



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

Processo nº 16327.001520/2007-71
Recurso nº 513.009 Voluntário
Acórdão nº 3102-01.081 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de julho de 2011
Matéria Contribuição para o PIS/Pasep
Recorrente ING CORRETORA DE CÂMBIO E TÍTULOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

Concomitância. Efeitos

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial, sob qualquer modalidade processual, com o mesmo objeto do processo administrativo. Aplicação da Súmula CARF nº 1.

Sendo diversos os objetos, cabe conhecer o recurso.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

Perdas com Operações de Swap. Indedutibilidade

Para efeito de cálculo da contribuição para o PIS, somente serão reconhecidas perdas em operações no mercado de derivativos, alegadamente realizadas com a finalidade de *hedge*, ou seja, de proteção do patrimônio da sociedade, se demonstrada a posição de risco que está sendo protegida.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ricardo Rosa, Álvaro Almeida Filho, Paulo Sergio Celani, Luciano Pontes de Maya Gomes., Nanci Gama e Luis Marcelo Guerra de Castro.

Relatório

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto relatório que embasou o acórdão recorrido, que passo a transcrever:

Trata-se de impugnação (fls. 513 a 528) a Auto de Infração (fls. 490 a 495) de CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL – PIS, por FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO, referente a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2003, 2004 e 2005, lavrado pela Delegacia de Instituições Financeiras de São Paulo – DEINF/SPO-I, em 10/09/2007, com exigibilidade suspensa, por força de sentença proferida no Mandado de Segurança 2005.61.00.010590-8.

2. O crédito tributário assim constituído foi composto pelos valores a seguir discriminados :

PIS..... R\$ 56.902,01

Juros de Mora (calculados até 31/08/2007)R\$ 26.355,13

Valor do crédito tributário apurado R\$ 83.257,14

3. Como enquadramento legal do lançamento do tributo, o autuante assinala os artigos 2º, inciso I, alínea a e parágrafo único, 3º, 10, 26 e 51, do Decreto 4.524/2002, o artigo 3º, da Lei 9.718/98 e o artigo 27 da IN SRF 247/2002 (fl. 493). Para os juros de mora traz como fundamento legal o artigo 61, parágrafo 3º, da Lei 9.430/96 e, para a não aplicação da multa de ofício, o artigo 63, da Lei 9.430/96 (fl. 489).

4. No Termo de Verificação 01/2006-00271-8 (fls. 496 a 511), a autoridade noticia, em resumo, que:

i) o autuado teria deduzido da base de cálculo do PIS e da COFINS , nos anos-calendário de 2003, 2004 e 2005, despesas relativas a perdas com swaps dólar X DI, contratados, alegadamente, sob o conceito de hedge de capital, mas, de fato, com caráter eminentemente especulativo, sem, portanto, fundamento para a exclusão prevista no parágrafo 6º, inciso I, alínea e, do artigo 3º da Lei 9.718/98;

ii) as mencionadas operações de hedge, consoante informado pelo autuado, teriam por fim proteger a participação de investimentos estrangeiros no seu patrimônio, contra variação cambial;

iii) tratar-se-ia, porém, de empresa brasileira, com capital em reais e sócios acionistas de nacionalidade brasileira, inexistindo investidor estrangeiro na sociedade; 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 tem fundamento legal, para fins tributários;

iv) as bases de cálculo declaradas nas DIPJ's 2003 e 2004 e DACON 2005, as exclusões efetuadas sem base legal a título de hedge de capital, as bases de cálculo corretas e os valores lançados são mostrados nas planilhas produzidas pela autoridade (fls. 509 e 510);

v) para o mês 07/2003, foi considerado o valor declarado na DIPJ na linha "Despesas em Operações com Derivativos Objeto de Hedge" (R\$ 125.000,00), que não consta da planilha entregue pelo autuado;

vi) para o mês de 07/2005 o lançamento foi de R\$ 1.932,49, que é o valor do tributo correspondente à base de cálculo declarada na DACON, tendo o autuado declarado débito zero em DCTF para o mencionado mês;

vii) não foi lançada a multa de ofício em razão da sentença judicial proferida no Mandado de Segurança 2004.61.00.010590-8, que considerou inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98.

