



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720778/2014-08
Recurso De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1201-006.254 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2024
Recorrentes BANK OF AMERICA MERRILL LYNCH BANCO MULTIPLO S.A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010

JUROS SELIC.

Nos termos da Súmula CARF nº 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

DEDUTIBILIDADE. PERDAS (DESPESAS). CRÉDITOS (RECEITAS). CONCEITO. OPERAÇÕES OPOSTAS COM DERIVATIVOS. REQUISITOS DA LEI 9.430, DE 1996. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Para bancos de investimentos, o termo “crédito” mencionado no artigo 9º, caput, da Lei nº 9.430, de 1996, não se restringe ao direito resultante de operações de empréstimos, títulos descontados e financiamentos. Crédito é qualquer direito de cobrança líquido e contratualmente certo e, para tais instituições financeiras, pode decorrer de uma operação com derivativo. Condições legais devidamente cumpridas.

DESPESA COM DESCONTO NA RENEGOCIAÇÃO DE CRÉDITOS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PERDA DEFINITIVA. NÃO APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 9º A 12 DA LEI Nº 9.430/96. SÚMULA CARF 139.

Os artigos 9º a 12 da Lei nº 9.430/96 tratam de hipóteses de perda presumida no recebimento de créditos decorrentes de atividades da pessoa jurídica, não se aplicando aos casos de renegociação de dívida entre credor e devedor. No entanto, para que as perdas decorrentes de renegociação de dívida possam ser deduzidas do lucro real, é preciso que sejam preenchidos os requisitos do art. art. 299 do RIR/99.

HEDGE. CONCEITO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO. DERIVATIVOS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

No caso concreto, os derivativos questionados (NDF, TARN e SWAP) estavam sendo utilizados para fins de proteção cambial, inclusive com a demonstração do efeito do hedge global, com o controle da posição dos riscos.

Acordam os membros do colegiado: (i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e (ii) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso

voluntário, vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que dava parcial provimento ao recurso, para exonerar parte da exigência tributária, conforme o relatório de diligência..

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Eduardo Genero Serra, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário e Recurso de Ofício interposto em face do acórdão nº **08-33.858**, proferido pela 4ª Turma da DRJ/FOR que, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada.

Como os fatos e a matéria jurídica foram bem relatados pela decisão de primeira instância, reproduzo-a a seguir:

O presente processo trata sobre impugnação contra os lançamentos tributários referentes a períodos de apuração dos anos-calendários 2009 e 2010, consubstanciados nos seguintes autos de infração:

TRIBUTO	VALOR EM REAIS (PRINCIPAL, MULTA E JUROS)	LOCALIZAÇÃO NOS AUTOS
Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ	388.640.515,84	fls. 2617/2628
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (REFLEXO)	233.184.309,49	fls. 2546/2554
Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS (REFLEXO)	139.592,31	fls. 2515/2520
Contribuição para o PIS/Pasep (REFLEXO)	22.683,76	fls. 2521/2526
Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS	167.023.459,57	fls. 2527/2535
Contribuição para o PIS/Pasep	27.183.321,90	fls. 2536/2545
Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (COMPLEMENTAR)	53.380.338,81	fls. 2638/2644
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (COMPLEMENTAR-REFLEXO)	32.028.203,28	fls. 2632/2637

2. A descrição dos fatos do lançamento de IRPJ contém resumidamente as seguintes infrações (fls. 2618/2620):

- *DESCONTOS NO RECEBIMENTO DE OPERAÇÕES DE DERIVATIVO - INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS*

Perda no recebimento de créditos deduzida indevidamente, por inobservância dos requisitos legais, conforme relatório fiscal em anexo.

- *ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - Perdas em NDF que excederam os ganhos nas mesmas operações*

Valor não adicionado ao lucro líquido do período, para a determinação do lucro real, conforme relatório fiscal em anexo.

- CUSTO/DESPESA INDEDUTÍVEL/EXCLUSÃO INDEVIDA DO LUCRO REAL

- Perdas em Derivativo lançadas em perdas em Operações de Crédito

Valores referentes a Operações com Derivativos que foram lançados em despesas contra Provisão de Créditos de Liquidação Duvidosa ou excluídos do Lucro Real em desacordo com as determinações legais, conforme relatório fiscal em anexo.

- ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - Perdas em Operações com TARN (TM) feitas com o Fundo Ágata

Valor não adicionado ao lucro líquido do período, para a determinação do lucro real, conforme relatório fiscal em anexo, referente as perdas com o Fundo Ágata em Operações TARN (TM), conforme Termo de Verificação em anexo.

- ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - Perdas com SWAP que excederam os ganhos nas mesmas operações

Valor das Perdas em Operações de SWAP com o Fundo Ágata que excederam os ganhos nas mesmas operações de SWAP, conforme Termo de Verificação em anexo.

3. As infrações estão detalhadas no Termo de Verificação (TV) de fls. 2555/2616 e no Termo de Verificação Complementar (TVC) de fls. 2645/2648, a seguir resumidas:

DESCRIÇÃO	INFRAÇÃO	FUNDAMENTOS FISCAIS
Adições não computadas na apuração do lucro real (perdas em derivativos lançadas como perdas em operações de crédito)	Infração 1 do TV	As operações de derivativos não se enquadram nas operações de crédito referidas pelo artigo 9º da Lei n.º 9.430, de 1996. Outrossim, os valores decorrentes da liquidação do derivativo em momento algum se incorporaram ao patrimônio do contribuinte. A receita eventualmente registrada foi excluída/neutralizada pelo registro de operações em sentido contrário, de imediato.
Perdas no recebimento de créditos (descontos no recebimento de operações de derivativos)	Infração 2 do TV	Como o administrado não cumpriu com os requisitos fixados nos artigos 9º e 10 da Lei n.º 9.430, de 1996, decorre a indedutibilidade (ou a adição ao lucro real) dos descontos concedidos para o recebimento de créditos em operações com derivativos.
Adições não computadas na apuração do lucro real (perdas em operações de TARN, NDF e SWAP feitas com o Fundo Ágata)	Infração 3a e 3b do TV	Descaracterizou-se a finalidade de proteção (<i>hedge</i>) de operações de derivativos com o Fundo Ágata, haja vista: (a) as operações com derivativos (TARN, NDF e SWAP) tendo como contraparte o Fundo não tiveram a finalidade exclusiva de proteção contra perdas em operações com clientes, na forma do artigo 77, § 1º, da Lei n.º 8.981, de 1995, “mas sim primordialmente a finalidade de transferir para sua controladora possíveis ganhos nestas operações”; (b) impugnante e Fundo pertencem ao mesmo grupo econômico; (c) o impugnante é o gestor do Fundo; (d) as perdas com as operações realizadas com o Fundo eram ilimitadas, diferentemente das perdas com clientes que eram limitadas; (e) o valor do “limitador de ganho” para os clientes era desproporcionalmente menor que o valor do “limitador de ganho” para o impugnante no contrato com o Fundo Ágata (<i>vide</i> tabela da pág. 12 do TV); (f) feriu-se a Circular Bacen n.º 3.082, de 2002; (g) a contratação com o Fundo Ágata teria objetivo de transferir somente receitas. Nesse passo, entendeu-se que o caso concreto atraiu a aplicação do artigo 76, § 4º, da Lei n.º 8.981, 1995.
Insuficiência de recolhimento da Cofins (exclusão indevida de despesa de hedge – NDF e SWAP)	Infração 4 do TV	Glosou-se toda a despesa considerada de <i>hedge</i> por não ter sido esta finalidade comprovada. Além disso, “a despesa excluída não poderia ultrapassar, no caso de PIS e Cofins a receita oferecida, gerando assim um resultado negativo com SWAP e NDF para fins de apuração das Bases desta Contribuições, uma vez que a sistemática de tributação destas prevê um faturamento e exclusões permitidas neste faturamento e não tributação com base em resultado como no IRPJ e na CSLL”.
Adições não computadas na apuração do lucro real (perdas em SWAP que excederam os ganhos nas mesmas operações)	Infração do TVC	O resultado negativo auferido com operações de SWAP ocorridas em 2010, as quais tinham como contraparte o Fundo Ágata, foi de R\$155.167.813,82, ultrapassando portanto o resultado negativo auferido nas operações de SWAP como um todo que foi de R\$52.582.364, valor este já devidamente autuado em 29/08/2014. Como, pelos motivos já expostos em Termo de Verificação anexo ao presente, esta fiscalização constatou ser necessária a adição ao Lucro Real de todo o resultado negativo auferido em Operações com o Fundo Ágata em 2010, no valor de R\$155.167.813,82, verificou-se como necessário o presente Auto de Infração complementar no valor de R\$102.585.449,80, de forma que então possa se ter adicionado todo o resultado negativo das operações realizadas com o Fundo em operações de SWAP realizadas em 2010.

4. Cientificado dos autos de infração em 10/05/2012, o contribuinte apresentou impugnação, em 08/06/2012 (fls. 2583/2967), com os seguintes argumentos, em síntese:

a) Requereu a nulidade dos lançamentos tributários, tendo em vista as seguintes falhas:

- Equivocadas premissas fiscais obtidas em artigos da internet sem a citação da fonte correspondente.
- Ausência de coerência da fiscalização - lavratura de autos de infração complementares no mesmo dia da lavratura dos principais.
- Fundamentação legal obscura para a cobrança do crédito tributário - ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
- Menção a outros contribuintes no termo de verificação fiscal.

- Diversos vícios do mandado de procedimento fiscal.

b) Quanto à Infração 1 do TV:

- A interpretação do artigo 9º da lei n.º 9.430, de 1996, pelo agente fiscal não busca explorar o significado das palavras contidas na redação da Lei, mas, sim, inserir uma expressão inexistente na norma (“operações de crédito” no lugar do vocábulo “créditos”).

- A Resolução CMN n.º 3.505, de 2007, dispõe sobre a realização de operações de derivativos pelas instituições financeiras.

- A redação do artigo 9º é clara ao prever que qualquer crédito não recebido, que seja decorrente da atividade da pessoa jurídica, poderá ser deduzido como despesa na determinação do Lucro Real e, conseqüentemente, da base de cálculo da CSLL, desde que atendidas as suas condições.

c) Quanto à Infração 2 do TVF:

- Não é lógico admitir em um determinado item do TVF que a Lei n.º 9.430/96 seria inaplicável ao caso do Impugnante e, em outra parte, defender que as perdas no recebimento dos lucros por ela auferidos nas operações de derivativos não seriam dedutíveis por não terem sido respeitados os critérios dessa mesma lei.

- O regramento estabelecido no art. 9º da Lei n.º 9.430/96 é aplicável apenas às perdas provisórias e não se estendem às perdas definitivas, como é o caso dos descontos concedidos para a liquidação de créditos inadimplidos.

- Nesse sentido encontra-se a exceção trazida no parágrafo 1º do seu inciso I, o qual possibilita o registro imediato como perda para aqueles créditos nos quais já tenha havido declaração de insolvência do devedor.

- Outro argumento diz respeito à impossibilidade de ingresso/manutenção de ação judicial ou procedimento de cobrança administrativa para aqueles créditos cuja liquidação já foi realizada com desconto (perdas efetivas).

- Chega-se à conclusão de que as prescrições estabelecidas na Lei n.º 9.430/96 não são aplicáveis aos descontos concedidos para a liquidação de créditos inadimplidos, cuja dedutibilidade se dá nos termos do artigo 299 do RIR/99, por representarem uma “perda efetiva”.

d) Quanto à Infração 3 do TVF e à descaracterização do *hedge*:

- A sistemática fixada pela Lei n.º 8.981, de 1995, não é aplicável à tributação de operações com derivativos realizadas por instituições financeiras. Isso porque o artigo 71 da Lei n.º 9.430, de 1996, alçou as operações de liquidação futura realizadas no mercado de balcão não organizado ao mesmo *status* daquelas realizadas em bolsa, o que significa, a um só tempo, incluí-las no escopo da regra geral de ganhos líquidos prevista no artigo 72 da Lei n.º 8.981/95 e na exceção prevista para as instituições financeiras constante do inciso III do artigo 77 da mesma lei.

- A Lei n.º 11.196, de 2005, veio a detalhar o regime de tributação das operações realizadas nos mercados de liquidação futura pelas instituições financeiras, por meio de seu artigo 110, regulamentado pelo Decreto n.º 5.730, de 20 de março de 2006. Dessa forma, conforme determina o inciso I, 'a', do artigo 110 da Lei n.º 11.196/05, nas operações de derivativos (caracterizadas como Swap e Termo) realizadas pelo Impugnante, o resultado tributável deve ser quantificado a partir da diferença de curvas apurada no último dia útil do mês, entre as variações de taxas, preços ou índices contratados, sendo irrelevante a caracterização como hedge.
- O agente fiscal tratou as operações com derivativos realizadas de maneira independente (produto por produto), individualizando equivocadamente os resultados de tais operações para fins de justificar a glosa das perdas incorridas. Conforme juízo do impugnante, tendo por base o artigo 30 da IN SRF n.º 25, de 2001, e o artigo 53 da IN RFB n.º 1.022, de 2010, ainda que as operações em questão não se qualificassem como *hedge*, a aplicação correta do artigo 76, § 4º, da Lei n.º 8.981, de 1995, demandaria a consolidação entre ganhos e perdas em todas as modalidades de operações de renda variável descritas nos artigos 72 a 74 da mesma lei. No mesmo sentido invocou o artigo 55, § 7º, da IN RFB n.º 1.022, de 2010.
- As limitações à dedutibilidade de perdas previstas na Lei n.º 8.981, de 1995, sequer seria aplicável para a CSLL, conforme Solução de Consulta COSIT n.º 198, de 9 de julho de 2014.
- Tal proteção não é feita necessariamente operação por operação, ou seja, riscos associados a uma dada operação podem não ser protegidos especificamente com outra operação, já que as exposições opostas são consolidadas em termos globais e os saldos cobertos por meio de transações adicionais. Trata-se do conceito de proteção global, onde se extraem os riscos de todas as operações para que então seja tomada a decisão de proteção a tais riscos, daí infere-se a impossibilidade de associação individualizada das operações com respectivos e específicos hedges.
- Na página 33 do Relatório Basiléia II Pilar 3 fica demonstrado de maneira inequívoca o efeito do *hedge* global, vez que, no final de cada um dos períodos, a posição dos riscos é controlada, atendendo aos requisitos regulatórios exigidos pelo BACEN.
- A tabela indicada no item 8.7 da página 33 do Relatório, refere-se à evolução dos valores referentes às posições compradas e posições vendidas (gerenciamento de risco) de todos os produtos financeiros do impugnante, inclusive os instrumentos de derivativos, de modo a confirmar o conceito do hedge global.
- Conforme fica claro a partir da análise dos contratos de TARN anexos (Doc. 12 e Doc. 13), os limitadores de ganho (para o cliente, ou limitador de perda para o Impugnante) são fixados por fluxo de pagamento e não

por contrato, sendo que tais instrumentos prevêem 12 fluxos de pagamentos.

e) Quanto à Infração 4 do TV:

- A única menção à base legal para se efetuar tal glosa encontra-se na página 60 do TVF e limita-se a apontar o artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, mas tal artigo possui 13 parágrafos e não cabe ao impugnante interpretá-los de modo a concluir em qual deles sua situação se enquadraria, ainda mais sem o agente fiscal ter confrontado os fatos narrados com a legislação mencionada, decorrendo, pois, a nulidade do lançamento.

