



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

Processo n° 16327.001737/2006-09
Recurso n° 510.198 Voluntário
Acórdão n° **3102-01.179 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 01 de setembro de 2011
Matéria Auto de Infração - COFINS
Recorrente BANCO CARGILL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

PIS. DECADÊNCIA.

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

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

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

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

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

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

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

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

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Luciano Pontes de Maya Gomes.

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente.

Ricardo Paulo Rosa - Relator.

EDITADO EM: 07/10/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luis Marcelo Guerra de Castro, Ricardo Paulo Rosa, Luciano Pontes de Maya Gomes, Mara Cristina Sifuentes, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho e Nanci Gama.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório que embasou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever.

Em consequência de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias foi lavrado, em 14/11/2006, contra a contribuinte acima identificada o Auto de Infração relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins para formalização do crédito tributário nele estipulado no valor total de R\$ 7.086.026,60 (sete milhões e oitenta e seis mil e vinte e seis reais e sessenta centavos), incluindo os juros de mora e a multa de ofício (75%), referente aos fatos geradores ocorridos no período de 31/05/2000 a 31/12/2003 (fls. 1030 a 1040). A ciência da autuação deu-se em 14/11/2006, conforme consignado à fl. 1030.

2. De acordo com o disposto na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal fls. 1031/1032) e no Termo de Verificação (fl. 1020/1029), o crédito tributário refere-se à FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS e o lançamento está fundamentado no artigo 1º da Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991; arts. 2º, 30 e 8º da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99; com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições; arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 30, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/2002;

2.1. No Termo de Verificação Fiscal (fls. 1020/1029), o auditor fiscal autuante informa que:

- a contribuinte, instituição financeira está sujeita ao pagamento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — COFINS;

- a partir da constatação de que nas DIPJs dos anos-calendário de 2000 a 2003 foram lançadas despesas com "Operações com Derivativos Objeto de Hedge" (fls. 29 a 122), foi a contribuinte intimada (fl. 355) a apresentar documentação relativa às despesas de operações com derivativos — SWAP e FUTURO; apropriações mensais dos resultados e a comprovação de que as referidas operações eram objeto de hedge, quanto ao ano calendário de 2003;

- em resposta à intimação fiscal foram apresentadas Planilhas mensais de controle de hedge, relatório de registros controle das operações, cópias dos balancetes mensais analítico demonstrando os registros contábeis das operações bem como planilhas da formação da base de cálculo da COFINS;

- posteriormente a contribuinte foi intimada a também comprovar as operações de hedge referentes aos anos-calendário de 2000 a 2002 (fl. 759)

- a contribuinte informou que em junho de 2005, após iniciados os procedimentos de fiscalização, foi interposta medida judicial (MS nº 2005.61.00011034-5) objetivando suspender a exigibilidade dos valores que deixariam de ser recolhidos a título de PIS e COFINS na forma determinada pela Lei nº 9.718/1998 e, também, suspender a exigibilidade de outros tributos administrados pela SRF que deixariam de ser recolhidos até o limite dos créditos que possuía a impetrante, advindos dos recolhimentos indevidamente efetuados até a data da petição judicial, conforme os processos mentos de compensação legalmente previstos;

- em 18/07/2005, a liminar foi deferida parcialmente, para o fim de suspender a exigibilidade dos valores vincendos a título de PIS e COFINS nos moldes exigidos na Lei nº 9.718/1998, mantendo-se a sistemática anterior, até posterior deliberação do Juízo;

