



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

Processo nº 16327.001519/2007-47
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-004.783 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de setembro de 2017
Matéria COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente ING CORRETORA DE CÂMBIO E TÍTULOS S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. PERDAS EM OPERAÇÕES DE *SWAP* DÓLAR X CERTIFICADO DE DEPÓSITO INTERBANCÁRIO. NATUREZA MERAMENTE ESPECULATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

Comprovado nos autos que as operações de swap dólar x swap depósito interbancário (DI), realizadas pela recorrente, com o objetivo de proteger, contra a variação cambial, a participação de supostos investimentos estrangeiros não comprovados no seu capital social, teve natureza meramente especulativa, não é admissível a exclusão da base de cálculo da Cofins de eventuais perdas decorrentes das citadas operações, seja a título de perdas com operações de hedge ou com operações com títulos de renda variável, por não se caracterizar nenhum desses tipos de operações.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

ARGUIÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO PELO CARF. IMPOSSIBILIDADE.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencido o Conselheiro Cássio Schappo.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento - Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros Paulo Guilherme Déroulède, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Walker Araújo, José Fernandes do Nascimento, Cássio Schappo, Charles Pereira Nunes, Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza, José Renato Pereira de Deus.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração (fls. 541/552), em que formalizada a cobrança da Cofins dos anos-calendário de 2003 a 2004, acrescidos de multa de ofício e juros moratórios, no valor total de R\$ 698.937,56.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 555/571, em síntese, a fiscalização apresentou os seguintes fatos motivadores da autuação:

a) a autuada teria deduzido da base de cálculo da Contribuição para PIS/Pasep e da Cofins, nos períodos de apuração dos anos-calendário de 2003 a 2005, despesas relativas a perdas com *SWAPS* dólar x Depósito Interbancário (DI), contratados, alegadamente, sob o conceito de *hedge* de capital, mas, de fato, tinha caráter eminentemente especulativo e, portanto, sem fundamento para a exclusão prevista no art. 3º, § 6º, I, “e”, da Lei 9.718/1998;

b) as mencionadas operações de *hedge*, consoante informado pelo autuado, teriam por finalidade proteger a participação de investimentos estrangeiros no seu patrimônio, contra variação cambial, o que não era verdade, pois, a autuada era empresa brasileira, com capital em reais e sócios acionistas de nacionalidade brasileira, inexistindo investidor estrangeiro na sociedade;

c) a atribuição à sociedade do ônus de proteger o capital do sócio implicaria confusão das personalidades da empresa com a personalidade dos sócios, o que não tinha fundamento legal, para fins tributários;

d) as bases de cálculo declaradas nas DIPJ 2003 e 2004 e no Dacon 2005, as exclusões efetuadas sem base legal a título de *hedge* de capital, as bases de cálculo apuradas e os valores lançados estavam explicitados nas planilhas integrantes do citado Relatório Fiscal (fls. 568/569);

e) para o mês de julho de 2003, foi considerado o valor declarado na DIPJ na linha “Despesas em Operações com Derivativos Objeto de *Hedge*”, no valor de R\$ 125.000,00, que não constava da planilha entregue pela autuada; e

f) para o mês de julho de 2005, o lançamento foi de R\$ 1.813,08, que é o valor do tributo correspondente à diferença entre débito a pagar declarado no Dacon, no valor de R\$ 11.892,27, e o declarado na DCTF, no valor de R\$ 10.079,19, para o mencionado mês.

Em sede de impugnação, em síntese, a interessada apresentou as seguintes razões de defesa:

a) impetrara o Mandado de Segurança nº 2005.61.00.010587-8, para suspender a exigibilidade da Cofins a partir de maio de 2005 na sistemática da Lei 9.718/1998, sendo que inexistia identidade de objeto entre as discussões travadas no âmbito judicial e administrativo;

b) era legítima a operação de *hedge* do patrimônio líquido e, consequentemente, do capital, para buscar a proteção deste contra perda futura decorrente dos riscos do negócio ou de alterações no mercado financeiro; inexistiria qualquer dispositivo legal obstando as empresas nacionais de efetuarem operações de *hedge*;

c) o fato de a autuada ser empresa de capital nacional não a impediria de efetuar operações em moeda estrangeira; o entendimento de que empresa nacional não poderia ou não teria interesse em efetuar *hedge* de seu capital aliena-se da realidade e negava a existência de uma sociedade globalizada, onde qualquer empresa podia efetuar operações em qualquer tipo de moeda estrangeira;

d) a autuada era empresa integrante de conglomerado internacional ING, cuja controladora estava sediada no exterior; a ING EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, que pertencia ao conglomerado, era detentora de 99% do seu capital e tinha como sócios várias empresas que tinham capital em dólar;

e) inobstante estar sediado no Brasil, a autuada era controlada indiretamente por empresa estrangeira, com matriz no exterior e capital em dólar, conforme previsto no artigo 254-A, § 1º, da Lei 6.404/1976, alterada pela Lei 10.303/2001; tendo em vista o envolvimento indireto de controle e de capital internacional, teria havido, então, necessidade de proteção do capital;