- O fato de o agente fiscal afirmar que os resultados das operações de SWAP não poderiam ser negativos mostra total desconhecimento desta para com a forma de contabilizar os resultados de tais operações e, mais ainda, com a forma global como as operações de hedge devem ser consideradas.

- O fato de as operações com derivativos serem ou não classificadas como hedge não deve afetar a possibilidade de dedução das despesas incorridas nestas quando da apuração da base de cálculo das contribuições ao PIS/Pasep e à COFINS.

- A finalidade de hedge foi fartamente demonstrada pelo impugnante;

- Especificamente no que concerne às operações nos mercados de liquidação futura, o regramento para a apuração da base de cálculo das mencionadas contribuições sofreu alteração com o advento do artigo 110 da Lei nº 11.196, de 2005, que, por ter regulado inteiramente a matéria, derogou o artigo 3º, § 6º, inciso I, alíneas “d” e “e”, da Lei nº 9.718, de 1998.

- O agente fiscal confundiu-se ao lançar os valores de PIS e Cofins, especificamente nos períodos de apuração março e agosto/2010, culminando em valor a pagar a maior.

- Demais disso, foram desconsiderados os estornos de receita realizados no curso do mesmo mês nas operações de SWAP, culminando em uma diferença na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS de aproximadamente R\$470 milhões, conforme demonstrado na tabela da págs. 93/94 da impugnação.

f) Quanto aos juros de mora sobre multa de ofício:

- Os juros calculados com base nessa taxa não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal, considerando que multa não é tributo e só há previsão legal para que os juros calculados à taxa Selic incidam sobre tributo (e não sobre multa).

Por fim, o impugnante:

a) requer o conhecimento e o provimento da presente Impugnação, com o cancelamento dos autos de infração, pelas razões de fato e de direito anteriormente expostas.

b) caso assim não se entenda, o que se alega apenas a título argumentativo, requer que o julgamento da presente impugnação seja convertido em diligência, com fundamento nos artigos 16, inciso IV, e 18, § 3º, do Decreto n.º 70.235/72, com o objetivo de se confirmar todos os erros de cálculo demonstrados nos tópicos desenvolvidos pelo impugnante, os quais resultaram no agravamento do crédito tributário cobrado.

6. Em 09/03/2015, o administrado apresentou aditamento (fls. 3452/3458) a sua impugnação, com os seguintes argumentos e pedidos:

a) Requereu a nulidade do lançamento, devido à “ausência de vinculação exata entre os fatos narrados e o fundamento legal”.

b) O art. 50 da IN RFB n.º 1.515, de 2014, confirmou a inaplicabilidade da Lei n.º 8.981, de 1995, às instituições financeiras.

c) Em novo precedente do CARF (Acórdão n.º 3403-003.325), reconheceu-se a desnecessidade de atendimento objetivo a todas as exigências previstas nos normativos regulatórios para que a operação com derivativo seja considerada como “hedge”.

Em sessão de 19 de maio de 2015, a 4ª Turma da Delegacia de Julgamento de Fortaleza, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação, nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010

NULIDADE. DIREITO DE DEFESA. PREJUÍZO CONCRETO. PROVA. ÔNUS DO CONTRIBUINTE.

Não incidem em nulidade o procedimento fiscal ou o lançamento tributário quando o contribuinte não demonstra a existência de prejuízo concreto para a elaboração de sua impugnação.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009, 2010

INDEDUTIBILIDADE. PERDAS (DESPESAS). CRÉDITOS (RECEITAS). CONCEITO. OPERAÇÕES OPOSTAS COM DERIVATIVOS. REQUISITOS DA LEI 9.430, DE 1996. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Para bancos de investimentos, o termo “crédito” mencionado no artigo 9º, caput, da Lei n.º 9.430, de 1996, não se restringe ao direito resultante de operações de empréstimos, títulos descontados e financiamentos. Crédito é qualquer direito de cobrança líquido e contratualmente certo e, para tais instituições financeiras, pode decorrer de uma operação com derivativo.

A perda no recebimento de crédito (receita) com derivativo deve ser examinada em cada operação, e não em um conjunto delas, ainda que

outro contrato com terceiro no mercado de liquidação futura em sentido oposto resulte em despesa que neutralize tributariamente aquela receita.

É indedutível a perda com pessoa jurídica quando o deferimento da recuperação judicial desse cliente ocorreu posteriormente ao ano em que a respectiva despesa reduziu a base tributável do IRPJ.

DESCONTOS CONCEDIDOS EM RENEGOCIAÇÃO DE CRÉDITOS. DESPESAS OPERACIONAIS. DESCARACTERIZAÇÃO.

Aos descontos concedidos em renegociação de créditos são aplicáveis as normas específicas dos arts. 9º a 12 da Lei nº 9.430, de 1996, e não as normas gerais do art. 299 do RIR/1999.

HEDGE. CONCEITO JURÍDICO-TRIBUTÁRIO. DERIVATIVOS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FUNDO DE INVESTIMENTOS. GESTORA. MESMO GRUPO ECONÔMICO.

Em uma operação com derivativo, não se justifica a finalidade exclusiva de proteção (hedge) de direitos e obrigações de instituição financeira, quando ela própria, atuando também como gestora de fundo de investimentos, toma a decisão de apostar no mesmo derivativo, mas no polo oposto.

DEDUTIBILIDADE. PERDAS. DERIVATIVOS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. MERCADO DE BALCÃO NÃO-ORGANIZADO. HEDGE. PRODUTO POR PRODUTO.

Aplicam-se as regras de imposto de renda da Lei nº 8.981, de 1995, às operações de liquidação futura realizadas por instituição financeira em mercado de balcão não-organizado, já que tais operações não se enquadram na exceção prevista em seu artigo 77, inciso III.

Descaracterizada a finalidade de hedge, as perdas apuradas nessas operações somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite do ganhos auferidos, cotejando-se produto por produto.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2009, 2010

RENDA VARIÁVEL. PERDAS. DEDUÇÃO.

As pessoas jurídicas que apuram o Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ com base no lucro real poderão deduzir da base de cálculo da CSLL as perdas em operações realizadas no mercado de renda variável, sem a limitação imposta pelo § 4º do art. 76 da Lei nº 8.981, de 1995.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2009, 2010

CSLL. COFINS. PIS/PASEP. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática, aplica-se às exigências reflexas (CSLL, COFINS e PIS/Pasep), no que couber, o que foi decidido quanto à exigência matriz (IRPJ), devido à íntima relação de causa e efeito entre elas.

COFINS. PIS/PASEP. RECEITAS. SWAP E TERMO.

Nos casos de operações no mercado a termo e swap, para efeito de determinação da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, as instituições financeiras devem computar como receitas incorridas, a diferença, apurada no último dia útil de cada mês, entre as variações das taxas, dos preços ou dos índices contratados (diferença de curvas).

COFINS. PIS/PASEP. HEDGE.

Permanecem aplicáveis as exclusões e deduções do artigo 3º, § 6º, da Lei nº 9.718, de 1998, às instituições financeiras. Descaracterizada a finalidade de hedge para operações no mercado de renda variável, deve-se glosar as exclusões da base de cálculo relativamente a perdas em tais operações.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

No AgRg no REsp 1.335.688-PR, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento das duas turmas que lhe compõem, no sentido de que “é legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário”, referenciando os seguintes precedentes: REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009; e REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Com a decisão foi apresentado Recurso de Ofício.

Por seu turno, a interessada interpôs Recurso Voluntário, no qual repetiu, basicamente, os argumentos da impugnação, com acréscimos específicos em relação à decisão de piso, no que tange à parte em que foi vencida.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção dos lançamentos efetuados.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação e julgamento. Posteriormente, em dezembro de 2016, a Recorrente apresentou Petição, para trazer aos autos Termo de Constatação de Empresa de Auditoria Independente que, em seu entendimento, corrobora a linha de defesa apresentada, especialmente no que refere a erros na apuração do resultado observado e na definição da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em sessão realizada em 23 de março de 2017, esta Turma, em composição diversa, decidiu converter o julgamento em diligência para que:

- a) A autoridade fiscal analise os documentos, cálculos e argumentos formulados pela Recorrente, com especial destaque para os pontos levantados pelo Relatório de Auditoria, que questiona os procedimentos adotados na lavratura dos Autos de Infração, como a não consideração das variações negativas (diferenças de curvas) e o suposto erro na definição das bases de cálculo tributáveis;
- b) As conclusões da autoridade diligenciante deverão constar de relatório conclusivo, que deverá se manifestar acerca das seguintes afirmações:
- (i) de que os ganhos nas operações de renda variável excederam as perdas incorridas nessas mesmas operações, tanto no ano-base de 2009 quanto no ano-base de 2010, conforme constatado no mencionado Relatório e nos cálculos e tabelas apresentados pela Recorrente no Recurso Voluntário;
 - (ii) de que houve erro na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS, da ordem de R\$ 470 milhões;
 - (iii) de que a capitulação legal não foi adequada e que deixaram de ser observados dispositivos legais aplicáveis à espécie.
- c) A autoridade poderá intimar a interessada a apresentar documentos e informações complementares, aptos a subsidiar suas alegações, caso assim entenda necessário.
- d) O parecer conclusivo deverá ratificar ou retificar, por meio de planilhas ou outros instrumentos pertinentes, o montante passível de tributação, com base nos argumentos de defesa, além de apreciar o recálculo dos valores efetuado pela DRJ, além de justificar a base legal utilizada.
- e) O parecer conclusivo deverá ser notificado à Recorrente, para que esta se manifeste, se assim desejar, no prazo de 30 dias.

Realizada a diligência, anexou-se ao processo o relatório de diligência fiscal de fls. 4214/4228 em que se apresentaram as seguintes conclusões:

TEMA 01 – Dos cálculos empregados na apuração das infrações de nº 03, item “b”, do Termo de Verificação Fiscal (Indedutibilidade Fiscal, para fins de IRPJ/CSLL, de Resultados Negativos em Operações de SWAP e NDF, realizadas em mercado de balcão não-organizado e sem fins exclusivos de hedge)

Argumenta o recorrente, através do recurso de fls. 3.572 a 3.810 e 3.861 a 4.138, especificamente no relatório de auditoria de fls. 3.874 a 4.138, que as infrações apontadas no item “3.B” do Termo de Verificação Fiscal seriam insubsistentes já que, de acordo com sua avaliação, o contribuinte teria auferido receitas maiores que suas despesas em operações de liquidação futura do tipo “SWAP” e “termo NDF (Non-Deliverable Forward)” realizadas em mercado de balcão não-organizado, e que, portanto, a integralidade de referidas despesas seria dedutível para fins de apuração de IRPJ e CSLL, ao abrigo da legislação pertinente.

Transcreva-se abaixo a conclusão do relatório de auditoria, apresentado pelo fiscalizado, sobre essa questão, fl. 3.879.

(...)

Como prova de suas alegações, o contribuinte junta aos autos a tabela de fls. 3.884 a 3.886, onde procura demonstrar que as receitas provenientes de suas operações de SWAP e NDF teriam sido maiores que suas respectivas despesas.

Verifica-se, no entanto, que tal tabela não está correta e que tampouco assiste razão ao contribuinte.

É possível observar que, para o cotejamento de tais valores (receitas versus despesas em operações de SWAP e NDF), o recorrente elenca, em citada tabela, como receita de referidos investimentos, a totalidade das rendas auferidas em todas as transações com derivativos e operações de liquidação futura praticadas pelo banco durante os anos de 2009 e 2010, e não apenas aquelas provenientes de contratos de SWAP e NDF; o que não encontra previsão ou amparo na legislação.

Dispõe o art. 76, § 4º, da lei nº 8.981/95 que a pretendida dedutibilidade fiscal em aplicações de renda variável e derivativos é estabelecida e limitada por tipo de produto e não de forma global, e que as perdas apuradas nas operações de que tratam os artigos 72 a 74 da referida lei, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em cada uma das respectivas operações previstas naqueles artigos.

Diante desse contexto, verificou-se, através da leitura dos dados extraídos da escrituração contábil do contribuinte (balancetes e razões contábeis copiados aos anexos 01 e 02 deste relatório, às fls. 4.229 a 6.084) – além das planilhas de controle gerencial das operações de SWAP e NDF, elaboradas e apresentadas pelo fiscalizado durante a realização do procedimento de auditoria fiscal, fls. 2.465 a 2.470 –, que os resultados auferidos pelo autuado envolvendo os instrumentos derivativos de SWAP e NDF são aqueles apontados na tabela 01 abaixo.

(...)

É possível notar que os resultados negativos calculados aqui são exatamente iguais às despesas consideradas como indedutíveis nos autos de infração de IRPJ e CSLL em discussão, fls. 2.546 a 2.554 e 2.617 a 2.628.

Como forma a demonstrar a memória de cálculo de apuração de tais valores, abaixo são dispostas as tabelas de nº02 a nº09, extraídas da contabilidade do contribuinte (anexos 01 e 02 deste relatório às fls. 4.229 a 6.084), as quais detalham as contas contábeis envolvidas; os saldos semestrais dos lançamentos à débito e à crédito realizados pelo contribuinte em sua escrituração, e os resultados líquidos de tais operações.

(...)

Ante o exposto, conclui-se que **não há quaisquer erros de cálculo na apuração das infrações de nº 03, item “b”, do termo de verificação fiscal**, e que tais valores encontram-se em consonância com os cálculos realizados acima, não assistindo razão ao contribuinte em seu pleito.

TEMA 02 – Dos cálculos utilizados na apuração das infrações de nº 04, do Termo de Verificação Fiscal (Indedutibilidade Fiscal, na base tributável de PIS/COFINS, de Despesas em Operações de SWAP e NDF realizadas sem fins de hedge)

Aduz o fiscalizado, através do relatório de auditoria de fls. 3.874 a 4.138, especificamente às fls. 3.879 e 3.880, que os cálculos envolvidos na apuração das infrações apontadas no item nº 04 do Termo de Verificação Fiscal estariam equivocados, vez que não obedeceriam aos mandamentos do art. 110 da lei nº 11.196/05, e que sua base de cálculo teria sido superdimensionada.