- a sentença judicial prolatada em 20/10/2005, concedeu parcialmente a segurança no sentido de reconhecer: a) o direito líquido e certo da Impetrante em não ser compelida ao recolhimento da Cofins, consoante a alíquota e base de cálculo estabelecidas na Lei nº 9.718/88; b) o direito líquido e certo da Impetrante em não ser compelida ao recolhimento da Contribuição ao PIS, consoante base de cálculo preconizada na Lei nº 9.718/1998; c) o direito de ver compensados os montantes pagos a título de COFINS e PIS, consoante as guias acostadas à inicial, com a COFINS, o PIS e demais contribuições federais arrecadadas e administradas pela Receita federal, ressalvado o direito da autoridade impetrada fiscalizar a exatidão dos valores apurados pela impetrante e observado o disposto no artigo 170-A do CTN; e d) o direito de ver incidir sobre as parcelas objeto da compensação, correção monetária e juros de mora, nos termos do Provimento nº 64, de 2005 (e posteriores atualizações), da corregedoria geral da Justiça Federal da Terceira Região.

2.2. Passa então à análise da legislação aplicável à matéria, qual seja: artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998 (relativamente à dedutibilidade da base de cálculo da COFINS do excesso de despesas em relação às receitas nas operações com derivativos) e a Circular Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil nº 3.082 de 30.01.2002, (que estabelece e consolida critérios para registro e avaliação contábil de instrumentos financeiros derivativos e em seu art. 5º define as condições que devem atender os instrumentos derivativos destinados a hedge).

2.3. De posse da documentação apresentada pela contribuinte em atendimento às intimações fiscais, o autuante constatou que as operações SWAP e FUTUROS realizadas pela fiscalizada possuíam as seguintes características:

-- Sistema SWAP, sistema do Banco Cargill S.A de registro e controle mensais das operações de swap evidenciam que todas as operações efetuadas no ano-calendário de 2003 foram, pelo próprio contribuinte, registradas como de arbitragem e não de hedge;

-- Não possuía nenhuma identificação documental do risco objeto de hedge, com informação detalhada sobre a operação;

-- Nas planilhas de posição de SWAPS a quase totalidade das operações era feita tendo como contraparte empresas do grupo como a CARGILL AGRICOLA S/A a AGRIBANDS PURINA DO BRASIL S/A;

-- O sistema BMF, sistema do Banco Cargill S.A de registro e controle mensais das operações no MERCADO FUTURO, também demonstra que as operações foram registradas pelo contribuinte como de arbitragem;

-- Nas planilhas de controle de Hedge - Mercado Futuro do Banco Cargill, o contribuinte faz um net de Ativo x Passivo de sua carteira, comparando os resultados de operações com derivativos (Mercado Futuro e Swap), referenciadas em taxas de (pré ou pós fixada) e em moeda estrangeira, com os demais ativos e passivos sujeitos à correção pré fixada, pós fixada ou cambial, a fim de comprovar o hedge pela equivalência entre estes valores;

-- Dois fatores descaracterizam a sistemática de análise adotada pelo Banco a fim de justificar serem as operações com derivativos objeto de hedge: o contribuinte inclui o Patrimônio Líquido na posição de passivo (o Patrimônio Líquido de uma empresa é registrado em moeda nacional sem atualização monetária ou cambial e não se confunde com o patrimônio dos sócios ou proprietários); e (2) SWAPS com passivo referenciado em dólar realizados com empresas ligadas.

2.3.1. Quanto aos anos-calendário de 2000 a 2002, constatou que apesar das operações estarem registradas no sistema de contabilidade como operações de hedge elas possuíam as mesmas características das operações efetuadas em 2003 ou seja: (1) quase totalidade das operações era feita tendo como contraparte empresas do grupo; (2) Não possuía nenhuma identificação documental do risco objeto de hedge, com informação detalhada sobre a operação; e (3) O contribuinte incluiu o Patrimônio Líquido na posição de passivo e em alguns meses quando não utilizou desta sistemática apresentou excesso/deficiência de Hedge em valores bem mais elevados,

2.4. O auditor fiscal atuante conclui, da análise da documentação apresentada pela contribuinte que dos registros mensais das operações com instrumentos financeiros derivativos - operações de SWAP e FUTUROS referente os anos-calendário de 2000 a 2003 podemos certamente inferir que não se trataram de operações objeto de Hedge.

