



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

Processo n° 19515.004336/2007-54
Recurso n° 178424 De Ofício e Voluntário
Acórdão n° **1402-00.593 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 30 de junho de 2011
Matéria IRPJ E REFLEXOS - AÇÃO FISCAL
Recorrentes CIA DE GÁS DE SÃO PAULO COMGÁS
3ª TURMA DA DRJ SÃO PAULO - I (SP)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002

RESERVA DE REAVALIAÇÃO DE BENS. TRIBUTAÇÃO DECADÊNCIA. Verificado o não atendimento das condições estabelecidas no art. 434 do RIR/99 para diferimento da reserva de reavaliação, é cabível sua tributação integral, mas no período de sua formação. Transcorrido o prazo decadencial, sem que tenha ocorrido auditoria fiscal para esse fim, cabe verificar as hipóteses de realização da reserva de que tratam os artigos 435 e seguintes.

RENDIMENTOS SOBRE OPERAÇÃO DE *SWAP*. Comprovada as perdas em operações de *swap* e de que tais valores foram devidamente apropriados ao resultado como redutor das receitas de renda variável cumpre cancelar a tributação que foi calculada apenas nos ganhos auferidos pelo contribuinte.

AJUSTE DE INVENTÁRIO. Somente se admite a dedução de quebras ou perdas de estoques, se demonstrada por meio de documentos hábeis e idôneos a sua ocorrência, preferencialmente no transcurso da auditoria fiscal,. Indispensável ainda a comprovação de que estas, se decorrentes do processo produtivo, transporte e manuseio, estavam dentro do limite de razoabilidade previsto em lei.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA MULTA DE 75% E JUROS DE MORA À TAXA SELIC. ARTIGO 44, INCISO II, E 61 DA LEI 9.430/1996. Comprovada a falta de declaração e recolhimento dos tributos, correto a exigência mediante auto de infração, aplicando-se a multa de ofício de 75%, incidindo, ainda, juros de mora à taxa Selic.

Recurso de Ofício Negado. Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário, mantendo tão somente a tributação da glosa de perdas no valor de R\$ 1.858.296,00 (IRPJ e CSLL), nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

CIA DE GÁS DE SÃO PAULO - COMGÁS recorre a este Conselho contra a decisão proferida em primeira instância, que julgou procedente em parte a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF). Por seu turno, a egrégia 23ª TURMA DA DRJ SÃO PAULO - I (SP) recorreu de ofício, em observância ao art. 34 do PAF, haja vista ter exonerado valor acima de R\$ 1.000.000,00.

Em razão de sua pertinência, transcrevo o relatório da decisão recorrida:

A empresa acima identificada foi submetida a procedimento fiscal que redundou na lavratura de autos de infração de fls. 226/249 para exigir os recolhimentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, além dos acréscimos legais devidos.

De acordo com o Termo de Constatação e Verificação Fiscal (fls. 212/225), foram constatadas as irregularidades abaixo:

- Reavaliação de bens do Permanente não suportada por laudo emitido por peritos ou empresa especializada
- Rendimentos sobre operação de *Hedge* - *SWAP* – não oferecidos à tributação
- Ajuste de inventário não amparado em certificado da autoridade fiscal exigido por lei.

(...)

Em 21/12/2007, a interessada tomou ciência dos autos de infração (fl. 251) e, em 18/01/2008, apresentou defesa (fls. 262/308), resumidamente, nos seguintes termos:

- A impugnante comprovou a elaboração do laudo em 03/1998, conforme atestam as Atas de Assembléias realizadas, cuja cópia ora se anexa ao processo.

-
- Comprovou também a sua perda em incêndio ocorrido na empresa em 01/06/2002, bem como a adoção de todas as medidas legais cabíveis, mediante a apresentação de Boletim de Ocorrência, comunicação à JUCESP, divulgação do ocorrido em jornais de grande circulação no dia 04/06/2002 e republicação em 08/06/2002, bem como comunicação do fato à Receita Federal em 26/06/2002.
 - Acerca da impossibilidade de reconstituição do laudo de reavaliação por inexistência dos documentos que deram base a sua composição (no caso, esses datam de 1998, ou seja, mais de 14 anos após a sua elaboração até a data do incêndio), a própria CSRF decidiu que não há necessidade de manutenção dos documentos que embasaram a sua reavaliação.
 - Apesar disso, a empresa obteve parte da documentação que suportou a realização do laudo.
 - Assim, antes de proceder à autuação, a autoridade fiscal deveria ter confrontado os documentos existentes com os valores por ele verificados em conta de reavaliação, a fim de identificar eventuais irregularidades para embasar sua autuação.
 - Requer-se, portanto, a realização de perícia, na forma do artigo 16 do Decreto 70.235/1972; indica um assistente técnico a essa perícia e formula quesito à fl. 275.
 - Não obstante o artigo 8º da Lei 6.404/1976 faça menção à apresentação de laudo para embasar a reavaliação patrimonial ocorrida, a fundamentação de inexistência de laudo pericial não pode ser considerada como fator determinante na adição dos valores constantes da conta de reserva à apuração do lucro real da empresa.
 - Isto porque, a partir de 01/01/2000, com alteração introduzida pelo artigo 4º da Lei 9.959/2000, reafirmou-se que o valor constante da reserva de reavaliação de bens somente será objeto de cômputo na determinação do lucro real no momento da efetiva realização do bem reavaliado, fato que não ocorreu no caso em tela.
 - Parcela do valor autuado refere-se à reserva de reavaliação por aplicação do IPC/1990 (Lei 8.200/1991), que independe de laudo para a sua efetivação.
 - Em relação à exigência do PIS e da COFINS sobre a reserva de reavaliação, pode-se afirmar que tanto a Lei 9.718/1998 como a Lei 10.637/2002 são inconstitucionais, porquanto ampliam o conceito de faturamento. Seria constitucional se houvesse lei que definisse a materialidade do termo Receita Bruta, o que não há até esta data.
 - O STF julgou inconstitucional a ampliação do conceito de faturamento dado pela Lei 9.718/1998.
 - Pelo conceito convalidado por esse órgão, a reserva de reavaliação, ainda que se considerasse como receita da empresa, não constitui faturamento.
 - Nem se diga que no ano-calendário de 2002, quando passou a vigorar a MP 66/2002, convertida em Lei 10.637/2002, seria constitucional e/ou legal a exigência de PIS e COFINS sobre a reserva de reavaliação, posto que também esse dispositivo viola o princípio da tipicidade e o artigo 110 do Código Tributário Nacional.
 - O procedimento adotado para o reconhecimento do resultado de operações de *SWAP* consiste no registro de ingresso consolidado apurado no final do período contratado e não no registro mensal das expectativas de ganho que não se materializam antes da operação.