Explica que a empresa seguiria uma metodologia própria e particular de escrituração contábil de algumas das operações envolvendo derivativos e contratos de liquidação futura, e que referido procedimento envolveria o registro, como receita e/ou despesa em seus livros contábeis, de valores que não se revestem verdadeiramente dessa condição. Mas que diariamente tais montantes seriam integralmente estornados, o que não acarretaria prejuízos à acuidade da apuração diária final ou mensal de seus resultados ou de seus ativos e passivos. Por fim, conclui que os cálculos realizados pela RFB não teriam observado tal particularidade, além de equivocadamente avaliar a base tributável de PIS/COFINS sob um regime de cálculo diário, quando o correto seria seu cômputo mensal.

(...)

Neste ponto, assiste razão ao recorrente quanto a existência de equívocos no cálculo da apuração da base de cálculo de tais infrações.

Dispõe o art. 110, da lei nº 11.190/06, que para as operações do tipo “swaps” e “termos”, realizadas por instituições financeiras, a apuração da base tributável de PIS e de COFINS se dará pelo cômputo da variação de taxas, preços ou índices contratados (diferença de curvas), calculada mensalmente.

Ocorre que os cálculos demonstrados junto às fls. 2.471 e 2.472 – que serviram de base para a realização desse auto de infração –, utilizaram, de fato, para a apuração da base tributária de PIS e COFINS destes contratos, o somatório de montantes de receitas e despesas registradas diariamente na contabilidade do auditado; quando deveriam fazê-lo apenas pelo diferencial de seu saldo mensal. Explique-se.

É possível verificar junto a planilha de fls. 2.471 e 2.472, nas abas “Ano Todo 2009” e “Ano Todo 2010”, que as colunas “P” e “R”, de nome “Despesa Real” – utilizadas para cálculo das infrações nos discutidos lançamentos, e representativa da soma dos resultados negativos em operações de SWAP e NDF a serem glosados na apuração da base de cálculo de PIS/COFINS – é resultado da adição dos registros

representativos de perdas diárias em tais contratos. Ou seja, foram consideradas como perdas indedutíveis no auto de infração, todos os lançamentos contábeis diários representativos de despesas, e não apenas a variação mensal negativa de resultados em referidos contratos.

Registre-se que apenas os saldos negativos mensais, e não os diários, deveriam compor a base de cálculo das infrações, já que, como visto, a apuração de PIS e COFINS para tais contratos se dá pela diferença mensal de curvas, ou seja, pelo diferencial de valores de taxas e índices contratados, apurados apenas ao fim de cada mês.

Junto à planilha do Anexo 03 deste relatório (fl. 6.085, aba “valores devidos PIS e COFINS”), foram refeitos – de acordo com as observações citadas acima –, os cálculos de apuração das fls. 2.471 e 2.472 utilizados na elaboração dos autos de infração de PIS e COFINS.

E, de posse desses novos montantes, conforme fundamentação fática e legal da infração nº4 do Termo de Verificação Fiscal, foram excluídos os resultados mensais negativos de tais operações, vez que não possuíam função de hedge.

Assim, as tabelas 12 e 13 abaixo resumem os cálculos realizados na planilha do Anexo 1 deste relatório, e apresentam os valores devidos de PIS e de COFINS, calculados pelo diferencial de curvas das operações de SWAP e NDF praticadas pelo contribuinte nos anos de 2009 e 2010.

Anote-se que os dados para sua realização foram extraídos das planilhas de fls. 2.465 a 2.470 – entregues pelo próprio fiscalizado em meio ao procedimento de auditoria fiscal –, e foram corroborados por sua contabilidade copiada às fls. 4.229 a 6.084.

(...)

Ante todo o exposto, conclui-se que as novas bases de cálculo das infrações nº 04 do Termo de Verificação Fiscal deverão ser aquelas dispostas nas colunas (b) das tabelas 12 e 13 acima e os novos valores devidos de PIS e COFINS são aqueles demonstrados nas colunas (d) e (e). Ressalte-se por fim que, na realização dos cálculos apresentados, não houve a adoção de qualquer nova fundamentação fática ou legal ou ainda a utilização de novos elementos não apontados anteriormente pela fiscalização, mas tão somente a correção de cálculos matemáticos empregados na apuração das discutidas infrações.

TEMA 03 – Da Capitulação Legal das Infrações de nº 4 do Termo de Verificação Fiscal (Indedutibilidade Fiscal, na base tributável de PIS/COFINS, de Despesas em Operações de SWAP e NDF realizadas sem fins de hedge)

Junto ao item “b.3” da fl. 4.150 da resolução de fls. 4.140 a 4.151, é solicitado que esta unidade preparadora se pronuncie sobre a alegação do contribuinte acerca da pretensa ausência de fundamentação legal para a infração de PIS e COFINS, de nº 04 do Termo de Verificação Fiscal.

Não assiste razão ao contribuinte.

De início, é possível verificar da leitura do discutido lançamento tributário, que o contexto fático da infração n.º 04 é pormenorizadamente descrito e discutido às fls. 2.573 a 2.575; 2.584 a 2.586; 2.599 a 2.601 e 2.614, do Termo de Verificação de fls. 2.555 a 2.616.

Quanto a fundamentação legal – art. 3º, § 6º, inciso I, alínea “e”, da Lei n.º 9.718/98 –, esta é citada, transcrita ou sublinhada pelo menos 6 vezes ao longo de referido termo e nos demonstrativos de cálculo de apuração de PIS e COFINS (fls. 2.528; 2.529; 2.538; 2.539; 2.609 e 2.615), não havendo falar em sua falta, nos documentos de formalização dos autos de infração em discussão.

Ademais, ao longo de todo o processo administrativo, o contribuinte, seja em sua impugnação ou recurso voluntário, demonstra entender detalhadamente todo o conteúdo da acusação fiscal, seja em seus pressupostos fáticos ou de capitulação legal.

(...)

Ante o exposto, conclui-se que os créditos tributários relativos às infrações de PIS e COFINS identificadas como n.º 04 do Termo de Verificação Fiscal, foram fática e legalmente fundamentados e motivados, não havendo qualquer vício em sua constituição.

Intimada do relatório de diligência fiscal, a Recorrente apresentou petição em que reitera os fundamentos aduzidos em seu recurso. Além disso, sustenta que a diligência não teria sido fielmente cumprida, pois, a unidade de origem adotou como premissa a consideração dos resultados por tipo de instrumento, enquanto segunda ela, a Resolução que determinou a diligência teria adotado como premissa que deveriam ser analisadas todas as operações de renda variável realizadas pela Requerente, isto é, deveriam ter sido consideradas as operações de renda variável de forma global, como realizado pela KPMG em seu relatório, e não “por produto/instrumento” como fez a Autoridade Fiscal quando da realização da diligência.

Alega ainda que, embora concorde com ela, correção das bases autuadas não é possível, pois, para que o lançamento seja considerado válido, devem ser observados os requisitos de liquidez e certeza, em conformidade com o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional (“CTN”), bem como nos artigos 10 e 11 do Decreto n.º 70.235/1972.

Veja-se ainda que a alteração do critério jurídico do lançamento fiscal pretendida no Relatório de Diligência Fiscal viola a regra inserta no artigo 146 do CTN, que estabelece que “a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

Não se trata de mera “correção de cálculos matemáticos”, mas de alteração do critério jurídico na determinação da base de cálculo (aspecto quantitativo do lançamento fiscal). Realmente, a Autoridade Fiscal utilizou como critério para apuração das bases autuadas os lançamentos diários, o que foi tido como incorreto no Relatório de Diligência Fiscal, o qual, por sua vez, confirmou que as diferenças de curvas deveriam ser apuradas com base nas variações mensais dos instrumentos de liquidação futura.

Ao contrário do que foi aventado no Relatório de Diligência Fiscal, os autos de infração carecem de fundamentação jurídica adequada, pois não é possível identificar de maneira adequada qual, dentre os diversos dispositivos legais citados ao longo do TVF, seria o fundamento jurídico do lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, Relator.

Admissibilidade

Os recursos são tempestivos e atendem às condições de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento.

Preliminares

Em seu recurso voluntário, a Recorrente alega preliminarmente que a fiscalização teria se equivocado em suas premissas, inclusive teria citado artigos e notícias sem a devida citação.

Sobre o primeiro ponto, as divergências em relação às premissas confundem-se com análise meritória, portanto ali devendo ser analisada. Quanto ao segundo ponto, a não citação de fontes bibliográficas pode ter consequências diversas em vários âmbitos da realidade, por exemplo, caracterizando-se um plágio, mas não tem o condão de implicar a nulidade do auto de infração.

A recorrente defende ainda eventual nulidade, pois teriam sido lavados autos de infração complementares no mesmo dia em que lavrados os autos de infração principais. E que inclusive teria se verificado ali alteração de critério jurídico. Contudo, não merece acatamento o fundamento, analisando-se as acusações fiscais, verifica-se que não há contraditoriedade entre elas ou qualquer alteração de critério, mas como proposto pela própria fiscalização, caráter complementar entre eles.

Alega-se ainda a existência de fundamentação legal obscura, o que violaria a ampla defesa e o contraditório. Embora o auto de infração apenas possa gerar esse efeito ao leitor, a sua leitura em conjunto com o Termo de Verificação Fiscal deixa evidenciado os critérios utilizados, assim como a legislação pertinente adotada, de forma que não merece prosperar a alegação. Não se vislumbrando prejuízo à defesa, não é possível acatar a nulidade (*Pás de nullite sans grief*)

Tampouco merece maior sorte a alegação de que o auto de infração seria nulo, pois o Termo de Verificação Fiscal citaria outros contribuintes. Isto porque, trata-se de mera contextualização, nada pertinente à acusação fiscal ora analisada:

“Como exemplo, tem-se em anexo **pesquisa realizada no nosso sistema de DIRF (Declaração de Imposto de Renda na Fonte)** onde demonstra-se alguns dos **resgates realizados pela controladora da fiscalizada de quotas do fundo Ágata, na condição de única sócia quotista deste fundo.**” (fls. 14, do TVF; g.n.).

“Devendo ser observado que adicionalmente a nossa constatação, de um excesso de despesa financeira, seria importante ressaltar que também a programação de fiscalização havia enxergado, **na comparação da DIPJ do contribuinte com outras semelhantes, a existência de despesas financeiras proporcionalmente elevadas.** Poder-se-ia verificar que apontava-se receitas financeiras no montante de R\$ 2.872.878.923,22, enquanto tinha-se despesas financeiras no montante de R\$ 2.726.347.183,01. Ficando clara então, ao nosso ver, a razão desta proporcionalidade quando da abertura dos resultados procedida na presente ação fiscal.” (fls. 19, do TVF; g.n.).

A indicação de tais informações em auto de infração pode ter consequências outras (como acusação de violação a confidencialidade, ou mesmo ao desrespeito no tratamento da informação fiscal do contribuinte), mas nada impacta a validade do auto de infração.

Alega ainda a nulidade do auto de infração por vícios do Mandado de Procedimento Fiscal, tal matéria, contudo, já foi objeto da Súmula CARF n 171:

Súmula CARF nº 171

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Assim tampouco esta alegação merece ser acolhida.

Ante o exposto, afasto todas as preliminares suscitadas.

Mérito

INFRAÇÃO 1 DO TVF - ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL (PERDAS EM DERIVATIVOS LANÇADAS COMO PERDAS EM OPERAÇÕES DE CRÉDITO)

A DRJ deu parcial provimento à Impugnação em relação a esta infração, por entender que o fiscal autuante deu interpretação restritiva ao art. 9 da Lei n. 9.430/1996:

Art. 9º As perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica poderão ser deduzidas como despesas, para determinação do lucro real, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Poderão ser registrados como perda os créditos:

I - em relação aos quais tenha havido a declaração de insolvência do devedor, em sentença emanada do Poder Judiciário;

II - sem garantia, de valor:

a) até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por operação, vencidos há mais de seis meses, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

b) acima de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por operação, vencidos há mais de um ano, independentemente de iniciados os procedimentos judiciais para o seu recebimento, porém, mantida a cobrança administrativa;

c) superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), vencidos há mais de um ano, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento;

III - com garantia, vencidos há mais de dois anos, desde que iniciados e mantidos os procedimentos judiciais para o seu recebimento ou o arresto das garantias;

IV - contra devedor declarado falido ou pessoa jurídica em concordata ou recuperação judicial, relativamente à parcela que exceder o valor que esta tenha se comprometido a pagar, observado o disposto no § 5º. (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 2º No caso de contrato de crédito em que o não pagamento de uma ou mais parcelas implique o vencimento automático de todas as demais parcelas vincendas, os limites a que se referem as alíneas a e b do inciso II do § 1º e as alíneas a e b do inciso II do § 7º serão considerados em relação ao total dos créditos, por operação, com o mesmo devedor. (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 3º Para os fins desta Lei, considera-se crédito garantido o proveniente de vendas com reserva de domínio, de alienação fiduciária em garantia ou de operações com outras garantias reais.

§ 4º No caso de crédito com empresa em processo falimentar ou de concordata, a dedução da perda será admitida a partir da data da decretação da falência ou da concessão da concordata, desde que a credora tenha adotado os procedimentos judiciais necessários para o recebimento do crédito.

§ 5º A parcela do crédito cujo compromisso de pagar não houver sido honrado pela empresa concordatária poderá, também, ser deduzida como perda, observadas as condições previstas neste artigo.

Art. 10. Os registros contábeis das perdas admitidas nesta Lei serão efetuados a débito de conta de resultado e a crédito:

I - da conta que registra o crédito de que trata a alínea “a” do inciso II do § 1º do art. 9º e a alínea “a” do inciso II do § 7º do art. 9º; (Redação dada pela Medida Provisória nº 656, de 2014)

II - de conta redutora do crédito, nas demais hipóteses.

§ 1º Ocorrendo a desistência da cobrança pela via judicial, antes de decorridos cinco anos do vencimento do crédito, a perda eventualmente registrada deverá ser estornada ou adicionada ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao período de apuração em que se der a desistência.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, o imposto será considerado como postergado desde o período de apuração em que tenha sido reconhecida a perda.

§ 3º Se a solução da cobrança se der em virtude de acordo homologado por sentença judicial, o valor da perda a ser estornado ou adicionado ao lucro líquido para determinação do lucro real será igual à soma da quantia recebida com o saldo a receber renegociado, não sendo aplicável o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º Os valores registrados na conta redutora do crédito referida no inciso II do caput poderão ser baixados definitivamente em contrapartida à conta que registre o crédito, a partir do período de apuração em que se completar cinco anos do vencimento do crédito sem que o mesmo tenha sido liquidado pelo devedor.

Com efeito, ao analisar o Auto de Infração, verifica-se que o Fiscal partiu da premissa de que Derivativos não se confundem com “operações de crédito” e somente tais operações atraem a aplicação do artigo 9º da Lei nº 9.430, de 1996.