3. Irresignada com o lançamento, a interessada, por intermédio de suas advogadas e procuradoras (docs. às fls. 1068/1069), apresentou, em 14/12/2006, a impugnação de fls. 1046 a 1067, acompanhada da documentação de fls. 1068 a 1084.

3.1.Em preliminar, a impugnante alega, com base no artigo 150, § 4º, do CTN, decadência do direito de constituir o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de maio de 2000 a novembro de 2001 (anteriormente a novembro de 2000).

3.2.A impugnante argúi a impossibilidade de exigência da multa de ofício em face do auto de infração ter sido constituído com a sua exigibilidade suspensa, considerando as decisões proferidas nos autos do Mandado de Segurança

nº2005.61.00.011034-5, que afastaram a incidência de PIS e COFINS nos termos prescritos pela Lei 9.718/1998. Defende que para a correta interpretação e aplicação do artigo 63 da Lei nº 9.430/1996 deve-se considerar o momento em que o lançamento foi consumado (14/11/2006).

3.3. Também alega a inconstitucionalidade da Lei 9.718, de 1998, e a existência de decisões judiciais que afastaram a incidência do COFINS sobre receitas financeiras, conforme argumentos expendidos às fls. 1055 a 1059).

3.4. Passa a argumentar sobre a comprovação de Operações objeto de Hedge. A contribuinte contesta o entendimento fiscal no sentido de que as operações com derivativos objeto de hedge estariam descaracterizadas por (1) inclusão do patrimônio líquido na posição de passivo; e (2) operações de swap com passivo referenciado em dólar, realizadas com empresas coligadas.

3.4.1. Segundo a impugnante, com relação à "Inclusão do Patrimônio Líquido na posição passivo", ela agiu ao amparo de autorização expressa que lhe concedeu o Banco Central do Brasil, por meio de sua Consultoria de Organização do Sistema Financeiro II, e transcreve, à fl. 1060, trecho da correspondência do BACEN cuja cópia encontra-se à fl. 1084. Argumenta ainda que tendo em vista a expressa autorização do BACEN, não cabe à fiscalização questionar o procedimento da Impugnante, devendo aceitá-lo em sua integralidade. Reporta-se ao artigo 10 da Lei nº 4.595/1964, para concluir ser "inquestionável que a Impugnante está autorizada a considerar o valor do investimento estrangeiro, correspondente a 100% do seu patrimônio, como exposição vendida em moeda estrangeira, não merecendo qualquer consideração o presente auto de infração".

3.4.2. No que se refere às "Operações de swap com passivo referenciado em dólar, realizadas com empresas coligadas", a impugnante defende que, ao contrário do que pretende a fiscalização, a Circular BACEN nº 3.082/2002 não define as operações de hedge nem estabelece suas condições, pois esta Circular veio estabelecer e consolidar critérios para REGISTRO E AVALIAÇÃO CONTÁBIL de instrumentos financeiros derivativos, conforme se extrai de seu artigo 1º.

3.4.2.1. Alega a interessada não existir qualquer dispositivo na mencionada Circular a determinar que não serão "hedge" operações realizadas com empresas ligadas, mas há apenas e tão somente restrições quanto ao registro de ditas operações.

3.4.2.2. Aponta que, no caso de inobservância das regras relativas às operações com instrumentos financeiros derivativos destinadas a hedge, o parágrafo único do artigo 5º da referida circular determina a imediata transferência, ao resultado do período, dos valores referentes à operação registrados em conta destacada do patrimônio líquido, na forma do artigo 4º, inciso II.

