



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16327.001520/2007-71
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9303-005.034 – 3ª Turma
Sessão de 12 de abril de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP
Recorrente ING CORRETORA DE CÂMBIO E TÍTULOS S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS

É condição para que o recurso especial seja admitido que se comprove que colegiados distintos, analisando a mesma legislação aplicada a fatos ao menos assemelhados, tenham chegado a conclusão díspares. Não tendo o colegiado recorrido analisado a matéria de que se pretende recorrer, não se pode admitir recurso que a pretenda discutir por falta de prequestionamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial do Contribuinte, vencidas as Conselheiras Vanessa Marini Cecconello (Relatora), Tatiana Midori Migiyama e Érika Costa Camargos Autran, que conheceram do recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Júlio César Alves Ramos.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello - Relatora

(assinado digitalmente)

Júlio César Alves Ramos - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Tatiana Midori Migiyama, Andrada Márcio Canuto Natal, Demes Brito, Érika Costa Camargos Autran, Charles Mayer de Castro Souza (Suplente convocado), Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Pôssas.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto por ING CORRETORA DE CÂMBIO E TÍTULOS S/A (fls. 817 a 836) com fulcro nos artigos 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/09, buscando a reforma do **Acórdão nº 3102-01.081** (fls. 801 a 809) proferido pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Terceira Seção de julgamento, em 07/07/2011, no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, com ementa nos seguintes termos:

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 nos 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.

[...]

Para retratar o desenrolar dos fatos, adota-se o relatório constante da decisão recorrida, com os acréscimos devidos, *in verbis*:

[...]

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/SPOI, em 10/09/2007, com exigibilidade suspensa, por força de sentença proferida no Mandado de Segurança 2005.61.00.0105908.

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 01/2006002718 (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 2004.61.00.0105908, 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, 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.

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.

[...]

Na sequência, sobreveio julgamento nos termos do **Acórdão nº 3102-01.081** (fls. 801 a 809) proferido pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Terceira Seção de julgamento, ora recorrido, negando provimento ao recurso voluntário, para (a) considerar que, embora o auto de infração tenha sido lavrado com exigibilidade suspensa em razão da discussão travada nos autos do Mandado de Segurança nº 2005.61.010590-8, acerca da integralidade da exigência fiscal fundada no art. 3º da Lei nº 9.718/98, necessário o julgamento do recurso voluntário face à possibilidade de não haver êxito integral na demanda judicial; e (b) manter a indedutibilidade das perdas incorridas nas operações de *swap* para efeito de cálculo do PIS.

Em face da referida decisão, a Contribuinte interpôs recurso especial (fls. 817 a 836), alegando divergência jurisprudencial quanto (a) à competência do Fisco para descaracterizar operação de *hedge* sem oposição do Banco Central – BACEN; e (b) ao reconhecimento da finalidade de *hedge* em contratos de *swap* realizados entre empresas brasileiras. Para comprovar o dissenso jurisprudencial, colacionou como paradigmas os acórdãos nºs 101-94.813 e 1402-00.593.

Nas razões recursais, o Sujeito Passivo sustenta, em síntese, que:

(a) não é cabível à Autoridade Fiscal descaracterizar uma operação de *hedge* sobre a qual o BACEN não tenha manifestado qualquer oposição;

(b) no caso, a caracterização do *hedge* dá-se pela existência de operações com moeda estrangeira, títulos cambiais e derivativos exercidos pela Recorrente, reconhecidas, inclusive, no Termo de Verificação nº 01/2006-00271-8;

(c) o Conselho Monetário Nacional (CMN) aprovou a Resolução BACEN nº 2.012/1993, 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 e juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional."*

(d) as operações de *swap* estão regulamentadas pelo BACEN, na Resolução nº 2688, estabelecendo inclusive a obrigatoriedade de registro das operações na Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETIP. As normas estão reiteradas na Resolução do BACEN nº 3.312/2005;

(e) o registro da operação de *swap* realizada entre dois participantes, em sistema administrado pela CETIP, dá-se mediante duplo comando, ou seja, a aprovação da referida operação está diretamente vinculada à igualdade dos dados lançados pelas partes e ao atendimento de outros requisitos e instrumentos de controle. Assim, representando o duplo comando a aceitação das condições constantes na operação, manifestada no sistema, por pessoas autorizadas pelos participantes, mediante senha exclusiva, torna-se dispensável a formalização de um contrato de *swap* com fins de proteção de posições de risco, pois os registros são suficientes para comprovar a finalidade de *hedge*.

