



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.720778/2014-08
ACÓRDÃO	9101-007.400 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	13 de agosto de 2025
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	BANK OF AMERICA MERRILL LYNCH BANCO MULTIPLO S/A

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2009, 2010

RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do Recurso Especial quando não restar demonstrado dissídio jurisprudencial. Não há que se falar em divergência, quando a situação apreciada pelo acórdão recorrido não guarda similitude fática com a examinada pelo paradigma.

RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

O prequestionamento constitui requisito indispensável ao conhecimento do Recurso Especial, exigindo que a matéria objeto da alegada divergência tenha sido efetivamente debatida e decidida pelo órgão julgador *a quo*.

Não havendo pronunciamento expresso do colegiado recorrido sobre a questão jurídica específica que se pretende contrastar com o paradigma, resta caracterizada a ausência de prequestionamento, impedindo o conhecimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em não conhecer do Recurso Especial. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior, Fernando Brasil de Oliveira Pinto e Carlos Higino Ribeiro de Alencar. Designado para redigir os fundamentos do voto vencedor o Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

Assinado Digitalmente

Jandir José Dalle Lucca – Relator

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli – Redator designado

Assinado Digitalmente

Carlos Higino Ribeiro de Alencar – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Jandir José Dalle Lucca, Semíramis de Oliveira Duro e Carlos Higino Ribeiro de Alencar (Presidente).

RELATÓRIO

1.Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN (fls. 6194/6231) em face do Acórdão nº 1201-006.254 (fls. 6150/6192), via do qual se decidiu, (i) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e (ii) por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário.

2.O litígio envolve autuações fiscais de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS referentes aos anos-calendário de 2009 e 2010. A controvérsia cinge-se ao tratamento conferido pelo Recorrido a operações financeiras com derivativos, especialmente quanto à dedutibilidade de perdas e descontos, tendo por motivação as seguintes acusações fiscais:

- **Perdas em Derivativos Lançadas como Perdas em Operações de Crédito:**

A acusação relativa a perdas em derivativos lançadas como perdas em operações de crédito refere-se, primordialmente, à aplicabilidade do artigo 9º da Lei nº 9.430, de 1996, às operações com derivativos. A fiscalização argumentou que o termo "crédito" mencionado no dispositivo legal não abrangeria operações com derivativos e que, mesmo se abrangesse, não teriam sido cumpridos os requisitos legais para a dedutibilidade das perdas. Esta controvérsia concentra-se na classificação contábil e fiscal das operações.

- **Descontos em Renegociação de Créditos de Derivativos:**

O foco da discussão está na dedutibilidade dos descontos concedidos pelo Recorrido em renegociações com clientes e no cumprimento dos requisitos legais para tal dedução, seja sob a perspectiva do artigo 10 da Lei nº 9.430, de 1996, ou do artigo 299 do RIR/99. A questão central é se os descontos representam despesas necessárias, usuais e normais à atividade do banco, não sua finalidade de proteção.

- **Perdas em Operações com NDF, TARN e SWAP:**

Esta acusação envolve centralmente o conceito de hedge. A fiscalização descaracterizou a finalidade de proteção (hedge) das operações realizadas entre o banco e o Fundo Ágata, aplicando as limitações do artigo 76, §4º da Lei nº 8.981, de 1995, sob o entendimento de que tais operações não atendiam aos requisitos legais para serem consideradas operações de hedge, especialmente devido à relação entre o Recorrido e o fundo.

3.A DRJ houve por bem, por unanimidade de votos, rejeitar todos os pedidos de nulidade dos lançamentos fiscais, por entender que o contribuinte não demonstrou prejuízo concreto para a sua defesa e, quanto ao mérito (fls. 3513/3556):

- **Infração 1 do TV (IRPJ) – Perdas em derivativos lançadas como perdas em operações de crédito:**

Julgada parcialmente procedente. A DRJ entendeu que "crédito" para bancos de investimento pode decorrer de derivativos, mas manteve a glosa em relação aos clientes Arantes e Ibérica por não cumprirem os requisitos do artigo 9º da Lei nº 9.430, de 1996.

- **Infração 2 do TV (IRPJ) – Descontos no recebimento de operações de derivativos:**

Julgada procedente. A DRJ considerou que a dedutibilidade dessas perdas é regida pelo artigo 9º da Lei nº 9.430, de 1996, cujos requisitos não foram atendidos.

- **Infração 3a do TV (IRPJ) – Perdas em operações com TARN feitas com o Fundo Ágata:**

Julgada procedente. A DRJ descaracterizou o hedge devido à atuação do impugnante como gestor do Fundo, ao pertencimento ao mesmo grupo econômico e às condições contratuais diferenciadas.

- **Infração 3b do TV (IRPJ) – Perdas com NDF e SWAP que excederam os ganhos (lançamento original):**

Considerada procedente, mantendo a limitação da dedutibilidade das perdas conforme o artigo 76, § 4º, da Lei nº 8.981/95.

- **Infração 3b do TV (IRPJ) – Perdas com NDF e SWAP que excederam os ganhos (lançamento complementar):**

Julgada improcedente. A DRJ entendeu que a metodologia de apuração já havia considerado o resultado negativo em relação a todas as contrapartes no lançamento original.

- **O IRPJ Complementar foi considerado improcedente.**
- **A CSLL original foi considerada parcialmente procedente**, mantendo as glosas referentes às Infrações 1 e 2 do TV, mas cancelando a aplicação da limitação de perdas da Lei nº 8.981, de 1995, em consonância com a Solução de Consulta COSIT nº 198, de 2014.
- **A CSLL Complementar-Reflexo foi considerada improcedente.**
- **O COFINS-Reflexo e o PIS/Pasep-Reflexo foram considerados procedentes**, por dependerem da Infração 3a do TV (IRPJ), que foi julgada procedente.
- **Infração 4 do TV (COFINS e PIS/PASEP) – Exclusão indevida de despesa de hedge:**

Julgada parcialmente procedente. A DRJ descaracterizou o hedge, impedindo a exclusão das perdas. Para NDF e SWAP, a base de cálculo deve ser a diferença de curvas mensal. Houve uma pequena correção no valor da COFINS de agosto/2010. Os lançamentos autônomos de COFINS e PIS/PASEP foram mantidos com essa correção.