3.4.2.3. Argumenta que atende aos dois requisitos apontados no artigo 77, § 1º, da Lei nº 8.981, de 1995, e no artigo 35, § 2º, da IN SRF nº 25/2001, pois se trata de instituição financeira, cujas atividades operacionais contemplam operações de hedge, realizadas para proteção de seus próprios direitos e obrigações. Defende, por fim, que a Circular Bacen 3.082/2002 estabeleceu condições não previstas na Lei nº 8.981.

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO

DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

PIS. DECADÊNCIA.

Acatando o entendimento exposto na Súmula Vinculante nº. 8, o direito de constituição do crédito tributário relativo às contribuições sociais decai em 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, quando não se verifica o recolhimento antecipado do tributo.

PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. OBJETOS.

A propositura de ações judiciais resulta em renúncia à discussão na via administrativa das matérias levadas à apreciação do Poder Judiciário.

MULTA DE OFÍCIO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXIGIBILIDADE SUSPENSA. PROVIMENTO JUDICIAL APÓS INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL.

Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei 112 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício, desde que o provimento judicial tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício relativo ao débito objeto do lançamento.

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

Às instituições financeiras é autorizada a dedução de perdas com ativos financeiros e mercadorias em operações de hedge na base de cálculo da COFINS, desde que devidamente comprovadas e dentro das condições impostas pela legislação que rege a matéria.

Insatisfeita com a decisão de primeira instância, a recorrente apresenta recurso voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por meio do qual repisa argumentos contidos na impugnação ao lançamento.

Protesta contra o entendimento consignado no acórdão recorrido, segundo o qual *“os valores ora exigidos a título de COFINS teriam sido constituídos por meio de lançamento de ofício, hipótese em que, para fins de determinação do termo a quo do prazo decadencial, aplicar-se-ia o artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, e não o artigo 150, §4º, do referido diploma legal”*. Defende que o juízo deva ser formado com base na modalidade de lançamento vigente à época da ocorrência do fato gerador, inadmissível cogitar-se de que houvesse a transmutação da modalidade pelo fato de do crédito ter sido constituído por lançamento de ofício.

Quanto à exigência de multa de ofício, sustenta que a correta interpretação do artigo 63 da Lei nº 9.430/96 é no sentido de que a multa não deva ser exigida se, no momento da constituição do crédito, no caso, em 14.11.2006, houver medida judicial favorável ao contribuinte.

Requer a exclusão de juros de mora incidentes sobre a multa de ofício imputada à Recorrente no auto de infração gerreado.

Argumenta não ter pretendido o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 na esfera administrativa, mas tão somente que fosse seguida a orientação do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do §1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, que estabeleceu como base de cálculo da contribuição ao PIS o faturamento.

Considera que não cabe “à Receita Federal questionar ou pretender inviabilizar autorizações concedidas pelo Banco Central do Brasil, sendo inquestionável que a Recorrente está autorizada a considerar o valor do investimento estrangeiro, correspondente a 100% do seu patrimônio líquido, como exposição vendida em moeda estrangeira (...)”.

Finalmente, advoga que o acórdão recorrido entendeu equivocadamente que a Circular Bacen 3.082/02 teria definido as operações de hedge e estabelecido as suas condições, quando, na verdade, sempre segundo entende, ela apenas estabeleceu e consolidou critérios para registro e avaliação contábil de instrumentos financeiros derivativos, tal como se extrai de seu artigo 1º. Considera terem sido observadas todas as disposições legais a respeito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário.

Em sede de preliminar, a recorrente alega decadência de parte do crédito tributário constituído.

Defende que, se o lançamento é por homologação, não se cogita que a modalidade altere-se pelo fato de o crédito ter sido constituído por lançamento de ofício.

A seguir pronunciamento contido no voto condutor da decisão recorrida.

Entende o reclamante que o termo inicial seria o previsto no § 4º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional (CTN) e, nessa circunstância, teria ocorrido a homologação tácita, para os fatos geradores ocorridos anteriormente a novembro de 2001.