f) os valores do *notional* dos *SWAPS* US\$ versus CDI contratados seriam próximos do patrimônio líquido ajustado do período dos contratos, cujos prazos eram de 90 dias, havendo, para sua manutenção, nova contratação a cada encerramento de período;

g) mesmo que não fossem consideradas operações de *hedge*, tais operações eram caracterizadas como títulos de renda variável, podendo ser enquadradas no artigo 3º, § 6º, I, alínea “d”, da Lei 9.718/1998, conforme se inferia da resposta à questão de nº 592 do “Perguntas e Respostas” - Pessoa Física 2002; por definição os derivativos seriam equiparáveis aos títulos de renda variável; e

h) o impedimento da dedução representava tratamento anti-isonômico, conforme definido em doutrina cujo excerto colaciona, em face dos demais contribuintes que realizaram operações em mercados futuros de bolsa no mesmo período e procederam à dedução, conforme o disposto no artigo 3º, § 6º, I, alínea “d”, da Lei 9.718/98.

Sobreveio a decisão de primeira instância (fls. 721/733), em que, por unanimidade de votos, o lançamento foi julgado procedente e o crédito tributário integralmente mantido, com base nos fundamentos resumidos nos enunciados das ementas que seguem transcritos:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO
DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

*AUTO DE INFRAÇÃO. PERDAS EM OPERAÇÕES DE SWAP.
EXCLUSÕES INDEVIDAS.*

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

Lançamento Procedente.

Em 3/8/2009, a autuada foi cientificada da referida decisão (fl. 737). Inconformada, em 1/9/2009, protocolou o recurso voluntário de fls. 738/749, em que, reapresentou as razões de defesa suscitadas na peça impugnatória.

Em aditamento, a recorrente alegou que:

a) a autoridade julgadora, à margem de suas próprias afirmações, acerca da natureza da operação realizada e das provas acostadas aos autos, afirmou que a recorrente não comprovara que as operações *swap* realizadas teriam fins de *hedge*, o que contrariava os elementos carreados aos autos, que levava a conclusão incontestada de que as operações realizadas tinham natureza de *hedge*, cuja finalidade precípua era elidir o efeito das futuras oscilações de preços e índices, em especial, a variação de taxas cambiais;

b) os contratos de *swap* realizados se prestaram, tão somente, para anular uma perda que fora obtida em outra posição ou compensar um ganho, restando configurada a finalidade de *hedge* da prática ocorrida; e

c) avultava-se totalmente equivocada a interpretação dada pela autoridade julgadora ao caso vertente, eis que se ativera apenas a elementos superficiais, não aprofundando sua análise, para verificar que, independentemente de se tratar de empresa nacional, havia, como restou comprovado, necessidade de proteção de capital, tendo em vista o envolvimento indireto de controle e capital internacional.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator.

O recurso é tempestivo, trata de matéria da competência deste Colegiado e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto, deve ser conhecido.

A lide trata de controvérsia envolvendo a glosa de deduções da base de cálculo da Cofins dos períodos de apuração dos anos de 2003 a 2005, referentes a perdas com operações do tipo “*swap* dólar x taxa DI”, nas quais a corretora recebia variação cambial mais taxa de juros e pagava a taxa DI ao investidor.

A referida dedução foi realizada sob a forma de “perdas com títulos de renda variável” ou “perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de *hedge*” previstas, respectivamente, nas alíneas “d” e “e” do I do § 6º do art. 3º da Lei 9.718/1998, a seguir transcrito:

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: (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)

[...]

d) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

e) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

[...] (grifos não originais)

Notícia os autos que, no período objeto da autuação, a recorrente realizou as citadas operações de *swap*, para fins de *hedge* de capital ou de *Export Notes*. A fiscalização considerou regulares as deduções com as perdas ocorridas nas operações lastreadas em *Export Notes* e manteve a dedução declarada pela recorrente.

De outro modo, a fiscalização descaracterizou as operações declaradas como *hedge* de capital e procedeu a glosa integral dos valores deduzidos a este título, com base no argumento que, como a autuada era uma empresa brasileira, com capital social em moeda nacional, cujos sócios eram brasileiros, as referidas operações tinham caráter meramente especulativo, portanto, não se tratava de operações de *hedge*. Também não acatou a equiparação de tais operações a títulos de renda variável.

Em relação à descaracterização das referidas operações como operações de *hedge* de capital, a recorrente alegou (i) que não havia dispositivo legal obstando que a empresa nacional efetuasse operações de *hedge* e (ii) que as referidas operações visavam proteger o seu patrimônio líquido, pois fazia parte, indiretamente, do conglomerado internacional ING, ao qual pertencia a pessoa jurídica ING Empreendimentos e Participações Ltda., a sociedade detentora de 99% do seu capital, que possuía acionistas estrangeiros e capital em dólar.

O primeiro argumento não tem relevância para o deslinde da controvérsia, pois, o motivo da glosa em apreço foi a descaracterização das referidas operações de *swaps*

como operações de *hedge*, em razão da natureza meramente especulativa, e não a proibição de realização das referidas operações de *hedge* por empresas de capital nacional.