- **O pedido para afastar os juros de mora sobre a multa de ofício foi considerado improcedente**, com a DRJ entendendo que a legislação e a jurisprudência autorizam tal cobrança.

4. Apreciando a remessa necessária e o Recurso Voluntário manejado pelo contribuinte, o colegiado *a quo* houve por bem converter o julgamento em diligência, nos termos da Resolução nº 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.
- 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.

5.Cumprida a medida proposta, foi produzido o Relatório de Diligência Fiscal de fls. 4214/4228, sobre o qual se manifestou o interessado às fls. 6100/6118, e, com o retorno dos autos para julgamento, foi proferido o aresto recorrido, assim ementado:

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. 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.

6. Cientificada da decisão, a PGFN apresentou Recurso Especial em relação às matérias: ***“(I) Qualificação das operações de hedge em face do modo de gerenciamento de riscos”*** (paradigma nº 3201-002.227); ***“(II) Aplicação do limite imposto pelo § 40 do art. 76, da Lei nº 8981/95, às operações em mercado de balcão não organizado”*** (paradigma nº 9101-00.412); e ***“(III) Ausência de nulidade por erro no cálculo de apuração da base de cálculo do PIS/Cofins”*** (paradigma nº 9303-013.134), tendo o apelo sido **parcialmente admitido** em relação à primeira e à última, nos termos do despacho de fls. 6235/6247, do qual se extraem os seguintes excertos:

1ª Divergência: Qualificação das operações de hedge em face do modo de gerenciamento de riscos

(...)

A similitude fática e jurídica entre os casos, assim como a divergência jurisprudencial entre eles, encontra-se suficientemente demonstrada pela recorrente.

O acórdão recorrido, conforme bem observado pela recorrente, deu provimento ao recurso, cancelando os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins — relativos às *“Infrações 3a e 3b e 4 do TVF”*, frise-se — em razão de ter filmado o entendimento de que as operações com instrumentos financeiros derivativos praticadas pela recorrente seriam qualificadas como *hedge*, mesmo sendo o gerenciamento de riscos feito de forma global (no lançamento, a autoridade fiscal desqualificou as operações como *hedge*, por entender que o gerenciamento do risco deveria ser demonstrado por operação, de forma individualizada).

Analizando esta mesma questão, e a mesma legislação (inclusive dispositivos da mesma Circular Bacen nº 3.082/2002), o acórdão paradigmático decidiu de forma diametralmente oposta, assentando o entendimento de que *“uma operação com derivativos com a finalidade de hedge deve estar necessariamente relacionada ao ativo ou passivo que se quer proteger”*, e que *“a operação denominada hedge global, [...] sem identificar os itens do ativo ou passivo objetos do hedge”*, não é admissível como tal, razão pela qual negou provimento ao recurso voluntário lá apresentado.

Deve ter seguimento o recurso, portanto, com relação ao ponto.

2ª Divergência: Aplicação do limite imposto pelo § 40 do art. 76, da Lei nº 8981/95, às operações em mercado de balcão não organizado

(...)

Entendo que a análise da divergência resta prejudicada, não sendo possível efetuar o confronto entre os acórdãos, pois, de fato, o acórdão recorrido não emitiu pronunciamento conclusivo sobre este ponto.

O fundamento do acórdão recorrido para o cancelamento das infrações foi, conforme o demonstrou a própria recorrente, o fato de ter sido *“demonstrada a qualificação das referidas operações como de hedge, portanto devendo ser afastada a acusação Fiscal”*.

A partir deste ponto, a questão relativa à observância do *limite imposto pelo § 4º do art. 76, da Lei nº 8981/95, às operações em mercado de balcão não organizado*, é abordada pelo acórdão recorrido apenas do ponto de vista da exposição dos argumentos do contribuinte recorrente — e.g. *“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", e também "o art. 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)", e ainda "ad argumentandum, todas as operações levadas a registro na CETIP, tal como no caso da Recorrente, são consideradas como realizadas no mercado organizado" — e dos **argumentos da PFN, ora recorrente** — "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 8.891/1995, incluindo a limitação prevista no § 4º do artigo 76".*

O acórdão paradigmático apresentado, neste contexto, visaria a respaldar o entendimento defendido pela recorrente PFN no presente processo.

Ocorre que esta questão controversa, contudo, estaria, quando muito, contida no âmbito da diligência solicitada pelo colegiado, conforme se percebe pelo seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido:

"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 [...]"

O relator, contudo, entendeu que *"a unidade de origem alterou a premissa na qual foi fundamentada a resolução"*, de tal modo que a diligência efetuada se mostrou *"inconclusiva quanto ao referido ponto"*, razão pela qual asseverou 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"*.

Como o relator não restou vencido, mas sim vencedor, quanto à qualificação das operações como de hedge, os autos não foram devolvidos para nova diligência, sendo que aquela que já foi feita se mostrou *"inconclusiva"*, conforme o relator.

Na sequência, o relator afirma que *"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"*.

Contudo, o relator não foi nem vencido nem vencedor com relação à proposta de diligência, pelo simples fato de que esta proposta não foi votada pela Turma, que apenas acompanhou o entendimento vencedor do relator com relação à qualificação das operações como de hedge.

Resta evidenciado, portanto, que o colegiado não decidiu acerca do tema *"Aplicação do limite imposto pelo § 4º do art. 76, da Lei nº 8981/95, de balcão não organizado"*.

Trata-se, portanto, com todas as vênias, de matéria não prequestionada e que não pode ser objeto de recurso especial.

3ª Divergência: Ausência de nulidade por erro no cálculo de apuração da base de cálculo do PIS/Cofins

(...)