(f) a CETIP gera relatórios de confirmação da realização da operação, constituindo-se em documentos formais que servem de comprovantes para os participantes contratantes, justificando a desnecessidade de formalização contratual da operação;

(g) os contratos de *swap* com finalidade de *hedge* realizados pela Recorrente foram devidamente registrados, como fazem prova os relatórios emitidos pela CETIP, tornando as suas perdas plenamente dedutíveis da base de cálculo do PIS, conforme art. 3º, §6º, inciso I, alínea "e" da Lei nº 9.718/98;

(h) há de ser reconhecida a finalidade de *hedge* nos contratos de *swap* efetuados entre empresas brasileiras, pois o que determina o enquadramento na finalidade de *hedge* e sua dedutibilidade é o escopo de proteção de posições de risco e não a nacionalidade da empresa;

(i) embora a Recorrente esteja sediada no Brasil, é indiretamente controlada por empresa estrangeira, com matriz no exterior e capital em dólar, sendo que o seu controle indireto encontra-se previsto no art. 254-A, §1º, da Lei nº 6.404/76, alterada pela Lei nº 10.303/01 (Lei das S/A);

(j) nas operações de *hedge* de capital a intenção da Recorrente foi proteger a participação de investimentos estrangeiros no seu patrimônio contra a variação cambial, não havendo de se falar em ilegalidade de sua dedutibilidade das perdas com operações de *swap* para fins de cálculo da contribuição para o PIS, nos termos da Lei nº 9.718/98, art. 3º, §6º, inciso I, alínea "e", razão pela qual deve ser provido o recurso especial.

Foi admitido o recurso especial da ING CORRETORA DE CâMBIO E TÍTULOS S/A por meio do despacho S/Nº, de 04 de março de 2016 (fls. 902 a 904), proferido pelo ilustre Presidente da 1ª Câmara da Terceira Seção de Julgamento em exercício à época, por entender comprovada a divergência jurisprudencial com relação aos dois pontos suscitados no apelo como divergentes da jurisprudência do CARF.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (fls. 908 a 911) postulando a negativa de provimento ao recurso especial, com fulcro nos seguintes argumentos:

(a) conforme acusação lavrada pelo Fisco, os contratos analisados não se inserem no conceito de *hedge*, mas operações com derivativos (especulativas), não sendo possível a sua dedução da base de cálculo do PIS. Não se trataria de *hedge* de capital e não há investimentos estrangeiros a proteger, pois os sócios da companhia seriam pessoas físicas residentes ou pessoa jurídica estabelecida no Brasil;

(b) as operações envolvendo contratos não se confundiriam com aquelas relativas a títulos, afastando a alegação de que tais rendimentos se equiparariam a aplicações no mercado de renda variável;

(c) o grau de comprometimento do patrimônio líquido em Reais com a aquisição dos derivativos reflete a política comercial da pessoa jurídica, mas não se caracteriza em "proteção" desse patrimônio, pela aquisição de posições em moeda estrangeira com o intuito de lucro.

(d) não há prova nos autos que afaste a afirmação de que a pessoa jurídica não tem em seu patrimônio líquido qualquer conta expressa em dólar, nem mesmo a necessidade de proteger investimento de sócio estrangeiro em dólares, pois todos os sócios são residentes ou estabelecidos no Brasil;

(e) ao final, requer seja negado provimento ao recurso especial.

O presente processo foi distribuído a essa Relatora por meio de sorteio regularmente realizado, estando apto o feito a ser relatado e submetido à análise desta Colenda 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Vanessa Marini Cecconello, Relatora

Admissibilidade

O recurso especial de divergência interposto pela Contribuinte atende aos pressupostos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

Em seu recurso especial, a ING CORRETORA DE CâMBIO E TÍTULOS S/A pretende ver reformado o acórdão recorrido para ser reconhecido:

- (a) não ser cabível à Autoridade Fiscal descaracterizar uma operação de *hedge* sobre a qual o BACEN não tenha manifestado qualquer oposição; e
- (b) existir a finalidade de *hedge* em contratos de *swap* realizados entre empresas brasileiras, pois não é a nacionalidade da empresa que determina o enquadramento na finalidade de *hedge* e sua consequente dedutibilidade, mas o escopo de proteção de posições de risco.

As matérias suscitadas em sede de recurso especial foram suscitadas nas irresignações apresentadas pelo Sujeito Passivo desde o início do processo, sendo inequívoco o seu prequestionamento. Para elucidar a afirmação, são transcritos trechos exemplificativos constantes dos autos, tratando da matéria em discussão no presente recurso especial, *in verbis*:

Termo de Verificação Fiscal

[...]

"43. Como se trata de uma empresa brasileira, com capital social em Reais, cujos sócios são brasileiros, não há como se considerar juridicamente fundamentado, na corretora sob fiscalização, o conceito de *hedge* de capital,

tendo as despesas relativas aos swaps dólar X DI contratados com essa alegada finalidade um caráter meramente especulativo no âmbito da corretora. Portanto, não há fundamento legal para a exclusão das correspondentes despesas da receita bruta, para fins de cálculo da Cofins e do PIS, com base no § 6º, inc. I, alínea "e", do art. 3º da Lei n.º 9.718/98, como pretende a empresa."

[...]

Impugnação (fls. 560 a 575)

[...]