5.2. Ocorre que o fundamento legal da tese defendida pela impugnante está incorreto, isto porque, o art. 150 do CTN refere-se a lançamento por homologação, enquanto que a exigência ora impugnada diz respeito ao lançamento de ofício, como definido no artigo 149, inciso V, do CTN. O lançamento de ofício, em relação ao prazo decadencial, deve obedecer à disposição contida no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, a seguir transcrito:

(...)

Entendo que assiste razão à recorrente.

Tal como consta no Código Tributário Nacional, o lançamento por homologação é aquele no qual a legislação atribui ao sujeito passivo a obrigação de antecipar o

pagamento. Uma vez efetivado o pagamento, opera-se o lançamento, não havendo razão para que se fale no termo inicial de contagem previsto no artigo 173.

No caso, a ciência do auto de infração ocorreu no dia 14 de novembro do ano de 2006. Considerando os critérios definidos no artigo 150 do CTN, nesta data havia decaído o direito de constituir o crédito em relação aos fatos geradores ocorridos a mais de cinco anos antes desse dia, ou seja, anteriores ao dia 14 novembro de 2001.

Desta forma, além dos fatos geradores cuja decadência já foi reconhecida em primeira instância (31/05/2000, 31/08/2000, 31/09/2000, 31/10/2000 e 30/11/2000), considero também decaídos os fatos geradores ocorridos em 30/04/2001, 31/05/2001, 30/06/2001, 31/07/2001, 31/08/2001 e 30/09/2001.

Passando-se a questão da multa de ofício, não concordo com a sugestão da recorrente de que a correta interpretação do artigo 63 da Lei nº 9.430/96 é no sentido de que a multa não deva ser exigida se no momento da constituição do crédito houver medida judicial favorável ao contribuinte.

Veja-se o que diz o artigo da Lei.

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo. (grifos meus)

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Ora, por óbvio o procedimento de ofício não se inicia no momento da lavratura do auto de infração, mas com o primeiro ato de ofício cientificando o sujeito passivo. Assim, não vejo como sustentar tal entendimento.

Sobre a incidência de juros de mora existe súmula aprovada no âmbito deste Conselho Administrativo de Recurso Fiscais.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Da mesma forma, o requerimento de que seja seguida a orientação do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do §1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, incorre em assunto sumulado.

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

A coincidência de objeto pode ser atestada pela leitura do excerto a seguir transcrito, extraído do recurso voluntário apresentado pela recorrente.

Contudo, não pretendeu a ora Recorrente que a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 fosse reconhecida nesta esfera administrativa, mas tão somente que os D. Julgadores a quo seguissem a orientação do E. Supremo Tribunal Federal que, ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 357950, 390840, 358273 e 346084, declararam a inconstitucionalidade do §1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, que estabeleceu como base de cálculo da contribuição ao PIS o faturamento.

E, justamente com base no entendimento preconizado pela E. Corte Suprema, foi que a ora Recorrente impetrou o Mandado de Segurança nº 2005.61.00.011034-5, a fim de afastar a exigência da contribuição ao PIS e da COFINS, nos moldes da Lei nº 9.718/98, o que foi deferido pelo MM. Juiz da 10ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo.

Superadas isso, passo ao mérito.

A questão central da lide diz respeito à caracterização ou não dos investimentos estrangeiros realizados pela recorrente como operações de *Hedge*.

O *Hedge*, como se sabe, destina-se exclusivamente à proteção do negócio ante a possibilidade de possíveis oscilações de mercado.

Assim introduzido o assunto, destaco que não cabe alongar a distinção teórica entre operações caracterizadas como sendo de *hedge* de outros investimentos. Isto porque, da leitura das peças processuais, fácil perceber que toda a argumentação em torno da caracterização ou não da operação como sendo de proteção termina por depender de sua identificação ou não com as disposições legais e normativas que regulamentam a matéria.