Contudo, como indicado pela DRJ não há confusão entre a expressão créditos empregada no art. 9 supra com operações de crédito:

42. Quanto ao primeiro fundamento, a autoridade autuante interpretou que os “créditos” mencionados no artigo 9º, caput, da Lei nº 9.430, de 1996, seriam apenas as “operações de crédito” que, nos termos do item 1.6 do Manual de Normas Básicas do COSIF, teriam as seguintes modalidades: empréstimos, títulos descontados e financiamentos. É dizer, o elemento comum entre tais operações consistiria na disponibilização de recurso financeiro ao tomador (vide pág. 6 do TV).

43. Não se sustenta essa fundamentação fiscal. No caso do artigo 9º, caput, da Lei nº 9.430, de 1996, seu texto refere-se expressamente a “perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica”. Portanto, não se restringe às operações de crédito (empréstimos, títulos descontados e financiamentos) citadas pela autoridade autuante.

44. Em outras palavras, para fins do artigo 9º da Lei nº 9.430, de 1996, crédito é qualquer direito de cobrança líquido e contratualmente certo. No caso de sociedades comerciais, o crédito, via de regra, pode decorrer de venda de mercadoria ou de prestação de serviços a prazo. Na espécie, em se tratando de banco de investimento, o crédito pode decorrer de operação com derivativo, já que essa modalidade de instituição financeira está autorizada a realizá-la, na forma da Resolução CMN nº 3.505, de 2007, e o próprio agente fiscal assim o reconheceu (pág. 16 do TV).

De fato, o legislador optou pela expressão “créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica” dando alcance muito mais elevado ao que a princípio se possa deduzir. Por óbvio, o legislador decidiu ele mesmo estabelecer limites para a utilização dessa faculdade, o que fez nos parágrafos do referido art. 9.

Tampouco merece reparos a posição da DRJ no que diz respeito à necessidade de analisar as perdas operação a operação, não se vinculando a operações subsequentes:

46. Percebe-se, nesse ponto, que a autoridade autuante analisou a operação com cliente em conjunto com a operação contrária realizada com o Fundo. Esse entendimento merece reparos, tendo em vista que qualquer despesa refere-se sempre a uma correspondente receita (artigo 187, § 1º, alínea “b”, da Lei nº 6.404, de 1976)⁷, pelo que a despesa mencionada pelo artigo 9º da Lei nº 9.430, de 1996, e glosada pelo agente fiscal, está relacionada apenas com a receita com cliente, ou seja, deve-se efetuar a análise das perdas de forma individualizada, operação por operação.

47. O artigo 9º da Lei nº 9.430, de 1996, consubstancia importante mecanismo de justiça fiscal, já que possibilita, na apuração do lucro real, a dedução de despesas relativas a perdas no recebimentos de créditos. A premissa, portanto, é a de que tais créditos (receitas com clientes) tenham sido previamente tributados, o que ocorreu na espécie, segundo a autoridade fiscal⁸. O fato de despesas de igual monta terem sido levadas a resultado concomitantemente refere-se a outra operação (com o Fundo Ágata) e, portanto, não impede a aplicação, na espécie, do artigo 9º da Lei nº 9.430, de 1996.

Desta forma, passando-se a análise dos requisitos prescritos na legislação, verificando-se que foram cumpridos em relação aos créditos exonerados.

Em seu Recurso Voluntário a Recorrente alega que seria ilógico e contraditório afirmar que a lei n. 9.430/1996 seria inaplicável e ao mesmo tempo considerar os requisitos aplicáveis. Contudo, da passagem transcrita no Recurso Voluntário (fls, 3628) não é essa a

conclusão que se infere. Ao contrário, não se diz que os requisitos da Lei n. 9.430 são inaplicáveis, apenas que os créditos indicados como perda não se enquadram nos incisos I ou IV do art. 9, nada se falando em relação aos demais critérios.

Ademais, conforme indica a PGFN em suas contrarrazões:

Antes de abordar a questão, deve-se destacar que, ao contrário do que entende o recorrente, não há nenhuma incoerência no questionamento do cumprimento dos requisitos impostos pela Lei nº 9.430/1996 ante o fato de a Fiscalização ter também indagado a natureza das operações praticadas pelo recorrente. Isso porque, como pode ser visto no lançamento, a Fiscalização lançou mão da Lei nº 9.430/1996 como segunda tese a embasar a sua conclusão, ou seja, ressaltou que, ainda que se admita que as operações envolvam o surgimento de créditos, alguns deles não podem ser considerados perdidos para fins fiscais. Nesse sentido (fl. 7 do TVF):

Entretanto, mesmo considerando que os valores lançados como perda não poderiam ser abrigados na dedutibilidade concedida pela Lei 9.430/96, por simplesmente não resultarem de operação de crédito, ainda assim faremos observações, em momento mais apropriado, de maneira a demonstrar segregadamente por operação, o fato de que mesmo que as operações atendessem as características de operações de crédito, ainda assim algumas delas não atenderiam as condições de dedutibilidade exigidas no §1º do art. 24 da IN SRF 93/1997, reprodução do art. 9º da Lei 9.430/96, tão pouco o disposto no art. 10 deste dispositivo legal. (grifo nosso)

Logo, não é verdadeira a conclusão do recorrente de que, caso se entenda que os créditos registrados existem, “o mais correto” seria o cancelamento integral dessa parte do lançamento. Como a Fiscalização apurou a falta de cumprimento dos requisitos à dedutibilidade das perdas caso os créditos sejam assim considerados, esse aspecto da autuação permanece existindo. Nesse diapasão, vejamos quais foram os requisitos não cumpridos de acordo com o lançamento (fl. 44 do TVF):

Seguindo essa mesma linha, não verifico qualquer ilogicidade ou contradição no posicionamento adotado. Assim, correta a postura de buscar verificar se os requisitos do art. 9 foram cumpridos. Neste aspecto, a própria fiscalização às fls. 44 do TVF indica:

Vê-se que não há declaração de insolvência em nenhum caso, existe sim deferimento de recuperação judicial relativas a Arantes e a Ibérica, mas só foram as mesmas declaradas posteriormente ao ano em que a despesa foi considerada dedutível, estando os dois valores inscritos como credores quirografários, em 100% do valor, não podendo portanto ser enquadrado a perda nem no inciso I, nem tão pouco no inciso IV do artigo

(...)

Em relação à Arantes, a recorrente esclarece que (i) foi deferida a Recuperação Judicial em 12/01/2009; (ii) ingressou com ação de Execução de Título Extrajudicial em 12/01/2009; (iii) a dedução da perda ocorreu aproximadamente 1 ano depois.

Quanto à Iberica, a Recorrente esclarece que (i) a perda no recebimento se deu em 31/10/2010; (ii) o processamento da Recuperação Judicial foi deferido em 09/04/2010; (iii) as tentativas de cobrança foram demonstradas as fls. 1242/1244 do processo.

Neste ponto, insta registrar que em se tratando de empresa em recuperação judicial, aplicável o inc. IV do art. 9 que indica a possibilidade de registro como perda os créditos contra devedor declarado falido ou pessoa jurídica em concordata ou recuperação judicial, relativamente à parcela que exceder o valor que esta tenha se comprometido a pagar, observado o disposto no § 5º.

Referido parágrafo, por sua vez, indica que a parcela do crédito cujo compromisso de pagar não houver sido honrado pela pessoa jurídica em concordata ou recuperação judicial poderá, também, ser deduzida como perda, observadas as condições previstas neste artigo.

Ou seja, importa verificar se houve acordo ou não indicando o compromisso da Arantes em pagar qualquer parcela do crédito e, passo seguinte, se houve seu descumprimento. No caso, concreto, conforme anteriormente relatado, não há indicação por parte da fiscalização acerca do quantum deduzido (se foi acordado e se ele teria sido cumprido ou não), critério que somente foi levantado pela PGFN em sua minuta de contrarrazões, que, contudo, não pode ser levado em consideração nesta etapa processual.

Assim, entendo deve que deve ser mantida a decisão proferida pela DRJ no que tange à parcela do crédito tributário que foi exonerada, no entanto, com relação à parcela do crédito tributário mantida na DRJ acerca da glosa das despesas relacionadas às perdas com as operações relativas às empresas Arantes e IBERICA deve ser exonerada, de forma que com relação à infração 1 do TVF, cancelo integralmente esta acusação fiscal.

INFRAÇÃO 2 DO TVF - PERDAS NO RECEBIMENTO DE CRÉDITOS (DESCONTOS NO RECEBIMENTO DE OPERAÇÕES DE DERIVATIVOS)

A autoridade autuante fundamentou esta infração precipuamente no fato de que, como o administrado não cumpriu com os requisitos fixados nos artigos 9º e 10 da Lei nº 9.430, de 1996, decorre a indedutibilidade (ou a adição ao lucro real) dos descontos concedidos para o recebimento de créditos em operações com derivativos:

Além disto, apesar de ainda não ser o momento de analisarmos detidamente a contabilização individualizada das operações informadas pelo contribuinte, já gostaríamos de deixar claro o procedimento realizado pelo contribuinte em 2009, quando do recebimento oriundo da negociação efetivada com a Vicunha, momento em que o contribuinte contabilizou a título de “desconto concedido em negociação” o valor aproximado de R\$58 milhões, com contrapartida na baixa do ativo derivativo. Considerando tal desconto dedutível.

Sendo importante informar que na negociação realizada entre a fiscalizada e a Vicunha, em maio/2009, ficou decidido a desistência de processo arbitral, decisão esta que foi devidamente comunicada a Câmara de Arbitragem, restando portanto configurada a desistência da manutenção de cobrança via processo judicial, condição que seria necessária a dedutibilidade de perdas em operação de crédito segundo a lei 9.430/96, fundamento legal utilizado pelo contribuinte.

Além disto, vimos que não houve o oferecimento a tributação de um aumento patrimonial referente ao ativo derivativo, tendo em vista que o accrual lançado como receita advindo da operação com o cliente era de imediato anulado pela despesa da operação com o fundo ágata. Sendo assim a baixa não representou a perda de um patrimônio já tributado anteriormente, não havendo porque então considerá-la como dedutível.

Devendo ainda ser ressaltado que tal perda com o desconto era oriunda de parte de uma operação de derivativo do tipo TARN claramente

realizada com os clientes com fins especulativos, não podendo portanto ser dedutível, ainda que denominada de perda com operação de crédito ou ainda desconto em negociação.

Determina ainda o art. 10 da Lei 9.430/96 que ocorrendo a desistência de cobrança via medida judicial, antes de decorridos 5 anos do vencimento do crédito, a perda eventualmente registrada deverá ser adicionada ao lucro líquido para fins de determinação do lucro real correspondente ao período de apuração em que se der a desistência.

Restando ainda ser informado que, de maneira semelhante, agiu o contribuinte em relação a negociação feita com a Paquetá, quando foi contabilizado como desconto concedido em negociação, em abril/2009, o montante de R\$6.424.135,36, aplicando-se a esta contabilização o quanto disposto acima sobre a necessidade de adicionarmos este valor ao Lucro real.

Sendo assim procederemos a glosa dos citados lançamentos em desconto concedido em negociação, conforme pode ser visualizado no item relativo à matéria tributável, procedendo a adição dos mesmos ao Lucro Real e à Base de Cálculo da CSLL.

De sua parte, a DRJ validou o entendimento da fiscalização indicando o descumprimento do art.9 da Lei n. 9.430/1996:

58. Outrossim, o contribuinte alegou que a dedutibilidade do desconto decorreria do artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/1999)12, já que, segundo ele, tal desconto se ajustaria a uma despesa necessária, usual e normal à atividade da pessoa jurídica. Não se acolhe tal afirmação, pois a aplicação dessa norma geral de dedutibilidade só tem lugar quando inexistir norma especial regendo a matéria de forma particularizada. É a prevalência da norma especial sobre a geral. A título de exemplo, podem ser citadas as despesas com propaganda, as quais têm regras próprias para a dedutibilidade (RIR/1999, art. 366) e as despesas com brindes que são indedutíveis por vedação legal explícita (Lei nº 9.249/95, art. 13, inciso VII), apesar de configurarem, em tese, despesas necessárias usuais e normais à atividade da pessoa jurídica.

59. Na espécie, portanto, em relação ao argumento de esse desconto ser necessário e usual para a recuperação de créditos das instituições financeiras, ocorre que de tal premissa (apesar de correta) não decorre a conclusão de sua dedutibilidade, por se encontrar regulada pelo artigo 9º da Lei nº 9.430, 1996. Daí que o desconto (mesmo apresentando-se contabilmente como despesa necessária, usual e normal) é indedutível, para fins fiscais, por não apresentar os requisitos especiais estipulados pela Lei nº 9.430, 1996.

60. Já o Acórdão nº 103-22.556 (aduzido pelo impugnante), traz, em sua ementa, o entendimento de que tais descontos “se ajustam ao conceito de despesas necessárias, normais e usuais”, o que já foi combatido no parágrafo anterior.

61. O contribuinte ainda asseverou que o artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, ratificaria seu entendimento. Ocorre que tal argumento não se sustenta porque a referida norma exige que a solução da cobrança ocorra “em virtude de acordo homologado por sentença judicial”, o que inocorreu na espécie.

62. Finalmente, apesar de a autoridade fiscal ter apresentado como argumento acessório o fato de a receita oriunda de operação com cliente ter sido excluída/neutralizada pelo registro de operações em sentido contrário (com o Fundo Ágata), nada se acrescentando ao patrimônio, tal argumento já fora afastado neste Voto conforme parágrafos 45/47 (retro), mantendo-se a presente infração devido ao acolhimento da tese fiscal consistente na inobservância dos artigos 9º e 10 da Lei nº 9.430, de 1996.

63. Em suma, o impugnante possui ampla liberdade gerencial/estratégica para minimizar suas perdas com créditos não recebidos. No caso, entendeu ser economicamente vantajoso desistir da cobrança de créditos (com Vicunha e Paquetá) para receber parte deles, afastando-se dos requisitos impostos pelos artigos 9º e 10 da Lei nº 9.430, de 1996. Logo, poderia reconhecer tal perda contabilmente, porém, não para fins fiscais.

A Recorrente sustenta que o regramento previsto nos arts. 9 e 10 são aplicáveis tão somente as perdas provisórias, não o sendo às perdas definitivas, hipótese em que aplicável o art. 299 do RIR/99, atual art. 311 do RIR/2018.

A PGFN defende que se trata de uma perda auferida no recebimento de crédito, a sua submissão ao disposto no artigo 9º da Lei nº 9.430/1996 é também indiscutível. Isso porque esse dispositivo expressamente trata da dedutibilidade das “perdas no recebimento de créditos decorrentes das atividades da pessoa jurídica”. Nesse diapasão, o citado artigo 9º estabelece os requisitos segundo os quais as perdas no recebimento de créditos poderão ser consideradas dedutíveis, e, para tanto, a norma se pautou na insolvência do devedor, ou seja, a sua incapacidade de pagar o que deve ao credor.