-
- A contratação de operação financeira de *SWAP* está atrelada à mitigação de variação de resultados operacionais em função da flutuação de índices do mercado financeiro, seja a taxa do dólar ou tipo de taxas de juros. Esse tipo de operação visa anular o risco potencial de resultados contábeis adversos durante um determinado intervalo de tempo.
 - Tais operações são regulamentadas pelo BACEN, pela Res. 2.688/2000, e pelas Circulares 2.951/1999 e 2.770/1997.
 - Por respeito aos princípios contábeis da competência e do conservadorismo, em reforço ao entendimento de se reconhecer o resultado somente ao final da operação, o IBRACON, por meio do Comunicado Técnico 02/1999, apresentou parecer orientando contabilizar as variações cambiais negativas como estorno da conta na qual foi apurada a valorização em período anterior.
 - A IN SRF 247/2002 prescreve que as disposições contidas no artigo 30 da MP 2.158-35/2001 poderiam ser aplicadas aos direitos de crédito e das obrigações em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual.
 - Não há como tratar as operações de *SWAP* de forma isolada. A companhia contrata essas operações com o intuito de proteção (*hedge*) contra efeitos monetários em seu balanço gerados por variações de índices financeiros.
 - O resultado líquido de operações casadas não se confunde com o resultado puro da operação de *SWAP*, pois se houver ganho, este é compensado com as perdas geradas por posições a descoberto em seu balanço.
 - Esses resultados, quando positivos, constituem receitas financeiras e não sofrem incidência do PIS e da COFINS.
 - O ajuste de inventário em virtude de perdas no transporte e manuseio não necessita de certificado da autoridade fiscal.
 - Imperioso o afastamento da multa aplicada em percentual equivalente a 75% do suposto crédito tributário, em função da literal violação ao direito de propriedade e ao princípio do não confisco, insculpido no artigo 5º, II e LIV, 170, II e 145, § 1º, da Constituição Federal.
 - A aplicação de multa no patamar de 2% se afigura razoável e guarda proporcionalidade com o dano causado.
 - O STF tem julgado inconstitucionais dispositivos da legislação infraconstitucional que cominem multa de caráter de confisco contra os contribuintes.
 - A taxa SELIC possui natureza de juros remuneratórios, bem como de correção monetária de títulos federais.
 - Não pode ser aplicada aos débitos tributários, uma vez que estará corrigindo-os e, ao mesmo tempo, remunerando-os; além disso, em índices superiores aos permissivos em lei.
 - Para que a lei estabeleça taxa de juros diversa da estatuída pelo artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, essa taxa deverá ser criada por lei, o que não é o caso da SELIC. Ressalte-se que a inconstitucionalidade de tal aplicação já foi declarada pelo STJ.

A decisão recorrida está assim ementada:

PERÍCIA. INDEFERIMENTO. Rejeita-se o pedido de perícia, apresentado na peça impugnatória, por se tratar de matéria de prova a ser feita mediante a juntada de documentação, cuja guarda e conservação compete à própria interessada.

RESERVA DE REAVALIAÇÃO DE BENS. A reserva correspondente à reavaliação de bens, quando não lastreada por documento legal que ateste o valor contabilizado, deve ser adicionada ao lucro líquido, para efeito de apuração do imposto. Não se sustenta o argumento de que uma parcela da reavaliação seria decorrente do ajuste IPC/1990, se os elementos constantes dos autos evidenciam tratar-se de reavaliação realizada de forma espontânea.

RENDIMENTOS SOBRE OPERAÇÃO DE SWAP. A alegação não fundada em provas de que teriam ocorrido perdas em operações de swap e de que tais valores teriam sido apropriados ao resultado como redutor das receitas de renda variável não infirma o feito fiscal.

AJUSTE DE INVENTÁRIO. Somente se admite a dedução de quebras ou perdas de estoques, se demonstrada por meio de documentos hábeis e idôneos a sua ocorrência. Indispensável ainda a comprovação de que estas, se decorrentes do processo produtivo, transporte e manuseio, estavam dentro do limite de razoabilidade previsto em lei.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. A apreciação de constitucionalidade ou legalidade de norma é atribuição do Poder Judiciário, não cabendo à Administração proceder a tal exame a fim de afastar a aplicação de lei corretamente inserida no ordenamento.

MULTA DE OFÍCIO. Nos casos de lançamento de ofício, em que restou configurado ato infringente às normas tributárias, é exigível a multa ao percentual de 75%, por imposição legal.

JUROS DE MORA. SELIC. A falta de pagamento do tributo na data do vencimento implica a exigência de juros moratórios, calculados até a data do efetivo pagamento, com base na taxa SELIC.