Neste sentido, em sede de recurso voluntário, a recorrente assevera ter demonstrado cabalmente desde o início que as operações objeto de fiscalização tratavam-se de operações de *Hedge*, conforme excerto abaixo transcrito.

Contudo, a caracterização de tais operações foi cabalmente demonstrada pela ora Recorrente durante o procedimento de fiscalização, tendo, contudo, o D. Agente Fiscal descaracterizado a sistemática de análise adotada para o fim de justificar as operações com derivativos objeto de hedge, por dois fatores:

- 1) Inclusão do Patrimônio Líquido na posição de passivo;
- 2) Operações de swap com passivo referenciado em dólar, realizadas com empresas coligadas.

Revisando as considerações trazidas pela Fiscalização da Secretaria da Receita Federal, encontra-se no Termo de Verificação Fiscal (fls.1020 a 1029) os seguintes apontamentos.

Cabe preliminarmente salientar que o BANCO CENTRAL DO BRASIL (Circular Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil nº 3.082 de 30.01.2002) estabelece e consolida critérios para registro e avaliação contábil de instrumentos financeiros derivativos. Em seu art. 5º define as condições que devem atender os instrumentos derivativos destinados a hedge.

"art. 5º - As operações com instrumentos financeiros derivativos destinados a hedge nos termos dos artigos 3º e 4º devem atender, cumulativamente, às seguintes condições:

I - possuir identificação documental do risco objeto de hedge, com informação detalhada sobre a operação, destacados o processo de gerenciamento de risco e a metodologia utilizada na avaliação da efetividade do hedge desde a concepção da operação;

II- comprovar a efetividade do hedge desde a concepção e no decorrer da operação, com indicação de que as variações no valor de mercado ou no fluxo de caixa do item objeto de hedge num intervalo de 80% (oitenta por cento) e 125% (cento e vinte e cinco por cento);

III- prever a necessidade da renovação ou de contratação de nova operação no caso daquelas em que o instrumento financeiro derivativo apresente vencimento anterior ao do item objeto de hedge;

IV- demonstrar, no caso dos compromissos ou transações futuras objeto de hedge fluxo de caixa, elevada probabilidade de ocorrência e comprovar que tal exposição de variações no fluxo de caixa pode afetar o resultado da instituição;

V- não ter contraparte empresa integrante do consolidado econômico-financeiro, observado o disposto nos arts. 30 e 18 da Resolução 2.723 de 31 de maio de 2000, alterada pela Resolução 2.743 de 28 de junho de 2000.

Os termos da intimação fiscal dirigida à empresa, da resposta correspondente, do Termo de Verificação Fiscal e o completo teor do Recurso Voluntário, levam à conclusão de que em nenhum momento a *“caracterização de tais operações foi cabalmente demonstrada pela ora Recorrente”* como sendo operações de *Hedge*.

Analisando, um a um, os argumentos contidos no Recurso a esse respeito, identifiquei exclusivamente (i) a explicação de que a inclusão do Patrimônio líquido na posição de passivo decorre de autorização do Banco Central do Brasil para tanto e (ii) que compete ao Banco e não à Receita Federal autorizar e avaliar operações desta natureza.

A seguir, ao referir-se às operações de swap com passivo referenciado em dólar, realizadas com empresas coligadas a recorrente sustenta que (i) a Circular Bacen 3.082/02 não definiu operações de hedge, nem estabeleceu as suas condições, mas apenas consolidou critérios para registro e avaliação contábil de instrumentos derivativos, (ii) não foi descumprida qualquer outra Lei ou orientação normativa, (iii) foram observadas as disposições contidas na IN SRF 25/2001.

Oportuno destacar que não há qualquer menção de parte da empresa *“à identificação documental do risco objeto de hedge, com informação detalhada sobre a operação, destacados o processo de gerenciamento de risco e a metodologia utilizada na avaliação da efetividade do hedge desde a concepção da operação”*, conforme determina a Circular Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil nº 3.082 de 30.01.2002.