A interpretação do artigo 9º não passa pela análise da definitividade da perda, mas sim da comprovação da insolvência do devedor, seja de maneira direta, seja de maneira presumida. Logo, não interessa à presente questão se há ou não ainda possibilidade de pagamento, mas sim se a insolvência foi comprovada.

Quanto à dedutibilidade de descontos quando da negociação de créditos, tenho para mim que se devem diferenciar as perdas presumidas das definitivas, conforme posicionamento firme já estabelecido neste CARF, como bem ilustra o conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto em artigo publicado na coluna “Direto do CARF” do site Consultor Jurídico (Conjur):

Tratando o tema de maneira distinta, no Acórdão 101-95.385, prolatado pelo extinto Conselho de Contribuintes, entendeu-se que em se tratando de perdas no recebimento de créditos deve-se sempre aplicar o disposto nos artigos 9º a 12 da Lei 9.430/96, não havendo distinção de tratamento entre perdas definitivas ou presumidas.

Já no Acórdão 1301-002.011 consta que as “disposições dos arts. 9º a 12 da Lei nº 9.430, de 1996, cuidam do que se poderiam denominar perdas presumidas, ou seja, encerram presunções legais de perdas efetivas a

partir das hipóteses ali elencadas. Assim, na circunstância em que o contribuinte por meio de acordo com o devedor, lhe concede desconto com o intuito de solucionar a pendência financeira, fica caracterizada, em relação à parte alcançada pelo citado acordo, perda efetiva, dedutível nos termos do art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99)”.

Alinhando-se à tese de que a legislação tributária que trata das perdas no recebimento de créditos aplica-se tão somente a perdas presumidas, a 1ª Turma da CSRF, na sessão de 3 de abril de 2017, decidiu que, na hipótese de perdas definitivas, aplica-se o disposto no artigo 299 do RIR/99[6] (Acórdão 9101-002.717).

Há de se ressaltar que esse entendimento de que o disposto nos artigos 9º a 12 da Lei 9.430/96 não é aplicável às perdas definitivas, embora aparentemente já pacificado no âmbito do Carf, foi posto em dúvida quando da edição do Ato Declaratório Interpretativo RFB 02/2018, que considerou que, ainda que os créditos estejam vencidos há mais de cinco anos, somente poderiam ser deduzidos como despesas os créditos decorrentes das atividades das pessoas jurídicas para os quais tenham sido cumpridos os requisitos previstos no artigo 9º da Lei 9.430/96.

É interessante observar que no citado precedente da 1ª Turma da CSRF sobre o tema (Acórdão 9101-002.717), o voto condutor do aresto cita que no artigo 10 da Lei 9.430/96 consta que, em casos de desistência da cobrança antes de decorridos cinco anos, a perda eventualmente registrada deverá ser estornada (parágrafo 1º), concluindo a conselheira relatora que estas perdas só serão definitivas com o transcurso de cinco anos do vencimento do crédito sem liquidação pelo devedor e que, na hipótese de instituição financeira, o desconto concedido para o recebimento de crédito tem natureza definitiva, relacionado às atividades da empresa, cumprindo requisitos de habitualidade e normalidade para enquadramento no artigo 299 do RIR/99.

Evidentemente, o citado ato declaratório não possui efeito vinculante sobre os conselheiros do Carf, contudo, há de se observar se esse recente pronunciamento terá força suficiente para reabrir os debates sobre o tema nas turmas julgadoras desse conselho. ([Carf indica que perdas definitivas podem ser deduzidas na apuração do lucro real](#), **CONJUR**, 20 de fevereiro de 2019, 8h05)

Cumpra ressaltar inclusive que tal posicionamento foi consolidado no verbete sumular vinculante n.139 deste e. CARF em setembro de 2019, isto é, após o período de atuação em comento:

Súmula CARF nº 139

Aprovada pela 1ª Turma da CSRF em 03/09/2019

Os descontos e abatimentos, concedidos por instituição financeira na renegociação de créditos com seus clientes, constituem despesas operacionais dedutíveis do lucro real e da base de cálculo da CSLL, não

se aplicando a essa circunstância as disposições dos artigos 9º a 12 da Lei nº 9.430/1996.

Acórdãos Precedentes:

9101-002.717, 1301-002.011, 1103-000.668, 1402-002.413 e 1401-002.833.

(Vinculante, conforme Portaria ME nº 410, de 16/12/2020, DOU de 18/12/2020).

Assim, não havendo questionamentos acerca do cumprimento dos requisitos de dedutibilidade das despesas operacionais, torna-se necessário o provimento do recurso em relação a esta matéria.

INFRAÇÕES 3a E 3b DO TVF - ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL (PERDAS COM NDF E SWAP QUE EXCEDERAM OS GANHOS NAS MESMAS OPERAÇÕES)

A autoridade fiscal descaracterizou a finalidade de proteção (hedge) de operações de derivativos com o Fundo Ágata, entendendo que o caso concreto atraiu a aplicação do artigo 76, § 4º, da Lei nº 8.981, 1995:

Ficou claro então que as operações de derivativo do tipo Termo Funcional de Moeda realizadas com os clientes tinham fins especulativos (visavam ganho) não podendo portanto perdas a ela relativas serem deduzidas do resultado tributável (mesmo aquelas resultantes de risco de mercado). Sendo assim, o contribuinte pretendeu, com o amparo da Lei 9.430/96, tornar dedutíveis tais perdas, pois reconhecia que operações deste tipo deveriam se reger pela legislação que limitava a dedutibilidade das perdas com derivativo àquelas que tinham por finalidade o hedge e eram normais e usuais.

Ainda, as operações realizadas com o Fundo Ágata também não configuraram operação de proteção ou hedge, primeiramente por ultrapassarem em muito a finalidade de proteção do risco assumido nas operações com os clientes, gerando riscos ainda maiores, e ainda por não configurarem operações de transferência do risco e sim de resultado, uma vez que o Fundo faz parte do grupo da fiscalizada, além de não representarem operações necessárias e usuais dentro das atividades da fiscalizada.

Também deve ser ressaltado que tais operações com o Fundo Ágata, relativa aos TARNs, contabilizaram, em 2009, apenas perdas do BOFAML para o fundo, sendo assim as perdas contabilizadas nestas mesmas operações excede os ganhos nela auferidos(o Banco só auferiu perda em operação de TARN realizada com o Fundo). Não devendo portanto, por mais este motivo, os resultados delas advindas serem consideradas dedutíveis, devendo esta fiscalização proceder a glosa das mesmas.

Sendo assim, esta fiscalização entende que as operações realizadas com o Fundo Ágata, contabilizadas à rubrica 815509000012, não tiveram por objetivo ou finalidade exclusiva o hedge, nem tão pouco estavam relacionadas com suas atividades normais e usuais, destinavam-se isto sim, a fazer parte de um pretense planejamento fiscal onde fosse possível, uma vez gerado lucro em operações de derivativos com clientes, ser este lucro disponibilizado a sua controladora, via fundo de investimento, sem tributar-se na pessoa jurídica da fiscalizada, e com condições diferenciadas de tributação no Fundo.

(...)

Constatamos na contabilidade do contribuinte, no decorrer de 2009, um Resultado negativo em Derivativos NDF no valor de R\$275.415.056,48 dos quais tinha-se o valor de R\$-290.491.902,86 auferido com clientes e o valor de R\$15.076.846,38 auferido com o Fundo Ágata.

Em relação a 2010, verificamos na contabilidade do contribuinte, um resultado negativo com transações de SWAP realizadas, no valor de R\$52.582.364,04, sendo que incluíam-se nestas operações o resultado negativo de R\$155.167.813,82 realizado com o Fundo Ágata.

Em relação ao NDF tínhamos um resultado negativo com as operações de R\$56.840.561,52, do quais o valor de R\$-28.036.055,03 era auferido com o Fundo Ágata e o valor de R\$28.804.506,49 era um resultado negativo com clientes.

Tributaremos então tais resultados negativos os quais representam uma perda maior do que ganho em operações de SWAP e NDF realizadas no curso de 2009 e 2010.

A DRJ manteve integralmente a acusação fiscal nesse ponto. Inicialmente quanto à caracterização das operações como hedge, extrai-se do voto condutor do arresto:

87. Quanto à descaracterização, pelo agente fazendário, das operações com pretensa função de proteção (hedge), **acolhem-se, neste Voto, apenas os seguintes argumentos fiscais: (a) as operações com derivativos (TARN, NDF e SWAP) tendo como contraparte o Fundo não tiveram a finalidade exclusiva de proteção contra perdas em operações com clientes, na forma do artigo 77, § 1º, da Lei nº 8.981, de 1995,**²⁷ tendo em vista que impugnante é o gestor do Fundo e ambos pertencem ao mesmo grupo econômico; (b) **as perdas com as operações realizadas com o Fundo eram ilimitadas, diferentemente das perdas com clientes que eram limitadas** (pág 11 do TV). Sendo assim, **os demais argumentos utilizados pela autoridade autuante não são aceitos por este julgador, tampouco são utilizados na fundamentação do presente Voto.**

88. Na espécie, realmente incoorreu a finalidade exclusiva de proteção (hedge) para instrumentos derivativos realizados entre impugnante e Fundo. Considerando que contratos derivativos são espécies de contratos aleatórios e caracterizam-se precipuamente pelo ganho financeiro de um, com a consequente perda da contraparte, bem como que **o gestor do**

Fundo é o próprio impugnante e ambos pertencem ao mesmo grupo econômico, daí decorre a impossibilidade lógica de que o objeto do contrato se destine a proteger direitos e obrigações da instituição financeira. Isso porque, tendo em vista os interesses contraditórios do impugnante, não há como justificar a proteção (hedge) de direitos e obrigações do impugnante, se ele próprio (como gestor do Fundo) toma a decisão de apostar no mesmo derivativo, mas no pólo oposto, ou seja, contraditoriamente apostando na derrota da instituição financeira, o que ocasionaria mais despesas a tal instituição. Portanto, o caráter distintivo deste processo não diz respeito simplesmente à contratação de derivativos entre entidades pertencentes ao mesmo grupo econômico, mas também, e principalmente, pelo fato de que um deles é o gestor do outro.

Cotejando-se as razões do TVF e da DRJ tem-se:

TVF	DRJ
<p>não tiveram por objetivo ou finalidade exclusiva o hedge, nem tão pouco estavam relacionadas com suas atividades normais e usuais, destinavam-se isto sim, a fazer parte de um pretense planejamento fiscal onde fosse possível, uma vez gerado lucro em operações de derivativos com clientes, ser este lucro disponibilizado a sua controladora, via fundo de investimento, sem tributar-se na pessoa jurídica da fiscalizada, e com condições diferenciadas de tributação no Fundo.</p>	<p>(a) as operações com derivativos (TARN, NDF e SWAP) tendo como contraparte o Fundo não tiveram a finalidade exclusiva de proteção contra perdas em operações com clientes, na forma do artigo 77, § 1º, da Lei n.º 8.981, de 1995,27 tendo em vista que impugnante é o gestor do Fundo e ambos pertencem ao mesmo grupo econômico; (b) as perdas com as operações realizadas com o Fundo eram ilimitadas, diferentemente das perdas com clientes que eram limitadas (pág 11 do TV). Sendo assim, os demais argumentos utilizados pela autoridade autuante não são aceitos por este julgador, tampouco são utilizados na fundamentação do presente Voto.</p>

Portanto, verifica-se afastadas as alegações de que tais atividades não estavam relacionadas às suas atividades normais e usuais, ou que se tratava de um planejamento tributário. Limitando-se a lide a: finalidade exclusiva de proteção e diferença de tratamento entre clientes.

Assim não há como se acolher a pretensão de cancelamento do auto em razão da DRJ ter afastado o seu principal fundamento, uma vez que entendo não ser possível extrair essa conclusão da comparação analítica dos referidos documentos constantes dos autos.

Em seu recurso voluntário, a Recorrente defende que a exigência da finalidade de hedge para que haja dedutibilidade das perdas em operações financeiras não se aplica às instituições financeiras nos termos dos artigos 77 da Lei n.º 8.981/95 e 857, §2º, do Decreto n. 9.580/18 (RIR/18), aqui transcritos:

Lei n.º 8.981/95: Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos:

I - em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, inclusive sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil;

III - nas operações de renda variável realizadas em bolsa, no mercado de balcão organizado, autorizado pelo órgão competente, ou através de fundos de investimento, para a carteira própria das entidades citadas no inciso I;

IV - na alienação de participações societárias permanentes em sociedades coligadas e controladas, e de participações societárias que permaneceram no ativo da pessoa jurídica até o término do ano-calendário seguinte ao de suas aquisições;

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.

Decreto n. 9.580/18 (RIR/18): Art. 857. Ressalvado o disposto no art. 855, as perdas apuradas nas operações de que tratam o art. 842 e o art. 846 ao art. 848 somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações previstas nos referidos artigos (Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, § 4º).

§ 1º Na hipótese de que trata este artigo, a parcela das perdas adicionadas poderá, em cada período de apuração subsequente, ser excluída para fins de determinação do lucro real, até o limite correspondente à diferença positiva apurada em cada período, entre os ganhos e as perdas decorrentes das operações realizadas (Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, § 5º; e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º).

§ 2º Ficam excluídas do disposto neste artigo as perdas apuradas pelas entidades de que trata o inciso I do caput do art. 859, em operações realizadas nos mercados de renda fixa e de renda variável (Lei nº 8.981, de 1995, art. 77, caput, incisos I e III).

Ademais, ainda que entenda que não haveria sequer a necessidade de que houvesse a qualificação das operações como hedge, a Recorrente traz argumentação alternativa partindo-se da premissa de que haveria a necessidade de que as operações por ela praticadas tivessem natureza de hedge, de forma que a Recorrente também busca demonstrar que as operações em tela se enquadrariam como hedge, pois visam a proteção cambial, devendo ser considerados globalmente, pois:

Houvesse investigado a questão sob o ângulo das exposições geradas, teria percebido que o Recorrente pode ter uma exposição cambial vendida em um NDF e outra comprada no mesmo montante em um SWAP, ou ainda exposições compradas em ambas modalidades que estão sendo cobertas por uma exposição vendida em um futuro de dólar adquirido na Bolsa.

(...)

Todavia, se a tabela apresentada pelo Recorrente demonstra que as **posições compradas foram neutralizadas pelas posições vendidas**, comprovando-se assim, o **hedge global**, e que as operações realizadas com o Fundo Ágata serviram justamente para a concretização de tal estratégia, não se sabe em qual medida o relatório não corroborou todos os esclarecimentos asseverados pelo Recorrente. Por tal motivo, tendo em vista a ausência de maiores esclarecimentos no acórdão recorrido com relação a esse ponto, deve esse E. Conselho afastar a conclusão exposta no item 110.