5. Cientificado do lançamento em 11/09/2007 (fl. 490), o autuado protocolizou a impugnação em 10/10/2007 (fl. 513), na qual alega, em resumo, que :

i) seria legítima a operação de hedge do patrimônio líquido, e, conseqüentemente, 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;

ii) o fato de o autuado ser empresa de capital nacional não o 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 nega a existência de uma sociedade globalizada, onde qualquer empresa pode efetuar operações em qualquer tipo de moeda estrangeira;

iii) o autuado seria empresa integrante de conglomerado internacional ING, cuja controladora está sediada no Exterior; a ING EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, que pertence ao conglomerado, seria detentora de 99% do seu capital e teria como sócios várias empresas que possuem capital em dólar, conforme documentação que junta (fls. 668 a 676);

iv) assim, inobstante estar sediado no Brasil, seria controlado indiretamente por empresa estrangeira, com matriz no Exterior e capital em dólar, conforme previsto no artigo 254-A, parágrafo 1º, da Lei 6.404/76 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;

v) 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;

vi) mesmo que não fossem consideradas operações de hedge, seriam caracterizadas como títulos de renda variável, podendo ser enquadradas no artigo 3º, parágrafo 6º, inciso I, alínea d, da Lei 9.718/98, conforme se inferiria da resposta à questão 592 do “Perguntas e Respostas” – Pessoa Física 2002; por definição os derivativos seriam equiparáveis aos títulos de renda variável;

vii) o impedimento da dedução representaria tratamento anti-isonômico, - conforme definido em doutrina cujo excerto colaciona -, em face dos demais contribuintes que realizem operações em mercados futuros de bolsa no mesmo período e procedam à dedução conforme o disposto na mencionada alínea d, inciso I, parágrafo 6º, do artigo 3º da Lei 9.718/98.

Ponderando as razões aduzidas pela autuada, juntamente com o consignado no voto condutor, decidiu o órgão de piso pela manutenção integral da exigência, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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 do PIS, 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

Após tomar ciência da decisão de 1ª instância, comparece a autuada mais uma vez ao processo para, em sede de recurso voluntário, essencialmente, reiterar as alegações manejadas por ocasião da instauração da fase litigiosa.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, Relator

1- Preliminarmente

O recurso é tempestivo.

Entretanto, antes de adentrar na análise do mérito, entendo relevante expor as razões pelas quais, no meu entendimento, deva ser conhecido, apesar da lavratura do auto de infração reconhecer a suspensão da exigibilidade da exigência, em razão do litígio travado nos autos do Mandado de Segurança nº 2005.61.010590-8.

Com efeito, naquele processo judicial, o sujeito passivo discute a integralidade da exigência fiscal fundada no art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, entretanto, admitindo-se que não haja sucesso integral em tal pedido, sem a manifestação deste Colegiado, não haveria como proceder à cobrança dos créditos, eis que permaneceria a incerteza acerca da base de cálculo a ser considerada para efeito da incidência da Contribuição para o PIS/Pasep.

2 - Mérito

Aduz o Fisco que o Sujeito Passivo deduzira indevidamente da base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep despesas financeiras atreladas a contratos de *swap dólar x taxa DI*, efetuados com empresa do mesmo grupo, ING BANK NV, CNPJ 49.336.860/0001-90, assim descrita no Termo de Verificação que respalda o Auto de Infração litigioso (original não destacado):

A operação global envolve a emissão de Export Notes-EN por uma empresa, exportadora, que recebe um prêmio da corretora pelo assim chamado "aluguel" da EN, que corresponde a um contrato de cessão com retrocessão. Essa EN funciona como lastro para a corretora propiciar a um cliente, denominado aplicador, a possibilidade de aplicar valores em reais e obter rendimentos pela variação cambial do real em relação ao dólar, mais juros, através de um contrato de cessão e retrocessão da EN. Ao contrário do contrato com o exportador, aqui existe o pagamento de uma quantia em reais referente ao principal, pelo aplicador à corretora, que por sua vez aplica o valor em reais e obtém pelo mesmo o rendimento da variação da taxa DI.

Segundo sustenta a Autoridade Fiscal, tal dedução não encontraria respaldo legal, eis que não se incluiria em quaisquer das alíneas do § 6º, I, da Lei nº 9.718, de 1998:

§ 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 2158-35, 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 2158-35, de 2001)

(...)

d) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

e) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge;

Disciplinando o dispositivo legal, art. 26, do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002, repete a redação acima e, no parágrafo único dispõe (destaques acrescidos):

Art. 26. Os bancos comerciais, bancos de investimento, 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, cooperativas de crédito e associações de poupança e empréstimo, para efeito da apuração da base de cálculo das contribuições, podem deduzir da receita bruta o valor (Lei nº 9.701, de 17 de novembro de 1998, art. 1º, inciso III, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 3º, §§ 4º e 5º e inciso I do § 6º, com a redação da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 2º):

(...)

VII - das perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; e

VIII - das perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge.

*Parágrafo único. A vedação do reconhecimento de perdas de que trata o inciso VII aplica-se às operações com ações realizadas nos mercados à vista e de derivativos (futuro, opção, termo, swap e outros) **que não sejam de hedge.***

Por outro lado, a operação de *hedge*, como é cediço, caracteriza-se pelo “objetivo de obter proteção contra o risco de variações de taxas de juros, de paridade entre moedas e do preço de mercadorias”, conforme glossário editado pelo Banco Central do Brasil¹.