A divergência jurisprudencial entre os acórdãos encontra-se suficientemente demonstrada pela recorrente.

O fato de o acórdão paradigmático tratar de "regimes aduaneiros", de acordo com a sua ementa, não prejudica a demonstração da divergência com relação ao ponto, uma vez que se trata de normas gerais de direito tributário, e envolve a definição acerca de qual providência tomar-se em caso de constatação de erros na apuração da base de cálculo do tributo.

Neste sentido, o acórdão paradigmático analisou a questão controversa lá posta sob a ótica de saber *"se o erro na apuração da base de cálculo do tributo lançado e exigido por meio de lançamento de ofício constitui vício material ou vício formal"*, e, tendo decidido tratar-se a hipótese de erro formal, concluiu que a autuação *"pode ser retificado mediante novo lançamento"*.

O acórdão recorrido, por sua vez, nada obstante não tenha analisado propriamente a questão de saber se o erro seria formal ou material, decidiu pelo cancelamento dos autos de infração do PIS e da Cofins também (pois se trata do *segundo fundamento autônomo*, neste caso) por erro no cálculo da apuração da base de cálculo.

Deve ter seguimento o recurso, portanto, com relação ao ponto.

7.O Recorrido apresentou contrarrazões às fls. 6275/6330, combatendo o conhecimento e o mérito do recurso fazendário.

8.É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **Jandir José Dalle Lucca**, Relator

CONHECIMENTO

9.O Recurso Especial é tempestivo, conforme já atestado pelo despacho de admissibilidade, tendo sido admitido em relação às seguintes matérias:

(I) Qualificação das operações de hedge em face do modo de gerenciamento de riscos, em face do paradigma 3201-002.227; e

(III) Ausência de nulidade por erro no cálculo de apuração da base de cálculo do PIS/Cofins, em face do paradigma nº 9303-013.134.

10.Em suma, o sujeito passivo contrapõe-se ao conhecimento argumentando que o Recurso Especial fazendário não apresenta os requisitos necessários para seu conhecimento, tanto pela ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados quanto pela deficiência das razões recursais, que não estabelecem adequadamente a correlação entre as divergências apontadas e os argumentos de reforma.

11.Como se sabe, as impugnações recursais não prescindem da apresentação de fundamentação apta a alicerçar o pedido de prolação de nova decisão. Essa fundamentação, em se tratando de instância recursal, será sopesada pelo julgador para, caso seja prestigiada, reformar ou eventualmente anular a decisão recorrida. Nesse sentido, salta aos olhos a indispensabilidade da demonstração de que os pilares da decisão guerreada não se sustentam, conforme os fundamentos apresentados no arrazoadado recursal.

12.Sem o desenvolvimento dessa correlação entre os fundamentos de fato e de direito utilizados pela decisão recorrida e o pedido para que seja proferida nova decisão,

evidencia-se a ausência de condição essencial para o conhecimento do apelo, uma vez que sua admissão, nessas circunstâncias, equivaleria a subtrair do julgador o acesso aos motivos pelos quais a parte recorrente entende não ser aplicável a decisão recorrida e, ainda, arrebataria da parte adversa o direito de se contrapor a tais razões, em manifesto detrimento do contraditório.

13. Esse requisito recursal é denominado pela doutrina como princípio da dialeticidade ou discursividade dos recursos e, segundo Fredie Didie Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha¹:

De acordo com esse princípio, exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição pela qual a parte não apenas manifeste sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Rigorosamente, não é um princípio: trata-se de exigência que decorre do princípio do contraditório, pois a exposição das razões de recorrer é indispensável para que a parte recorrida possa defender-se, bem como para que o órgão jurisdicional possa cumprir seu dever de fundamentar suas decisões.

14. Além do mais, qualquer dúvida ainda remanescente sobre a aplicação do princípio da dialeticidade no contencioso fiscal foi definitivamente espargida com a edição do Código de Processo Civil de 2015, cujo art. 15 determina que *“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”*. Nesta seara, o inciso III do art. 932 do CPC/2015 é de meridiana clareza ao dispor que:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...);

III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

(...)

15. Destarte, a redação do referido dispositivo processual, incorporada ao processo administrativo fiscal por força do art. 15 do CPC/2015, é expressa ao vedar o conhecimento de recurso *“que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida”*.

16. Nesse passo, constata-se uma desconexão entre a divergência jurisprudencial apontada pela Procuradoria e o conteúdo efetivamente desenvolvido nas razões recursais. Conforme sustenta o contribuinte, a PGFN não foi efetiva ao suscitar divergência jurisprudencial, notadamente a validade do "hedge global" para fins fiscais e a natureza do vício do lançamento, enquanto dedicou seu arrazoado a temas substancialmente distintos.

17. Como se observa, a Recorrente limitou-se a reproduzir trechos de manifestações anteriores (contrarrazões ao Recurso Voluntário), sem demonstrar a pertinência temática com os acórdãos paradigmas indicados. Quanto à questão do "hedge global", a PGFN não apresentou

¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 124. v. 3.

fundamentação jurídica que sustentasse sua invalidade para fins fiscais, tema central da suposta divergência.

18.Situação semelhante ocorreu em relação à nulidade dos autos de infração do PIS/COFINS. Embora o acórdão paradigma tratasse especificamente da distinção entre vício formal e material, a Procuradoria desenvolveu argumentação sobre a inexistência de qualquer vício - matéria completamente estranha ao paradigma apresentado.

19.Esta dissociação argumentativa gera um impasse processual: as matérias indicadas como objeto de divergência carecem de fundamentação específica (configurando inépcia recursal), enquanto as matérias efetivamente desenvolvidas nas razões não possuem a necessária demonstração de dissídio jurisprudencial.

20.Portanto, diante da clara ausência de correlação entre as divergências jurisprudenciais apontadas e o desenvolvimento argumentativo, resta inviabilizado o conhecimento do Recurso Especial, por falta de dialeticidade.