15. De início, importante esclarecer que a D. Autoridade Fiscal afirma: "(...) como se trata de empresa brasileira, com capital social em Reais, cujos sócios são brasileiros, não há como se considerar juridicamente fundamentado, na corretora sob fiscalização, o conceito de hedge de capital, tendo as despesas relativas aos swaps dólar X DI contratados com essa alegada finalidade um caráter meramente especulativo no âmbito da corretora. Portanto, não há fundamento legal para a exclusão das correspondentes despesas da receita bruta, para fins de cálculo da COFINS e do PIS, com base no § 6º, inc. I, alínea "e", do art. 3º da Lei nº 9.718/98, como pretende a empresa (...)".

16. Conforme se depreende das alegações acima, a D. Autoridade Fiscal pretende descaracterizar determinadas operações de swap com fins de hedge realizadas pela Impugnante sob o único fundamento da mesma ser "empresa brasileira, com capital social em Reais, cujos sócios são brasileiros".

[...]

36. Verifica-se, dessa forma, que não existe qualquer dispositivo legal que obste as empresas nacionais de efetuar operações de hedge do seu capital, como pretende fazer crer a D. Autoridade Fiscal.

[...]

Acórdão de impugnação (fls. 749 a 761)

[...]

11. Note-se, de início, ser incontroverso, pelo contido nos autos, que os valores excluídos da base de cálculo do PIS nos anos em questão, cuja glosa ensejou o lançamento, referem-se, sem dúvida, a operações de SWAP de variação de Depósito Interbancário — DI versus variação de Dólar. Isto porque é abundante a quantidade de dados atestando o

fato, trazidas ao processo pelo próprio autuado, com informações do Banco ING com o qual as operações foram contratadas e da Câmara de Custódia e Liquidação — CETIP, onde as operações foram registradas. Destaquem-se, neste sentido, os demonstrativos de contabilização de despesas operacionais com SWAP, conta COSIF 8.1.50.11-5 (fls. 29, 186, 246 a 248), os extratos de registros de operações de SWAP na 'Câmara de Custódia e Liquidação — CETIP (fls. 36 a 42, 142, 179 a 185, 249, 658 a 667), a correspondência da CETIP informando as operações de 2004 (fls. 259), os demonstrativos de exclusão do PIS (fls. 138 a 140), os demonstrativos de resultados gerados por SWAP (fls. 327, 329, 331, 374, 377, 649, 650, 655 a 657), e os demonstrativos de SWAPS contratados para fins hedge de capital (fls. 677 a 679).

12. Outro fato que está esclarecido é que tais operações de SWAP, embora declaradas pelo autuado como de proteção para o patrimônio líquido da empresa, mostraram-se não sê-lo, já que o autuado não logrou êxito em trazer nenhum elemento de prova que invalidasse a constatação da autoridade de que a empresa seria integralmente brasileira, não possuiria sócios estrangeiros, o capital seria em reais, e não ostentaria no patrimônio líquido qualquer item expresso em Dólar, que pudesse justificar a alegada necessidade de proteção contra risco de variação cambial. Tais constatações, incontestes, podem ser verificadas nos documentos apresentados pelo próprio autuado, a saber, entre outros, Ata da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária, onde consta a lista de acionistas, discriminando a nacionalidade (fls. 279, 282 e 286) e cópia do Estatuto Social, em que consta o capital social em reais (fls. 288 e 309).

[...]

Esses contratos de SWAP de derivativos foram construídos ad hoc, constituindo negócios realizados na modalidade de Balcão, embora registrados no CETIP, mas não na Bolsa. Não pode o autuado afirmar, assim, que tais contratos de derivativos seriam, por definição, títulos.

[...]

Recurso voluntário (fls. 769 a 780)

[...]

12. Como se pode verificar do relatório emitida pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos - CETI as operações de hedge eram fixadas em dólar versus CDI.

13. Diga-se, nesse sentido, que o registro de operação de swap realizada entre dois participantes, em sistema administrado pela

CETIP, é efetuado mediante lançamento de cada uma das partes, ou seja, por meio de duplo comando.

14. A aprovação, pelo sistema, de operação que envolva duplo comando, está condicionada ao reconhecimento da igualdade dos dados que devam coincidir e ao atendimento de outros requisitos e instrumentos de controle, segundo o estabelecido em Norma da CETIP (art. 51 do Regulamento de 21/5/2009).

15. O duplo comando, conforme o disposto no inciso XXIV do art. 3º do Regulamento de 21/5/2009, representa a inequívoca aceitação das condições constantes da operação, manifestada no sistema, por pessoas autorizadas pelos Participantes, mediante utilização de senha exclusiva.

16. Os procedimentos acima mencionados estão descritos no Regulamento e nos Manuais de Normas da CETIP, aos quais os Participantes aderem por ocasião da obtenção de Direito de Acesso a Sistema administrado pela CETIP (art. 21, do Regulamento de 21/5/2009).

17. Observe-se, ainda, que a CETIP gera relatórios de confirmação da realização da operação, que se constituem em documentos formais, servindo de comprovantes para os Participantes contratantes, o que justifica a desnecessidade de formalização contratual da operação.