De fato, segundo entendo, a defesa apresentada pela recorrente está muito mais focada em identificar equívocos da Fiscalização nas premissas adotadas para descaracterização da operação como sendo de *Hedge* do que, propriamente, em comprovar por quaisquer meios que as operações estavam efetivamente destinadas a proteção de investimentos.

Por outro lado, as considerações trazidas no voto condutor da decisão recorrida são, ao meu sentir, de grande precisão, se não vejamos.

A impugnante contesta o entendimento fiscal no sentido de que as operações com derivativos objeto de hedge estariam descaracterizadas por (1) inclusão do Patrimônio Líquido na posição de passivo; e (2) operações de swap com passivo referenciado em dólar, realizadas com empresas coligadas.

8.1. Segundo a impugnante, com relação à "Inclusão do Patrimônio Líquido na posição de passivo", ela agiu ao amparo de autorização expressa que lhe concedeu o Banco Central do Brasil, por meio de sua Consultoria de Organização do Sistema Financeiro II.

8.1.1. O Banco Central, conforme cópia da carta acostada às fls. 1084, referindo-se às correspondências de 28/06/2000 e 01/08/2000, informou ter autorizado a contribuinte impugnante "a considerar o valor do investimento estrangeiro, correspondente a 100% do seu patrimônio líquido, como posição vendida em moeda estrangeira, conforme deliberação da Reunião de Diretoria realizada em 23.06.2000".

8.1.2. Ora, a correspondência do Departamento de Organização do Sistema Financeiro do BACEN simplesmente autorizou que se considerasse o valor do investimento estrangeiro, correspondente a 100% do seu patrimônio líquido, como exposição vendida em moeda estrangeira, conforme deliberação da Reunião de Diretoria realizada em 23.06.2000. Contudo, a impugnante não juntou aos autos cópia das correspondências de 28.06.2000 e 01.08.2000, bem assim a ata da referida Reunião de Diretoria, não estando devidamente esclarecido, portanto, o alcance da autorização dada pelo Banco Central.

8.1.3. De qualquer maneira, são pertinentes as ponderações tecidas pelo autuante às fls. 1025/1026. O patrimônio líquido da pessoa jurídica residente do país é estipulado em moeda corrente do país, e seu valor não está sujeito a atualização monetária ou cambial. Sendo assim, não se justifica a realização de operações de hedge no tocante ao patrimônio líquido da empresa.

8.1.4. Ademais, e conforme bem observou a autoridade fiscal, o princípio da entidade afirma que o patrimônio da entidade, sujeito suscetível de direitos e obrigações, não se confunde com o patrimônio de seus sócios ou proprietários. Destarte, não importa ao presente caso se os acionistas são estrangeiros, uma vez que quaisquer perdas ou ganhos destes últimos, havidos em decorrência de oscilações da taxa de câmbio, correspondem a eventos a serem reconhecidos em seus respectivos patrimônios, não havendo de se cogitar que a empresa investida (a autuada) realize operações (pretensamente de hedge) para protegê-los contra tais oscilações.

8.1.5. Não é de se ignorar que a autorização para exclusão das perdas com operações de hedge da base de cálculo do PIS e da Cofins, tal como veiculado na alínea e, do inciso I, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, tem como propósito anular as receitas auferidas com o item objeto do hedge. Explicando melhor, conforme o §1º, do mencionado art. 3º, a base de cálculo do PIS e da Cofins corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. Por outro lado, quando a contribuinte possui em seu patrimônio itens expostos a riscos e efetua operações de hedge para eliminar tais riscos (p. ex. cambial), poderá haver, ao final da operação, um ganho com o item objeto do hedge e uma perda na operação de hedge. A legislação tributária prevê a tributação apenas da receita líquida gerada na

situação em comento, o seja da receita com o item hedgeado descontada a perda havida na operação de hedge.

