subjacentes;

(...).

Art. 5º Após a realização da operação de "hedge" vinculada a direitos e obrigações registradas, ou sujeitas a registro, no Banco Central do Brasil/Departamento de Capitais Estrangeiros (FIRCE), deve ser entregue ao componente da área de capitais estrangeiros de Delegacia Regional do Banco Central do Brasil, sob protocolo, no prazo de 10 (dez) dias contados da contratação do "hedge", correspondência contendo as informações a seguir indicadas, acompanhada do documento de confirmação da transação ("confirmation letter" ou assemelhado):"

Dessa forma, a partir de 01/01/92, ficou admitida a dedutibilidade dos prejuízos também nas operações de cobertura realizadas em no exterior, através de instituições financeiras (portanto, não mais apenas em bolsas), contra riscos de taxas de juros e de paridade entre moedas (portanto, não mais apenas com mercadorias), observadas as normas do BACEN.

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

As operações de *swap* Iene x Dólar realizadas têm característica de *hedge*, já que os ativos e passivos estão referenciados em uma mesma moeda, no caso o dólar norte-americano. Assim, o eventual ganho da aplicação dolarizada seria compensado pela perda referente ao aumento da dívida dolarizada ou vice-versa, eliminando os riscos inerentes à variação cambial.

As operações de *hedge* realizadas no mercado internacional são minuciosamente reguladas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil (BACEN).

No presente caso, a empresa cumpriu rigorosamente a legislação do Bacen. Registrou no Firce a captação dos ¥ 72,583 bilhões de ienes, comunicou ao Firce a realização do *hedge* de ¥ 72,5 bilhões de ienes por dólar. A acusação fiscal em nenhum momento relatou eventual oposição do Bacen à realização, seja da captação, seja do *hedge*. E nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução CMN 2.012/93, compete ao BACEN averiguar se as operações se revelaram dissonantes do objetivo ou fora dos parâmetros vigentes no mercado internacional, podendo exigir compensação cambial suficiente para elidir os respectivos efeitos.

Se a Recorrente cumpriu as normas da autoridade monetária, registrando a captação de recursos na moeda japonesa e comunicando a realização do *hedge*, e nenhuma oposição foi manifestada pelo Bacen, não há razão para que a fiscalização descaracterize o *hedge*.

Embora seja irrefutável que a Recorrente esteja sujeita à fiscalização e controle tanto do Banco Central quanto da Secretaria da Receita Federal, no âmbito de suas respectivas competências, devendo observar as normas expedidas por ambos os órgãos, e que as normas baixadas pelas autoridades monetárias não alteram e jamais se sobrepõem às disposições da legislação tributária, é também inegável que o art. 63 da Lei 8.383/91, ao determinar o cômputo, no lucro real, dos resultados líquidos obtidos nas operações de *hedge*, remeteu a incidência da norma tributária à sua admissão pela autoridade monetária e observância das normas por ela expedidas.

Processo nº. : 16327.001487/2001-94
Acórdão nº. : 101-94.813

Não tendo sido identificada qualquer irregularidade na operação de *hedge* internacional, nem manifestada oposição pelo BACEN, não pode prosperar sua descaracterização, para fins tributários.

Em razão de todo o exposto, voto no sentido de DAR provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 26 de janeiro de 2005


SANDRA MARIA FARONI