18. Finalmente, para efeito do cumprimento do estabelecido no art. 8º e 9º do Manual de Normas de Swap de 01/07/2008:

- as informações, a documentação e a metodologia relativas às operações de swap devem permanecer arquivadas no Participante, à disposição da CETIP, CVM e do Banco Central do Brasil; e

- as cláusulas ou as condições contratada entre as partes de swap não podem contrariar ou alterar as disposições do Regulamento, do Manual de Normas de Swap e das demais Normas da CETIP que disponham sobre swap.

19. Com isso, resta evidente não ser necessário aos Participantes, como no caso da Recorrente, a formalização de um contrato de swap com fins de hedge, pois seus registros são suficientes para comprovar sua finalidade, qual seja, hedge.

20. Ademais, a D. Autoridade Fiscal ao lastrear seu entendimento de que empresa nacional não poderia ou não teria interesse para efetuar o hedge de seu capital, aliena-se da realidade e nega a existência de uma sociedade globalizada, onde qualquer empresa pode efetuar operações (empréstimos, investimentos) em qualquer tipo de moeda estrangeira.

[...]

Acórdão de recurso voluntário (fls. 801 a 809)

[...]

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.

[...]

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.

[...]

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.

[...]

Portanto, depreende-se das transcrições que as matérias relativas à possibilidade de efetuar contratos de *swap* com a finalidade de *hedge* (proteção do capital em moeda estrangeira) entre empresas brasileiras e a competência do BACEN para aprovar referidas operações, já que foi reconhecido serem lícitas as políticas de investimento do Sujeito Passivo, devidamente informadas ao BACEN, foram tratadas ao longo do processo, inclusive na decisão ora recorrida. Ainda, o julgador ao apreciar o recurso voluntário não está obrigado a manifestar-se sobre todos os argumentos levantados pelo contribuinte, bastando que decida a lide com fundamentação suficiente e adequada ao caso.

Além disso, para que não restem dúvidas com relação ao prequestionamento, tem-se que as finalidades do mesmo são:

- Evitar a supressão da instância, de tal modo que nenhuma instância deixe de apreciar a questão, o que foi atendido aqui, já que as matérias foram trazidas desde a peça inaugural do processo;
- Manter a ordem das instancias no sistema jurídico brasileiro
- Evitar a surpresa da parte contrária, na medida em que poderia desconhecer, aquele, a matéria analisada em grau de Recurso Especial, na hipótese de ausência do prequestionamento.

Inequivocamente o prequestionamento da matéria é item indispensável à garantia do contraditório nos autos e da segurança jurídica, o que restou aqui atendido. Aliás, poder-se-ia exigir aqui a interposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento tão somente na hipótese de ter surgido argumento novo durante a tramitação do processo, o que não se afigura nos presentes autos.

Portanto, tendo em vista estar prequestionada a matéria e preenchidos os demais requisitos de admissibilidade constantes do art. 67 do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/09 e reproduzidos na Portaria MF nº 343/2015, imperioso é o conhecimento do recurso especial da Contribuinte.

Mérito

No mérito, portanto, a controvérsia dar-se-á em torno das seguintes questões: (a) não ser cabível à Autoridade Fiscal descaracterizar uma operação de *hedge* sobre a qual o BACEN não tenha manifestado qualquer oposição; e (b) existir a finalidade de *hedge* em contratos de *swap* realizados entre empresas brasileiras, pois não é a nacionalidade da empresa que determina o enquadramento na finalidade de *hedge* e sua consequente dedutibilidade, mas o escopo de proteção de posições de risco.

Conforme relatado, o processo tem origem em auto de infração lavrado para exigência de crédito tributário de PIS dos anos-calendário de 2003, 2004 e 2005, pois entendeu a Fiscalização indevida a dedução, pelo autuado, da base de cálculo do PIS e da COFINS, das despesas relativas a perdas com *swao* dólar x DI contratados sob o conceito de *hedge* de capital. Fundamenta a Autoridade Fiscal, em síntese, ter a operação, de fato, caráter

eminentemente especulativo, sem fundamento para a exclusão prevista no §6º, inciso I, alínea "e" do art. 3º da Lei 9.718/98.

Em sede de julgamento do recurso voluntário, o Colegiado *a quo* entendeu por negar provimento ao mesmo pois a aquisição dos derivativos constituir-se-ia em uma política comercial da pessoa jurídica que, embora perfeitamente lícita conforme demonstrado nos autos, não se traduz em proteção do seu patrimônio, mas sim em investimento do mesmo. Para melhor elucidar os fatos, pertinente transcrever parte da fundamentação do julgado recorrido, *in verbis*:

[...]

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 215835, 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 215835, de 2001)

(...)

d) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; (Incluído pela Medida Provisória nº 215835, 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 2.15835, 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 Brasil.

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;*
- 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 10420.132, 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 2009.

3-Conclusão

Com essas considerações, nego provimento ao recurso voluntário.

[...]