Em suas contrarrazões, a PGFN aduz que tendo as operações sido realizadas entre partes indiscutivelmente dependentes entre si, haja vista que o contribuinte é o gestor do fundo, não há como aceitar que essas operações tenham a finalidade de proteção do próprio contribuinte. Não se pode aceitar a possibilidade de o contribuinte procurar proteger uma situação contratual com um fundo no qual ele próprio é gestor. Nessa situação não há proteção ao risco, mas mera transferência à pessoa ligada, que se confunde com o contribuinte.

E mais, merece revisão o entendimento da decisão recorrida acerca da não aplicação da Circular BACEN nº 3.082/2002 ao presente caso sob o argumento de que ela teria apenas finalidade contábil. Essa Circular não estabelece apenas procedimentos contábeis, mas sim estipula requisitos de existência das operações de hedge, dentre as quais há a proibição de “não ter como contraparte empresa integrante do consolidado econômico-financeiro”. Logo, se a operação realizada pelo contribuinte é vedada pelo Banco Central, justamente por ser impossível assegurar qualquer proteção, não há como ela ser oposta contra o Fisco a fim de embasar uma renúncia fiscal.

Passando a minha análise, a definição legal das operações de cobertura se encontra no §1º do artigo 77 da Lei n. 8.981/95, que estabelece que elas são aquelas operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado: (i) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica; e (ii) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica:

Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos: (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

(...)

§ 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.

§ 2º O Poder Executivo poderá definir requisitos adicionais para a caracterização das operações de que trata o parágrafo anterior, bem como estabelecer procedimentos para registro e apuração dos ajustes diários incorridos nessas operações.

§ 3º Os rendimentos e ganhos líquidos de que trata este artigo deverão compor a base de cálculo prevista nos arts. 28 ou 29 e o lucro real.

§ 4º Para as associações de poupança e empréstimo, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos nas aplicações financeiras serão tributados de forma definitiva, à alíquota de vinte e cinco por cento sobre a base de cálculo prevista no art. 29. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

Com o devido acatamento ao posicionamento adotado pela DRJ, ao aduzir que o fato de o gestor do fundo pertencer ao grupo econômico comprometeria a finalidade exclusiva de hedge, isto não encontra amparo jurídico ou fático no caso concreto.

Registre-se que os derivativos podem ser utilizados com diferentes objetivos. A título de ilustração, Rachel Sztajn classifica os participantes de tal mercado em três grupos: (i) os hedgers, que realizam operações com derivativos visando se proteger contra a exposição de riscos; (ii) os especuladores, que enxergam nas operações com derivativos forma de obter ganhos com a volatilidade dos preços e assumem os riscos de tais posições; e (iii) os arbitradores, que se aproveitam de uma eventual assimetria de preços em diferentes mercados de um mesmo ativo (SZTAJN, Rachel. Futuros e Swaps: uma visão jurídica. São Paulo: Cultural Paulista, 1999. p. 200-203).

Conforme bem aponta a Recorrente, no caso concreto, os derivativos questionados (NDF, TARN e SWAP) estavam sendo utilizados para fins de proteção cambial, inclusive com a demonstração do efeito do hedge global, com o controle da posição dos riscos, conforme se extrai do próprio relatório fiscal as fls. 33:

8.7. Carteira de negociação

A seguir demonstramos a evolução do valor total da carteira de negociação por fator de risco de mercado relevante, segmentado entre posições compradas e vendidas.

BN AB Fator/Fator	Posição Debitada		Posição Crédito		Posição Liquidada		Posição Negligenciada		Posição Desliquidada	
	Comprado	Vendido	Comprado	Vendido	Comprado	Vendido	Comprado	Vendido	Comprado	Vendido
Ações - americanas em Brasil	16.694,00	10.157,00	13.163,00	6.804,00	-	44,00	5.170,00	1.051,00	10.129,00	-
Pé	5.551.677,00	4.882.868,00	4.711.833,00	4.593.190,00	4.287.668,00	5.736.296,00	4.363.796,00	3.137.898,00	5.481.198,00	4.776.275,00
Capas de moeda - dólares/EUR	7.650.793,00	7.629.758,00	7.798.775,00	7.632.702,00	7.360.984,00	5.908.958,00	4.955.987,00	5.138.018,00	5.981.968,00	6.887.668,00
Capas de moeda - euro	45.202,00	45.202,00	63.063,00	63.019,00	90.667,00	90.667,00	275.046,00	275.046,00	314.110,00	314.110,00
Capas de moeda - BRL/estados	9.073,00	9.073,00	-	-	-	-	-	-	-	-
Capas de moeda - outros	4.342,00	4.342,00	248,00	248,00	78,00	78,00	81,00	81,00	391.807,00	391.807,00
Capas de índice de preços - ICP-B	114.045,00	101.238,00	111.848,00	98.985,00	108.587,00	83.981,00	184.889,00	92.548,00	147.842,00	131.634,00
Capas de índice de preços - IPCA	116.884,00	33.881,00	80.833,00	41.106,00	92.872,00	31.658,00	112.485,00	27.822,00	108.548,00	71.711,00
Moedas estrangeiras - dólares/EUR	7.601.679,00	7.638.945,00	8.598.828,00	8.462.866,00	8.318.848,00	8.538.253,00	5.947.341,00	5.948.813,00	4.867.807,00	4.878.201,00
Moedas estrangeiras - euro	45.202,00	47.361,00	63.063,00	63.460,00	91.805,00	91.805,00	276.073,00	276.074,00	289.244,00	289.244,00
Moedas estrangeiras - BRL/estados	9.072,00	9.072,00	-	-	-	-	-	-	-	-
Moedas estrangeiras - outros	4.342,00	4.342,00	248,00	248,00	78,00	78,00	80,00	80,00	391.808,00	391.808,00
Derivativos de taxa	2.218.365,00	1.782.116,00	1.26.588,00	21.056,00	117.513,00	28.864,00	142.268,00	26.412,00	-	-
Total	23.188.374,00	21.907.932,00	21.866.283,00	29.883.177,00	21.466.898,00	28.109.268,00	16.162.926,00	14.917.646,00	17.984.263,00	17.332.436,00

(pág. 33 do Relatório)⁵⁷

De mais a mais, da mesma forma restou demonstrado no caso concreto que foram cumpridos os requisitos da Circular BACEN n. 3.082/2002, haja vista que (i) o Recorrente jamais apresentou balanço consolidado com o Fundo Ágata; (ii) não possui direito de sócio de tal

fundo; (iii) o controlador do Fundo não é residente ou domiciliado no país; e (iv) não participa do capital do Fundo, nos termos do §2º do art. 18 da Resolução 2743/2000.

Da mesma forma, tampouco merece acolhida a alegação de que a diferença de tratamento entre os contratos assinados com o Fundo e os demais clientes seria suficiente para desqualificar a operação como de hedge. Inclusive, este objetivo teria sido devidamente indicado no TVF:

Em resposta, demonstrou o contribuinte que fechou, para cada uma das operações de derivativo do tipo TARN efetivada com cada cliente, operações contrárias efetivadas com o Fundo de Investimento Multimercado Ágata, doravante denominado 'Fundo Ágata' ou 'Fundo', CNPJ: 05.754.066/0001-90, o qual era um fundo de investimento administrado pelo Citibank. Sendo estas operações realizadas com o Fundo Ágata, por ele consideradas de cobertura (ou mais propriamente, de hedge) daquelas realizadas com os clientes. Para tal demonstração utilizou-se de relatório do CETIP onde demonstra os registros, feitos em data e valores coincidentes, de registros das operações com clientes e com o fundo Ágata, anexado juntamente a carta resposta de 26-02-2014." (Página 10 do TVF – g.n.)

Ademais, a Recorrente também esclareceu que:

Ocorre que o d. Agente Fiscal reportou equivocadamente os limites mencionados no quadro acima, imprecisão esta que se junta a todas as outras já apontadas até o presente ponto.

Isso, porque, conforme fica claro a partir da análise dos contratos de TARN anexos à impugnação, os limitadores de ganho (para o cliente, ou limitador de perda para o Recorrente) são fixados por fluxo de pagamento e não por contrato, sendo que tais instrumentos preveem 12 fluxos de pagamentos em seus respectivos "Anexos I", conforme abaixo destacado:

Limitador de Ganho: R\$ 300.000,00

Significa o montante máximo que a Parte B pode auferir considerando a soma apenas dos Valores de Liquidação positivos de cada uma das operações dessa Confirmação, de 01 a 12, conforme descritas no Anexo I, pagos pela Parte A à Parte B, não sendo, portanto, considerados os Valores de Liquidação negativos ("Evento de Limitador de Ganho"). As Partes, ainda, concordam que o valor do Limitador de Ganho é bruto, ou seja, não serão consideradas quaisquer deduções, incluindo, mas não se limitando, ao Imposto de Renda.

Em seu Recurso Voluntário, a Recorrente aduz que o agente fiscal tratou as operações com derivativos realizadas pelo Recorrente de maneira independente, individualizando equivocadamente, os resultados de tais operações para fins de justificar a glosa das perdas que foram incorridas pela recorrente.

A meu ver, portanto, restaria demonstrada a qualificação das referidas operações como de hedge, portanto devendo ser afastada a acusação Fiscal.

Subsidiariamente, sustenta que não foi devidamente observada a legislação de regência, pois não se procedeu à dedução das perdas até o limite dos ganhos auferidos nas modalidades de operações previstas nos arts. 72 e 74.

Alega ainda:

- A legislação vigente sobre a matéria em foco não respalda a alegação de que as perdas nas operações de renda variável devam ser deduzidas considerando-se individualmente cada produto, como erroneamente defendido pela E. Turma Julgadora;
- Nesse sentido, considerando-se **globalmente** todas as operações realizadas pelo Recorrente, verificar-se-á que **os ganhos foram superiores às perdas** nas operações de renda variável;
- O artigo 71 da Lei nº 9.430/96 determinou, genericamente, que os ganhos auferidos nas operações nos mercados de liquidação futura fora de bolsa (aí incluídas as então denominadas operações realizadas no mercado de balcão não organizado) serão tributados de acordo com **todas as normas aplicáveis** aos ganhos líquidos auferidos em operações de natureza semelhante, realizadas em bolsa, motivo pelo qual devem ser consideradas **tanto as regras gerais** (art. 72 da Lei nº 8.981/95), **como as regras de exceção** (art. 77, III, da Lei nº 8.981/95);
- *Ad argumentandum*, com o advento da ICVM nº 461/2007, anterior aos anos base de 2009 e 2010, todas as operações levadas a registro na CETIP, tal como no caso do Recorrente, são consideradas como realizadas no mercado organizado;
- Após a publicação da Lei nº 11.196/2005 a tributação das perdas em operações de renda variável auferidas pelas instituições financeiras passou a ser totalmente regulada pelo artigo 110 desse diploma legal, sendo que as previsões da Lei nº 8.981/95 permaneceram aplicáveis apenas às instituições não financeiras;
- No caso específico do Recorrente, o “espelhamento” das operações realizadas com seus clientes com o Fundo Ágata ocorreu exatamente nos parâmetros de mercado, sendo que a finalidade de hedge foi perfeitamente configurada.

A PGFN sustenta que ao contrário do que defende o recorrente, de acordo com a Lei nº 8.981/1995, as instituições financeiras se submetem sim ao regime de tributação lá previsto. Para tanto, basta que suas operações não sejam aquelas previstas no inciso III do artigo 77. No presente caso, como os derivativos realizados se enquadram na categoria de operações realizadas no mercado de balcão NÃO ORGANIZADO, o resultado dessas operações deve ser apurado pela Lei nº 8.981/1995, incluindo a limitação prevista no § 4º do artigo 76.

Desta feita, demonstra-se que correta e devida fora a aplicação da Lei nº 8.981/1995 aos resultados auferidos pelo contribuinte em suas operações. Tendo elas sido realizadas em mercado de balcão não organizado, é dever aplicar o limite imposto pelo § 4º do artigo 76 da referida norma.

Conforme relatado, para fins de esclarecer se os ganhos auferidos ainda teriam superado as perdas, em razão da análise dos documentos constantes dos autos (aliada às conclusões do Relatório da KPMG), assim como os argumentos veiculados pela própria decisão

de piso, ensejam dúvida quanto aos cálculos objeto da autuação, foi proferida a resolução n. 1201-000.249 para que:

- a) A autoridade fiscal analise os documentos, cálculos e argumentos formulados pela Recorrente, com especial destaque para os pontos levantados pelo Relatório de Auditoria, que questiona os procedimentos adotados na lavratura dos Autos de Infração, como a não consideração das variações negativas (diferenças de curvas) e o suposto erro na definição das bases de cálculo tributáveis;
- b) As conclusões da autoridade diligenciante deverão constar de relatório conclusivo, que deverá se manifestar acerca das seguintes afirmações: (i) de que os ganhos nas operações de renda variável excederam as perdas incorridas nessas mesmas operações, tanto no ano-base de 2009 quanto no ano-base de 2010, conforme constatado no mencionado Relatório e nos cálculos e tabelas apresentados pela Recorrente no Recurso Voluntário; (ii) de que houve erro na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS, da ordem de R\$ 470 milhões; (iii) de que a capitulação legal não foi adequada e que deixaram de ser observados dispositivos legais aplicáveis à espécie.

Ao analisar o relatório de diligência fiscal, contudo, verifiquei que a unidade de origem alterou a premissa na qual foi fundamentada a resolução:

É possível observar que, para o cotejamento de tais valores (receitas versus despesas em operações de SWAP e NDF), o recorrente elenca, em citada tabela, como receita de referidos investimentos, a totalidade das rendas auferidas em todas as transações com derivativos e operações de liquidação futura praticadas pelo banco durante os anos de 2009 e 2010, e não apenas aquelas provenientes de contratos de SWAP e NDF; o que não encontra previsão ou amparo na legislação.

Conforme transcrito acima, entretanto, a diligência indicou expressamente de que os ganhos nas operações de renda variável excederam as perdas incorridas nessas mesmas operações, tanto no ano-base de 2009 quanto no ano-base de 2010! Em outras palavras, a diligência se mostra inconclusiva quanto ao referido ponto, de sorte que, caso vencido em relação à qualificação das operações como de hedge, importa devolver os autos para a unidade de origem para que se cumpra a resolução n. 1201-000.249.