AUTOS REFLEXOS. Aplica-se, no que couber, aos lançamentos reflexos de PIS, COFINS e CSLL o que foi decidido quanto à exigência matriz, por serem fundamentados nos mesmos elementos de comprovação.

COFINS. RESERVA DE REAVALIAÇÃO DE BENS. Como, por determinação legal, a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente não sofre incidência da COFINS, por inferência lógica, o acréscimo em consequência da valorização do bem também não deve se sujeitar a essa tributação.

PIS. RESERVA DE REAVALIAÇÃO DE BENS. A tributação da reavaliação positiva de bens no momento da realização do ativo fica vinculada ao atendimento aos pressupostos previstos na legislação pertinente. Do contrário, a reserva constituída deve ser reconhecida como receita e computada na apuração do PIS, visto que representa um acréscimo do valor patrimonial da empresa.

PIS E COFINS. RENDIMENTOS SOBRE OPERAÇÃO DE SWAP. As contribuições para o PIS e a COFINS são calculadas sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, incluídos os ganhos financeiros.

Lançamento Procedente em parte.

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido quanto as matérias mantidas, reafirmando as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

Os recursos voluntário e de ofício preenchem os requisitos legais e regimentais de admissibilidade, portanto devem ser conhecidos.

Tratam-se de autos de infração do IRPJ e Reflexos, fls. 226-250, ano-calendário 2002, cujo montante do crédito tributário total lançado foi de R\$ 41.570.099,47 (fl.3), inclusos multa de ofício de 75% e juros a taxa Selic até nov/2007, com ciência em 21/12/2007 (fl. 251).

Passo a apreciar as alegações da peça recursal.

1 - Tributação da Reserva de Reavaliação.

Visando uma melhor a compreensão do litígio, vejamos os fundamentos da decisão recorrida:

A presente autuação foi motivada pela constatação de que a reavaliação de bens do Ativo Permanente realizada pela empresa não satisfaz aos requisitos previstos no artigo 434, *caput* e seus §§ do RIR/1999, por não ter sido apresentado o laudo correspondente, emitido por peritos ou empresa especializada.

A impugnante alega que este foi destruído em decorrência de incêndio ocorrido na empresa em 01/06/2002 e que, na ocasião adotou todas as medidas legais cabíveis, mediante a lavratura de Boletim de Ocorrência, comunicação do ocorrido à JUCESP, divulgação em jornais de grande circulação em 04/06/2002 e 08/06/2002 e comunicação à Receita Federal em 26/06/2002 (fls. 135/148 e 364/382). Assinale-se que essa documentação já havia sido analisada pela autoridade lançadora no decorrer da ação fiscal.

De fato, vê-se que a impugnante, em que pese não ter respeitado o prazo de quarenta e oito horas para comunicação à JUCESP e Receita Federal, previsto no § 1º do artigo 264 do RIR/1999, procurou adotar as medidas necessárias, visando atender às determinações legais em casos de perdas de livros e documentos contábeis e fiscais.

Todavia, compete à empresa envidar esforços em restabelecer não somente os seus registros como os documentos a dar-lhe suporte. Embora seja aceitável a alegação acerca da impossibilidade de reconstituição do laudo de reavaliação por inexistência dos documentos que deram base a sua composição, que datariam de 1998, ante a ausência de esteio documental da reserva de reavaliação contabilizada, relevante a cautela em providenciar os elementos necessários para amparar a sua escrita (§ 3º do artigo 264 do RIR/1999).

Não é demais lembrar ainda que, a teor do art 251 do RIR/1999, a pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter sua escrituração com observância das leis comerciais e fiscais.

Nesse compasso, importa transcrever parte da DELIBERAÇÃO CVM 183/1995, que aprovou Pronunciamento do IBRACON sobre Reavaliação de Ativos, cujo trecho já fora mencionado pelo autuante:

“Amplitude e Periodicidade da Reavaliação

15. Uma vez que a empresa opte por realizar e contabilizar a reavaliação, o critério para avaliação do seu imobilizado deixa de ser o valor de custo corrigido e, portanto, as reavaliações serão periódicas, com uma regularidade tal que o valor líquido contábil não apresente diferenças significativas em relação ao valor de mercado na data de cada balanço. Dessa forma, devem-se observar os seguintes prazos máximos:

a. anualmente, para as contas ou grupo de contas cujos valores de mercado variarem significativamente em relação aos valores anteriormente registrados;

b. a cada quatro anos, para os ativos cuja oscilação do preço de mercado não seja relevante, incluindo ainda os bens adquiridos após a última reavaliação;

c. observados o conceito e prazos acima, a empresa pode optar por um "sistema rotativo", realizando, periodicamente, reavaliações parciais, por rodízio, com cronogramas definidos, que cubram a totalidade dos ativos a reavaliar a cada período.”

Pois a COMGÁS, como sociedade anônima de capital autorizado (fl. 310), deve obediência às normas da CVM e, uma vez que a empresa optou por realizar e contabilizar a reavaliação de ativos, devia ter efetuado uma nova atualização, em atendimento não somente ao preceito acima, como também para regularizar sua situação após o sinistro ocorrido.

Sobre o argumento de que uma parcela da reavaliação seria decorrente do ajuste IPC/1990, a teor da Lei 8.200/1991, atente-se ao contido no item 10 das notas explicativas às Demonstrações Financeiras (fl. 19), onde se consignou que a reavaliação realizada no Ativo Imobilizado da empresa era de caráter espontâneo, o que de forma alguma pode ser confundido com o tratamento fiscal dado à correção monetária correspondente à diferença verificada no ano de 1990 entre a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal.