As operações de *swap*, portanto, caracterizam-se por serem uma operação de troca de posições, isto é, são trocadas as naturezas das taxas de juros incidentes sobre os empréstimos por determinado lapso temporal. Essa operação permite uma proteção - *hedge* - contra os riscos de variação cambial acentuada das taxas. Nessa esteira, o *hedge* é um movimento de proteção ou estratégia para diminuir o nível de risco de uma determinada posição. Verifica-se que, embora o acórdão recorrido tenha adotado as mesmas premissas conceituais, a conclusão a que chegou foi diversa da que é aqui explicitada.

No caso dos autos, restou caracterizada a realização de operação de *hedge* pelo sujeito passivo para a proteção de investimentos estrangeiros no seu patrimônio contra a variação cambial, ao contrário do que foi consignado no acórdão recorrido, que merece reforma.

Além disso, as operações efetuadas no âmbito do sistema financeiro são regulamentadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil (BACEN). Para melhor entendimento da competência dos órgãos administrativos, transcreve-se breve excerto extraído da rede mundial de computadores acerca do Sistema Financeiro Nacional e das características das entidades reguladoras, *in verbis*:

[...]

O sistema financeiro encontra-se sinteticamente previsto no art. 192 da Constituição Federal, que, em sua redação original, já estabelecia que o SFN deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade e que deve ser regulado por leis complementares.

[...]

3. ESTRUTURA DO SFN

3.1 Órgãos Normativos

Conselho Monetário Nacional: *é o órgão responsável por expedir diretrizes gerais para o bom funcionamento do SFN. O CMN é integrado pelo Ministro da Fazenda (que o preside), pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e pelo Presidente do Banco Central do Brasil.*

[...]

3.2 Entidades Supervisoras

- **Banco Central do Brasil** – *autarquia criada pela Lei nº 4.595/64, a quem compete cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo CMN. Na prática, o BCB é o principal executor das orientações do CMN. Dentre outras atribuições, cabe ao BCB: emitir papel-moeda e moeda metálica; executar os serviços do meio circulante; receber recolhimentos compulsórios e voluntários das instituições financeiras e bancárias; realizar operações de redesconto e empréstimo às instituições financeiras; regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis; efetuar operações de compra e venda de títulos públicos federais; exercer o controle de crédito; exercer a fiscalização das instituições financeiras; autorizar o funcionamento das instituições financeiras; estabelecer as condições para o exercício de quaisquer cargos de direção nas instituições financeiras; vigiar a interferência de outras empresas nos mercados financeiros e de capitais e controlar o fluxo de capitais estrangeiros no país.*
- **Comissão de Valores Mobiliários** – *é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, a quem cabe precipuamente a regulamentação, controle e fiscalização do mercado de valores mobiliários. Compete à CVM, dentre outros: regulamentar, com observância da política definida pelo CMN, as matérias expressamente previstas na Lei nº 6.385/76 e na lei de sociedades por ações; fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; fiscalizar e inspecionar as companhias abertas.*

[...]

Fonte:

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Curso_de_Regulacao_do_Sistema_Financeiro_2_Fabiano_Jantalia.pdf

A competência do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional está estabelecida, ainda, na Lei nº 4.728/65, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, nos seguintes termos:

Atribuições dos órgãos administrativos

Art. 1º Os mercados financeiro e de capitais serão disciplinados pelo Conselho Monetário Nacional e fiscalizados pelo Banco Central da República do Brasil.

Art. 2º O Conselho Monetário Nacional e o Banco Central exercerão as suas atribuições legais relativas aos mercados financeiro e de capitais com a finalidade de:

I - facilitar o acesso do público a informações sobre os títulos ou valores mobiliários distribuídos no mercado e sobre as sociedade que os emitirem;

II - proteger os investidores contra emissões ilegais ou fraudulentas de títulos ou valores mobiliários;

III - evitar modalidades de fraude e manipulação destinadas a criar condições artificiais da demanda, oferta ou preço de títulos ou valores mobiliários distribuídos no mercado;

IV - assegurar a observância de práticas comerciais equitativas por todos aqueles que exerçam, profissionalmente, funções de intermediação na distribuição ou negociação de títulos ou valores mobiliários;

V - disciplinar a utilização do crédito no mercado de títulos ou valores mobiliários;

VI - regular o exercício da atividade corretora de títulos mobiliários e de câmbio.

Art. 3º Compete ao Banco Central:

I - autorizar a constituição e fiscalizar o funcionamento das Bolsas de Valores;

II - autorizar o funcionamento e fiscalizar as operações das sociedades corretoras membros das Bolsas de Valores (arts. 8º e 9º) e das sociedades de investimento;

III - autorizar o funcionamento e fiscalizar as operações das instituições financeiras, sociedades ou firmas individuais que tenham por objeto a subscrição para revenda e a distribuição de títulos ou valores mobiliários;

IV - manter registro e fiscalizar as operações das sociedades e firmas individuais que exerçam as atividades de intermediação na distribuição de títulos ou valores mobiliários, ou que efetuem, com qualquer propósito, a captação de poupança popular no mercado de capitais;

V - registrar títulos e valores mobiliários para efeito de sua negociação nas Bolsas de Valores;

VI - registrar as emissões de títulos ou valores mobiliários a serem distribuídos no mercado de capitais;

VII - fiscalizar a observância, pelas sociedades emissoras de títulos ou valores mobiliários negociados na bolsa, das disposições legais e regulamentares relativas a:

a) publicidade da situação econômica e financeira da sociedade, sua administração e aplicação dos seus resultados;

b) proteção dos interesses dos portadores de títulos e valores mobiliários distribuídos nos mercados financeiro e de capitais.