Caso vencido em relação à proposta de diligência, adoto como parâmetro as informações constantes no laudo da KPMG, auditoria independente que possui grande especialização na matéria:

Apuração do saldo de ganhos e perdas em operações com renda variável - ano-base 2009

Tabela 1

Apuração dos ganhos - 2009

Operações de renda variável	Conta	Descrição	Ref.	Saldo Final Junho	Ref.	Saldo Final Dezembro	Saldo Acumulado 2009
Rendas de títulos de renda variável	7.1.5.20.00.0002	RENDAS DE ACOES	Anexo 4.1	10.927.318,24	Anexo 4.2	17.523.777,76	28.461.096,00
Subtotal (1)				10.927.318,24		17.523.777,76	28.461.096,00
Derivativos	Conta	Descrição		Saldo Final Junho		Saldo Final Dezembro	Saldo Acumulado 2009
Swap	7.1.5.80.11.0001	RENDAS ACCRUAL SWAP	Anexo 4.1	541.405.292,98	Anexo 4.2	553.923.266,72	1.095.328.559,70
	7.1.5.80.11.0003	RENDAS ACCRUAL SWAP	Anexo 4.1	462.929.137,13	Anexo 4.2	168.081.627,57	631.010.764,70
	7.1.5.80.21.0004	LUCRO COM TERMO - LT	Anexo 4.1	1.328.794,30	Anexo 4.2	336.217,79	1.665.012,09
	7.1.5.80.21.0005	LUCRO COM TERMO - LF	Anexo 4.1		Anexo 4.2	0,02	0,02
	7.1.5.80.21.0006	LUCRO COM TERMO - NT	Anexo 4.1	846.099,25	Anexo 4.2	73.504,80	919.604,05
Futuro	7.1.5.80.31.0001	RENDAS EM OPERACOES	Anexo 4.1	27.164.976,00	Anexo 4.2	60.832.494,00	87.997.470,00
	NIA - BM&F	RENDAS EM OPERACOES	Anexo 4.1	45.868.923,15	Anexo 4.2	14.176.757,82	60.045.680,97
	7.1.5.80.31.0004	RENDAS EM OPERACOES	Anexo 4.1		Anexo 4.2	650,00	650,00
Opções - Ativos Financeiros e Mercadorias	7.1.5.80.42.0001	OPÇÕES - ATIVOS FINA	Anexo 4.1	1.546.724,82	Anexo 4.2	27.055.226,05	28.601.950,87
	7.1.5.80.42.0010	OPÇÕES - ATIVOS FINA	Anexo 4.1	122.156.823,02	Anexo 4.2	32.521.522,65	154.678.345,67
Outros - Non-Deliverable Forward (NDF)	7.1.5.80.90.0001	NON-DELIVERABLE FORW	Anexo 4.1	(271.274.626,03)	Anexo 4.2	20.894.699,43	(250.379.926,60)
	7.1.5.80.90.0012	ACCRUAL OUTROS DERIV	Anexo 4.1	113.971.785,56	Anexo 4.2	3.150.600,00	117.122.385,56
Subtotal (2)				1.046.843.830,18		881.048.628,36	1.928.890.467,93
Total dos ganhos (3) = (1) + (2)				1.068.871.248,42		888.670.304,81	1.966.441.563,93

Apuração das perdas - 2009

Operações de renda variável	Conta	Descrição	Ref.	Saldo Final Junho	Ref.	Saldo Final Dezembro	Saldo Acumulado 2009
Prejuízos com títulos de renda variável	8.1.5.30.00.0001	PREJUÍZO COM TITULOS	Anexo 4.1	(321.841,74)	Anexo 4.2	(32,22)	(321.873,96)
	8.1.5.30.00.0003	PREJUÍZO DE ACOES VE	Anexo 4.1	(8.972.060,75)	Anexo 4.2	(5.693.238,47)	(14.665.299,22)
Subtotal (4)				(9.293.802,49)		(5.693.270,69)	(14.987.073,18)
Derivativos	Conta	Descrição		Saldo Final Junho		Saldo Final Dezembro	Saldo Acumulado 2009
Swap	8.1.5.50.11.0001	DESPESAS ACCRUAL SWA	Anexo 4.1	(335.982.289,18)	Anexo 4.2	(504.939.639,58)	(840.921.928,76)
	8.1.5.50.11.0003	DESPESAS ACCRUAL SWA	Anexo 4.1	(414.793.404,67)	Anexo 4.2	(135.028.141,96)	(549.821.546,63)
	8.1.5.50.21.0004	PREJUÍZO COM TERMO -	Anexo 4.1	(22.188,34)	Anexo 4.2	(154.513,18)	(176.701,52)
	8.1.5.50.21.0006	PREJUÍZO COM TERMO -	Anexo 4.1	(403.218,80)	Anexo 4.2	(233.281,07)	(636.499,87)
Futuro	8.1.5.50.31.0001	DESPESAS EM OPERAÇÃO	Anexo 4.1	(71.484.816,00)	Anexo 4.2	(18.334.364,00)	(89.819.180,00)
Opções - Ativos Financeiros e Mercadorias	8.1.5.50.42.0001	OPÇÕES - ATIVOS FINA	Anexo 4.1	(10.736.804,60)	Anexo 4.2	(19.933.506,40)	(30.670.311,00)
	8.1.5.50.42.0010	OPÇÕES - ATIVOS FINA	Anexo 4.1	(112.966.353,55)	Anexo 4.2	(39.643.242,12)	(152.609.595,67)
Outros - Non-Deliverable Forward (NDF)	8.1.5.50.90.0001	NON-DELIVERABLE FORW	Anexo 4.1	90.945.023,39	Anexo 4.2	(115.980.113,27)	(25.035.089,88)
	8.1.5.50.90.0012	ACCRUAL OUTROS DERIV	Anexo 4.1	(113.997.349,23)	Anexo 4.2	(3.150.600,00)	(117.147.949,23)
Subtotal (6)				(888.441.230,88)		(837.597.401,58)	(1.608.838.802,58)
Total das perdas (5) = (4) + (6)				(978.736.100,47)		(843.090.672,27)	(1.821.826.776,74)
Total geral 2009 (7) = (3) + (5)				78.138.144,86		66.478.832,34	193.816.777,28

Apuração do saldo de ganhos e perdas em operações com renda variável - 2010**Tabela 2****Apuração dos ganhos - 2010**

Operações de renda variável	Conta	Descrição	Ref.	Saldo Final Junho	Ref.	Saldo Final Dezembro	Saldo Acumulado 2010
Rendas de títulos de renda variável	7.1.5.20.00.0002	RENDAS DE AÇÕES	Anexo 6.1	3.495.799,23	Anexo 5.2	9.276.908,52	12.772.707,75
Subtotal (1)				3.495.799,23		9.276.908,52	12.772.707,75
Derivativos	Conta	Descrição		Saldo Final Junho		Saldo Final Dezembro	Saldo Acumulado 2010
Swap	7.1.5.80.11.0001	RENDAS ACCRUAL SWAP	Anexo 6.1	207.201.571,26	Anexo 5.2	121.101.434,43	328.303.005,69
	7.1.5.80.11.0003	RENDAS ACCRUAL SWAP	Anexo 6.1	79.314.105,95	Anexo 5.2	273.071.708,82	352.385.814,77
	7.1.5.80.21.0004	LUCRO COM TERMO - LT	Anexo 6.1	1.634.281,41	Anexo 5.2	3.806.563,10	5.440.844,51
	7.1.5.80.21.0006	LUCRO COM TERMO - NT	Anexo 6.1	375.574,96	Anexo 5.2	4.230.552,90	4.606.127,86
Futuro	7.1.5.80.31.0001	RENDAS EM OPERAÇÕES	Anexo 6.1	60.327.602,00	Anexo 5.2	23.124.429,73	83.452.031,73
	N/A - BMSF	RENDAS EM OPERAÇÕES	Anexo 6.1	36.708.576,57	Anexo 5.2	123.487.778,43	160.196.355,00
	7.1.5.80.31.0004	RENDAS EM OPERAÇÕES	Anexo 6.1	338.300,00	Anexo 5.2	261.100,00	599.400,00
Opções - Ativos Financeiros e Mercadorias	7.1.5.80.42.0001	OPÇÕES - ATIVOS FINA.	Anexo 6.1	3.258.750,20	Anexo 5.2	3.073.851,50	6.332.601,70
	7.1.5.80.42.0010	OPÇÕES - ATIVOS FINA.	Anexo 6.1	1.812.789,08	Anexo 5.2	183.603,96	1.996.393,04
Outros - Non-Deliverable Forward (NDF)	7.1.5.80.90.0001	NON-DELIVERABLE FORW	Anexo 6.1	95.274.663,59	Anexo 5.2	151.629.577,61	246.904.241,20
Subtotal (2)				488.248.216,02		703.870.800,48	1.180.218.816,60
Total dos ganhos (3) = (1) + (2)				489.742.014,25		713.247.609,00	1.202.889.523,25

Apuração das perdas - 2010

Operações de renda variável	Conta	Descrição	Ref.	Saldo Final Junho	Ref.	Saldo Final Dezembro	Saldo Acumulado 2010
Prejuízos com títulos de renda variável	8.1.5.30.00.0003	PREJUÍZO DE AÇÕES VE	Anexo 6.1	(3.345.498,28)	Anexo 5.2	(6.863.406,22)	(10.198.904,50)
Subtotal (4)				(3.345.498,28)		(6.863.406,22)	(10.198.904,50)
Derivativos	Conta	Descrição		Saldo Final Junho		Saldo Final Dezembro	Saldo Acumulado 2010
Swap	8.1.5.50.11.0001	DESPESAS ACCRUAL SWA	Anexo 6.1	(209.748.735,60)	Anexo 5.2	(192.333.295,43)	(402.082.031,03)
	8.1.5.50.11.0003	DESPESAS ACCRUAL SWA	Anexo 6.1	(83.992.633,36)	Anexo 5.2	(247.196.529,92)	(331.189.163,28)
	8.1.5.50.21.0004	PREJUÍZO COM TERMO -	Anexo 6.1	(726.431,19)	Anexo 5.2	(423.814,39)	(1.150.245,58)
	8.1.5.50.21.0006	PREJUÍZO COM TERMO -	Anexo 6.1	(539.871,06)	Anexo 5.2	(8.502.373,73)	(9.042.244,79)
Futuro	8.1.5.50.31.0001	DESPESAS EM OPERAÇÃO	Anexo 6.1	(53.758.959,50)	Anexo 5.2	(37.082.393,25)	(90.841.352,75)
	8.1.5.50.31.0004	DESPESAS EM OPERAÇÃO	Anexo 6.1	(12.125,00)	Anexo 5.2	(732.440,00)	(744.565,00)
Opções - Ativos Financeiros e Mercadorias	8.1.5.50.42.0001	OPÇÕES - ATIVOS FINA.	Anexo 6.1	(1.190.000,20)	Anexo 5.2	(3.073.851,50)	(4.263.851,70)
	8.1.5.50.42.0010	OPÇÕES - ATIVOS FINA.	Anexo 6.1	(3.881.539,26)	Anexo 5.2	(183.603,99)	(4.065.143,25)
Outros - Non-Deliverable Forward (NDF)	8.1.5.50.90.0001	NON-DELIVERABLE FORW	Anexo 6.1	(94.510.875,22)	Anexo 5.2	(209.225.089,86)	(303.735.965,08)
Subtotal (5)				(448.381.170,39)		(688.763.382,07)	(1.147.114.682,48)
Total das perdas (6) = (4) + (5)				(461.708.888,87)		(705.606.788,29)	(1.167.313.488,98)
Total geral 2010 (7) = (3) + (6)				38.036.346,68		7.640.710,71	46.878.068,29

Para uma melhor visualização, preparamos o resumo abaixo com base nos dados extraídos das tabelas 1 e 2:

Tabela 3

Operações de renda variável/ Derivativos	Saldo Final Junho	Saldo Final Dezembro	Saldo Acumulado 2009
Total dos ganhos em 2009	1.056.871.248,42	898.570.304,81	1.955.441.553,03
Total das perdas em 2009	(978.735.103,47)	(843.090.672,27)	(1.821.825.775,74)
Total geral 2009	78.136.144,95	55.479.632,34	133.615.777,29

Operações de renda variável/ Derivativos	Saldo Final Junho	Saldo Final Dezembro	Saldo Acumulado 2010
Total dos ganhos em 2010	489.742.014,25	713.247.509,00	1.202.989.523,25
Total das perdas em 2010	(451.708.888,67)	(705.808.798,29)	(1.157.313.466,96)
Total geral 2010	38.035.345,58	7.640.710,71	45.676.056,29

Portanto, mesmo que a Lei nº 8.981/1995 fosse aplicável, deveriam ser considerados ganhos e perdas nas diversas modalidades de operações de renda variável, conforme constatado no relatório da KPMG, acima transcrito.

Assim, entendo que a referida acusação fiscal também deve ser cancelada.

INFRAÇÃO 4 DO TVF – INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS (EXCLUSÃO INDEVIDA DE DESPESA DE HEDGE – NDF E SWAP 2009 E 2010)

A autoridade fiscal glosou “toda a despesa considerada de hedge por não ter sido esta finalidade comprovada” (pág. 20 do TV). Além disso, “a despesa excluída não poderia ultrapassar, no caso de PIS e COFINS a receita oferecida, gerando assim um resultado negativo com SWAP e NDF para fins de apuração das bases destas contribuições, uma vez que a sistemática de tributação destas prevê um faturamento e exclusões permitidas neste faturamento e não tributação com base em resultado como no IRPJ e na CSLL” (pág. 20 do TV):

Pelos motivos expostos nos itens precedentes, esta fiscalização não aceitou, para fins de IRPJ e CSLL, como despesas de hedge, as perdas auferidas pelo contribuinte em Operações de TARN realizadas com o Fundo Ágata (2009), nem tão pouco aquelas perdas em NDF (2009 e 2010), que excederam as receitas auferidas nas mesmas operações. Também não tendo sido aceitas a perdas em SWAP em face do Fundo Ágata, ocorridas em 2010, as quais excederam as perdas com este fundo nas mesmas operações.

Considerando que a despesa considerada de hedge também afeta a Base de Cálculo do Pis e COFINS, uma vez que a legislação autoriza sua exclusão desta Base, tínhamos de levantar os valores destas despesas.

Procedemos então um comparativo para 2009 e 2010 entre a soma dos resultados líquidos positivos mensais, operação a operação (de SWAP e NDF) e os valores declarados a título de receita financeira nas rubricas próprias. Comparando também neste quadro a soma dos resultados líquidos negativos mensais, operação a operação (de SWAP e NDF) e os valores declarados a título de despesa financeira nas rubricas próprias.

Utilizando-se para tanto dos dados então fornecidos pelo contribuinte a título de abertura das operações de SWAP e NDF.

Deste comparativo, verificamos que, em que se pese os resultados finais mensais, obtidos dos confrontos entre os resultados positivos menos os resultados negativos estarem coincidentes com os valores contabilizados, o total mensal dos resultados positivos não se encontrava coincidente com os valores contabilizados em receita financeira, nem tão pouco os resultados negativos estavam coincidentes com os contabilizados em despesa.

Tal Mapa comparativo foi então reproduzido em Termo de Intimação (14/08/2014), de forma que o contribuinte pudesse esclarecer as divergências.