21.Outrossim, passa-se a apreciar individualmente por matéria os demais pressupostos de admissibilidade.

QUALIFICAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE HEDGE EM FACE DO MODO DE GERENCIAMENTO DE RISCOS

22.Consoante se depreende do voto vencedor do Acórdão recorrido, de lavra do Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, ao analisar a Infração 3a e 3b do TVF (adições não computadas na apuração do lucro real devido a perdas com NDF e SWAP que excederam os ganhos nas mesmas operações), foi estabelecida divergência do entendimento da DRJ e da autoridade fiscal, considerando que as operações questionadas possuíam, sim, a finalidade de hedge. Confirmam-se os seguintes trechos:

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.

Fator de Risco	Posição de Mercado 1		Posição de Mercado 2		Posição de Mercado 3		Posição de Mercado 4		Posição de Mercado 5	
	Comprado	Vendido	Comprado	Vendido	Comprado	Vendido	Comprado	Vendido	Comprado	Vendido
Aplic. - contencioso em Brasil	16.684,00	38.157,00	33.063,00	6.804,00	-	48,00	5.176,00	1.061,00	38.120,00	-
Pre	5.551.577,00	4.082.860,00	4.711.833,00	4.505.190,00	4.267.680,00	5.736.296,00	4.363.716,00	3.137.899,00	5.401.150,00	4.776.275,00
Capex de mercado - dólar em E&M	7.653.793,00	7.623.754,00	7.780.775,00	7.632.782,00	7.361.534,00	5.928.950,00	4.955.587,00	5.130.813,00	5.981.968,00	6.087.646,00
Capex de mercado - euro	45.202,00	45.202,00	63.063,00	63.078,00	90.667,00	90.667,00	275.046,00	275.046,00	314.110,00	314.110,00
Capex de mercado - dólar em E&M	9.873,00	9.873,00	-	-	-	-	-	-	-	-
Capex de mercado - outras	4.342,00	4.342,00	246,00	246,00	76,00	76,00	81,00	81,00	281.807,00	281.807,00
Capex de hedge de preços - GDP	116.868,00	381.230,00	111.840,00	98.985,00	108.987,00	93.981,00	184.086,00	92.540,00	147.942,00	139.634,00
Capex de hedge de preços - GDP	33.691,00	33.691,00	60.835,00	41.306,00	92.872,00	31.450,00	112.445,00	27.822,00	108.540,00	73.711,00
Moneda estrangeira - dólar em E&M	7.604.676,00	7.628.945,00	4.588.620,00	8.652.965,00	8.338.846,00	5.535.253,00	5.947.341,00	5.940.813,00	4.867.807,00	4.878.201,00
Moneda estrangeira - euro	45.202,00	47.361,00	63.063,00	63.060,00	91.625,00	91.625,00	276.073,00	276.073,00	288.244,00	288.244,00
Moneda estrangeira - dólar em E&M	9.873,00	9.873,00	-	-	-	-	-	-	-	-
Moneda estrangeira - outras	4.342,00	4.342,00	246,00	246,00	76,00	76,00	81,00	81,00	281.807,00	281.807,00
Reserva técnica de risco	2.918.369,00	1.762.114,00	1.26.980,00	23.080,00	1.17.813,00	28.884,00	142.268,00	36.412,00	-	-
Total	23.188.374,00	21.907.592,00	21.945.283,00	20.883.177,00	21.446.898,00	28.100.248,00	16.162.926,00	14.917.846,00	17.884.263,00	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.

23.As operações de derivativos em questão, que, segundo a decisão recorrida, estavam sendo utilizadas para fins de proteção cambial, eram NDF (Non-Deliverable Forward), TARN (Target Redemption Note) e SWAP. O ponto essencial para o Relator foi a demonstração do efeito de hedge global, com o controle da posição dos riscos, pois a proteção não é feita necessariamente operação por operação, mas sim de forma consolidada em termos globais, extraindo os riscos de todas as operações para então tomar a decisão de proteção a tais riscos.

24.Como se observa, segundo o Relator, não procede o fundamento da DRJ de que o fato de o gestor do fundo (Fundo Ágata) pertencer ao mesmo grupo econômico do ora Recorrido comprometeria a finalidade exclusiva de hedge, uma vez que tal entendimento não encontra amparo jurídico ou fático no caso concreto. Destacou, ainda, que, foram cumpridos os requisitos da Circular BACEN nº 3.082, de 2002, visto que:

- O Recorrido jamais apresentou balanço consolidado com o Fundo Ágata.

- Não possui direito de sócio do referido fundo.
- O controlador do Fundo não é residente ou domiciliado no país.
- Não participa do capital do Fundo, nos termos do §2º do art. 18 da Resolução 2.743, de 2000.

25.Ademais, o Relator não acolheu 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.

26.Posteriormente, ao analisar a Infração 4 do TVF, que versava sobre a "INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS (EXCLUSÃO INDEVIDA DE DESPESA DE HEDGE – NDF E SWAP 2009 E 2010)", o Relator novamente se baseou no seu entendimento prévio sobre a natureza de hedge das operações, afirmando que, tendo considerado que se tratava de operações de hedge, a consequência seria a autorização de sua exclusão nos termos da legislação de regência.

27.Em síntese, a decisão recorrida considerou que as operações de NDF, TARN e SWAP realizadas pelo Recorrido qualificavam-se como hedge por terem sido utilizadas para proteção cambial, com demonstração de hedge global e cumprimento dos requisitos da Circular BACEN nº 3.082, de 2002, afastando, assim, a acusação fiscal referente à não dedutibilidade das perdas por ausência de finalidade de hedge.

28.Já o Acórdão paradigma 3201-002.227 também se debruçou sobre a glosa de perdas em operações com derivativos, realizadas pela ING BANK N.V. no período de agosto a dezembro de 2004, como hedge do saldo do patrimônio líquido, com o objetivo de protegê-lo de variações cambiais e oscilações de índices e manter a estabilidade patrimonial. A ING BANK N.V., sendo uma instituição financeira estrangeira com 100% do capital pertencente a um sócio domiciliado no exterior, considerou seu patrimônio líquido como uma obrigação em moeda estrangeira para fins de proteção contra flutuações cambiais.

29.A fiscalização autuou a empresa por considerar que essas operações, deduzidas na apuração da COFINS, **não foram caracterizadas como hedge.**

30.A empresa argumentou que, nos termos da Circular Bacen nº 2.894, de 1999 e com autorização específica do Banco Central, seu patrimônio líquido era considerado como obrigação componente das exposições vendidas em moeda estrangeira, integrando o conjunto de ativos e passivos gerenciados dentro dos limites de exposição global de riscos definidos pela administração. Sustentou que o hedge foi efetuado sobre uma exposição líquida de carteiras ativas e passivas, com gerenciamento de riscos de forma global e não por operação individual.

31.A fiscalização, contudo, entendeu que, para uma operação ser qualificada como hedge contábil, **deveria atender aos requisitos do art. 5º da Circular Bacen nº 3.082, de 2002, que exige, entre outros pontos, a vinculação das operações com o intuito de proteção às variações dos ativos ou passivos protegidos,** com reconhecimento simultâneo das variações e

compensação em um intervalo de 80% a 125%. **No caso, a fiscalização identificou que a contribuinte reconheceu a impossibilidade de vincular as operações efetuadas com o intuito de proteção às variações dos ativos ou passivos específicos que se pretendia proteger.**

32.Ademais, segundo a fiscalização, o alegado **“hedge do patrimônio líquido”** não encontra amparo na legislação brasileira, pois o patrimônio líquido é estipulado em moeda corrente nacional, sem previsão legal de atualização por índices de correção monetária ou cambial, e a contribuinte não auferir receitas com a variação cambial de seu patrimônio líquido.

33.Com esse panorama e considerando que a DRJ desproveu a impugnação do sujeito passivo sob o entendimento de que, não tendo sido comprovado que as operações com derivativos tiveram finalidade de hedge, era inadmissível a exclusão das perdas na base de cálculo da COFINS, o paradigma negou provimento ao Recurso Voluntário da parte nos termos do voto vencedor proferido pelo Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, nos termos seguintes:

No que tange ao mérito propriamente dito, entendeu esta Turma pela impossibilidade da dedução da base de cálculo da Cofins das perdas com ativos financeiros em operações denominadas hedge global, devido a hipótese não estar prevista na legislação pátria.

A operação em tela não se encontra prevista nem pela Circular Bacen nº 3.082/2002, que regulamente e discrimina as operações com instrumentos financeiros derivativos realizadas pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, nem por qualquer outra norma de direito interno, não podendo ser enquadrada como hedge à luz do direito interno.

O artigo 3º, §6º, inciso I, alínea ‘e’ da Lei nº 9.718/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.15835/ 2001, prevê a dedução da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins das perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge.

Já o artigo 5º da citada Circular Bacen nº 3.082/2002 estabelece as condições para que as operações com instrumentos financeiros derivativos possam ser consideradas como destinadas a *hedge*.

O dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 5º. As operações com instrumentos financeiros derivativos destinadas a "hedge" nos termos dos arts. 3º e 4º devem atender, cumulativamente, às seguintes condições:

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

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

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

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

V- não ter como contraparte empresa integrante do consolidado econômico-financeiro, observado o disposto nos arts. 3º e 18 da Resolução 2.723, de 31 de maio de 2000, alterada pela Resolução 2.743, de 28 de junho de 2000.

Parágrafo único. O não atendimento, a qualquer tempo, das exigências previstas neste artigo implica observância dos critérios previstos no art. 2º e imediata transferência, ao resultado do período, no caso do "hedge" de fluxo de caixa, dos valores referentes à operação registrados em conta destacada do patrimônio líquido, na forma do art. 4º, inciso II.

Do exposto, extrai-se que uma operação com derivativos com a finalidade de hedge deve estar necessariamente relacionada ao ativo ou passivo que se quer proteger. O reconhecimento contábil do resultado com derivativos destinados a hedge deve ser feito no mesmo período de reconhecimento do item que está sendo protegido; ocorrendo a compensação entre receitas e despesas.

A operação denominada *hedge global*, praticada pela recorrente, visava a proteção do patrimônio líquido da recorrente, sem identificar os itens do ativo ou passivo objetos do *hedge*.

Desta forma, as operações ora sob análise não podem ser consideradas como sendo destinadas a *hedge*, o que impede a dedução das perdas na apuração da base de cálculo da Cofins.

34.Portanto, constata-se, para maioria do colegiado prolator da decisão paradigmática, prevaleceu o entendimento a respeito da impossibilidade de dedução da base de cálculo da COFINS das perdas com ativos financeiros em operações denominadas "hedge global", devido à hipótese não estar prevista na legislação pátria. Consideraram que a operação não se enquadrava nos termos da Circular Bacen nº 3.082, de 2002, nem em qualquer outra norma de direito interno, não podendo, portanto, ser considerada "hedge".

35.Pois bem, primeiramente, cumpre destacar que o cerne da discussão no Acórdão paradigma (3201-002.227) refere-se especificamente à possibilidade jurídica de utilização de instrumentos derivativos para a proteção cambial do **patrimônio líquido** de uma instituição financeira estrangeira. Nesse contexto, a decisão desqualificou as operações realizadas pelo contribuinte justamente por não atenderem aos requisitos normativos exigidos pela Circular BACEN nº 3.082, de 2002, especialmente pela ausência de correlação contábil direta entre o ativo protegido e o derivativo utilizado para hedge.

36.Em contrapartida, o Acórdão recorrido (1201-006.254) analisou situação substancialmente diversa, envolvendo operações com derivativos (NDF, TARN e SWAP) executadas por instituição financeira para proteção cambial em uma perspectiva global de gerenciamento de riscos, com expressa demonstração da efetividade dessa proteção segundo as normas regulatórias vigentes. Nesse caso, **não se discute proteção ao patrimônio líquido**, mas sim operações financeiras específicas dentro de um controle abrangente de riscos cambiais.

37.Assim, é evidente a distinção crucial quanto ao objeto das operações discutidas nos acórdãos: enquanto o paradigma discute especificamente a qualificação como hedge de uma

exposição cambial do **patrimônio líquido**, o recorrido cuida de operações financeiras em perspectiva global consolidada e regulatória.

38.Mas não é só. Verifica-se ainda que os acórdãos analisados apresentaram interpretações baseadas em legislações distintas quanto à matéria ***"Qualificação das operações de hedge em face do modo de gerenciamento de riscos"***. O paradigma (3201-002.227) teve como tema central a análise da Circular BACEN nº 3.082, de 2002, que estabelece critérios técnicos e contábeis para que operações com derivativos possam ser reconhecidas como hedge. Nele, discutiu-se especificamente a proteção cambial relacionada ao patrimônio líquido da instituição financeira estrangeira, ressaltando-se a exigência da correlação direta e tempestiva entre o ativo protegido e o instrumento de hedge, conforme disposto nessa Circular. Além disso, a argumentação do contribuinte citou também a Circular BACEN nº 2.894, de 1999, que trata da possibilidade de reconhecer exposição cambial relativa ao patrimônio líquido, bem como a Lei nº 9.718, de 1998, especialmente o artigo 3º, §6º, inciso I, alíneas 'd' e 'e', no que se refere à exclusão ou não das perdas decorrentes dessas operações na base de cálculo da COFINS.

39.Por sua vez, o Acórdão recorrido (1201-006.254) discutiu prioritariamente a aplicação da Lei nº 8.981, de 1995, particularmente em seus artigos 72 a 77. Essa legislação delimita o tratamento tributário dado às perdas com derivativos realizadas em mercado de balcão não organizado, debruçando-se sobre questões relacionadas à necessidade de análise operação por operação, quando não caracterizado hedge. Também foi invocada, nesse contexto, a Lei nº 11.196, de 2005, especificamente seu artigo 110, que estabelece regras específicas para o tratamento fiscal das operações com derivativos por instituições financeiras.

40.Observa-se, portanto, que há significativa diferença entre as legislações centrais interpretadas por cada um dos acórdãos, refletindo abordagens normativas distintas sobre o tema. Essas diferenças fundamentais quanto às legislações aplicadas evidenciam a ausência da necessária similitude fático-jurídica e normativa, impedindo, também por isso, o conhecimento do Recurso Especial por divergência jurisprudencial.

AUSÊNCIA DE NULIDADE POR ERRO NO CÁLCULO DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS

41.Ainda que fosse possível superar a ausência de correlação entre a dissidência jurisprudencial suscitada e o desenvolvimento argumentativo, tal como mencionado anteriormente, cabe também reconhecer que, como decorrência do não conhecimento da matéria ***"qualificação das operações de hedge em face do modo de gerenciamento de riscos"***, fica prejudicado o conhecimento da matéria ***"Ausência de nulidade por erro no cálculo de apuração da base de cálculo do PIS/Cofins"***, conforme reconhecido pelas próprias razões recursais, a saber:

Não obstante o cancelamento da autuação no que toca à exclusão das bases de cálculo do PIS e da COFINS em decorrência automática da qualificação das operações de hedge, sendo o presente recurso especial provido, o lançamento das contribuições deve ser restabelecido.

42.Sem embargo, constata-se que a matéria também não foi devidamente prequestionada.

43.Ao avançar no exame da exclusão das bases de cálculo do PIS e da COFINS, para o caso de ser superada a desqualificação das operações de hedge, o voto vencedor da decisão recorrida assim se pronunciou:

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 nº11.190/06, 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 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.

44.A seu turno, o Acórdão 9303-013.134 (paradigma) cuidou de definir se o erro na determinação da base de cálculo do tributo lançado e exigido mediante lançamento de ofício caracteriza vício material ou formal, nos termos dos seguintes excertos do voto condutor do Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas:

A questão oposta nesta fase recursal é se o erro na apuração da base de cálculo do tributo lançado e exigido por meio de lançamento de ofício constitui vício material ou vício formal.

A legislação tributária que trata da constituição do crédito tributário por meio de lançamento de ofício assim dispõe:

- Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional –CTN):

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Art. 143. Salvo disposição de lei em contrário, quando o valor tributário esteja expresso em moeda estrangeira, no lançamento far-se-á sua conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador da obrigação.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de

investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

- Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal):

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

No presente caso, o lançamento em discussão atendeu esse requisitos citados e transcritos acima. A nulidade do lançamento determinada pela Autoridade de Julgadora de Primeira Instância teve fundamento erro na apuração da base de cálculo do imposto, conforme consta da ementa do acórdão às fls. 1388 e do voto vencedor às fls. 1403/1407, o que segundo o entendimento majoritário da Turma Julgadora configurou erro formal. Também, o recurso de ofício interposto por aquela autoridade foi desprovido por unanimidade de votos pelo Colegiado da Câmara Baixa, sob o mesmo fundamento, ou seja, vício formal.

O tributarista Anselmo Souza, em seu "Curso básico de direito tributário" (Rio de Janeiro: Editora Lilen Rids, 2006), assim conceitua vícios, formal e material, no lançamento tributário.

Vício formal é defeito no processo de formação do lançamento, tal como incompetência da autoridade lançadora, falta de capitulação do fato gerador, (...). Já o **vício material**, diz respeito à existência da dívida, como não-ocorrência do fato gerador sujeito passivo incorreto; sujeito ativo incorreto, (...). **No vício formal a dívida tributária não é declarada inexistente, mas sim tem declarada viciada sua formalização (lançamento). No vício material, a dívida que a Fazenda Pública alega existir, na verdade, não existe, (...).** (destaque não original)

Já Leandro Paulsen, em sua obra "Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência" (Livraria do Advogado Editora, 10ª Edição), assim define vício formal e vício material:

Vício formal X Vício material. Os vícios formais são aqueles atinentes aos procedimentos e ao documento que tenha formalizado a existência do crédito tributário.

Vícios materiais são os relacionados à validade e à incidência da lei.

Da conceituação/definição de ambos os tributaristas, depreende-se que o vício formal é aquele referente aos procedimentos e aos documentos utilizados na

formalização e exigência do crédito tributário. Já o vício material refere-se à validade e à aplicação da lei, ou seja, a fundamentação da exigência do tributo.

O vício material ocorre na constituição do crédito tributário, na medida em que as leis utilizadas para dar sustentação ao ato administrativo fiscal não são válidas e/ ou não são aplicáveis ao tributo lançado e exigido o que implica na nulidade do lançamento, sem possibilidade de correção, nos termos dos artigos 145 do CTN, citados e transcritos anteriormente, e da aplicação do art. 173, inciso II, desse mesmo Código.

Diferentemente, o vício formal decorre de erros de cálculos, na apuração da base de cálculo do tributo, na alíquota aplicada, na própria operação aritmética e/ ou no descumprimento de disposições na legislação que regula o lançamento, implicando na nulidade, de fato, anulação do lançamento. O vício formal permite a correção do lançamento, nos termos do art. 145, citado e transcrito anteriormente, c/c o art. 149, ambos do CTN, inclusive, mediante novo lançamento.

Também este é o entendimento da Secretaria da Receita Federal, veiculado no Parecer nº 9, de 3 de fevereiro de 1999, da Coordenação Geral do Sistema de Tributação – Cosit, reproduzido a seguir:

A nulidade está presente num ato jurídico quando há defeito grave que impeça a produção do efeito pretendido. 116 nulidade quando o ato desrespeita, no momento de sua formação, o pressuposto exigido pela lei para que tenha validade. A nulidade é a reação da ordem jurídica, tolhendo o ato de seus efeitos, imposta à manifestação de vontade que não cumpriu os requisitos fixados pela lei. Ocorre que nem sempre tais requisitos aparecem de maneira expressa na lei. Não raras vezes, a essência do ato vem à tona mediante o conhecimento dos princípios gerais com os quais deve ele se conformar. Se o ato, no momento de sua formação, passa ao largo dessa essência ou descumpre alguma solenidade fundamental, deverá suportar a reação do ordenamento - a nulidade. (...)

Assim como os atos jurídicos em geral, os atos administrativos também possuem elementos básicos de estruturação. A competência do agente, forma e objeto do ato, somam-se a finalidade e o motivo. Qualquer vício nesses elementos estruturais faz com que o ato não refine condições para irradiar os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Portanto, é causa de nulidade do ato a existência de qualquer defeito que macule tais elementos.

O vício de forma é um dos possíveis vícios que podem atingir o ato administrativo, causando a sua nulidade. Ao discorrer sobre a teoria da nulidade dos atos administrativos, Antônio da Silva Cabral, in "Processo Administrativo Fiscal", menciona os principais vícios dos atos administrativos, e, entre eles, o vício de forma, que, nos dizeres de Seabra Fagundes, consistiria no "conjunto de solenidades com que a lei cerca a exteriorização do ato administrativo, estabelecendo o vínculo aparente entre a manifestação de vontade e objeto".

O item "b" do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 4.717, de 20 de junho de 1965, que define os vícios dos atos administrativos, dispõe:

"b) o vício de forma consiste, na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; ...". (...)

Assim, é equivoco pensar que a única causa de nulidade do lançamento é a incompetência do agente. A interpretação meramente literal do disposto no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972 levar-nos-ia à conclusão absurda de que, por exemplo, mesmo que a forma adotada pelo ato de lançamento fosse desconforme com o mandamento legal, ele reuniria condições para produzir efeitos. Ora, de tal conclusão decorreria a afirmação errônea de

que um ato administrativo poderia prosperar, mesmo tendo sido exteriorizado por uma forma absolutamente irregular. Cabe enteio lembrar que se nos atos jurídicos da ordem privada, em que impera a liberdade de forma, o vício nesta última é causa de nulidade absoluta, conforme preconiza o art. 145, incisos III e IV, da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil), mais ainda o será para os atos administrativos, pois neles impera a vinculação à forma.

Aplicar, de maneira literal e isolada, o disposto no referido art. 59 significa ignorar a coerência do sistema jurídico. Não concordamos, desta feita, que a lista prescrita naquele dispositivo legal seja numerus clausus, e sim numerus apertus. E nulo todo ato administrativo que desrespeita os requisitos impostos pela legislação. O dispositivo do Decreto não faz menção às vicissitudes do ato administrativo do lançamento em virtude da forma, por esta circunstância .16 estar implícita, já que ele é cercado de requisitos e formalidades já consagradas pela legislação.

Os requisitos formais do ato administrativo de lançamento aparecem no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e nos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235/1972. Se o ato não respeita referidas formalidades, não tem condições para produzir efeitos. (...)

(...) E mesmo que o lançamento seja promovido por agente competente, que a finalidade seja o interesse público, o motivo seja aquele fixado em lei, no caso dos atos vinculados, e o objeto seja a manifestação creditícia do Fisco, ainda assim o lançamento carregará consigo a nulidade absoluta se a forma determinada explícita ou implicitamente na lei for desrespeitada, com a omissão dos elementos que deveriam estar contidos no documento que exterioriza o ato de imposição. (...)

A ineficácia do ato administrativo não é decretada em prol do particular interessado, mas em respeito ex ordem pública e ao princípio da legalidade, que devem sempre nortear as atividades da Administração. (...) Costuma a doutrina sobre o assunto sentenciar que, tratando-se de atos administrativos, não há que se falar em anulabilidade, visto que os vícios a eles relativos são de ordem pública, cabendo, nesses casos, somente a nulidade, cuja declaração é de interesse da própria administração e não apenas de interesse privado do particular. (...)

Em face do que se expôs, conclui-se que a falta de menção, no lançamento, dos elementos previstos no art. 142 do CTN e nos arts. 10 e 11 do Decreto nº 70.235/1972 constitui vício de forma, causando, portanto, a nulidade do lançamento que pode e deve ser decretada de ofício pela autoridade administrativa competente. (destaque não original)

O erro na apuração do valor da base de cálculo do imposto não implicou cerceamento de defesa do contribuinte e, conseqüentemente, pode ser retificada mediante novo lançamento. Assim, configura vício formal e não material.

45. Como se infere do voto vencedor da decisão recorrida, foi identificado um equívoco na metodologia de cálculo da base tributável relacionada ao PIS e à COFINS (infração 4 do TVF), pois a fiscalização havia utilizado o somatório diário de receitas e despesas em operações de SWAP e NDF, enquanto o entendimento correto, acolhido pelo Relator com base na diligência realizada e no artigo 110 da Lei nº 11.196, de 2005, era que a apuração deveria ser mensal, pela diferença de curvas. Diante desse erro de cálculo, o Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto votou pelo cancelamento da autuação fiscal referente ao PIS e à COFINS. Embora o voto não classifique explicitamente o erro como formal ou material, a decisão de cancelar a autuação, ao invés de

determinar a sua correção, sugere que o vício foi considerado significativo no contexto específico da tributação de instituições financeiras em operações de derivativos.

46. Por outro lado, o paradigma 9303-013.134 aborda a natureza de um erro na apuração da base de cálculo de um tributo de forma mais geral. O voto condutor do Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas estabelece que um erro na apuração do valor da base de cálculo do imposto configura um vício formal, e não material. Consequentemente, tal vício não implica necessariamente a nulidade insanável do lançamento, mas sim a possibilidade de retificação mediante um novo lançamento, nos termos dos artigos 145 e 149 do Código Tributário Nacional (CTN). O acórdão paradigma fundamenta que erros de cálculo não cerceiam o direito de defesa do contribuinte e podem ser corrigidos pela administração fiscal.

47. Ao comparar os dois acórdãos em relação à matéria em questão, embora ambos tratem de erros no cálculo da base de cálculo tributária, verifica-se que o debate desenvolvido no paradigma sobre a natureza formal ou material do vício e a sua consequente possibilidade de retificação à luz do CTN não se repetiu no Acórdão recorrido, em que a mera constatação do erro de cálculo levou à conclusão pelo cancelamento da autuação, sem qualquer consideração sobre a natureza do vício.

48. Para que fosse possível estabelecer uma divergência jurisprudencial entre as decisões cotejadas, seria imprescindível que o colegiado *a quo* também tivesse se manifestado expressamente acerca da natureza do vício (formal ou material) do erro de cálculo identificado nos autos de infração relativos ao PIS e à COFINS.

49. O instituto do prequestionamento é essencial para a admissibilidade do Recurso Especial por divergência jurisprudencial. Ele exige que a matéria objeto da alegada divergência tenha sido efetivamente debatida e decidida pelo colegiado recorrido, sob a ótica que se pretende contrapor com o acórdão paradigma.

50. Considerando que a natureza formal ou material do erro de cálculo na apuração do PIS e da COFINS não foi objeto de pronunciamento específico no Acórdão nº 1201-006.254, da mesma forma que foi no acórdão paradigma, conclui-se que a matéria não se encontra devidamente prequestionada, impedindo o trânsito do apelo nesta matéria.

CONCLUSÃO

51. Ante o exposto, não conheço do Recurso Especial.

Assinado Digitalmente

Jandir José Dalle Lucca

VOTO VENCEDOR

Conselheiro **Luis Henrique Marotti Toselli**, redator designado

Conforme relatado, fui designado para expor as razões que levaram a maioria do Colegiado a acompanhar o voto do I. Relator pelo não conhecimento apenas pelas suas conclusões.

Em juízo prévio, foram admitidas duas matérias para rediscussão nessa Instância Especial: (i) a “*qualificação das operações de hedge em face do modo de gerenciamento de riscos*”, com base no paradigma nº 3201-002.227; e (iii) a “*ausência de nulidade por erro no cálculo de apuração da base de cálculo do PIS/Cofins*”, com base no paradigma nº 9303-013.134.

De acordo com o voto condutor proferido pelo I. Relator, o recurso especial fazendário já não deveria ser conhecido por *deficiência* ou *falta de dialeticidade processual*, o que lhe tornaria *inepto*.

Ato contínuo, o I. Relator, quanto à “primeira matéria” - *qualificação das operações de hedge em face do modo de gerenciamento de riscos* -, bem evidenciou a dessemelhança fática entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado (**Acórdão nº 3201-002.227**), dessemelhança fática esta que prejudica o conhecimento recursal ante a não caracterização da necessária divergência jurisprudencial.

E no tocante à “terceira matéria” - *ausência de nulidade por erro no cálculo de apuração da base de cálculo do PIS/Cofins* -, o I. Relator destaca que esta análise restaria prejudicada por consequência, acrescentando a falta de seu prequestionamento nas razões para não a conhecer.

Nesse contexto, cabe registrar que a maioria dos Julgadores não vislumbrou vícios processuais no Apelo, de modo que o fundamento acerca da inépcia recursal *restou afastado*, sendo os demais acompanhados à unanimidade de votos.

Embora tal recurso possa parecer um tanto quanto *genérico*, fato é que as controvérsias (matérias) que a Recorrente buscou rediscutir encontram-se definidas, sendo que para cada uma delas houve indicação expressa de paradigmas. Daí a necessidade de afastar a alegada *ineficiência recursal*, devendo o recurso não ser conhecido exclusivamente pelas demais razões apontadas.

Essas as razões, contudo, para acompanhar o voto do I. Relator por suas conclusões.

Assinado Digitalmente

Luis Henrique Marotti Toselli