VIII - fiscalizar a observância das normas legais e regulamentares relativas à emissão ao lançamento, à subscrição e à distribuição de títulos ou valores mobiliários colocados no mercado de capitais;

IX - manter e divulgar as estatísticas relativas ao mercado de capitais, em coordenação com o sistema estatístico nacional;

X - fiscalizar a utilização de informações não divulgadas ao público em benefício próprio ou de terceiros, por acionistas ou pessoas que, por força de cargos que exerçam, a elas tenham acesso.

Art. 4º No exercício de suas atribuições, o Banco Central poderá examinar os livros e documentos das instituições financeiras, sociedades, empresas e pessoas referidas no artigo anterior, as quais serão obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos solicitados pelo Banco Central.

§ 1º Nenhuma sanção será imposta pelo Banco Central, sem antes ter assinado prazo, não inferior a 30 (trinta) dias, ao interessado, para se manifestar, ressalvado o disposto no § 3º do art. 16 desta Lei.

§ 2º Quando, no exercício das suas atribuições, o Banco Central tomar conhecimento de crime definido em lei como de ação pública, oficiará ao Ministério Público para a instalação de inquérito policial.

§ 3º Os pedidos de registro submetidos ao Banco Central, nos termos dos arts. 19 e 20 desta Lei, consideram-se deferidos dentro de 30 (trinta) dias da sua apresentação, se nesse prazo não forem indeferidos.

§ 4º A fluência do prazo referido no parágrafo anterior poderá ser interrompida uma única vez, se o Banco Central pedir informações ou documentos suplementares, em cumprimento das normas legais ou regulamentares em vigor.

§ 5º Ressalvado o disposto no § 3º, o Conselho Monetário Nacional fixará os prazos em que o Banco Central deverá processar os pedidos de autorização, registro ou aprovação previstos nesta Lei.

§ 6º O Banco Central fará aplicar aos infratores do disposto na presente lei as penalidades previstas no capítulo V da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

[...]

Portanto, tendo o sujeito passivo atendido aos requisitos estabelecidos pela autoridade monetária e pelo Banco Central do Brasil (fls. 283 a 284), a Fiscalização não poderá descaracterizar o *hedge*. Assiste razão à recorrente nesse tópico.

As operações supervisionadas pela CVM e aprovadas pelo Banco Central têm sua homologação de competência destas entidades e não da Secretaria da Receita Federal, não sendo cabível ao Fisco sobrepor-se à legislação privada. Pertinente trazer o conteúdo dos artigos 109 e 110 do CTN:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Conforme se depreende dos referidos artigos, o Fisco não pode alterar conceitos próprios do direito privado, que se originam da Constituição Federal e são difundidos pela ordem jurídica em geral, inclusive para definir atribuição de competência tributárias. Embora possa o Fisco dar efeitos tributários aos institutos do direito privado, jamais poderá alterar seu conteúdo, conceitos, formas e natureza jurídica. Portanto, incabível a desconsideração, pela Receita Federal, de operações homologadas pelo Banco Central, a pretexto de que não houve posição de risco a ser protegida.

No que tange à possibilidade de realização de contratos de *swap* com a finalidade de *hedge* entre empresas brasileiras, entende-se também merecer reforma o julgado ora combatido.

As operações de *swap* como regra são realizadas com a finalidade de permuta de direitos constantes do ativo e obrigações do passivo entre duas empresas para evitar que ocorram perdas com a desvalorização de moedas estrangeiras ou se os índices aplicáveis ao ativo não cresçam tanto quanto aqueles aplicáveis ao do passivo.

Por meio da Resolução CMN 2873, de 2001, o Conselho Monetário Nacional definiu as operações de *swap* como sendo aquelas realizadas para liquidação em data futura que impliquem na troca de resultados financeiros decorrentes da aplicação, sobre valores ativos e passivos, de taxas ou índices utilizados como referenciais.

O art. 3º, §6º, inciso I, alínea "e" da Lei nº 9.718/98, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, determina que as instituições financeiras poderão deduzir,

na determinação da base de cálculo do PIS, "as perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge". Depreende-se do seu texto não ter o diploma legal conceituado a operação de *hedge*, concluindo-se assim ser admissível mais de uma modalidade para fins de geração de despesas passíveis de dedução da apuração do tributo em exame. Segue a transcrição do artigo:

[...]

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

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

a) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira;

b) despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado;

c) deságio na colocação de títulos;

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

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

(grifou-se)

Conforme interpretação do artigo legal, toda e qualquer operação com ativos financeiros e mercadorias, em operações de *hedge*, será passível de dedução.