Em resposta o contribuinte reapresentou em 26 e 28/08/2014 as planilhas que abriam o resultado contabilizado em SWAP e NDF, por operação, desta feita informando uma coluna para receita financeira e outra para despesa financeira, embora ainda tenhamos notado que na coluna de receitas continuavam a existir resultados negativos e positivos enquanto que na coluna de despesas também ainda haviam resultados negativos e positivos.

Refizemos então a planilha apresentada segregando em coluna própria os valores positivos de receita auferidos (receita real) e em coluna própria os resultados negativos auferidos (despesa real), extraindo-os colunas de receita e despesa informadas pelo contribuinte.

Tal procedimento pode ser verificado nas planilhas anexadas com o título “NDF 2009”, “DNF 2010”, SWAP 2009 e SWAP 2010, as quais demonstram a composição das Bases a serem tributadas tanto na infração 3b quanto na infração 4.

Assim verificamos que os valores oferecidos na DACON não representavam nas linhas de Receita e Despesa (com SWAP e NDF) os valores efetivos destas receitas e despesas, mas na verdade o resultado líquido obtido nestas operações. Ou seja, as linhas de receita (SWAP/NDF) da DACON e portanto as rubricas contábeis próprias apresentavam na verdade o resultado do confronto de receitas com despesas, e não como se devia esperar, na linha de Receita, a receita real auferida, e, na linha de despesa, a despesa real auferida. Sendo que os valores registrados em DACON eram compatíveis com os registrados em suas rubricas de receitas e despesas.

Devendo então ser ressaltado que, como o contribuinte considerou como despesa de hedge todas as suas despesas auferidas com operações de NDF e SWAP, e como contabilizava a exclusão das mesmas na linha própria da DACON, muitas vezes obtinha um resultado negativo deste confronto, fazendo então com que um resultado negativo nas operações com NDF ou SWAP permitissem uma redução na Bases de Cálculo do PIs e COFINS superior a Receita Real auferida.

Como advogamos que o que a lei permite, em relação a Base de Cálculo do PIS e COFINS, é a exclusão das despesas de hedge, não se admite que tal exclusão possa ser maior do que a Receita oferecida na linha do faturamento.

Ou seja, apesar de estarmos glosando como exclusão indevida toda a despesa considerada de hedge por não ter sido esta finalidade comprovada, na verdade devemos ressaltar que mesmo que assim não o fosse, certo seria que a despesa excluída não poderia ultrapassar, no caso de Pis e COFINS a receita oferecida, gerando assim um resultado negativo com SWAP e/ou NDF para fins de apuração das Bases destas contribuições, uma vez que a sistemática de tributação destas prevê um faturamento e exclusões permitidas neste faturamento e não tributação com base em resultado como no IRPJ e na CSLL.

Não poderíamos portanto excluir da Receita Real algo além desta Receita, conforme procedido pelo contribuinte. O que leva que o resultado negativo por vezes auferido nestas operações de SWAP e/ou NDF é levado via DACON a reduzir o resultado de outras linhas/operações.

Então podemos ver nas planilhas elaboradas (coluna c) que muitas vezes o contribuinte contabiliza em Receita na DACON um resultado negativo, quando no máximo feitas as exclusões de despesas de hedge (se assim consideradas), deveria-se ter no máximo um resultado zero, quando poder-se-ia considerar como exclusão despesas de hedge até no máximo a receita, nos casos de PIS e COFINS. Sendo assim, na nossa opinião, ainda que aceitassem a despesa de hedge, no caso de PIS e COFINS, elas só deveriam servir como exclusão até o limite da receita real auferida, razão pela qual resultados negativos (coluna c) não deveriam existir na apuração do PIS e Cofins.

Nas planilhas NDF e SWAP 2009 e 2010, tecemos observações concernentes a este assunto, citando as colunas próprias, as quais acreditamos auxiliaram a sua compreensão.

Sendo assim, procederemos a glosa do total das despesas reais (demonstradas nas colunas h e k) auferidas nas operações de NDF e SWAP e excluídas como despesa de hedge na sua integralidade, uma vez não comprovado tal finalidade. Ressaltando que ainda que se chegasse a conclusão que efetivamente eram hedge, o faturamento a ser oferecido ao Pis e Cofins destas operações deveria ser no máximo zero e não negativo como fez em alguns meses o contribuinte. Sendo certo que diferentemente do IRPJ e CSLL tributa-se no Pis e Cofins o faturamento, permitindo-se exclusões ao mesmo, e não o resultado. Ou seja, deveriam ser oferecidas as receitas com estas operações (ainda que excluídas das despesas consideradas hedge até o limite destas receitas).

Em sendo assim, para as operações de NDF e SWAP procedemos a reconstrução da Base de Cálculo, procedendo a glosa integral das despesas consideradas pelo contribuinte como despesas de hedge, conforme demonstrado no item da Matéria tributável.

Veremos então no item da Matéria Tributável os valores glosados, mas de antemão informamos ao leitor que na última parte do item subsequente relacionaremos as planilhas elaboradas pela fiscalização e que serão úteis a esclarecer os valores utilizados na tributação, bem como a comprovar que tais valores refletem os contabilizados pelo contribuinte.

Ao apreciar a matéria, a DRJ manteve a acusação fiscal, apenas reduzindo a base de cálculo no da Cofins de agosto/2010 em R\$0,21 (vinte e um centavos), mantendo-se os demais períodos de apuração de tal lançamento (fls. 2527/2535), bem como todos os períodos do lançamento de PIS/Pasep (fls. 2536/2545).

Segundo a Recorrente, conforme exposto em detalhes no Recurso Voluntário, na redação originária da Lei n.º 9.718/1998, o artigo 3º, § 6º, inciso I, alínea “e” permitia a dedução integral das perdas incorridas no mercado renda variável, exceto ações, apenas nas hipóteses de as operações terem sido contratadas com a finalidade de hedge. Naquele momento, portanto, a caracterização do hedge era relevante para a dedução das perdas nas operações com derivativos, conforme pode ser observado abaixo:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 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: (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

I - no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito: (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

a) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira; (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

b) despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado; (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

c) deságio na colocação de títulos; (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

d) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

e) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001)

II - no caso de empresas de seguros privados, o valor referente às indenizações correspondentes aos sinistros ocorridos, efetivamente pago,

deduzido das importâncias recebidas a título de cosseguro e resseguro, salvados e outros ressarcimentos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

III - no caso de entidades de previdência privada, abertas e fechadas, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de benefícios de aposentadoria, pensão, pecúlio e de resgates; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

IV - no caso de empresas de capitalização, os rendimentos auferidos nas aplicações financeiras destinadas ao pagamento de resgate de títulos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

Ocorre que, especificamente no que concerne às operações nos mercados de liquidação futura, o regramento para a apuração da base de cálculo das mencionadas contribuições sofreu alteração com o advento do artigo 110 da Lei nº 11.196/2005, ocorrendo, assim, a derrogação de tal disposição por incompatibilidade, nos termos do 2º do Decreto Lei nº 4.657/1942. Tal derrogação ocorreu especificamente no que concerne ao regramento das operações realizadas nos mercados de liquidação futura, já que a Lei posterior (nº 11.196/2005), ao dispor sobre a determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS para instituições financeiras tratou integralmente da matéria e estabeleceu previsão incompatível àquela anterior (nº 9.718/1998), deixando de restringir a dedução das perdas à caracterização do hedge.

Vale citar aqui nominalmente o artigo 110 da Lei n. 11.196/05:

Art. 110. Para efeito de determinação da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, do IRPJ e da CSLL, as instituições financeiras e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem computar como receitas ou despesas incorridas nas operações realizadas em mercados de liquidação futura: (Vigência) (Regulamento)

I - a diferença, apurada no último dia útil do mês, entre as variações das taxas, dos preços ou dos índices contratados (diferença de curvas), sendo o saldo apurado por ocasião da liquidação do contrato, da cessão ou do encerramento da posição, nos casos de:

a) swap e termo;

b) futuro e outros derivativos com ajustes financeiros diários ou periódicos de posições cujos ativos subjacentes aos contratos sejam taxas de juros spot ou instrumentos de renda fixa para os quais seja possível a apuração do critério previsto neste inciso;

II - o resultado da soma algébrica dos ajustes apurados mensalmente, no caso dos mercados referidos na alínea b do inciso I do caput deste artigo cujos ativos subjacentes aos contratos sejam mercadorias, moedas, ativos de renda variável, taxas de juros a termo ou qualquer outro ativo ou variável econômica para os quais não seja possível adotar o critério previsto no referido inciso;

III - o resultado apurado na liquidação do contrato, da cessão ou do encerramento da posição, no caso de opções e demais derivativos.

Em suas contrarrazões, a PGFN indica que, em que pese o recorrente tentar promover uma confusão hermenêutica, não se pode perder de vista o objeto da autuação quanto a presente infração. De acordo com o lançamento, o Auditor glosou a exclusão da despesa de hedge com base na Lei n.º 9.718/1998. Assim, desde já se deixa claro que a Fiscalização não questiona o cômputo da despesa de hedge no cálculo do resultado dessas operações de derivativo, mas sim a sua exclusão.

Ao contrário do que o recorrente entende, a apuração do PIS e da COFINS pelas instituições financeiras não se dá somente pela Lei n.º 11.196/2005. Tal como repetido pela IN RFB n.º 1.285/2002, a tributação das receitas dessas instituições por essas contribuições se dá de forma conjunta com aquela lei e a Lei n.º 9.718/1998. Assim, ao ser editada, a Lei n.º 11.196/2005 passou a ditar a forma de apuração da base de cálculo do PIS, COFINS, IRPJ e CSLL das receitas e despesas das instituições financeiras auferidas nos mercados de liquidação futura, e, para tanto, estipulou o cálculo da receita com base na “diferença de curvas” (diferença apurada no último dia do mês entre as variações das taxas, dos preços ou dos índices contratados). No entanto, tendo em vista o seu silêncio quanto às exclusões e deduções na apuração das bases de cálculo do PIS e da COFINS, a Lei n.º 9.718/1998 continuou vigente. Por essa razão, portanto, que a IN RFB n.º 1.285/2002 abrange as duas normas, estabelecendo em primeiro lugar a base de cálculo do PIS e da COFINS das instituições financeiras com base na Lei n.º 11.196/2005 (artigo 5º), e prevendo as exclusões e deduções da correspondente base de cálculo a partir da Lei n.º 9.718/1998 (artigo 8º).

Conforme concluído no tópico anterior, entendi que se tratavam de operações de hedge, portanto, a consequência é a autorização de sua exclusão nos termos da legislação de regência.

Ainda que assim não o fosse, a Diligência determinada concluiu nesse ponto que assiste razão ao recorrente quanto à existência de equívocos no cálculo da apuração da base de cálculo de tais infrações:

Dispõe o art. 110, da lei n.º 11.190/06, que para as operações do tipo “swaps” e “termos”, realizadas por instituições financeiras, a apuração da base tributável de PIS e de COFINS se dará pelo cômputo da variação de taxas, preços ou índices contratados (diferença de curvas), calculada mensalmente.

Ocorre que os cálculos demonstrados junto às fls. 2.471 e 2.472 – que serviram de base para a realização desse auto de infração –, utilizaram, de fato, para a apuração da base tributária de PIS e COFINS destes contratos, o somatório de montantes de receitas e despesas registradas diariamente na contabilidade do auditado; quando deveriam fazê-lo apenas pelo diferencial de seu saldo mensal. Explique-se.

É possível verificar junto a planilha de fls. 2.471 e 2.472, nas abas “Ano Todo 2009” e “Ano Todo 2010”, que as colunas “P” e “R”, de nome “Despesa Real” – utilizadas para cálculo das infrações nos discutidos lançamentos, e representativa da soma dos resultados negativos em operações de SWAP e NDF a serem glosados na apuração da base de cálculo de PIS/COFINS – é resultado da adição dos registros representativos de perdas diárias em tais contratos. Ou seja, foram consideradas como perdas indedutíveis no auto de infração, todos os

lançamentos contábeis diários representativos de despesas, e não apenas a variação mensal negativa de resultados em referidos contratos;

Registre-se que apenas os saldos negativos mensais, e não os diários, deveriam compor a base de cálculo das infrações, já que, como visto, a apuração de PIS e COFINS para tais contratos se dá pela diferença mensal de curvas, ou seja, pelo diferencial de valores de taxas e índices contratados, apurados apenas ao fim de cada mês.

Junto à planilha do Anexo 03 deste relatório (fl. 6.085, aba “valores devidos PIS e COFINS”), foram refeitos – de acordo com as observações citadas acima –, os cálculos de apuração das fls. 2.471 e 2.472 utilizados na elaboração dos autos de infração de PIS e COFINS.

E, de posse desses novos montantes, conforme fundamentação fática e legal da infração nº4 do Termo de Verificação Fiscal, foram excluídos os resultados mensais negativos de tais operações, vez que não possuíam função de hedge.

Assim, as tabelas 12 e 13 abaixo resumem os cálculos realizados na planilha do Anexo 1 deste relatório, e apresentam os valores devidos de PIS e de COFINS, calculados pelo diferencial de curvas das operações de SWAP e NDF praticadas pelo contribuinte nos anos de 2009 e 2010.

Anote-se que os dados para sua realização foram extraídos das planilhas de fls. 2.465 a 2.470 – entregues pelo próprio fiscalizado em meio ao procedimento de auditoria fiscal –, e foram corroborados por sua contabilidade copiada às fls. 4.229 a 6.084.

(...)

Ante todo o exposto, conclui-se que as novas bases de cálculo das infrações nº 04 do Termo de Verificação Fiscal deverão ser aquelas dispostas nas colunas (b) das tabelas 12 e 13 acima e os novos valores devidos de PIS e COFINS são aqueles demonstrados nas colunas (d) e (e). Ressalte-se por fim que, na realização dos cálculos apresentados, não houve a adoção de qualquer nova fundamentação fática ou legal ou ainda a utilização de novos elementos não apontados anteriormente pela fiscalização, mas tão somente a correção de cálculos matemáticos empregados na apuração das discutidas infrações.

Nesse caso, verifica-se que ao invés de utilizar o critério mensal, o auto de infração adotou critério diário para determinação dos montantes dos ganhos de hedge, ainda que oferecendo à tributação de PIS e COFINS em bases mensais.

A meu ver, portanto, o cálculo do hedge para fins do cálculo das bases mensais de PIS e COFINS se mostrou inadequado, tal reconhecido inclusive na decisão de piso, o que demonstra que a tributação de tais montantes não merece prosperar por evidente erro de cálculo.

Assim, entendo que deva ser cancelado o referido auto de infração.

Conclusões

Ante todo o exposto, conheço do Recurso Voluntário para dar-lhe integral provimento, cancelando as autuações. E conheço do Recurso de Ofício, para negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

ALEXANDRE EVARISTO PINTO