Acrescente-se que na intimação de fls. 88/89, a fiscalizada foi intimada a prestar esclarecimento a respeito da reserva no montante de R\$ 32.962 mil e, em resposta, esta se limitou a reproduzir o questionamento fiscal e a informar a empresa que teria elaborado o laudo, que, segundo seu entendimento, atendia às disposições contidas na Deliberação CVM acima citada. Não houve, naquele momento, contestação acerca da importância que posteriormente fora objeto de autuação ou menção sobre o que ora se afirma.

De todo modo, a impugnante não carrou aos autos as provas, tais como os registros contábeis e LALUR, para atestar o alegado.

Aduz a interessada que a reserva de reavaliação somente pode ser tributada quando da realização dos bens correspondentes. Ocorre que, consoante o § 3º do artigo 434, se a reavaliação não satisfizer aos requisitos do *caput* e demais parágrafos desse artigo, deverá ser adicionada ao lucro líquido quando da determinação do lucro real.

No que tange ao pedido de realização de perícia formulado, cabe o seu indeferimento, nos termos dos artigos 18, *caput* e 28 do Decreto 70.235/1972, por se tratar de matéria de prova a ser feita mediante a juntada de documentação, cuja guarda e conservação compete à própria interessada e por não estar configurada situação a exigir conhecimentos técnicos especializados para o deslinde da questão.

Assim, uma vez que a reserva de reavaliação não se encontra lastreada por documento legal que ateste o valor ali contabilizado, a empresa deve se sujeitar ao que dispõe a norma tributária, adicionando a respectiva quantia ao lucro líquido, para efeito de apuração do imposto.

Em relação a esta matéria, a contribuinte alegou em preliminar que já havia transcorrido o prazo decadencial para a administração tributária realizar auditoria na formação da reserva, que deveria ocorrer até 1994, isso porque a reserva de reavaliação foi formada em 1988, ou seja, 14 anos antes do período de apuração em que foi efetuada a tributação.

Pois bem, o art. 264 do RIR/1999, cuja matriz legal encontra-se no artigo 4º do Decreto-Lei nº 486/1969 e art. 37 da Lei 9.430/1996, dispõe que a pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem os livros, documentos e papéis relativos à sua atividade, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

No presente caso, a contribuinte não mais possuía o laudo e os documentos que ampararam seu procedimento; além disso, confirmou que não teria como reconstituir a documentação. Diante dessa constatação, vejamos qual o procedimento a ser realizado à luz da Legislação do Imposto de Renda (RIR/99):

Seção II

Reavaliação de Bens

Subseção I

Reavaliação de Bens do Permanente

Diferimento da Tributação

Art. 434. *A contrapartida do aumento de valor de bens do ativo permanente, em virtude de nova avaliação baseada em laudo nos termos do art. 8º da Lei nº 6.404, de 1976, não será computada no lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VI).*

§ 1º O laudo que servir de base ao registro de reavaliação de bens deve identificar os bens reavaliados pela conta em que estão escriturados e indicar as datas da aquisição e das modificações no seu custo original.

§ 2º O contribuinte deverá discriminar na reserva de reavaliação os bens reavaliados que a tenham originado, em condições de permitir a determinação do valor realizado em cada período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, § 2º).

§ 3º Se a reavaliação não satisfizer aos requisitos deste artigo, será adicionada ao lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 43, § 1º, alínea "h", e Lei nº 154, de 1947, art. 1º).

Tributação na Realização

Art. 435. O valor da reserva referida no artigo anterior será computado na determinação do lucro real (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 35, § 1º, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VI):

I - no período de apuração em que for utilizado para aumento do capital social, no montante capitalizado, ressalvado o disposto no artigo seguinte;

II - em cada período de apuração, no montante do aumento do valor dos bens reavaliados que tenha sido realizado no período, inclusive mediante:

a) alienação, sob qualquer forma;

b) depreciação, amortização ou exaustão;

c) baixa por perecimento.

(...)

Consoante art. 434, §3º. RIR99, não satisfeitos os requisitos para diferimento da tributação, a reserva será adicionada ao lucro líquido do período de apuração. É evidente que se trata do período de sua formação/contabilização. Está comprovado nos autos que isso ocorreu antes de 2002. Na cópia da DIPJ/2003, apresentada tempestiva e espontaneamente pelo contribuinte, consta à fl. 67, que a Reserva de Reavaliação já compunha o PL da contribuinte em 31/12/2001 pelo valor de R\$ 34.443,543,73, sendo que em 31/12/2002 foi reduzida para R\$ 32.962.065,06 (valor levado a tributação de ofício).

Ora, à luz do art. 435, no transcurso do ano-calendário de 2002 não foi registrado qualquer evento que implicasse na realização antecipada do saldo dessa reserva. Portanto, não há qualquer justificativa ou amparo para a tributação no ano de 2002.

Em verdade o Fisco elegeu o fato gerador 31/12/2002 por ser o último período de apuração não atingido pela decadência, nos termos do art. 150 do CTN. Aliás, sequer verificou se o contribuinte continuou realizando parte dessa reserva nos períodos de apuração seguintes até 2007 (quando lavrou o auto de infração), o que implicaria em postergação (caso fosse correta a tributação em 2002).

Diante do exposto, a que ser acolhida a preliminar de decadência para cancelar esse item da exigência (IRPJ, PIS, CSLL), pelo que cabe também negar provimento ao recurso de ofício, haja vista que a DRJ já havia cancelado a exigência da COFINS.

2 - Tributação do Resultado com operação swap.