Não é outro o conceito fixado na § 1º do art. 77 da Lei nº 8.981, de 1995. Vejamos (destaques acrescidos):

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

(...)

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

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

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

¹ Disponível em <http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=495&idioma=P&idpai=GLOSSARIO>

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

Swap, por outro lado, nos termos do § 1º do art. § 1º, da Resolução nº 2.138, de 29 de dezembro de 1994, do Conselho Monetário Nacional, está assim conceituado:

Parágrafo 1º Para os efeitos desta Resolução, definem-se como de "swap" as operações consistentes na troca dos resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais.

A acusação do Fisco, portanto, está fundada na convicção de que tais contratos, não se inserem no conceito de *hedge*, mas operações com derivativos (especulativas), hipótese em que a dedução encontraria óbice na legislação de regência já transcrita acima.

Não se trataria de *hedge* de capital, em razão de que não haveria investimentos estrangeiros a proteger. Os sócios da companhia seriam pessoas físicas residentes ou pessoa jurídica estabelecida no Brasil.

Por outro lado, as operações envolvendo contratos, não se confundiriam com aquelas que tratam de títulos, o que afastaria igualmente a alegação de que tais rendimentos se equiparariam a aplicações no mercado de renda variável.

Em sentido oposto, aduz o contribuinte que, dado o percentual do patrimônio líquido envolvido, caracterizado estaria o *hedge* de capital. Por outro lado, a Recorrente seria controlada pela ING EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. em cujo quadro societário figurariam investidores estrangeiros, que realizaram aporte de capital igualmente em moeda estrangeira.

Aduz, ainda, que as operações com derivativos seriam equiparadas a títulos de renda variável, segundo o próprio “perguntas e respostas” da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Com o devido respeito, não vejo como acolher tais alegações.

Em primeiro lugar, o grau de comprometimento do patrimônio líquido (em Reais) com a aquisição desses derivativos demonstra uma política comercial da pessoa jurídica, mas não se traduz na “proteção” desse patrimônio, mediante a aquisição de posições em moeda estrangeira com o intuito de lucro. Ou seja, o sujeito passivo não está garantindo seu patrimônio, mas investindo seu patrimônio.

Com efeito, não foi trazido ao processo qualquer elemento que infirme a convicção de que a pessoa jurídica não manteria no patrimônio líquido qualquer conta expressa em Dólar, nem muito menos a necessidade de proteger o investimento de sócio estrangeiro, aportado em dólares. Como já mencionado, todos os sócios são residentes ou estabelecidos no Brasil.

Nessa mesma linha já se manifestou o extinto Primeiro Conselho de Contribuintes. Confira-se a ementa do acórdão 104-20.132, de 12/08/2004:

OPERAÇÃO FINANCEIRA - CLASSIFICAÇÃO COMO "HEDGE" PARA PROTEÇÃO DE POSIÇÕES DE RISCO - CARACTERIZAÇÃO - Não se classificam como "hedge" para proteção de posições de risco as operações financeiras de natureza eminentemente especulativa em que não fique caracterizada a posição de risco que está sendo protegida.

Note-se que não se discute, no presente processo, a licitude da política de investimentos do sujeito passivo, perfeitamente lícita, segundo noticiado nos autos. O litígio cinge-se à dedutibilidade das perdas incorridas em tais operações e tal dedutibilidade, como já se viu, não guarda relação com a higidez das operações, mas com a sua natureza.

Por outro lado, o fato de que a pessoa jurídica que controla um dos sócios da Recorrente possuir uma grande fração de seu capital decorrente de investimento estrangeiro não imprimiria o alegado caráter protecionista à operação, na medida em que o patrimônio investido não pertencia à sócia ou à sua controladora, mas a uma terceira empresa, no caso, a Recorrente. Sabidamente, o patrimônio da sociedade não se confunde com o dos seus sócios.

Não se pode ignorar, ainda, que, mesmo que se amplie os conceitos empregados no mercado financeiro e se considere as operações com *Swap* como de renda variável, não haveria como reconhecer a dedutibilidade das perdas: a lei só admite deduzir as perdas com aquisições de títulos, hipótese que não se confunde com a tratada nos autos.

Finalmente, não há como enfrentar as alegações de violação ao princípio da isonomia em razão de que, como já se viu, a distinção do tratamento conferido às operações que admitem dedução das que não admitem decorrem de lei vigente. Afastar tal comando, portanto, implicaria controle de constitucionalidade, expressamente vedado a este Colegiado por força do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, introduzido pela Medida Provisória nº 449, de 2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941, de 2009².

3- Conclusão

Com essas considerações, nego provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2011.

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro

² 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.

Processo nº 16327.001520/2007-71
Acórdão n.º **3102-01.081**

S3-C1T2
Fl. 743