No caso dos autos, as operações de *swap* realizadas com a finalidade de *hedge* tem por escopo dar cobertura à variação cambial de seu próprio patrimônio líquido, em moeda estrangeira, e não de uma operação específica, nos termos da autorização específica concedida pelo Banco Central do Brasil. As obrigações que a Recorrente visava resguardar eram aquelas existentes em face dos seus próprios sócios estrangeiros, que investiram o capital social na sociedade constituída no Brasil.

Consta do próprio Termo de Verificação Fiscal o reconhecimento de que a operação tinha uma finalidade de proteger determinada posição:

[...]

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.

[...]

Em se tratando de contratos entre empresas do mesmo grupo, com relevantes perdas para a corretora, foi aberto Mandado de Procedimento Fiscal Extensivo ao MPF em referência no INC BANK N V, CNPJ 49.336.860/0001-90, solicitando-se a demonstração de que houve a escrituração das receitas correspondentes a contratos de "swap" que tivessem como contraparte "INC CORRETORA DE CÂMBIO E TÍTULOS S/A", no ano-calendário de 2004. O referido banco atendeu à intimação, apresentando documentos comprobatórios da contabilização das referidas receitas, não sendo encontradas irregularidades em verificação por amostragem.

[...]

Por fim, foi apresentado pela corretora um quadro consolidado das operações com Export Notes em que se observam as correspondentes receitas e despesas e o resultado líquido com essas operações, o que permite uma visão global das mesmas.

No cerne da lide, para o deslinde dos pontos abordados no recurso especial, está a análise da finalidade de os derivativos contabilizados no período em questão, relativos a operações de *swap* para fins de hedge de capital ou de *Export Notes*, "hedgear" o Sujeito Passivo. Conforme consta dos autos, referidas operações tiveram a intenção de proteger a participação de investimentos estrangeiros no seu patrimônio contra a variação cambial. Nessa linha, depreende-se das planilhas acostadas aos autos que os valores de *notional* de todos os *swaps* contratados eram bastante próximos do patrimônio líquido ajustado no período correlato, com prazo de contratação de 90 (noventa) dias - US\$ *versus* CDI - ocorrendo, para a sua manutenção, nova contratação a cada encerramento de período. Resta evidente, portanto, a vinculação das operações com o capital da empresa, caracterizando uma operação de "macro-hedge".

De fato, na operação verificada, não há como individualizar a obrigação a qual pretende garantir, por se tratar justamente de um *hedge* global, ou seja, operação de macro-

hedge, modalidade amplamente praticada no mercado internacional, e incorporada às Normas Internacionais de Contabilidade - IAS 39. Refira-se que tal modalidade, à época, ainda não estava contemplada na normatização interna, no entanto, já era reconhecida pelo BACEN como práticas a serem observadas no mercado financeiro nacional, não inviabilizando a prática interna de tais operações.

Os contratos de *swap* eram realizados com o ING BANK NV, o qual obteve autorização do BACEN para abertura de limite adicional de modo a proteger seu capital e o das empresas do conglomerado no período em análise. De outro lado, as *export notes* - contratos de cessão de crédito de exportação, no qual o exportador cede ao tomador, através de um título, os direitos de crédito de uma operação a ser realizada no futuro - o *swap* destinava-se a garantir a variação cambial dos referidos títulos. Importante lembrar ser do BACEN a competência para regulamentar referidas operações.

Depreende-se que a ING EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., na qual 99,9% de suas cotas eram de empresa sediada no exterior, detinha, por sua vez, 99,9% de participação no capital da Recorrente, restando claro que o investidor efetivo era investidor estrangeiro. Assim, a ING EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., detentora de 99,9% do capital do Sujeito Passivo, pertence ao conglomerado ING, tendo como sócios empresas e pessoas sediadas no exterior, que aportaram capital em dólar.

Trata-se, portanto, a ING CORRETORA DE CâMBIO E TÍTULOS S/A de pessoa jurídica controlada indiretamente por empresa estrangeira, com matriz no exterior e capital em dólar, estando o controle indireto de uma companhia previsto no §1º, do art. 254-A, da Lei nº 6.404/76, alterada pela Lei nº 10.303/2001, que trata das Sociedades por Ações.

A Receita Federal do Brasil regulamentou a possibilidade de se deduzir da base das contribuições para as instituições financeiras e equiparadas as perdas com ativos financeiros e mercadorias – em operações de Hedge, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.285/2012, e alterações posteriores, tornando mais claro o que já estava previsto na Lei nº 9.718/98:

Art. 8º Além das exclusões previstas no art. 7º, os bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, agências de fomento, 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 podem deduzir da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, os valores: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1314, de 28 de dezembro de 2012)

I - das despesas incorridas nas operações de intermediação financeira;

II - dos encargos com obrigações por refinanciamentos, empréstimos e repasses de recursos de órgãos e instituições oficiais ou de direito privado;

III - das despesas de câmbio, observado o disposto no art. 6º;

IV - das despesas de arrendamento mercantil, restritas a empresas e instituições arrendadoras;

V - das despesas de operações especiais por conta e ordem do Tesouro Nacional;

VI - do deságio na colocação de títulos;

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

VIII - das perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1544, de 26 de janeiro de 2015)

IX - das despesas de captação em operações realizadas no mercado interfinanceiro, inclusive com títulos públicos; e (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1544, de 26 de janeiro de 2015)

X - da remuneração e dos encargos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, referentes a instrumentos de capital ou de dívida subordinada, emitidos pela pessoa jurídica, exceto na forma de ações. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1544, de 26 de janeiro de 2015)

§1º [...]