A exigência relativa a este item foi mantida em 1a. instância pelos seguintes fundamentos:

Primeiramente, cumpre registrar que, embora o Termo de Constatação e Verificação Fiscal mencione a terminologia hedge, os comprovantes de fls. 161/170 consignam apenas “operações de swap” e não há nos autos prova de que envolviam operações de cobertura.

De todo modo, observe-se que a Lei 8.981/1995 fazia uma distinção entre esses dois tipos de operação, tributando na fonte os rendimentos auferidos em operações de swap, mas dispensando da retenção na fonte aqueles obtidos em operações que visavam cobertura (hedge), quando realizadas em bolsas de valores, de mercadorias

e de futuros ou no mercado de balcão.

Todavia, com a introdução no ordenamento jurídico do art. 5º da Medida Provisória nº 1.788, de 29 de dezembro de 1998, convertida na Lei nº 9.779/1999, sobre os rendimentos auferidos nas liquidações dessas operações utilizadas como cobertura, ainda que tenha sido contratada em data anterior à publicação da norma (Instrução Normativa SRF nº 25/01, artigo 35, §3º) passou a incidir o imposto de renda na fonte. (...)

(...), para efeito do IRPJ, os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável obrigatoriamente devem compor o lucro real.

Quanto ao argumento de que teria ocorrido perda cabível de ser compensada com os rendimentos apontados pela fiscalização, cite-se o artigo 32 da IN SRF 25/2001:

Art. 32. Estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de vinte por cento, os rendimentos auferidos em operações de swap.

§ 1º A base de cálculo do imposto nas operações de que trata este artigo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de swap, inclusive quando da cessão do mesmo contrato.

§ 2º O imposto será retido pela pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, na data da liquidação ou da cessão do respectivo contrato.

§ 3º Para efeitos de apuração e pagamento do imposto mensal sobre os ganhos líquidos, as perdas incorridas em operações de swap não poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos em outras operações de renda variável.

§ 4º As perdas incorridas nas operações de que trata este artigo somente serão dedutíveis na determinação do lucro real, se a operação de swap for registrada e contratada de acordo com as normas emitidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.

§ 5º Na apuração do imposto de que trata este artigo, poderão ser considerados como custo da operação os valores pagos a título de cobertura (prêmio) contra eventuais perdas incorridas em operações de swap.

Ressalte-se que os comprovantes de fls. 161/170 refletem a incidência de IRRF sobre o resultado positivo auferido, donde se pode inferir que eventuais perdas ocorridas já foram computadas.

De todo modo, **competia à impugnante a comprovação de que houve perda decorrente de operação de swap registrada e contratada de acordo com as normas emitidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, e que esses valores foram apropriados ao resultado como redutor das receitas de renda variável.** Contudo, sequer a planilha que alega informariam as perdas ocorridas foi acostada aos autos.

Injustificada, por conseguinte, a proposição feita pela defesa. (GRIFEI)

Ao contrário do que ocorreu na impugnação, na peça recursal, a contribuinte apresentou justificativa mês a mês, a partir de junho/2002, para os valores oferecidos a tributação a título de ganhos nas operações de Swap/Headge (fls. 476-500). Tais justificativas, a seguir transcritas, estão amparadas nos documentos de fls. 583 a 760.

(...) Tomamos por base para análise a lista cronológica mensal de encerramento das operações de SWAP conforme apresentadas na planilha "Composição das Operações de Empréstimo com SWAP (com finalidade de Hedge)" (doc. 10).

Para o mês de **JUNHO 2002** há registro de duas operações de SWAP com o BANCO DO BRASIL, com valor de R\$ 12.010.575,52 (doze milhões, dez mil, quinhentos e setenta e cinco reais e cinquenta e dois centavos), que cobrem sucessivamente os períodos de 07 de março a 06 de junho de 2002, com aditivo para extensão do período até 10 de junho de 2002, cujas características particulares apresentamos a seguir,

Para comprovação de que as duas operações financeiras refletem um mecanismo de hedge, devemos considerar as informações constantes nos documentos anexos (docs. 11 a 17).

Inicialmente, temos a comprovação da posição contábil passiva (devedora) indexada a moeda estrangeira da Recorrente por meio do CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO Nº 21/00015-8 (doc. 11), firmado em 07 de março de 2002 por BANCO DO BRASIL S.A. (financiador) e COMGÁS ('financiado'), no valor de R\$ 12.010.575,52, correspondentes a R682.962.329 (seiscentos e oitenta e dois milhões, novecentos e sessenta e dois mil, trezentos e vinte e nove ienes) (cláusula primeira), com objetivo de 'reforçar o capital de giro do FINANCIADO' (cláusula segunda), indexação do valor de pagamento à taxa de conversão de reais para ienes (cláusula terceira), juros sobre valor em moeda estrangeira à taxa de 0,80% a.a. (oitenta centésimos de por cento ao ano) (cláusula quarta), e prazo de 91 dias, correspondente a vencimento em 06 de junho de 2002 (cláusula oitava).

O prazo deste contrato foi estendido em quatro dias, com novo vencimento acertado para 10 de junho de 2002, por meio do ADITIVO DE RETIFICAÇÃO E RATIFICAÇÃO AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO No 21/00015-8, FORMALIZADO ENTRE BANCO DO BRASIL S.A E COMGÁS EM 07/03/2002 (doc. 15).

Como as receitas operacionais geradas pela Recorrente são referenciadas exclusivamente a moeda nacional (reais), a existência da posição contábil passiva indexada a moeda estrangeira representa uma exposição financeira em caso de volatilidade da cotação do iene japonês em relação ao real brasileiro.

Para minimização deste risco (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o BANCO DO BRASIL uma operação de SWAP nos termos contidos no CONTRATO DE SWAP SEM CAIXA - RESOLUÇÃO 2770 - IENE x DI (doc. 12), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à variação cambial e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos do CONTRATO DE SWAP incluem:

1. data da operação: 07 de março de 2002;
2. valor da operação: R\$ 12.010.575,52 (cláusula primeira);
3. vencimento: 06 de junho de 2002 (cláusula segunda);
4. indexador do pólo ativo ('VCAM'): variação da cotação do iene japonês acrescido de juros a 0,80% a.a. (cláusula primeira, parágrafo terceiro, letra V e cláusula terceira);
5. indexador do pólo passivo ('VDI'): valor acumulado de 103% das taxas DI diárias (cláusula primeira, parágrafo terceiro, letra 'd' e cláusula terceira). h i

Clara, portanto, a estratégia da Recorrente de acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de exposição ao risco de volatilidade de cotação do iene japonês frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao iene japonês durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao iene japonês.

Estas compensações podem ser efetivamente observadas nas Planilhas da Tesouraria (docs. 16 e 17).

Simultaneamente, por conta de garantia de crédito, a Recorrente firmou a NOTA PROMISSÓRIA EM MOEDA ESTRANGEIRA No 0001 (doc. 13), no valor de ¥ 682.962.329, em favor do BANCO DO BRASIL S.A., com vencimento à vista.

Em 06 de junho as partes decidiram pela extensão do período das operações por conta do Aditivo ao Contrato de Abertura de Crédito (doc. 15), supracitado, e assinatura do CONTRATO DE SWAP SEM CAIXA - RESOLUÇÃO 2770 - IENE x DI (doc. 14), com características idênticas ao contrato de Swap original e vencimento em 10 de junho.

Os elementos apresentados conjuntamente com o suporte documental anexo comprovam que as operações de SWAP referenciadas para o mês de Junho 2002 na planilha "Composição das Operações de Empréstimo com SWAP (com finalidade de Hedge)" compõem operações de cobertura de exposição financeira, i.e. HEDGE.

Para o mês de JULHO 2002 há registro de duas operações de SWAP.

A primeira negociada com o BANCO VOTORANTIM no valor de R\$ 1.241.758,41 (um milhão, duzentos e quarenta e um mil, setecentos e cinquenta e oito reais e quarenta e um centavos), cobrindo o período de 23 de janeiro a 15 de julho de 2002.

Neste caso, a documentação referente ao empréstimo específico em moeda estrangeira não foi localizada, mas a operação seguiu os moldes da política corporativa de cobertura de valores de risco de exposição em moeda estrangeira.

Nesse sentido, o SWAP é parte de uma operação de HEDGE.

A segunda operação de SWAP referenciada para julho foi negociada com o BANCO CITIBANK S.A. no valor de R\$ 10.677.829,45 (dez milhões, seiscentos e setenta e sete mil, oitocentos e vinte e nove reais e quarenta e cinco centavos), cujas características particulares apresentamos a seguir.

Para comprovação de que a operação financeira reflete um mecanismo de hedge, devemos considerar as informações constantes nos documentos anexos (docs. 18 e 19).

Inicialmente, temos a comprovação da posição contábil passiva ('devedora') indexada a moeda estrangeira da Recorrente por meio do INSTRUMENTO PARTICULAR DE RETIFICAÇÃO E RATIFICAÇÃO DE OUTRO REPASSE DE RECURSOS CAPTADOS NO EXTERIOR (doc. 18), firmado em 03 de abril de 2002 por CITIBANK N.A. e COMGÁS, no valor de US\$ 4.598.548,43 (quatro milhões, quinhentos e noventa e oito mil, quinhentos e quarenta e oito dólares e quarenta e três centavos), no qual é feita referência ao QUADRO PREAMBULAR DO CONTRATO DE REPASSE DE RECURSOS CAPTADOS NO EXTERIOR, firmado pelas partes em 05 de outubro de 2001.

Nesse sentido, embora não tenha sido possível localizar cópia do contrato original de repasse de recursos do exterior, a referência direta e explícita àquele documento feita no instrumento de aditivo indica sua existência.

De mesma forma, como as receitas operacionais geradas pela Recorrente são referenciadas exclusivamente a moeda nacional

(reais), a existência da posição contábil passiva indexada a moeda estrangeira representa uma exposição financeira em caso de volatilidade da cotação do dólar norte-americano em relação ao real brasileiro.

Para minimização deste risco (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o CITIBANK S.A. uma operação de SWAP nos termos contidos na NOTA DE NEGOCIAÇÃO - SWAP A TERMO (doc. 19), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à variação cambial e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos da OPERAÇÃO DE SWAP incluem:

1. data da operação: 03 de abril de 2002;
2. valor da operação: R\$ 10.677.829,45;
3. vencimento: 07 de julho de 2002;
4. indexador do pólo ativo: variação da cotação do dólar norte-americano acrescido de juros de 1,57% a.a.;
5. indexador do pólo passivo: valor acumulado de 103,50% das taxas DI diárias.

Novamente observamos a estratégia da Recorrente de acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de exposição ao risco de volatilidade de cotação do dólar norte-americano frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao dólar norte-americano durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por

conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao dólar norte-americano.

Os elementos apresentados conjuntamente com o suporte documental anexo comprovam que as operações de SWAP referenciadas para o mês de Julho 2002 na planilha "Composição das Operações de Empréstimo com SWAP (com finalidade de Hedge)" (doc. 10) compõem operações de cobertura de exposição financeira, i.e. HEDGE.

Para o mês de AGOSTO 2002 há registro de uma operação de SWAP com o BANCO CITIBANK S.A. no valor de US\$ 7.377.408,82 (sete milhões, trezentos e setenta e sete mil, quatrocentos e oito dólares e oitenta e dois centavos), cobrindo o período de 16 de maio a 14 de agosto de 2002.

Para comprovação de que a operação financeira reflete um mecanismo de hedge, devemos considerar as informações constantes nos documentos anexos (docs. 20, 21, 22, 23 e 24).

Inicialmente, temos a comprovação da posição contábil passiva ('devedora') indexada a moeda estrangeira da Recorrente por meio do CONTRATO DE

REPASSE DE RECURSOS CAPTADOS NO EXTERIOR (doc. 20), firmado em 15 de fevereiro de 2002 por CITIBANK N.A. e COMGÁS, no valor de US\$ 7.377.408,82. Adicionalmente, a posição passiva pode ser comprovada por meio de ANEXO I (doc. 22) e CARTA DE CONFIRMAÇÃO DE OPERAÇÃO (doc. 23).

De mesma forma, como as receitas operacionais geradas pela Recorrente são referenciadas exclusivamente a moeda nacional (reais), a existência da posição contábil passiva indexada a moeda estrangeira representa uma exposição financeira em caso de volatilidade da cotação do dólar norteamericano em relação ao real brasileiro.

Para minimização deste risco (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o CITIBANK N.A. uma operação de SWAP nos termos contidos na NOTA DE NEGOCIAÇÃO - SWAP (doc. 21), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à

variação cambial e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos da OPERAÇÃO DE SWAP incluem:

1. data da operação: 16 de maio de 2002;
2. valor da operação: R\$ 18.529.837,73;
3. vencimento: 14 de agosto de 2002;
4. indexador do pólo ativo: variação da cotação do dólar norteamericano acrescido de juros de 7,70% a.a.;
5. indexador do pólo passivo: valor acumulado de 103,50% das taxas DI diárias.

Novamente observamos a estratégia da Recorrente de acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de exposição ao risco de volatilidade de cotação do dólar norteamericano frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de

HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao dólar norteamericano durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao dólar norteamericano.

Esta compensação pode ser efetivamente observada na Planilha da Tesouraria (doc. 24).

Os elementos apresentados conjuntamente com o suporte documental anexo comprovam que as operações de SWAP referenciadas para o mês de agosto 2002 na planilha "Composição das Operações de Empréstimo com SWAP (com finalidade de Hedge)" compõem operações de cobertura de exposição financeira, i.e. HEDGE.

Para o mês de **SETEMBRO 2002** há registro de uma operação de SWAP com o BANCO ITAÚ no valor de US\$ 15.198.574,84 (quinze milhões, cento e noventa e oito mil, quinhentos e setenta e quatro dólares e oitenta e quatro centavos), referente ao período de 11 de abril a 19 de setembro de 2002.

Para comprovação de que a operação financeira reflete um mecanismo de hedge, devemos considerar as informações constantes nos documentos anexos (docs. 25, 26, 27 e 28).

Inicialmente, temos a comprovação da posição contábil passiva ('devedora') indexada a moeda estrangeira da Recorrente por meio do CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO (doc. 27), firmado em 16 de abril de 2001 por BANCO ITAÚ S.A. e COMGÁS, no valor de US\$ 15.198.574,84, vinculado a moeda estrangeira, com taxa de juros de 7,40% a.a..

De mesma forma, como as receitas operacionais geradas pela Recorrente são referenciadas exclusivamente a moeda nacional (reais), a existência da posição contábil passiva indexada a moeda estrangeira representa uma exposição financeira em caso de volatilidade da cotação do dólar norteamericano em relação ao real brasileiro.

Para minimização deste risco (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o BANCO ITAÚ S.A. uma operação de SWAP nos termos contidos na CONFIRMAÇÃO DE OPERAÇÃO (doc. 25) e AVISO DE LIQUIDAÇÃO DE OPERAÇÃO DE SWAP (doc. 26), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à variação cambial e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos da OPERAÇÃO DE SWAP incluem: 1. data da operação: 16 de abril de 2001;

2. valor da operação: R\$ 32.787.885,50;

3. vencimento: 11 de abril de 2002;

4. indexador do pólo ativo: variação da cotação do dólar norteamericano acrescido de juros de 7,40% a.a.;

5. indexador do pólo passivo: valor acumulado de 101,30% das taxas DI diárias.

Novamente observamos a estratégia da Recorrente de

acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de

exposição ao risco de volatilidade de cotação do dólar norteamericano frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao dólar norteamericano durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao dólar norteamericano.

Esta compensação pode ser efetivamente observada na Planilha da Tesouraria (doc. 28).

Os elementos apresentados conjuntamente com o suporte documental anexo comprovam que as operações de SWAP referenciadas para o mês de setembro 2002 na planilha "Composição das Operações de Empréstimo com SWAP (com finalidade de Hedge)" compõem operações de cobertura de exposição financeira, i.e. HEDGE,

Para o mês de OUTUBRO 2002 há registro de três operações de SWAP.

A primeira com o BANCO ITAÚ no valor de US\$ 5.745.712,56 (cinco milhões, setecentos e quarenta e cinco mil, setecentos e doze reais e cinquenta e seis centavos), referindo-se ao período de 06 de maio a 08 de outubro de 2002.

Para comprovação de que a operação financeira reflete um mecanismo de hedge, devemos considerar as informações constantes nos documentos anexos (docs. 29, 30, 31 e 32).

Inicialmente, temos a comprovação da posição contábil passiva ('devedora') indexada a moeda estrangeira da Recorrente por meio do CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO (doc. 29), firmado em 06 de maio de 2002 por BANCO ITAÚ S/A e COMGÁS, no valor de US\$ 5.745.712,56, vinculado a moeda estrangeira (cláusula segunda), com juros de 1,20% a.a..