8.1.6. No presente caso, conforme já exposto, a contribuinte não auferiu receitas com variação cambial de seu patrimônio líquido. Então, não faz sentido excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins as perdas havidas com operações de mercado futuro e swap, pretensamente para indexar seu patrimônio líquido em moeda estrangeira, já que nas receitas não há valores a anular.

8.1.7. Portanto, afigura-se plenamente justificada a conclusão da fiscalização.

A recorrente reitera que o *Hedge* de seu patrimônio líquido destina-se a proteger a sociedade perante os sócios, nos seguintes termos.

Com efeito, o patrimônio líquido foi somado às demais obrigações da Recorrente nas planilhas demonstrativas das operações de hedge, tendo em vista que, além do administrador estar submetido às normas de proteção do BACEN, o patrimônio líquido é uma obrigação da sociedade perante os sócios. Ou seja, além dos direitos e obrigações a serem protegidos, há também a obrigação de proteção dos sócios.

Ao meu ver, perfeita a leitura dos fatos anotada no voto condutor da decisão recorrida, conforme acima transcrito, no sentido de que tal proteção, se cabível, deve ser providenciada pelos sócios e não pela empresa.

A tais evidências acrescenta-se que a recorrente descumpra uma determinação textual contida na Circular Bacen 3.802/02 de que as operações com instrumentos financeiros derivativos destinadas a *hedge* não podem ter como contraparte empresa integrante do consolidado econômico-financeiro.

O argumento de que a Circular não teria definido as operações de hedge ou estabelecido as suas condições, mas apenas estabelecido e consolidado critérios para registro e avaliação contábil de instrumentos financeiros derivativos, não pode ser acolhido.

O artigo 1º da Circular efetivamente informa sua finalidade, qual seja a de “estabelecer que as operações com instrumentos financeiros derivativos realizadas por conta própria pelas instituições financeiras, demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e administradoras de consórcios devem ser registradas observados os seguintes procedimentos”; contudo, ao especificar as condições para uma determinada operação seja considerada como de *hedge* dá importante subsídio para tomada de decisão sobre sua caracterização ou não como tal, já que trata-se de conceito adotado pelo Órgão Federal de controle destas operações.

Em outras palavras, embora a Circular Bacen 3.802/02 não se destine a conceituar operações de *hedge*, ela deixa claro que determinadas operações não podem ser registradas como tal, servindo como irrefutável indicativo de que, descumprida a condição de que não tenha como contraparte empresa coligada, a operação não se caracteriza como de *hedge*.

Ademais, oportuno lembrar que independentemente do propósito para o qual a Circular foi editada, ela nunca chegaria a constituir-se em uma norma tributária propriamente dita, se não em uma fonte auxiliar para caracterização de um determinado evento, com a finalidade de, aí sim, aplicar a legislação tributária, que, no caso, é a Lei 9.718/98, do que decorre que a finalidade específica para a qual a Circular foi editada tem pouco ou nenhum efeito. Basta que ela sirva de fonte de pesquisa para caracterização do objeto.

Também não procede a alegação de que não cabe “à *Receita Federal questionar ou pretender inviabilizar autorizações concedidas pelo Banco Central do Brasil*”.

À Secretaria da Receita Federal compete a fiscalização dos tributos de competência da União e, neste desiderato, examina se a legislação tributária está sendo corretamente aplicada. Ao Banco Central do Brasil compete controlar outros aspectos dessas mesmas operações. Ainda mais, não consta dos autos que o Banco Central do Brasil tenha atestado que a operação realizada pela empresa esteja caracterizada como operação de *hedge*. Ao contrário, as normas parecem atestar noutro sentido.

Por todo o exposto VOTO POR RECONHECER em parte a decadência do crédito tributário discutido, conforme teor do voto e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário apresentado pela recorrente.

Sala de Sessões, 01 de setembro de 2011.

Ricardo Paulo Rosa – Relator.