O segundo argumento também não ampara a pretensão da recorrente, porque, há provas irrefutáveis colacionadas aos autos (cópias da Ata da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária e do Estatuto Social, por exemplo), que demonstram cabalmente que o capital social da recorrente pertence a pessoas jurídica e física domiciliadas no País. O fato de ela ser controlada indiretamente por pessoas jurídica e física estrangeira não tem relevância alguma para a definição da origem do seu capital social, que, comprovadamente, é 100% de origem nacional.

Em finanças, chama-se *hedge* (cobertura, em vernáculo) de operações financeiras que visa proteger ativos financeiros contra os riscos de grandes variações de preço. Assim, tais operações têm por finalidade proteger o valor de um ativo financeiro contra uma possível redução de seu valor numa data futura ou, ainda, assegurar o preço de uma dívida a ser paga no futuro. Trata-se de estratégia financeira em que o investidor assume uma posição comprada ou vendida (ativo/passivo financeiro), normalmente com a contratação de um derivativo financeiro ou um investimento, com o objetivo específico de reduzir ou eliminar o risco, geralmente, de natureza cambial, de outro investimento ou transação financeira.

No caso em tela, como ficou evidenciado que não houve aporte de recursos financeiros em moeda estrangeira ao capital social da recorrente, passível de proteção dos riscos decorrentes da variação cambial, inequivocamente, fica demonstrada a natureza meramente especulativa das citadas operações, conforme acertadamente concluiu a fiscalização.

Além disso, o fato de todas as operações de *swaps* em comento terem sido realizadas com o ING BANK N V, CNPJ 49.336.860/0001-90, pertencente ao conglomerado ING, evidencia a contradição do argumento da recorrente de que tais operações visava proteger o capital estrangeiro indiretamente investido na recorrente, pois, se houve perda da recorrente, indiretamente pertencente ao citado conglomerado, simultaneamente, houve ganho do referido banco, também integrante do referido conglomerado. Logo, no âmbito do grupo empresarial, como um todo, não houve perda nem ganho, porque o ganho do banco foi compensado com a perda da recorrente.

No caso, se prevalecesse o entendimento da recorrente, de fato, só quem arcaria com prejuízo seria a Fazenda Nacional e, indiretamente, a sociedade brasileira, pois teria reduzido indevidamente o valor do tributo devido, por meio de operação meramente especulativa com aparência de operação de *hedge*, cujo resultado final, evidencia nítido objetivo de reduzir a base de cálculo da Cofins, sem amparo legal.

Também sem procedência a segunda alegação da recorrente de que as operações de *swaps* em comento equiparavam-se a aplicações financeiras em títulos de renda variável, baseada no argumento de que, por definição, os derivativos seriam equiparáveis aos títulos de renda variável, logo, o impedimento da referida dedução representava tratamento anti-isonômico.

Em relação ao primeiro argumento, seja na esfera financeira ou jurídica, é evidente a diferença entre as duas modalidades de operações financeiras. As modalidades de operações com derivativos, a que pertence as operações do tipo *swap*, há troca de rentabilidade entre dois bens (mercadorias ou ativos financeiros), a partir da aplicação da rentabilidade de ambos a um valor em reais, por exemplo, swap de dólar x swap de ouro.

Por sua vez, as aplicações financeiras em títulos de renda variável têm natureza autônoma, desvinculado dos negócios subjacentes que lhe tenham dado origem, que se caracteriza pelo conhecimento da remuneração ou retorno de capital somente no momento do resgate. São exemplos dessas modalidades de operações financeiras, as aplicações em ações, quotas ou quinhões de capital, em ouro, ativo financeiro, e os contratos negociados nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

Assim, uma vez demonstrado que as operações de *swaps* realizadas pela recorrente não se equiparam às operações com títulos de renda fixa, também fica demonstrada a insubsistência do argumento de falta de tratamento isonômico dados aos citados tipos de operações. Dessa forma, se há diferença entre tais operações, obviamente, tal diferença foi o critério de discriminação, definido pelo legislador, para permitir a dedução das perdas com as aplicações financeiras em título de renda variável, exceto em ações, e não permitir a dedução de perdas com as operações meramente especulativas com *swap*.

Entretanto, se tal critério de discriminação, implicitamente, apresentado no art. 3º, § 6º, I, alíneas “d” e “e”, da Lei 9.718/1998, não está em consonância ou fere o princípio da isonomia tributária, insculpido no art. 150, II, da Constituição Federal de 1988, por força do disposto no art. 26-A¹ do Decreto 70.235/1972, não cabe a este Colegiado apreciar tal aspecto atinente a referida norma legal.

Aliás, no âmbito deste Conselho, tal vedação encontra-se expressamente determinada no art. 62² do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF 343/2015, e consolidada no enunciado da Súmula CARF nº 2, que tem o seguinte teor, *in verbis*: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

¹ "Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)
[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)"

² "Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993".

Por todo o exposto, vota-se por NEGAR PROVIMENTO ao recurso, para manter na íntegra a decisão recorrida.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento