



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16327.721141/2020-79
ACÓRDÃO	3302-014.857 – 3ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	28 de novembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	BANCO FIBRA S/A
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/2015 a 31/12/2015

BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DEDUÇÃO DE PERDAS EM OPERAÇÕES DE HEDGE. POSSIBILIDADE.

Operações de hedge econômico (macro hedge ou hedge global) são realizadas de forma distinta do hedge tradicional, conhecido como hedge contábil. Tais operações de hedge global não tem correlação específica para cada ativo financeiro que vincule as operações ativas e determinadas operações passivas, tendo em vista serem realizadas de forma global no balanço, por meio do saldo líquido. O § 6º do art. 3º da Lei nº 9.718/78, autoriza a dedução de perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operação de hedge.

LEGISLAÇÃO DO IRPJ/CSLL. APLICABILIDADE NA APURAÇÃO DE OUTROS TRIBUTOS. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DO DIREITO.

Conforme o Princípio da Unicidade do Direito, suas disciplinas, os “campos do Direito”, não são unidades estanques, separadas; pelo contrário, formam um conjunto único de normas que visa a regular as relações da sociedade, sendo sua divisão em áreas de conhecimento muito mais por fins didáticos. Nesse contexto, não há como isolar a legislação do IRPJ/CSLL da legislação dos demais tributos, sob pena de se criar um sistema tributário com normas conflitantes.

Se na legislação do PIS/Cofins há necessidade de que haja uma regra sobre determinado procedimento de apuração de um fato, e na legislação do IRPJ já existe tal regra, ela deve ser utilizada, exceto se a legislação das contribuições já possuir uma previsão específica.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Mário Sérgio Martinez Piccini, Lázaro Antônio Souza Soares, Sílvio José Braz Sidrim e José Renato Pereira de Deus, em relação à possibilidade de aplicação da legislação do IRPJ em processos relacionados ao PIS e à Cofins. Designado para redigir o voto vencedor em relação às conclusões o Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares. Manifestou a intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares. Entretanto, dentro do prazo regimental, o Conselheiro declinou da intenção de apresentá-la, que deve ser considerada como não formulada.

Assinado Digitalmente

Francisca das Chagas Lemos – Relatora

Assinado Digitalmente

Lázaro Antônio Souza Soares – Presidente e Redator do voto vencedor

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Mário Sérgio Martinez Piccini, Marina Righi Rodrigues Lara, Sílvio José Braz Sidrim, Francisca das Chagas Lemos, José Renato Pereira de Deus e Lázaro Antônio Souza Soares (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 24.08.2020 contra o Recorrente, por infrações apuradas de Contribuição para o PIS/Pasep (R\$ 9.475.621,53) e COFINS (R\$67.787.139,31), decorrentes de exclusões indevidas do faturamento da instituição financeira, ocorrido entre 08/2015 e 12/2015.

Consoante Termo de Verificação Fiscal (fls. 818-833), a auditoria constatou que a fiscalizada excluiu indevidamente **Despesas em Operações com Derivativos que não podem ser consideradas como realizadas com o intuito de Hedge**. Em tabela demonstrativa explícita que a maior parte dos valores auferidos como receita bruta é retirada da base de cálculo do PIS/Pasep e da COFINS, a título de “Deduções ou Exclusões de Caráter Específico”.

Em relação a apuração mensal das bases de cálculo das Contribuições, constatou-se que as deduções mais expressivas foram originadas na conta **Consif 8.1.5.50.00-5 – Despesas em Operações com Derivativos**. Na mencionada conta devem ser lançadas as despesas com

instrumentos financeiros derivativos, de acordo com a modalidade, inclusive os ajustes negativos ao valor de mercado (Manual COSIF do Banco Central).

Ao ser inquirida a esclarecer se a totalidade dos valores registrados na conta Consif 8.1.5.50.00-5 e deduzidos das bases de cálculo mensais do PIS/Pasep e da COFINS está relacionada a perdas com instrumentos financeiros utilizados com a finalidade de Hedge, o Recorrente respondeu que os valores registrados na referida conta Cosif não está, em sua totalidade, **relacionado a perdas com instrumentos financeiros utilizados com a finalidade de Hedge** (fls. 820).

Para o Recorrente, por operação de Hedge Econômico são consideradas as operações realizadas com o objetivo de obter proteção contra o risco de variações de taxas de juros, de paridade entre moedas e do preço de mercadorias. Tanto **as operações de Hedge Contábil como as de Hedge Econômico (financeiros)** são realizadas com o intuito de proteção total ou parcial, em relação a resultados advindos de movimentos variáveis de mercado.

Foi efetuada intimação ao Recorrente para identificar operações ativas e passivas, vinculando-as para fins de hedge, tendo se manifestado conforme segue (fl. 821):

- a) Os resultados obtidos com as operações de Hedge Contábil e com as de Hedge Econômico (financeiros) são oferecidos à tributação do PIS/Pasep e COFINS, observando a exceção com relação aos valores provenientes de ajustes de marcação a mercado;
- b) Operação de Hedge Contábil (Circular nº 3.082 do BCB) possuem identificação das operações ativas e respectivas operações passivas;
- c) Operações de Hedge Econômico (financeiros) são realizadas com o principal objetivo de eliminar a volatilidade do balanço e da exposição da instituição a oscilações de mercado, atrelados a taxas de juros ou indexadores. Tais operações não tem correlação específica para cada ativo financeiro que vincule as operações ativas e determinadas operações passivas, tendo em vista serem realizadas de forma global no balanço;

A Fiscalização constatou que a maior parte da exclusão das bases de cálculo das contribuições, tratar-se de Hedge Econômico: tudo aquilo que não foi realizado com a finalidade de hedge nos termos da Circular Bacen n.º 3.082, de 2002. Todas as despesas originadas em operações com derivativos estariam relacionadas ou com a estratégia de **Hedge nos termos da norma Bacen, ou de Hedge Econômico**.

Nas informações prestadas pelo Recorrente, na planilha “Hedge Contábil” percebe-se o bom casamento das posições ativas e passivas, em relação a datas e valores, o mesmo fato não pode se afirmar sobre as operações na planilha “Hedge Econômico”, para as quais foram identificadas divergências ente a posição ativa e a posição passiva (fls. 826).

Intimada a comprovar os requisitos adicionais definidos na IN RFB n.º 1.515, de 2014, e controles que mostrem os valores de exposição ao risco relativo aos bens, direitos, obrigações, controles que comprovem a existência de correlação, na data da contratação da operação, entre as variações de preço do instrumento de hedge, o Recorrente descreveu o processo de gerenciamento desse risco e a **metodologia utilizada na apuração global do risco**, estrutura de gerenciamento de riscos imposto pelo órgão regulador, atualmente por meio da Resolução n.º 4.557, de 23/02/2017. (fl. 828)

No entanto, na perspectiva da Fiscalização, para se concluir que determinada operação tenha sido realizada com o intuito de Hedge, a **IN RFB n.º 1.515, de 2014, art. 52, é clara ao exigir a correlação, na data da operação, entre as variações de preço do instrumento de hedge e o retorno esperado para o objeto de hedge.**

A Fiscalização descreveu a legislação exigida pelo Banco Central do Brasil (BACEN) para registros das operações, que classificam as operações com instrumentos financeiros derivativo destinados à hedge, devem ser classificadas como hedge de risco de mercado, ou hedge de fluxo de caixa, fazendo extensa classificação de tais conceitos e seus reflexos nos resultados. **Constatou que no âmbito do órgão regulador não existe norma/pronunciamento sobre o tema “Hedge Global”, exceto uma abordagem no diagnóstico da convergência às normas internacionais.**

A abordagem frisa que a operação com derivativo deve ser designada, apontada, demonstrada como eficaz para compensar no todo ou em parte riscos de variações em direitos ou obrigações da entidade, e ainda que haja mais de um instrumento ou objeto de hedge, *deve haver correlação entre eles para que se permita algum juízo de valor sobre a coerência e efetividade do suposto hedge*. Portanto, condizente com as regras para fins tributários, constantes na IN RFB nº 1.515, de 2014. Assim reportou a fiscalização (fls. 830-831):

Depreende-se claramente da lei que não foi intenção do legislador possibilitar a exclusão de todas as despesas em operações com derivativos pois, obviamente, a base de cálculo das contribuições é o faturamento da entidade, não o seu resultado líquido. Há uma série de dificuldades para se acatar a tese da fiscalizada já que, alegando ser hedge, o contribuinte poderia jogar na base de cálculo receitas e despesas equivalentes, não importando as operações e, com isso, somente não excluir aquilo que ultrapassasse a receita. (...)

Neste caso, ainda que haja perdas redundantes com a operação de hedge, se houver identificação com a atividade operacional da empresa, visar a proteção de ativos e passivos próprios, se restar comprovada a necessidade, a adequação e a correlação entre objeto e instrumento, haveria robustas evidências para provar a intenção da operação. Assim, não é suficiente apenas se analisar a questão pelo ângulo do resultado. Hedge de fato não é um contrato, ou um título, mas uma estratégia, uma finalidade. O que pede a legislação é que haja prova da intenção de hedge, por meio da correlação entre objeto e instrumento.

Conclui o seu relato com o entendimento do CARF, que em matéria tributária, deve haver identificação objetiva dos efeitos dos negócios jurídicos, a fim de que se possa avaliar sua repercussão também de forma objetiva na tipificação dos tributos. Assim, a **linha adotada é no sentido de que operações supostamente visando *Hedge Global, Macro Hedge ou Hedge Econômico*, como chamado pela fiscalizada, não podem ser consideradas como sendo destinadas a hedge para fins tributários. (fl. 831).**

Em relação as operações efetuadas pelo Recorrente com a agência no exterior, no período fiscalizado, com a suposta finalidade de Hedge Econômico, feitas no mercado de balcão, na Lei n.º 11.196, de 2014, art. 110, § 4º, existe vedação expressa para o reconhecimento de despesas ou de perdas apuradas em operações realizadas em mercados fora de bolsa no exterior.

Com tais premissas, a fiscalização calculou a base de cálculo das contribuições do período fiscalizado, inserindo valores à base de tributação, de operações cuja vedação legal é impeditiva de tratar como exclusão.

Em sua **Impugnação acostadas às fls. 857-903**, o Recorrente apresentou a perspectiva **do § 6º do art. 3º da Lei nº 9.718/78**, que autorizariam a dedução de perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operação de hedge. Alegou que a fiscalização tomou de empréstimo a legislação sobre o imposto de renda.

Alegou que o hedge não é um instituto jurídico, mas econômico e contábil, e que a legislação brasileira não traz o conceito, as modalidades, eventuais limitações quanto a estas modalidades, nem a forma de comprovação do hedge para efeitos tributários quanto ao PIS e à COFINS, devendo prevalecer nesta matéria os postulados da economia e da contabilidade, constantes da literatura técnica para a adequada caracterização do hedge.

Alegou que a Fiscalização ao mesmo tempo em que admite que basta provar a intenção de proteção para que a operação seja considerada hedge, restringe o meio de prova à demonstração de correlação direta entre objeto e instrumento, invocando o art. 52 da IN SRF nº 1.515, de 2014, **critério juridicamente inaplicável ao caso por se tratar de norma específica de Imposto de Renda** e, faticamente, inadequado para provar o hedge econômico por se tratar de critério de prova adequado para o hedge contábil, sendo ainda duvidoso que este dispositivo regulamentar autorize a restrição pretendida pela Fiscalização.

Argumentou que há violação aos princípios da legalidade, da moralidade e da hierarquia das normas jurídicas, e, de outro, o direito à ampla defesa. O auto de infração deve ser anulado pelos seguintes motivos:

- a) NULIDADES DOS AUTOS DE INFRAÇÃO POR VÍCIO NA FUNDAMENTAÇÃO;
- b) NULIDADE PARCIAL DOS LANÇAMENTOS POR INCLUSÃO DE VALORES INDEVIDOS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS;
- c) - INCLUSÃO INDEVIDA DE VALORES NA BASE DE CÁLCULO;
- d) NO MÉRITO: O DIREITO A EXCLUSÃO DAS PERDAS COM OPERAÇÕES DE HEDGE DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E À COFINS;
- e) - CONCEITO ECONÔMICO E CONTÁBIL DE HEDGE;

- f) – DO DIRETO DE PROVA POR TODOS OS MEIOS EM DIREITO ADMITIDOS;
- g) DA EFETIVA PROVA DA INTENÇÃO DE PROTEÇÃO, DA ELIMINAÇÃO DOS RISCOS E DA INEXISTÊNCIA DE ESPECULAÇÃO;
- h) DAS OPERAÇÕES COM AGÊNCIA NO EXTERIOR - ILHAS CAYMAN - NO MERCADO DE BALCÃO.

A 6ª Turma DRJ08 proferiu Acórdão nº 108-009.911, em 18.02.2021, por unanimidade de votos considerando a impugnação improcedente (fls. 1192-1225).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Período de apuração: 01/08/2015 a 31/12/2015 CITAÇÃO DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS E DOUTRINA. No julgamento de primeira instância, a autoridade administrativa observará apenas a legislação de regência, assim como o entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB) expresso em atos normativos de observância obrigatória, não estando vinculada às decisões administrativas ou teses doutrinárias.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. Somente será considerado nulo o ato administrativo praticado por agente incompetente. (Art. 59, I, do Decreto nº 70.235/1972) JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO. O julgador da esfera administrativa deve observar as normas legais e regulamentares, assim como os demais atos vinculantes.

IMPUGNAÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS. No processo administrativo fiscal, a impugnação deve ser instruída com os documentos em que se fundamentar e que comprovem as alegações da defesa. Devem ser indeferidos os pedidos de perícia e diligência, quando prescindíveis ao caso.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS Período de apuração: 01/08/2015 a 31/12/2015 BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DEDUÇÃO DE PERDAS EM OPERAÇÕES DE HEDGE. A contribuinte deve comprovar que as operações com derivativos tiveram finalidade de hedge, para fins de dedução da base de cálculo da COFINS. Não havendo comprovação, é indevida a exclusão de eventuais perdas decorrentes destas operações na apuração da base de cálculo.

OPERAÇÕES. AGÊNCIA NO EXTERIOR Para efeitos de determinação da base de cálculo da COFINS pelas instituições financeiras e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, há vedação legal para o reconhecimento de despesas ou de perdas apuradas em operações realizadas em mercados de liquidação futura fora de bolsa no exterior.

INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO E RECOLHIMENTO. Constatada a falta de declaração e de recolhimento de débitos pelo sujeito passivo, deve ser formalizado o crédito tributário pelo lançamento.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP Período de apuração: 01/08/2015 a 31/12/2015 BASE DE CÁLCULO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DEDUÇÃO DE PERDAS EM OPERAÇÕES DE HEDGE.

A contribuinte deve comprovar que as operações com derivativos tiveram finalidade de hedge, para fins de dedução da base de cálculo da contribuição para o PIS. Não havendo comprovação, é indevida a exclusão de eventuais perdas decorrentes destas operações na apuração da base de cálculo.

OPERAÇÕES. AGÊNCIA NO EXTERIOR Para efeitos de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS pelas instituições financeiras e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, há vedação legal para o reconhecimento de despesas ou de perdas apuradas em operações realizadas em mercados de liquidação futura fora de bolsa no exterior.

INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO E RECOLHIMENTO. Constatada a falta de declaração e de recolhimento de débitos pelo sujeito passivo, deve ser formalizado o crédito tributário pelo lançamento. Impugnação Improcedente. Crédito Tributário Mantido.

O Recorrente tomou ciência da decisão em 23.02.2021 e protocolou **Recurso Voluntário em 24.03.2021**, oportunidade em que alegou os pontos que seguem:

I - DOS EQUÍVOCOS COMETIDOS PELA FISCALIZAÇÃO NA DETERMINAÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO DO PIS E COFINS LANÇADOS;

I.1 - DA TRIBUTAÇÃO EM DUPLICIDADE DE VALORES LANÇADOS A CRÉDITO EM CONTA DE DESPESA, JÁ CORRETAMENTE CONSIDERADOS PELO RECORRENTE NA APURAÇÃO DO PIS E DA COFINS, DOS MESES DE OUTUBRO DE NOVEMBRO DE 2015. Alegou que existem valores em duplicidade nas planilhas demonstrativas elaboradas pela Fiscalização, que se equivocou quanto aos critérios das contas contábeis;

I.2 - DA INDEVIDA INCLUSÃO DE VALORES NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS DE VALORES RELATIVOS À CONTA 81550110020006.

Alegou que os valores de R\$ 5.777,43 e R\$ 18.117,99, referentes aos meses de agosto e setembro de 2015, foram tributados indevidamente, demonstrados em resumos dos lançamentos contábeis, valores que correspondem ao movimento dos meses de agosto e setembro da conta contábil 4711010020003, tendo sido os mesmos lançados na conta contábil 81550110020006, que compôs o resultado tributável do Recorrente.

I.3 - DOS RESULTADOS DAS OPERAÇÕES DDI FUTURO E DI1 FUTURO.

O Recorrente alegou que os valores destacados nas linhas 4, 5 e 6 do Quadro 1 da planilha 1 - Análise do Auto (arquivo não paginável – doc. 03), relativos aos meses de agosto a dezembro de 2015, foram tributados indevidamente. A decisão da DR A 6ª Turma DRJ08 manteve o lançamento, ao argumento de que “apenas com os quadros apresentados não é possível comprovar eventual erro dos valores lançados referentes a estas contas”, sendo que em seu entender faltariam “elementos para saber o tipo de operação, que tipo de contrato se trata, e seu enquadramento em alguma das hipóteses da IN SRF nº 633/2006”.

II – MÉRITO

II.1 - O DIREITO A EXCLUSÃO DAS PERDAS COM OPERAÇÕES DE HEDGE DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E À COFINS.

O Recorrente alegou que a legislação que trata das operações de Hedge é distinta para IRPJ/CSL daquela para o PIS/Pasep e a COFINS. Ou seja, ao disciplinar a incidência das contribuições sociais, o legislador tributário optou por não adotar critério semelhante àquele previsto na legislação do Imposto de Renda, que delega ao Poder Executivo a competência para definir requisitos adicionais para a caracterização das operações de hedge. Incabível a invocação pela fiscalização de condições e limites previstos na legislação do Imposto de Renda – artigo 77, V, par. 1º, a e b e par. 2º e 3º da Lei nº 8.981/95 e artigos 50, 51, 52 e 53 da IN RFB nº 1.515/2014, porque aplicáveis apenas no âmbito daquele imposto já que não constam na legislação do PIS e da COFINS. Da mesma forma, a Circular BACEN nº 3.082/2002 é específica para definir critérios para registro e avaliação contábil de instrumentos financeiros derivativo.

II.2 - CONCEITO ECONÔMICO DE HEDGE.

Argumentou o Recorrente que “hedge” não é um conceito jurídico, mas sim econômico, de modo que esse vocábulo deve ser compreendido segundo o significado que lhe é conferido pela Economia, nos termos do artigo 11, inciso I, alínea “a”, da Lei Complementar nº 95/98. Não havendo na legislação brasileira qualquer menção ao conceito e às modalidades de hedge, nem eventuais limitações quanto a estas modalidades, nem a forma de comprovação do hedge para efeitos tributários quanto ao PIS e a COFINS, devem prevalecer nesta matéria os postulados da economia e da contabilidade constantes da literatura técnica para a adequada caracterização do hedge.

II.3 - DA EFETIVA PROVA DA INTENÇÃO DE PROTEÇÃO, DA ELIMINAÇÃO DOS RISCOS E DA INEXISTÊNCIA DE ESPECULAÇÃO.

O Recorrente alegou que a Fiscalização rejeitou de forma sumária a prova produzida, pelo simples fato de entendê-la em desacordo com a IN SRF nº 1.515/2014, sem sequer adentrar o mérito da finalidade de tais operações.

II.4 - DA JURISPRUDÊNCIA DO CARF.

Elencou diversos precedentes do CARF favorável à sua tese, ou seja, a plena aplicabilidade da legislação tributária ao hedge econômico.

III - DAS OPERAÇÕES COM AGÊNCIA NO EXTERIOR (ILHAS CAYMAN) NO MERCADO DE BALCÃO.

Quanto as operações realizadas no mercado de balcão, afirma o Recorrente que a legislação autoriza a dedução das perdas apuradas em operações dessa natureza se ela “tiver sido registrada em sistema que disponha de critérios para aferir se os preços, na abertura ou no encerramento da posição, são consistentes com os

preços de mercado”, portanto, tais operações devem ser integralmente excluídas dos autos de infração em causa, sob pena de violação ao referido dispositivo legal.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheira Francisca das Chagas Lemos, Relatora.

I - ADMISSIBILIDADE

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, por isso dele tomo conhecimento.

II – PRELIMINARES

I - DOS EQUÍVOCOS COMETIDOS PELA FISCALIZAÇÃO NA DETERMINAÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO DO PIS E COFINS LANÇADOS

- a) DA TRIBUTAÇÃO EM DUPLICIDADE DE VALORES LANÇADOS A CRÉDITO EM CONTA DE DESPESA, JÁ CORRETAMENTE CONSIDERADOS PELO RECORRENTE NA APURAÇÃO DO PIS E DA COFINS, DOS MESES DE OUTUBRO DE NOVEMBRO DE 2015.

O Recorrente alegou os valores creditados nas Contas 81550110020006, 81550110030001 e 81550901100005 haviam sido incluídos nas bases de cálculo daquelas contribuições e devidamente tributados, referentes aos meses de outubro e novembro/2015, adicionados às Bases de Cálculo do PIS e da COFINS.

Transcreve demonstrativo às fls. 1243-1244, de valores lançados a crédito nas contas 81550110020006 – Swap – Não Ligadas, 81550110030001 – Swap – Agências no Exterior e 81550901100005 – *Non Deliverable Forward* – NDF, que reduziram o montante das deduções consideradas, ou seja, aqueles valores foram adicionados na determinação da base de cálculo do PIS/COFINS dos meses de outubro e novembro.

A motivação da glosa foi explicitada pela Fiscalização da seguinte forma (Acórdão fls. 1222):

Neste caso, ainda que haja perdas redundantes com a operação de hedge, se houver identificação com a atividade operacional da empresa, visar a proteção de ativos e passivos próprios, se restar comprovada a necessidade, a adequação e a correlação entre objeto e instrumento, haveria robustas evidências para provar a

intenção da operação. **Assim, não é suficiente apenas se analisar a questão pelo ângulo do resultado. (Grifei)**

Penso que o argumento do Recorrente merece a análise requerida.

Como foi descrito, o Recorrente tem como objeto social “a prática de operações ativas, passivas e acessórias, e a prestação de serviços permitidos aos bancos múltiplos e inerentes às respectivas carteiras autorizadas (comercial, investimento e de crédito, financiamento e investimento, inclusive câmbio e administração de carteiras de títulos e valores mobiliários), de acordo com as disposições legais e regulares em vigor”.

Veja-se que como instituição financeira submete-se a Lei nº 4.595, 31.12.1964, em especial no tocante a observância das regras contábeis estabelecidas.

Art. 31. As instituições financeiras levantarão balanços gerais a 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano, obrigatoriamente, com observância das regras contábeis estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

O Banco Central do Brasil estabeleceu e consolidou critérios para registro e avaliação contábil, o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif), em que uniformizou os procedimentos de registro e elaboração de demonstrações financeiras, a ponto de traçar o elenco de contas, contas integrantes do plano contábil e respectivas funções.

Além disso, agregou as normas editadas por outros organismos (CPC, IBRACON etc.) recepcionadas para aplicação às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central. O Plano Contábil (COSIF) funciona a partir da agregação de Pronunciamentos Contábeis Técnicos aprovados pelo Comitê de Pronunciamento Contábeis (CPC) com Resoluções emitidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN e Banco Central do Brasil – BCB.

Todo o breve histórico, é apenas para refletir que os valores lançados em contas específicas da contabilidade do Recorrente, explicado em detalhes em seu Recurso, encontram fundamentos em regras contábeis para as quais se submete por força de lei.

Os lançamentos em específico, ao reduzirem o montante das deduções consideradas restaram por ser adicionados na base de cálculo do PIS/COFINS dos meses de outubro e novembro, não está diretamente vinculado a questão central que ora se discute, mas, ao que me parece, trata-se apenas de lançamentos que interferem no montante glosado, à medida que já foram adicionados à base de cálculo (pelo efeito dos lançamentos contábeis) e, se novamente considerados, representará duplicidade no montante.

A meu juízo, a justificativa da fiscalização de que *não é suficiente apenas se analisar a questão pelo ângulo do resultado*, acaba por inserir o tópico na matéria de mérito, o que não me parece correto, por ser apenas questão de ajustes do valor considerado como base de cálculo.

No entanto, é preciso examinar se no caso concreto o vício prejudica a ampla defesa como um todo, ou seja, se é caso de nulidade absoluta ou nulidade relativa. A nulidade por

vícios processuais carece de um fim em si mesma, isto é, não tem existência autônoma. Confirmando esta posição, o art. 60 do Decreto nº 70.235/72 prevê a necessidade de prova de prejuízo no caso de vícios que não alcancem formalidades essenciais.

Na mesma linha, dispõe o Decreto nº 7.574/2011:

Art. 13. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no art. 12 não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 60).

O CARF tem um direcionamento neste sentido:

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Rejeitada a preliminar de nulidade da Notificação de Lançamento, **uma vez não caracterizado o cerceamento de defesa**, na não indicação do nome da autoridade lançadora, posto que os dados nela constantes possibilitaram ao contribuinte produzir sua ampla defesa. REJEITADA A PRELIMINAR DE NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO. (Terceiro Conselho de Contribuintes, 3ª Câmara, proc. 13805.010781/96-98; decisão 303-30825, 02.07.2003).

Com razão o Recorrente no sentido de que há existência de erro no demonstrativo de débito, contudo, não se trata de caso de nulidade, pois não há evidente prejuízo à ampla defesa.

Assim, não conheço da preliminar.

b) DA INDEVIDA INCLUSÃO DE VALORES NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS DE VALORES RELATIVOS À CONTA 81550110020006

O Recorrente alegou que os valores de R\$ 5.777,43 e R\$ 18.117,99, referentes aos meses de agosto e setembro de 2015, foram tributados indevidamente, demonstrados em resumos dos lançamentos contábeis, valores que correspondem ao movimento dos meses de agosto e setembro da conta contábil 4711010020003, tendo sido os mesmos lançados na conta contábil 81550110020006, que compôs o resultado tributável do Recorrente.

Neste ponto, a DRJ esclareceu que o próprio Recorrente informou que tais valores são referentes a operações de hedge nos termos da circular Bacen nº 3.082 e, portanto, não estão relacionados com os valores lançados nos autos.

Assim, não estando relacionados tais valores na glosa, sem razão o Recorrente.

c) DOS RESULTADOS DAS OPERAÇÕES DDI FUTURO E DI1 FUTURO

O Recorrente alegou que os valores destacados nas linhas 4, 5 e 6 do Quadro 1 da planilha 1 - Análise do Auto (arquivo não paginável – doc. 03), relativos aos meses de agosto a dezembro de 2015, foram tributados indevidamente.

A decisão da 6ª Turma DRJ08 manteve o lançamento, ao argumento de que apenas com os quadros apresentados não é possível comprovar eventual erro dos valores lançados referentes a estas contas, sendo que em seu entender faltariam elementos para saber o tipo de operação, que tipo de contrato se trata, e seu enquadramento em alguma das hipóteses da IN SRF nº 633/2006, além de que sem a documentação comprobatória, também não é possível verificar se os valores apresentados nos quadros estão corretos.

Aqui me parece que a análise do mérito irá definir os aspectos relacionados ao tipo de operação, ao correto enquadramento dos valores no lançamento fiscal.

Portanto, não conheço da preliminar pois reservo a matéria para o debate do mérito.

III – MÉRITO

I) O DIREITO A EXCLUSÃO DAS PERDAS COM OPERAÇÕES DE HEDGE DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E À COFINS

O Recorrente alegou que a legislação que trata das operações de Hedge é distinta para IRPJ/CSL daquela para o PIS/Pasep e a COFINS.

Como consequência, não havendo na Lei nº 9.718/98 **qualquer limitação quanto à modalidade de hedge para as quais se permite a dedução das despesas incorridas**, e, reconhecida a existência do chamado hedge global no âmbito do mercado internacional e a inexistência de vedação no âmbito nacional, não há como prevalecer a glosa efetuada pela fiscalização.

Vejamos a legislação citada.

1. Da legislação aplicável às Contribuições ao PIS/Pasep e COFINS

O Recorrente alegou que as normas que disciplinam as Contribuições do PIS/Pasep e COFINS, relativamente as exclusões e deduções de suas bases de cálculo, de perdas com ativos financeiros e mercadorias em operações de hedge, não adotaram critério semelhante ao previsto para o Imposto de Renda. Neste, a lei delegou ao Poder Executivo a competência para definir os requisitos adicionais para caracterizar tais operações.

A legislação aplicável a operações destinadas a hedge é distinta para IRPJ/CSLL em comparação àquela utilizada para PIS/PASEP e COFINS, senão vejamos:

IRPJ/CSLLLei n. 8.981/95:

"Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos:

(...)

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

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

- a) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica;
- b) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

§ 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."

Como se vê, tratando especificamente com relação à tributação das operações financeiras pelo IRPJ, o art. 77, § 2º, da Lei nº 8.981/95 autorizou ao Poder Executivo a autoridade para *"determinar requisitos adicionais para a definição das operações mencionadas no parágrafo anterior, bem como para estabelecer procedimentos para o registro e a apuração dos ajustes diários relacionados a essas operações."*

Sendo assim, com base na competência que lhe foi outorgada por aquele dispositivo legal, o Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil baixou a IN RFB nº 1.515/14, disciplinando, dentre outras matérias, o tratamento das operações destinadas à hedge perante o Imposto de Renda, vide:

IN RFB nº 1.515/14

"Art. 51. Consideram-se operações realizadas para fins de hedge as operações com derivativos 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;
- II - Destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica. (...)

Art. 52. Sem prejuízo do disposto no art. 51, as operações com instrumentos financeiros derivativos destinadas a hedge devem atender, cumulativamente, às seguintes condições:

- I - Ter comprovada a necessidade do hedge por meio de controles que mostrem os valores de exposição ao risco relativo aos bens, direitos, obrigações e outros

itens objeto de hedge, destacados o processo de gerenciamento de risco e a metodologia utilizada na apuração desses valores;

II - Ter demonstrada a adequação do hedge por meio de controles que comprovem a existência de correlação, na data da contratação da operação, entre as variações de preço do instrumento de hedge e os retornos esperados pelos bens, direitos, obrigações e outros itens objeto de hedge.

Parágrafo único. No caso de não atendimento, a qualquer tempo, das exigências previstas no Art. 51 ou a falta de comprovação da efetividade do hedge, a operação será tributada na forma prevista no art. 49 e a compensação de perdas na apuração do imposto sobre a renda fica limitada aos ganhos auferidos em outras operações de renda variável conforme disposto no inciso II caput do Art. 50."

Mas não é o caso da legislação para o PIS/Pasep e COFIS, para a qual não foi estabelecida o mesmo regramento. No lançamento em que resultou o Auto de Infração ora analisado, foi utilizada as regras existentes para o Imposto de Renda, conforme descrito na decisão da DRJ.

PIS/COFINS

Lei nº 9.718/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/01:

"Art. 3º O faturamento a que se refere o Art. 2º compreende a receita bruta de que trata o Art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

(...)

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

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

(...)

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

(...)"

A Circular Bacen nº 3.082/2002 não define o conceito de hedge, mas apenas estabelece critérios para a contabilização das operações de hedge que regulamenta, sem esgotar a definição do seu conceito em si.

No caso e, levando em consideração a Decisão exarada pela DRJ08, temos que a regra utilizada para o enquadramento da autuação foi a mesma utilizada para o Imposto de Renda, conforme descrito na Decisão da DRJ08: Lei nº 8.981, de 20.01.1995, Art. 77, V, § 1º, 2º e 3º; Instrução Normativa RFB nº 1.515/2014.

A decisão da DRJ08 fundamentou a utilização da legislação nos seguintes termos:

30. Esta legislação questionada pela defesa, citada pela fiscalização, tratou de condições para que as operações se caracterizem como hedge, e da autorização legal para que o Poder Executivo pudesse definir requisitos adicionais, além daqueles previstos na lei, para a caracterização das operações de hedge.

31. Neste passo, a IN RFB nº 1.515/2014 dispôs sobre as Operações Realizadas para Fins de Hedge, definindo quais operações consideram-se operações realizadas para fins de hedge e estabelecendo condições para tanto, nos termos dos artigos 51 e 52, citados abaixo (...)

33. Embora a defesa questione a utilização desta norma pela fiscalização, observa-se que a mesma serviu apenas para estabelecer as condições para que uma operação se caracterize como hedge.

34. A base de cálculo, alíquotas, exclusões e deduções permitidas estão corretamente extraídas da legislação que trata das contribuições ao PIS e à COFINS, descrita anteriormente.

35. A autoridade fiscal também citou a Circular Bacen nº 3.082/2002, na qual encontram-se reguladas as operações com instrumentos financeiros derivativos realizadas pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Com efeito, entendo que assiste razão ao Recorrente quando afirma que a referida Circular Bacen nº 3.082/2002 não tem o propósito de definir, conceituar ou mesmo limitar aquilo que se entende por operação de hedge.

A norma em questão, conforme denota-se de sua ementa, tem por objetivo estabelecer e consolidar "critérios para registro e avaliação contábil de instrumentos financeiros derivativos".

Circular Bacen nº 3.082/2002

*"Art. 1º Estabelecer que as operações com instrumentos financeiros derivativos realizadas por conta própria pelas instituições financeiras, demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e administradoras de consórcios **devem ser registradas observados os seguintes procedimentos: (...)**"*

Além disso, normas infralegais não têm o condão de restringir ou condicionar algo que a lei já não tenha previsto; assim, uma vez confirmada a realização de uma operação de hedge, as despesas geradas podem ser deduzidas, independentemente de quaisquer requisitos adicionais estabelecidos por normas infralegais.

Conforme previsão do Art. 3º, §6º, I, 'e' da Lei nº 9.718/98, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, já comentada, as instituições financeiras poderão deduzir, na determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS, as "perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge".

A norma legal não conceitua o que vem a ser a chamada operação de hedge, ou, ainda, não limita quais operações de hedge (concluindo pela existência de mais de uma modalidade) serão admitidas como geradoras de despesas passíveis de dedução na apuração do PIS e da COFINS.

Assim, consoante a literalidade da referida norma, toda e qualquer perda com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge, quando realizadas por instituição financeira, será passível de dedução.

Observa-se que os termos utilizados pela DRJ, no sentido de que a legislação do IRPJ foi utilizada apenas para "estabelecer as condições para que uma operação se caracteriza como hedge", e que a base de cálculo, alíquota e exclusões permitidas constam da legislação própria do PIS/Pasep e COFINS, com a devida vênia, carece de fundamento, pois a legislação específica, Lei nº 9.718/1998, *não especificou como determinar as perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge*; método adotado pela Fiscalização a partir dos normativos relacionados ao IRPJ/CSLL.

Veja-se decisão do CARF 1302-005.263, por unanimidade de votos, que as limitações impostas à apuração do IRPJ não se estendem à CSL, somente se aplicando as normas quando há previsão legal expressa.

Ementa: ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) Ano-calendário: 2004, 2005 MERCADO DE LIQUIDAÇÃO FUTURA. TRIBUTAÇÃO. REGIME JURÍDICO. CSLL. Somente se aplicam à CSLL as normas vigentes para o IRPJ quando há previsão legal expressa, pois são tributos com bases de cálculo distintas. OPERAÇÃO DE SWAP. LIMITAÇÕES IMPOSTAS À APURAÇÃO DO IRPJ QUE NÃO SE ESTENDEM À CSLL. As Instruções Normativas relativas à CSLL permitiam o reconhecimento da perda nas operações de swap, sem as limitações impostas ao IRPJ no que diz com a exigência de que as perdas fossem tomadas por despesas necessárias à atividade empresarial para fins de dedutibilidade (Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção, Relatora FABIANA OKCHSTEIN KELBERT, 07.04.2021).

Em sua defesa, o Recorrente acostou julgado 1401-002.352, da Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF, de 10.04.2018, Relator LUIZ RODRIGO DE OLIVEIRA BARBOSA, que tratou da inaplicação do limite de perdas.

Ementa: Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2009 NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ENFRENTAMENTO RASO DOS DOCUMENTOS E LAUDOS ACOSTADOS PELA DEFESA. O cerceamento do direito de defesa não pode

ser invocado somente por falta de enfrentamento de algum ponto trazido no recurso, se a linha de convicção do julgador já se formou com base nos demais elementos e documentos anexados ao processo e desde que a citada falta de enfrentamento não interfira na conclusão a que se chegou. Pedido que se afasta. PEDIDO DE DILIGÊNCIA. CONVICÇÃO DO JULGADOR. Se os elementos acostados ao processo são suficientes para que o julgador forme sua convicção, forçoso afastar pedido de diligência. Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2009 INSTRUMENTOS FINANCEIROS COBERTOS POR MEIO DE HEDGE. INAPLICAÇÃO DE LIMITE DE DEDUÇÃO DE PERDA. Se há comprovação de que a contratação de instrumentos financeiros derivativos com cobertura cambial por meio de hedge teve o propósito de neutralizar os efeitos decorrentes da variação cambial a que estavam sujeitas as operações da empresa, correto é o entendimento de que a regra específica do art. 76, §4º da Lei 8.981/1995 (base legal do inciso X do art. 249 do RIR/1999) não se aplica a estes casos, cabendo a dedução integral de eventual perda incorrida na operação. Lançamento que se afasta. Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Ano-calendário: 2009 CSLL. FALTA DE PREVISÃO LEGAL PARA ADIÇÃO À SUA BASE DE CÁLCULO DE PERDAS EM OPERAÇÃO DE HEDGE. Nem todos os ajustes impostos ao IRPJ aplicam-se indistintamente à CSLL. No caso concreto, não há previsão legal de adição à base da CSLL do valor de perdas em cobertura cambial que foram descaracterizadas com tal pela fiscalização, pois referida regra legal somente é aplicável ao IRPJ, sendo inclusive reconhecida pela própria RFB por meio de Solução de Consulta (SC COSIT 198/2014). Lançamento que se afasta.

Do voto do Relator Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa (fls. 5031), cuja conclusão foi dar provimento ao Recurso Voluntário e negar provimento ao Recurso de Ofício, colhe-se:

42. Com o advento da Lei nº 8.981/95, no § 1º do artigo 77, transcrito anteriormente, foi instituído um conceito normativo de hedge, considerando como tais (de cobertura) 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.

43. Extrai-se desta norma que outros objetivos das operações de renda variável, não se enquadram na definição legal como de cobertura, lembrando que a **atividade fiscal é vinculada e obrigatória, nos termos do parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional.**

De fato, o princípio da legalidade é tratado no artigo 97 do CTN:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3o do art. 52, e do seu sujeito passivo;

(...) (Grifei)

Também o artigo 142 do CTN, trata da constituição do crédito tributário:

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. (Grifei)

São quatro os atributos do lançamento, na doutrina de Regina Helena Costa: Presunção de legalidade ou de legitimidade, e de veracidade; tipicidade; imperatividade e autoexecutoriedade. Veja-se a importância da tipicidade e da natureza plenamente vinculada:

“Assim também a tipicidade, mediante a qual os atos administrativos devem corresponder a figuras previamente definidas em lei como aptas a produzir determinados resultados, de modo que, para cada finalidade a ser alcançada pela Administração, existe um ato correspondente definido em lei. (...)”

Resulta o lançamento de atividade administrativa de natureza vinculada como expressamente aponta o parágrafo único do art. 142 do CTN, e também o art. 3º, do CTN, em cuja cláusula final, quando, ao definir o conceito de tributos, declara que este é cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada. **Ato administrativo vinculado, numa definição singela, é aquele que resulta de atividade administrativa assim qualificada, isto é, cujo regramento legal é total, completo, exauriente. Todos os elementos do ato (sujeito, objeto, forma, motivos e finalidade) são disciplinados integralmente pela lei, não deixando margem à apreciação de oportunidade e conveniência para a sua edição, critérios próprios da discricionariedade administrativa.** (COSTA, Regina Helena. Código Tributário Nacional e sua moldura Constitucional. 4ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 343-344) (Grifei)

O Recorrente afirma, com razão, que o cerne da discussão é a impossibilidade de a fiscalização pretender justificar o lançamento de PIS/COFINS com base em disposições regulamentares relativas ao IRPJ, impondo condições previstas na legislação desse imposto, que não estão previstas na lei relativas àquelas contribuições sociais.

Da leitura do artigo 52 da IN RFB nº 1.515, de 2014, diz o Recorrente, não se extrai, como pretende a fiscalização, que tal norma estaria introduzindo no conceito de hedge para efeitos tributários requisitos e condições, pois o que exige esse dispositivo é que seja demonstrada a necessidade e adequação de hedge, que o foi efetivamente demonstrado pelo Recorrente.

Após exposição doutrinária sobre o conceito de o hedge econômico, também conhecido como macro hedge ou hedge global, o Recorrente afirma que a operação representa uma estratégia que visa proteger a “exposição líquida de carteiras ativas e passivas” da pessoa jurídica, sendo prática reconhecida no âmbito internacional, tendo sido inclusive regulamentada pela IAS 39.

Como consequência, não havendo na Lei nº 9.718/98 qualquer limitação quanto à modalidade de hedge para as quais se permite a dedução das despesas incorridas, e, reconhecida a existência do chamado hedge global no âmbito do mercado internacional e a inexistência de vedação no âmbito nacional, não há como prevalecer a glosa efetuada pela fiscalização.

Contudo, para se concluir que determinada operação tenha sido realizada com o intuito de hedge, a IN RFB n.º 1.515, de 2014, é clara ao exigir a correlação, na data da operação, entre as variações de preço do instrumento de hedge e o retorno esperado para o objeto de hedge. Ambos os incisos previstos no artigo 52 da referida IN devem ser atendidos. Ou seja, a fiscalização rejeitou de forma sumária a prova produzida pelo Recorrente pelo simples fato de entendê-la em desacordo com a IN SRF n' 1.515/2014, sem sequer adentar o mérito da finalidade de tais operações.

II. DA EFETIVA PROVA DA INTENÇÃO DE PROTEÇÃO, DA ELIMINAÇÃO DOS RISCOS E DA INEXISTÊNCIA DE ESPECULAÇÃO

O Recorrente demonstrou, no processo fiscalizatório, o hedge econômico é feito a partir de suas exposições líquidas totais, relacionadas aos riscos de exposição cambial, taxa de juros em Reais, taxa de juros para instrumentos indexados à inflação, taxa de juros em moeda estrangeira e commodities.

Assim, consoante a literalidade da referida norma, toda e qualquer perda com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge, quando realizadas por instituição financeira, será passível de dedução.

CONCEITO ECONÔMICO DE HEDGE

Embora reconheça que não há questionamento nos autos deste acerca da "licitude das estratégias de controle e gerenciamento de riscos utilizados pela Contribuinte", a Decisão DRJ08 alega que as operações realizadas pelo Recorrente "não se encontram previstas nem pela Circular Bacen nº 3.082/2002, nem por qualquer outra norma de direito interno, não podendo, portanto, ser enquadradas como hedge, para fins de dedução da base de cálculo das Contribuições em tela, nos termos do artigo 3º, §6º, inciso I, alínea 'e' da Lei nº 9.718/1998.

Assevera o Recorrente que hedge não é um conceito jurídico, mas sim econômico, de modo que esse vocábulo deve ser compreendido segundo o significado que lhe é conferido

pela Economia, nos termos do artigo 11, inciso I, alínea “a”, da Lei Complementar nº 95/98, “*verbis*”:

"Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - Para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando. (...);

No caso concreto, o Recorrente destacou que a própria fiscalização reconhece que "o hedge não é um contrato, ou um título, mas uma estratégia, uma finalidade, o que pede a legislação é que haja prova da intenção de hedge, por meio da correlação entre objeto e instrumento", conforme depreende-se da leitura das fls. 831.

No "Glossário Completo" disponibilizado pelo Banco Central do Brasil (<http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=1670&idioma=P&idpai=GLOSSARIO>) encontram-se as seguintes definições:

Hedge

Operações realizadas com o objetivo de obter proteção contra o risco de variações de taxas de juros, de paridade entre moedas e do preço de mercadorias. A regulamentação sobre operações de proteção (hedge) negociadas no exterior pode ser consultada no Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais.

Acostou, ainda, o estudo "Aspectos do hedge accounting não implementados no Brasil", publicado pela RAUSP Revista de Administração publicada pelo Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (R. Adm., São Paulo, v. 42, n.4, p. 511523, out./nov./dez. 2007), que define hedge:

"3. HEDGE

3.1. Conceito e características

Conceitua-se hedge como uma estratégia defensiva que busca evitar o risco provocado pela variação de preços e taxas em determinadas posições assumidas ou futuras, mediante a compensação entre os resultados produzidos pelos itens objetos e os instrumentos financeiros utilizados na proteção. Faz-se importante observar que, ao evitar a perda, o hedge também anula a possibilidade de ganho, sendo seu objetivo econômico a transferência dos riscos inerentes às operações para outro agente com posição oposta.

Quanto às características, as operações de hedge diferenciam-se das demais operações realizadas com títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos. A distinção está na obrigatoriedade do reconhecimento simultâneo da receita e da despesa geradas em ativos e passivos protegidos e nos

instrumentos financeiros derivativos designados para a proteção. Esse mecanismo consiste na aplicação do princípio da confrontação da receita com a despesa, no qual o conceito norteador do registro contábil reside na premissa de atribuir o mesmo critério ao item protegido e ao instrumento de hedge, ou seja, os dois dançam de forma sincronizada, com ganhos e perdas em resultado ou em patrimônio líquido, procurando anular-se mutuamente.

Com vistas a limitar as operações que podem ser reconhecidas, mensuradas e contabilizadas como hedge, o IAS 39 (IASB, 2001) classifica o hedge, para fins contábeis, como a destinação de um derivativo para compensar, total ou parcialmente, eventuais mudanças no valor justo ou nos fluxos futuros de caixa do item objeto de hedge. (...)"

Nesse mesmo trabalho, o hedge global, macro hedge ou hedge econômico é assim definido:

"4. EVOLUÇÃO DO HEDGE ACCOUNTING

Em função dos fatos apresentados e da constante evolução nos mercados financeiros, a normalização do hedge accounting, em nível internacional, tem sido aprimorada para ampliar sua aplicabilidade pelas entidades que utilizam derivativos em suas operações de hedge. Entre tais aprimoramentos, destaca-se o macro hedge.

4.1. Macro hedge

Com a publicação do Amendment ao IAS 39, em março de 2004, tratando do Fair Value Accounting for a Portfolio Hedge of Interest Rate Risk, o IASB **reconheceu o procedimento denominado como macro hedge, ou seja, o hedge de taxa de juros para uma exposição líquida de carteiras ativas e passivas.**

Esse novo tipo de hedge de exposições líquidas de carteiras ativas e passivas tem sido demandado há bastante tempo pelo mercado financeiro internacional, haja vista que o gerenciamento de riscos em instituições financeiras ocorre de forma global e não por operação individual. O risco em instituições financeiras deve ser avaliado de forma conjunta, compreendendo toda a carteira de ativos e passivos e os descasamentos tratados com base na exposição líquida.

(...)

O IAS 39 (IASB, 2001), por sua vez, passou a permitir a utilização dos mesmos critérios aplicados ao hedge de valor justo ou ao hedge de taxa de juros de uma carteira, correspondendo o item protegido ao montante dos ativos e passivos designados, em substituição à designação de um ativo ou passivo específico. Com isso, o macro hedge buscou justamente proteger o montante líquido no lugar de um item específico, sendo necessário, entretanto, designar os ativos e passivos que o compõem.

O ganho ou a perda atribuída ao item protegido será reconhecido em uma rubrica específica dentro do ativo ou do passivo, respectivamente.

(...)

Assim, tem-se que, no âmbito internacional, a operação de macrohedge é considerada uma modalidade nova de hedge. E, por imposição do mercado, que cada vez mais passou a se valer de tal sistemática, foi incorporada às Normas Internacionais de Contabilidade, especificamente a IAS 39.

(...)

3. Normas aplicáveis às instituições financeiras

De maneira geral, as normas emanadas do Banco Central aplicáveis as operações de hedge accounting se encontram alinhadas às normas internacionais, mesmo porque tais normas foram baseadas no Financial Accounting Statement (FAS) 133 do FASB e na própria norma internacional.

(...)

4. Diagnóstico

Do exposto, pode-se concluir que existem algumas divergências entre as normas brasileiras aplicáveis às instituições financeiras e o IAS 39 no que tange ao hedge accounting. No entanto, tais diferenças não são avaliadas como críticas. Para que ocorra a **harmonização, é necessária, em linhas gerais, a realização dos seguintes ajustes na regulamentação local: a utilização da expressão 'valor justo', em substituição a 'valor de mercado', a definição da categoria de hedge para investimentos líquidos no exterior, o macro hedge e a adequação do tratamento dado aos derivativos utilizados em operações de hedge de títulos mantidos até o vencimento."**

Conforme depreende-se da leitura, temos que o hedge econômico, também conhecido como macro hedge ou hedge global, representa uma estratégia que visa proteger a **"exposição líquida de carteiras ativas e passivas"** da pessoa jurídica, sendo prática reconhecida no âmbito internacional, tendo sido inclusive regulamentada pela IAS 39.

Assim, com base na doutrina especializada, nas normas contábeis internacionais e na orientação do Banco Central do Brasil, pode-se confirmar que tanto no mercado nacional quanto no internacional existe a modalidade de hedge global, como o praticado pelo Contribuinte, desta feita, considerando que a Lei nº 9.718/98 não impõe restrições sobre o tipo de hedge para o qual se permite a dedução das despesas, e que o hedge global é reconhecido no mercado internacional, não vejo justificativa para a glosa imposta pela Fiscalização.

Nesse contexto, as operações realizadas são classificadas em sua contabilidade como hedge econômico, visam justamente à redução dos riscos inerentes às oscilações do câmbio, das taxas de juros e dos preços das commodities. Contudo, a fiscalização rejeitou de forma sumária a prova produzida pelo Recorrente pelo fato de entendê-la em desacordo com a IN SRF nº 1.515/2014, sem sequer adentar o mérito da finalidade de tais operações.

A Fiscalização, por entender não haver uma correlação específica entre operações ativas e passivas nas operações denominadas hedge econômico", decidiu que tais operações não podem ser caracterizadas como sendo destinadas a hedge.

A partir de exemplos e demonstrativos coletados da contabilidade, o Recorrente apresentou a adequação do *hedge econômico*, em que as respectivas operações financeiras foram indubitavelmente realizadas com o intuito de proteger. Por sua vez, a DRJ insistia em requerer a comprovação dos valores registrados na conta Cosif 8.1.5.50.00-5, identificar operações ativas e passivas, vinculando-as para fins de hedge, na perspectiva da IN 1.515/2014.

Considerada pela Fiscalização que tais operações não são caracterizadas como sendo destinadas a hedge, não permitiu a dedução das perdas na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em sua defesa, o Recorrente acostou decisão do CARF, Acórdão nº 1201- 003.609, 10.03.2020:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2009 AUTO DE INFRAÇÃO. ACÓRDÃO DRJ. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos dos artigos 10 e 59, ambos do Decreto nº 70.235/72. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INAPLICABILIDADE. A produção de prova pericial é cabível quando o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado e esteja fora do campo de atuação das autoridades fiscais e julgadoras. In casu, a análise de documentos fiscais e contábeis faz parte do âmbito de atuação do julgador administrativo. ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2009 PERDAS. **APLICAÇÕES FINANCEIRAS. HEDGE. São plenamente dedutíveis na determinação do lucro real as perdas verificadas pela pessoa jurídica em aplicações financeiras em bolsa e em swap quando tais aplicações tiverem como finalidade o hedge.** GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. PERDAS COM DERIVATIVOS. **Quando se prova que a operação no mercado de derivativos se relaciona à proteção dos direitos e obrigações da contribuinte, fica caracterizado o propósito de cobertura de risco (hedge) da operação.** Nesse caso, para fins de dedutibilidade na determinação do lucro real, impõe-se o reconhecimento das perdas apuradas em operações com derivativos.

No mesmo processo, houve o destaque da declaração de voto do Conselheiro Allan Marcel Warwar Teixeira:

“Portanto, antes de a presente controvérsia tratar sobre como aceitar por provadas as alegações da Recorrente, há uma questão subjacente e prejudicial a ser enfrentada que consiste em elucidar até aonde se aceitam como proteção as contratações de instrumentos cambiais no caso de empresas exportadoras.

Para esta questão, vislumbro a princípio 3 respostas a priori possíveis: (i) apenas para proteger direitos sujeitos à variação cambial já existentes no momento de contratação do hedge, isto é, vendas a prazo em dólar; (ii) além disso, também para cobrir as despesas e os custos entre o momento de suas incidências e o

recebimento das respectivas receitas e (iii) para garantir toda a receita bruta de exportações de modo a proteger o resultado em reais.

Quer-me parecer que as empresas, nestes casos, fazem jus a PROTEGER TODO O SEU RESULTADO contra oscilações cambiais, conforme descrição (iii) supra, e não apenas o valor dos seus recebíveis (i) ou, ainda, não apenas a recuperação de seu custo (ii). Até por conta da própria redação do art. 77 da Lei 8.981/95:

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):

(...)

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.

Como se observa acima, duas são as hipóteses em que se admite a contratação de instrumentos cambiais com finalidades protetivas. O lançamento tem por base a alínea “b”, mas PARECE IGNORAR A TAMBÉM HIPÓTESE PREVISTA NA ALÍNEA “A”, ISTO É, A EMPRESA VIR A CONTRATAR HEDGE RELACIONADO ÀS SUAS ATIVIDADES OPERACIONAIS COMO UM TODO.

Ou seja, a previsão legal vai além de reconhecer apenas a proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica (ativos e passivos, prevista em “b”), mas TAMBÉM CONTEMPLA A CONTRATAÇÃO QUE ESTIVER RELACIONADA COM AS ATIVIDADES OPERACIONAIS DA PESSOA JURÍDICA, NUM COMANDO ASSAZ GENÉRICO. No caso de uma empresa eminentemente exportadora, quer-me parecer que COBRIR TODA A PARTE DO SEU RESULTADO EXPOSTO À VARIAÇÃO CAMBIAL ESTÁ LEGALMENTE RELACIONADO COM A SUA ATIVIDADE OPERACIONAL, nos termos do dispositivo supra.

O Recorrente transcreveu outros julgados do CARF favoráveis à sua tese:

- (i) Acórdão 1301-004.08, 17.09.2019, proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF: “LUCRO REAL. PERDAS. HEDGE. DESCARACTERIZAÇÃO. CRITÉRIO JURÍDICO INSUBSISTENTE. EXIGÊNCIA CANCELADA. Uma vez comprada a efetividade das operações, e constatado que o critério utilizado pela autoridade fiscal para descaracterizar a finalidade de hedge em contratos derivativos, cancela-se a exigência correspondente; ...
- (ii) Acórdão 1401-002.352, proferido em 05.06.2018 – 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção: “INSTRUMENTOS FINANCEIROS COBERTOS POR MEIO DE HEDGE.

INAPLICAÇÃO DE LIMITE DE DEDUÇÃO DE PERDA. Se há comprovação de que a contratação de instrumentos financeiros derivativos com cobertura cambial por meio de hedge teve o propósito de neutralizar os efeitos decorrentes da variação cambial a que estavam sujeitas as operações da empresa, correto é o entendimento de que a regra específica do art. 76, §4º da Lei 8.981/1995 (base legal do inciso X do art. 249 do RIR/1999) não se aplica a estes casos, cabendo a dedução integral de eventual perda incorrida na operação. Lançamento que se afasta”.

- (iii) Acórdão n' 1301-002.915, proferido em 09.04.2018, 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF: “APLICAÇÃO FINANCEIRA “SWAP” PARA FINS DE HEDGE. DEDUÇÃO DE PERDAS. Os lançamentos fiscais aqui controvertidos partem da premissa errônea de que as perdas em operações de Swap para Hedge teriam finalidade especulativa, o que não se comprovou. Assim, dedutíveis todas as perdas e não somente até o limite dos ganhos, fato que também não é só aplicável às instituições financeiras, nos termos do inciso V do art. 77 da Lei n. 8.981/95, e art. 35, § 2º, da Instrução Normativa SRF nº 25/2001 razão pela qual é absolutamente insustentável o lançamento em destaque.”

Pelo exposto, cabe razão ao Recorrente.

2. Das operações com agência no exterior (Ilhas Cayman) no mercado de balcão

A decisão da DRJ foi no sentido de não acatar os argumentos da defesa, pois para efeitos de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS pelas instituições financeiras, há vedação legal para o reconhecimento de despesas ou de perdas apuradas em operações realizadas em mercados de liquidação futura fora de bolsa no exterior.

No entanto, o Recorrente afirma que o seu direito está garantido pelo art. 110 da Lei 11.196/2005, desconsiderada pela Fiscalização:

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:

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;

Assim, o Recorrente tendo comprovado que as operações de swap estavam registradas na Central de Custódia e Liquidação de Títulos Privados (CETIP) (doc. 05 da impugnação), que atuava como câmara de registro, depósito, negociação e liquidação de títulos e valores mobiliários, estando cumpridas as exigências do referido dispositivo legal, está garantida a dedutibilidade das perdas da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, independentemente de serem ou não operações realizadas com finalidade de hedge.

Analisadas as situações postas, estou convencida que cabe razão ao Recorrente, seja pela carência de fundamentação específica para a cobrança, por desconsiderar a operação como hedge e não permitir a dedução permitida em lei, seja por não considerar disposição expressa do art. 110 da Lei 11.196/2005, que garante o direito em relação as operações realizadas em mercados de liquidação futura fora de bolsa no exterior.

Cabível a decisão proferida pela Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Segunda Seção; 18.01.2012: decisão: 2302-001.562, a qual adoto como razão para decidir.

EMENTA: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS Data do fato gerador: 13/12/2007 CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PENALIDADE PECUNIÁRIA. ART. 173, INCISO I, DO CTN.

(...)

VÍCIO FORMAL. NATUREZA DA INVALIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. O lançamento é forma, sendo o ato de aplicação material da norma de incidência. Apesar de ser forma, exteriorização, reflete o conteúdo da norma de incidência tributária, o fato gerador. A falha na exteriorização do lançamento é um vício formal, por seu turno, **o erro quanto ao conteúdo irá traduzir um vício material**. Não se pode confundir falta de motivo com a falta de motivação. A falta de motivo do ato administrativo vinculado causa a sua nulidade. Motivação é a exposição de motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. A motivação diz respeito às formalidades do ato. **O motivo, por seu turno, antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. São os pressupostos de fato e de direito da prática do ato. Logo, se há falha na motivação, o vício é formal, se houver falha no pressuposto de fato ou de direito, o vício é material.** Como exemplo nas contribuições previdenciárias: se houve lançamento enquadrando o segurado como empregado, mas com as provas contidas nos autos é possível afirmar que se trata de contribuinte individual, há falha nos pressupostos de fato e de direito. Agora, se houve lançamento como empregado, mas o relatório fiscal falhou na caracterização; **entendo que haveria falha na motivação; devendo o lançamento**

ser anulado por vício formal. (Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Segunda Seção; 18.01.2012, proc.10283.000761/2008-51; Número da decisão: 2302-001.562; Relator Marco André Ramos Vieira). (Grifei).

Voto em dar provimento a este ponto.

VI - DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Francisca das Chagas Lemos

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Lázaro Antônio Souza Soares, redator designado.

Com as vênias de estilo, em que pese o voto muito bem fundamentado da Conselheira Relatora Francisca das Chagas Lemos, ousa dela discordar quanto à possibilidade de aplicar a legislação do IRPJ em processos que tratam de PIS/Cofins. Explico.

Inicialmente, vejamos o teor da decisão da ilustre relatora:

O Recorrente alegou que as normas que disciplinam as Contribuições do PIS/Pasep e COFINS, relativamente as exclusões e deduções de suas bases de cálculo, de perdas com ativos financeiros e mercadorias em operações de hedge, não adotaram critério semelhante ao previsto para o Imposto de Renda. Neste, a lei delegou ao Poder Executivo a competência para definir os requisitos adicionais para caracterizar tais operações.

A legislação aplicável a operações destinadas a hedge é distinta para IRPJ/CSLL em comparação àquela utilizada para PIS/PASEP e COFINS, senão vejamos:

(...)

Como se vê, tratando especificamente com relação à tributação das operações financeiras pelo IRPJ, o art. 77, § 2º, da Lei nº 8.981/95 autorizou ao Poder Executivo a autoridade para "*determinar requisitos adicionais para a definição das operações mencionadas no parágrafo anterior, bem como para estabelecer procedimentos para o registro e a apuração dos ajustes diários relacionados a essas operações.*"

(...)

Mas não é o caso da legislação para o PIS/Pasep e COFIS, para a qual não foi estabelecida o mesmo regramento. No lançamento em que resultou o Auto de

Infração ora analisado, foi utilizada as regras existentes para o Imposto de Renda, conforme descrito na decisão da DRJ.

(...)

No caso e, levando em consideração a Decisão exarada pela DRJ08, temos que a regra utilizada para o enquadramento da autuação foi a mesma utilizada para o Imposto de Renda, conforme descrito na Decisão da DRJ08: Lei nº 8.981, de 20.01.1995, Art. 77, V, § 1º, 2º e 3º; Instrução Normativa RFB nº 1.515/2014.

(...)

Observa-se que os termos utilizados pela DRJ, no sentido de que a legislação do IRPJ foi utilizada apenas para “*estabelecer as condições para que uma operação se caracteriza como hedge*”, e que a base de cálculo, alíquota e exclusões permitidas constam da legislação própria do PIS/Pasep e COFINS, com a devida vênia, carece de fundamento, **pois a legislação específica, Lei nº 9.718/1998, não especificou como determinar as perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; método adotado pela Fiscalização a partir dos normativos relacionados ao IRPJ/CSLL.**

Ocorre, entretanto, que não existe essa separação pretendida pelo recorrente e aceita pela relatora. Conforme o Princípio da Unicidade do Direito, suas disciplinas, os “campos do Direito”, não são unidades estanques, separadas; pelo contrário, formam um conjunto único de normas que visa a regular as relações da sociedade, sendo sua divisão em áreas de conhecimento muito mais por fins didáticos.

Na verdade, predomina da doutrina moderna o Princípio da Interdisciplinariedade do Direito, que deve interagir não apenas entre suas próprias disciplinas, mas também com outros ramos do conhecimento, como a Engenharia, a Sociologia, a Medicina. Muitas regras e conhecimentos destas e de outras disciplinas são necessários para que o Direito possa cumprir sua missão de regular as relações humanas.

Nesse contexto, muito pior seria imaginar o isolamento do Direito Tributário. Como seria possível, por exemplo, aplicar uma multa qualificada de 100%, tendo em vista que sua premissa é a existência do dolo na conduta do sujeito passivo, e que esse conceito se encontra no Direito Penal?

O que o contribuinte alega, com a concordância da relatora, é ainda mais acentuado: dentro do próprio Direito Tributário, uma norma prevista na legislação do IRPJ seria inaplicável a tributos distintos, como no caso do PIS/Cofins. A consequência imediata que se vislumbra é a possibilidade de existir um conceito na legislação do IRPJ e outro completamente distinto no PIS/Cofins.

Imagine-se, ainda no campo dos exemplos, que “receita bruta” tivesse um conceito na legislação do IRPJ, e não fosse possível sua utilização para apuração do PIS/Cofins, que poderia ter um outro conceito. Nessa situação, como seriam registrados os fatos contábeis, como

poderiam os contribuintes apresentar sua escrituração contábil? Haveria uma escrituração, como livros próprios, para o IRPJ, e outra escrituração para o PIS/Cofins, cada uma refletindo seu próprio conceito de receita bruta? Não me parece lógico esse sistema.

Evidentemente, existem critérios para solucionar o problema do inevitável conflito de normas, dentre os quais o Princípio da Especialidade. Ora, se na legislação do PIS/Cofins há necessidade de que haja uma regra sobre determinado procedimento de apuração de um fato, e na legislação do IRPJ já existe tal regra, ela deve ser utilizada, exceto se a legislação das contribuições já possuir uma previsão específica.

No presente caso concreto, a própria relatora afirma que *“a legislação específica, Lei nº 9.718/1998, **não especificou como determinar as perdas** com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; método adotado pela Fiscalização a partir dos normativos relacionados ao IRPJ/CSLL”*. Observe-se que, sendo necessário determinar as perdas em referência, e não havendo previsão na Lei nº 9.718/1998, deve ser utilizada a regra já existente na legislação do IRPJ para esse mesmo objetivo.

Contudo, apesar de correto o entendimento da Autoridade Tributária de exigir o cumprimento das obrigações previstas nos arts. 51 e 52 da IN RFB nº 1.515/14, o procedimento fiscal se mostrou equivocado ao fundamentar a autuação na aparente ausência de correlação entre os itens objeto de hedge e os correspondentes instrumentos de hedge, apesar da concordância da decisão da DRJ.

Vejamos o fundamento apresentado pela DRJ em seu acórdão para manter a autuação:

47. Assim, extrai-se destas normas que uma operação com instrumentos financeiros derivativos com a finalidade de hedge deve estar, necessariamente, relacionada ao ativo ou passivo que se quer proteger. É necessário, portanto, que a interessada comprove a correlação, na data da contratação, entre as operações destinadas a hedge e os respectivos itens objetos de hedge.

48. Isto posto, na busca pela verdade material, a contribuinte foi intimada por diversas vezes no curso do procedimento fiscal a prestar esclarecimentos sobre os valores registrados na conta Cosif 8.1.5.50.00-5 e deduzidos das bases de cálculo mensais do PIS e da COFINS, a fim de identificar operações ativas e passivas, vinculando-as para fins de hedge. Cumpre transcrever novamente alguns trechos do Termo de Verificação Fiscal:

2.1 O Hedge Econômico

Na planilha entregue pela fiscalizada (arquivo não paginável – Bases de Cálculo 2015, fl. 450), onde foi demonstrada a apuração mensal das bases de cálculo das referidas contribuições, constatou-se que as deduções mais expressivas foram originadas na conta Cosif 8.1.5.50.00-5 – Despesas em Operações com Derivativos. (...)

(...)

A fiscalizada foi intimada reiteradas vezes a identificar operações ativas e passivas, vinculando-as para fins de hedge, conforme constatado no Termo de 13/04/2020 (fl. 606), até que, finalmente, respondeu (fl. 627):

(...)

Da planilha com o título Hedge Contábil (Resposta à Intimação de 22/04/2020, fl. 632), verifica-se que há claramente correlação entre o item objeto de hedge e o instrumento de hedge, em termos de valor dos resultados das operações e das respectivas datas de vencimentos.

Por outro lado, na planilha com o nome Hedge Econômico, verifica-se que as operações estão descasadas, não é possível associar uma posição ativa a uma passiva, de forma individualizada ou em grupo (fl. 632).

(...)

Em vista da tabela acima, a fiscalizada foi intimada a comprovar os requisitos adicionais definidos na IN RFB n.º 1.515, de 2014, conforme autorização concedida pelo parágrafo 2º, artigo 77, da Lei n.º 8.981, de 1995 (...)

Como resposta, narrou como efetua o gerenciamento de risco de suas operações, em síntese (fl. 745):

(...)

Depreende-se da exposição feita pela fiscalizada que, de uma maneira macro, atua no controle de exposição ao risco, tendo descrito o processo de gerenciamento desse risco e a metodologia utilizada na apuração global do risco.

Contudo, para se concluir que determinada operação tenha sido realizada com o intuito de hedge, a IN RFB n.º 1.515, de 2014, é clara ao exigir a correlação, na data da operação, entre as variações de preço do instrumento de hedge e o retorno esperado para o objeto de hedge. Ambos os incisos previstos no artigo 52 da referida IN devem ser atendidos.

49. Pelo transcrito acima verifica-se que, no presente caso, a própria impugnante afirma que as operações questionadas pela fiscalização não observaram os critérios estabelecidos na Circular Bacen nº 3.082/2002, não havendo uma correlação específica entre operações ativas e passivas nas operações denominadas hedge econômico.

50. Logo, tais operações não podem ser caracterizadas como sendo destinadas a hedge, não sendo permitida a dedução das perdas na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

51. Defende a impugnante que, embora a modalidade de hedge mais conhecida seja aquela em que há uma vinculação direta entre o hedge e o objeto da proteção, denominada hedge contábil, por necessidade dos mercados financeiros surgiu a modalidade de hedge global, macro hedge ou hedge econômico, e afirma que a modalidade de hedge econômico é reconhecida Banco Central do Brasil e

regulamentada pela IAS 39. Acrescenta que, tratando-se de uma estratégia de proteção contra riscos, eventual deficiência regulatória não inviabilizaria a prática de tais negócios jurídicos no Brasil, porque não há qualquer vedação legal ou regulatória à adoção do hedge global pelas instituições financeiras que operam no país.

52. Note-se que não se discute, no presente processo, a licitude das estratégias de controle e gerenciamento de riscos utilizadas pela contribuinte. O que se analisa é a caracterização das operações como hedge, para fins de efetuar a dedução das perdas incorridas em tais operações no cálculo do PIS e da COFINS.

53. As operações em discussão não se encontram previstas nem pela Circular Bacen nº 3.082/2002, nem por qualquer outra norma de direito interno, não podendo, portanto, ser enquadradas como hedge, para fins de dedução da base de cálculo das contribuições em tela, nos termos do artigo 3º, § 6º, inciso I, alínea 'e' da Lei nº 9.718/1998.

54. Quanto ao citado IAS 39 (Diagnóstico da Convergência às Normas Internacionais IAS 39), refere-se a normas internacionais de contabilidade relativas a instrumentos financeiros e, portanto, não traz a regulamentação alegada.

Vejamos o que constou do Recurso Voluntário:

II.2 - CONCEITO ECONÔMICO DE HEDGE

Embora reconheça que não há questionamento nos autos deste processo administrativo acerca da "licitude das estratégias de controle e gerenciamento de riscos utilizados" pelo Recorrente, a r. decisão recorrida alega que as operações realizadas pelo Recorrente "não se encontram previstas nem pela Circular Bacen nº 3.082/2002, nem por qualquer outra norma de direito interno, não podendo, portanto, ser enquadradas como hedge, para fins de dedução da base de cálculo das contribuições em tela, nos termos do artigo 3º, §6º, inciso I, alínea 'e' da Lei nº 9.718/1998" (fl. 1215 – destaques do Recorrente).

Contudo, olvidaram-se os Srs. Julgadores da DRJ08 que hedge não é um conceito jurídico, mas sim econômico, de modo que esse vocábulo deve ser compreendido segundo o significado que lhe é conferido pela Economia, nos termos do artigo 11, inciso I, alínea "a", da Lei Complementar nº 95/98, "verbis":

"Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; (...)" (destaques do Recorrente)

Assim, parece claro que, não sendo hedge um instituto jurídico, uma vez que o seu conceito não advém da legislação, mas da prática comercial e econômico, e

não havendo na legislação brasileira qualquer menção ao conceito e às modalidades de hedge, nem eventuais limitações quanto a estas modalidades, nem a forma de comprovação do hedge para efeitos tributários quanto ao PIS e à COFINS, devem prevalecer nesta matéria os postulados da economia e da contabilidade constantes da literatura técnica para a adequada caracterização do hedge.

Se assim é, são albergadas pela legislação do PIS e da COFINS toda e qualquer modalidade de hedge que numa tradução literal do vocábulo inglês significa salvaguarda, proteção. Desse modo, as operações de hedge são estruturadas com vistas a essa proteção, seja do valor de ativos, seja do preço de mercadorias, seja do valor de dívidas, seja do valor de uma posição ativa e/ou passiva.

No caso concreto, a própria fiscalização reconhece que “o hedge não é um contrato, ou um título, mas uma estratégia, uma finalidade. O que pede a legislação é que haja prova da intenção de hedge, por meio da correlação entre objeto e instrumento” (fl. 831 – destaques do Recorrente)

No “Glossário Completo”, disponibilizado pelo Banco Central do Brasil (<http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=1670&idioma=P&idpai=GLOSSARIO>), encontra-se a seguinte definição:

“Hedge

Operações realizadas com o objetivo de obter proteção contra o risco de variações de taxas de juros, de paridade entre moedas e do preço de mercadorias.” (destaques do Recorrente)

Embora a modalidade de hedge mais conhecida seja aquela em que há uma vinculação direta entre o hedge e o objeto da proteção denominada hedge contábil, por necessidade dos mercados financeiros surgiu a modalidade de hedge global, macro hedge ou hedge econômico, regularmente praticada no mercado internacional e também no mercado interno.

No trabalho “Aspectos do hedge accounting não implementados no Brasil”, publicado pela RAUSP Revista de Administração publicada pelo Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (R. Adm., São Paulo, v. 42, n.4, p. 511523, out./nov./dez. 2007), hedge é assim definido:

“3. HEDGE

3.1. Conceito e características

Conceitua-se hedge como uma estratégia defensiva que busca evitar o risco provocado pela variação de preços e taxas em determinadas posições assumidas ou futuras, mediante a compensação entre os resultados produzidos pelos itens objetos e os instrumentos financeiros utilizados na proteção. Faz-se importante observar que, ao evitar a perda, o hedge também anula a possibilidade de ganho,

sendo seu objetivo econômico a transferência dos riscos inerentes às operações para outro agente com posição oposta.

Quanto às características, as operações de hedge diferenciam-se das demais operações realizadas com títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos. A distinção está na obrigatoriedade do reconhecimento simultâneo da receita e da despesa geradas em ativos e passivos protegidos e nos instrumentos financeiros derivativos designados para a proteção. Esse mecanismo consiste na aplicação do princípio da confrontação da receita com a despesa, no qual o conceito norteador do registro contábil reside na premissa de atribuir o mesmo critério ao item protegido e ao instrumento de hedge, ou seja, os dois dançam de forma sincronizada, com ganhos e perdas em resultado ou em patrimônio líquido, procurando anular-se mutuamente.

Com vistas a limitar as operações que podem ser reconhecidas, mensuradas e contabilizadas como hedge, o IAS 39 (IASB, 2001) classifica o hedge, para fins contábeis, como a destinação de um derivativo para compensar, total ou parcialmente, eventuais mudanças no valor justo ou nos fluxos futuros de caixa do item objeto de hedge. (...)” (destaques do Recorrente)

Nesse mesmo trabalho, o hedge global, macro hedge ou hedge econômico é assim definido:

“4. EVOLUÇÃO DO HEDGE ACCOUNTING

Em função dos fatos apresentados e da constante evolução nos mercados financeiros, a normalização do hedge accounting, em nível internacional, tem sido aprimorada para ampliar sua aplicabilidade pelas entidades que utilizam derivativos em suas operações de hedge. Entre tais aprimoramentos, destaca-se o macro hedge.

4.1. Macro hedge

Com a publicação do Amendment ao IAS 39, em março de 2004, tratando do Fair Value Accounting for a Portfolio Hedge of Interest Rate Risk, o IASB reconheceu o procedimento denominado como macro hedge, ou seja, o hedge de taxa de juros para uma exposição líquida de carteiras ativas e passivas.

Esse novo tipo de hedge de exposições líquidas de carteiras ativas e passivas tem sido demandado há bastante tempo pelo mercado financeiro internacional, haja vista que o gerenciamento de riscos em instituições financeiras ocorre de forma global e não por operação individual. O risco em instituições financeiras deve ser avaliado de forma conjunta, compreendendo toda a carteira de ativos e passivos e os descasamentos tratados com base na exposição líquida.

(...)

O IAS 39 (IASB, 2001), por sua vez, passou a permitir a utilização dos mesmos critérios aplicados ao hedge de valor justo ou ao hedge de taxa de juros de uma carteira, correspondendo o item protegido ao montante dos ativos e passivos

designados, em substituição à designação de um ativo ou passivo específico. Com isso, o macro hedge buscou justamente proteger o montante líquido no lugar de um item específico, sendo necessário, entretanto, designar os ativos e passivos que o compõem.

O ganho ou a perda atribuídos ao item protegido será reconhecido em uma rubrica específica dentro do ativo ou do passivo, respectivamente.

(...)

Como se vê, o hedge econômico, também conhecido como macro hedge ou hedge global, representa uma estratégia que visa proteger a “exposição líquida de carteiras ativas e passivas” da pessoa jurídica, sendo prática reconhecida no âmbito internacional, tendo sido inclusive regulamentada pela IAS 39.

Note-se que a estratégia de hedge denominada hedge econômico ou macro hedge faz todo sentido do ponto de vista econômico, na medida em que permite que a entidade que possua, por exemplo, \$ 1.000,00 de ativos e \$ 900,00 de passivos com riscos e condições semelhantes busque instrumentos para se proteger de sua exposição líquida de \$ 100,00, sendo certo que não faria sentido econômico algum que a mesma entidade contratasse instrumentos financeiros para proteger-se de suas exposições brutas.

E, tratando-se de uma estratégia de proteção contra riscos, ao contrário do que se lê na r. decisão recorrida, a inexistência de norma legal prevendo a figura do hedge econômico não inviabiliza a prática de tais negócios jurídicos no Brasil, porque não há qualquer vedação legal ou regulatória à adoção desse tipo de proteção pelas instituições financeiras que operam no País.

Como consequência, não havendo na Lei nº 9.718/98 qualquer limitação quanto à modalidade de hedge para as quais se permite a dedução das despesas incorridas, e, reconhecida a existência do chamado hedge global no âmbito do mercado internacional e a inexistência de vedação no âmbito nacional, não há como prevalecer a glosa efetuada pela fiscalização.

II.3 - DA EFETIVA PROVA DA INTENÇÃO DE PROTEÇÃO, DA ELIMINAÇÃO DOS RISCOS E DA INEXISTÊNCIA DE ESPECULAÇÃO

Como exposto em sua impugnação, o Recorrente foi intimado a comprovar que as operações que teriam dado ensejo às perdas excluídas da base de cálculo do PIS/COFINS, nos seguintes termos:

(...)

Em resposta, o Recorrente apresentou os seguintes demonstrativos (fls. 745/752):

(...)

R\$ Mil	Ativo	Passivo	Derivativos	Total
USD	2.012.074	-2.222.573	209.825	-674
EUR	6.516	-6.429	0	87
GPB	2.620	0	0	2.620
JPN	50	0	0	50
CHF	172	0	0	172
Ouro	0	0	0	0
CAD	34	0	0	34
Outros	183	0	0	183

Exposição líquida em dólar americano. Corresponde a exposição vendida em R\$ 674 Mil

Exposição líquida em dólar americano proveniente de derivativos. Corresponde a exposição comprada em R\$ 209.825 Mil

Exposição passiva em dólar americano. R\$ 2.222.573 Mil

Exposição ativa em dólar americana. R\$ 2.012.074 Mil

Este quadro retrata com clareza como o Banco atua no controle e utilização dos derivativos com o objetivo de redução dos riscos, conforme orientação institucional. Caso não tivesse se utilizado de derivativos, a exposição em dólar do Banco seria de R\$ 210.499 Mil. Esses valores não estariam enquadrados no perfil de risco do Banco.

Cabe ressaltar que a fonte da informação do quadro acima é enviada diariamente ao Banco Central do Brasil.

(...)

Ou seja, a fiscalização rejeitou de forma sumária a prova produzida pelo Recorrente pelo simples fato de entendê-la em desacordo com a IN SRF nº 1.515/2014, sem sequer adentrar o mérito da finalidade de tais operações.

A r. decisão recorrida, por sua vez, passou ao largo dessa questão, limitando-se a alegar que o Recorrente teria afirmado que “as operações questionadas pela fiscalização não observaram os critérios estabelecimento (sic) na Circular Bacen nº 3.082/2002, não havendo uma correlação específica entre operações ativas e passivas nas operações denominadas hedge econômico”, razão pela qual em no entender os Srs. Julgadores da DRJ08 “tais operações não podem ser caracterizadas como sendo destinadas a hedge (...)”.

No entanto, como visto acima, o fato de não haver “correlação específica entre operações ativas e passivas” não significa em absoluto que o hedge econômico não deva ser considerado como hedge, para fins do artigo 3º, par. 6º, inciso I, letra “e”, da Lei nº 9.718/98.

Como demonstrado pelo Recorrente à fiscalização, o hedge econômico é feito a partir de suas exposições líquidas totais, relacionadas aos riscos de exposição

cambial, taxa de juros em Reais, taxa de juros para instrumentos indexados à inflação, taxa de juros em moeda estrangeira e commodities.

Vejamos o que consta da IN RFB nº 1.515/14:

Operações Realizadas para Fins de Hedge

Art. 51. Consideram-se operações realizadas para fins de hedge as operações com derivativos 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;

II - destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se também às operações de hedge realizadas nos mercados financeiro ou de liquidação futura de taxas de juros, de preços de título ou valor mobiliário, de mercadoria, de taxa de câmbio e de índices, desde que objetivem a proteção de negócios relacionados com a atividade operacional da empresa e se destinem à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

§ 2º A limitação de dedutibilidade de perdas prevista no art. 50 não se aplica às perdas incorridas nas operações de que trata este artigo.

§ 3º Será adicionalmente admitida a dedutibilidade de perdas em operações para hedge registradas no mercado de balcão organizado ou em sistemas de registro administrados por entidades autorizadas nos termos da legislação vigente.

§ 4º As variações no valor justo do instrumento de hedge e do item objeto de hedge, para fins de apuração do imposto sobre a renda, devem ser computadas no mesmo período de apuração, observado o disposto no art. 49.

Art. 52. Sem prejuízo do disposto no art. 51, as operações com instrumentos financeiros derivativos destinadas a hedge devem atender, cumulativamente, às seguintes condições:

I - ter comprovada a necessidade do hedge por meio de controles que mostrem os valores de exposição ao risco relativo aos bens, direitos, obrigações e outros itens objeto de hedge, destacados o processo de gerenciamento de risco e a metodologia utilizada na apuração desses valores;

II - ter demonstrada a adequação do hedge por meio de controles que comprovem a existência de correlação, na data da contratação da operação, entre as variações de preço do instrumento de hedge e os retornos esperados pelos bens, direitos, obrigações e outros itens objeto de hedge.

Parágrafo único. No caso de não atendimento, a qualquer tempo, das exigências previstas no art. 51 ou a falta de comprovação da efetividade do hedge, a operação será tributada na forma prevista no art. 49 e a compensação de perdas na apuração do imposto sobre a renda fica limitada aos ganhos auferidos em outras operações de renda variável conforme disposto no inciso II caput do art. 50.

Como se verifica pelo art. 51, existe um conceito de hedge na legislação tributária, ao contrário do que afirma o recorrente. Ocorre, entretanto, que uma Instrução Normativa não é o veículo adequado para trazer conceitos e definições, salvo com o objetivo para o qual existe tal espécie normativa, que é o de regulamentar as leis. O art. 52, por sua vez, apenas trouxe condições para que a Administração Tributária possa comprovar a existência da operação e facilitar sua fiscalização.

O equívoco da Fiscalização reside no fato de ter buscado a correlação específica entre operações ativas e passivas nas operações denominadas hedge global/econômico. Ao analisar o Hedge Contábil (Resposta à Intimação de 22/04/2020, fl. 632), verificou que há correlação entre o item objeto de hedge e o instrumento de hedge, em termos de valor dos resultados das operações e das respectivas datas de vencimentos.

Ao analisar o Hedge Econômico, verificou que as operações estavam descasadas, não sendo possível associar uma posição ativa a uma passiva, de forma individualizada ou em grupo (fl. 632), o que o levou a glosar as deduções dessa modalidade de hedge. Ocorre que, nesse caso, o Auditor-Fiscal deveria ter buscado uma correlação com as posições líquidas (ativos – passivos), pois são esses saldos que são protegidos pelo hedge global, e não cada valor de ativo e de passivo individualmente.

Ao assim proceder, partiu de premissa completamente equivocada, impedindo a validação dos resultados que foram encontrados. Sendo modalidades distintas de hedge, a forma de verificação da compatibilidade das operações não poderia ser a mesma. Esse erro maculou todo o lançamento, não sendo mais possível afirmar que os valores deduzidos não seriam referentes às operações de hedge, ensejando o cancelamento da autuação.

Com base no entendimento acima, decidiu a Turma, por maioria de votos, dar provimento ao Recurso Voluntário, acompanhando a relatora “pelas conclusões”, porém divergindo desse fundamento da sua decisão.

Assinado Digitalmente

Lázaro Antônio Souza Soares