§2º [...]

§3º [...]

(grifou-se)

No âmbito das normas contábeis, o CPC 38 - Instrumentos Financeiros: Reconhecimento e Mensuração, de 02/10/2009 (o qual estará revogado a partir de 1º/01/2018), trata dos instrumentos qualificadores das operações de *hedge*, estando dentre eles os contratos de *swap* para proteção do investimento em moeda estrangeira. Nessa perspectiva, a Lei nº 12.973/2014, em seu artigo 58¹, dispõe sobre a obrigatoriedade de observância das normas e critérios contábeis editados até a data de sua publicação, estando dentre eles o CPC 38.

De outro lado, ainda que se admitisse tratar somente de empresas brasileiras, não há vedação a serem realizados contratos de *swap* com a finalidade de *hedge* entre empresas brasileiras. Aliás, recente Instrução Normativa nº 1.700/2017, que regulamentou referidas

¹ Art. 58. A modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis, por meio de atos administrativos emitidos com base em competência atribuída em lei comercial, que sejam posteriores à publicação desta Lei, não terá implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria.
Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil, no âmbito de suas atribuições, identificar os atos administrativos e dispor sobre os procedimentos para anular os efeitos desses atos sobre a apuração dos tributos federais.

operações, reconhece que são dedutíveis, naquele caso da determinação do lucro real, a operação de *swap* registrada e contratada de acordo com as normas emitidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil. E dentre as regras editadas por referidas instituições não há óbice a que a operação seja efetuada entre empresas brasileiras.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial da Contribuinte.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Vanessa Marini Cecconello

Voto Vencedor

Conselheiro Júlio César Alves Ramos, Redator designado

Divergiu o colegiado do bem fundamentado voto da n. relatora no que tange ao conhecimento do recurso, tendo sido eu designado para redigir o acórdão.

Com efeito, eu havia solicitado vista dos autos exatamente para me certificar da possibilidade de seu conhecimento na medida em que se trata de um assunto extremamente específico, não tendo eu recordação de já o haver enfrentado ao longo desses já muitos anos de CARF. E essa suspeita inicial acabou se confirmando como pretendo demonstrar.

A decisão recorrida debruçou-se sobre a possibilidade de deduzir da base de cálculo do PIS parcela relativa a perda em operação de *swap*, tendo, quanto ao ponto se limitado às seguintes considerações, já transcritas pela dra. Vanessa, mas que releva aqui novamente aqui indicar:

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 10420.132, 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 2009.

3-Conclusão

Com essas considerações, nego provimento ao recurso voluntário.

Parece-nos evidente que aí não se encontra qualquer das discussões apresentadas pelo sujeito passivo em seu recurso especial.

Deveras, em primeiro lugar, a precedência, ou prevalência, do Banco Central sobre a Secretaria da Receita Federal para a definição do que seriam operações de proteção ou não não é objeto de uma só linha no voto recorrido. E não o é porquanto igualmente não fora argumento presente no recurso voluntário lá examinado; tanto é assim que sua ausência no acórdão combatido sequer foi objeto de embargos por parte do sujeito passivo. Ausência de prequestionamento, pois, o motivo para que dele não se possa conhecer aqui.

Quanto ao segundo argumento, também acolhido no despacho de admissibilidade, entendo não ter sido comprovada a divergência.

É que o motivo apresentado pelo relator da decisão recorrida foi o de que a empresa **contratante** da operação de swap, isto é, a autuada, é empresa de capital nacional, uma vez que " Os sócios da companhia seriam pessoas físicas residentes ou pessoa jurídica estabelecida no Brasil " e "em razão de que não haveria investimentos estrangeiros a proteger".

Já o paradigma colacionado, partindo da premissa de que, lá, se tinha uma operação de hedge, entendeu que ela não se descaracterizava pelo fato de as instituições **contratadas** serem nacionais. No paradigma não se discute se uma empresa de capital inteiramente nacional, sem qualquer investimento estrangeiro, pode contratar uma operação de swap como proteção de algum ativo. Reiterando, a decisão recorrida negou a dedutibilidade porque não há o que proteger com a operação e não porque ela tivesse sido contratada com uma instituição financeira nacional.

Esses os motivos que levaram o colegiado a não conhecer do recurso, esse o acórdão que me coube redigir.

Conselheiro Júlio César Alves Ramos.