De forma análoga, como as receitas operacionais geradas pela Recorrente são referenciadas exclusivamente a moeda nacional (reais), a existência da posição contábil passiva indexada a moeda estrangeira representa uma exposição financeira em caso de volatilidade da cotação do dólar norteamericano em relação ao real brasileiro.

Para minimização deste risco (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o BANCO ITAÚ S/A uma operação de SWAP nos termos contidos no ANEXO I ÀS CONDIÇÕES GERAIS PARA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE SWAP No 2002-2557 (doc. 31) e na CONFIRMAÇÃO DE OPERAÇÃO (doc. 30), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à variação cambial e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos da OPERAÇÃO DE SWAP incluem:

1. data da operação: 06 de maio de 2002;
2. valor da operação: R\$ 13.875.321,27;
3. vencimento: 08 de outubro de 2002;
4. indexador do pólo ativo: variação da cotação do dólar norteamericano acrescido de juros de 1,20%
5. indexador do pólo passivo: valor acumulado de 103,00% das taxas DI.

Manteve-se a estratégia da Recorrente de acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de exposição ao risco de volatilidade de cotação do dólar norteamericano frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao dólar norteamericano durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao dólar norteamericano.

Esta compensação pode ser efetivamente observada na Planilha da Tesouraria (doc. 32).

A segunda operação de SWAP referenciada para outubro de 2002 foi negociada com o CITIBANK no valor de US\$ 4.420.223,08 (quatro milhões, quatrocentos e vinte mil, duzentos e vinte e três dólares e oito centavos), durante o período de 06 de junho a 15 de outubro de 2002.

Para comprovação de que a operação financeira reflete um mecanismo de hedge, devemos considerar as informações constantes nos documentos anexos (docs. 33 e 34).

A posição contábil passiva ('devedora') indexada a moeda estrangeira da Recorrente funda-se em Contrato firmado em 06 de junho de 2002 por CITIBANK e COMGÁS, no valor de US\$ 4.420.223,08. Como as receitas operacionais geradas pela Recorrente são referenciadas exclusivamente a moeda nacional (reais), a existência da posição contábil passiva indexada a moeda estrangeira representa uma exposição financeira em caso de volatilidade da cotação do dólar norteamericano em relação ao real brasileiro.

Para minimização deste risco (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o BANCO CITIBANK S/A uma operação de SWAP nos termos contidos na NOTA DE NEGOCIAÇÃO SWAP (doc. 33), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à variação cambial e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos da OPERAÇÃO DE SWAP incluem:

1. data da operação: 06 de junho de 2002;
2. valor da operação: R\$ 11.753.373,17;
3. vencimento: 15 de outubro de 2002;
4. indexador do pólo ativo: variação da cotação do dólar norteamericano acrescido de juros de 5,12756% a.a.;
5. indexador do pólo passivo: valor acumulado de 86,10% das taxas DI.

Manteve-se a estratégia da Recorrente de acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de exposição ao risco de volatilidade de cotação do dólar norteamericano frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao dólar norteamericano durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao dólar norteamericano.

Esta compensação pode ser efetivamente observada na Planilha da Tesouraria (doc. 34).

A terceira operação de SWAP foi negociada com o BANCO VOTORANTIM no valor de US\$ 569.060,40, pelo período de 23 de janeiro a 15 de outubro de 2002.

Para comprovação de que a operação financeira ref um mecanismo de hedge, devemos considerar as informações constantes documento 35.

A posição contábil passiva ('devedora') indexada e moeda estrangeira da Recorrente se funda em Contrato firmado em 23 de janeiro de 2002 por BANCO VOTORANTIM S/A e COMGÁS, no valor de R\$ 1.206.530,04, Como as receitas operacionais geradas pela Recorrente são referenciadas exclusivamente a moeda nacional (reais), a existência da posição contábil passiva indexada a moeda estrangeira representa uma exposição financeira em caso de volatilidade da cotação do dólar norteamericano em relação ao real brasileiro.

Para minimização deste risco (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o BANCO VOTORANTIM S/A uma operação de SWAP nos termos contidos no DETALHE DE OPERAÇÃO DO PARTICIPANTE 76550003 (doc. 35), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à variação cambial e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos da OPERAÇÃO DE SWAP incluem:

1. data da operação: 23 de janeiro de 2002;
2. valor da operação: R\$ 1.206.530,04;
3. vencimento: 15 de outubro de 2002;
4. indexador do pólo ativo: variação da cotação do dólar norteamericano;
5. indexador do pólo passivo: valor acumulado de 122,0% das taxas DI.

Uma vez mais, observamos a estratégia da Recorrente de acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de exposição ao risco de volatilidade de cotação do dólar norteamericano frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao dólar norteamericano durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao dólar norteamericano.

Os elementos apresentados conjuntamente com o suporte documental anexo comprovam que as operações de SWAP referenciadas para o mês de outubro 2002 na planilha "Composição das Operações de Empréstimo com SWAP (com finalidade de Hedge)" compõem operações de cobertura de exposição financeira, i.e. HEDGE.

Para o mês de NOVEMBRO 2002 há registro de três operações de SWAP, sendo uma com o BANCO CITIBANK S.A. e duas com o BANCO DO BRASIL S.A..

A primeira operação de SWAP referenciada para novembro foi negociada com o CITIBANK S.A. no valor de R\$ 23.054.806,72 (vinte e três milhões, cinquenta e quatro mil, oitocentos e seis reais e setenta e dois centavos), cujas características particulares apresentamos a seguir.

Para comprovação de que a operação financeira reflete um mecanismo de hedge, devemos considerar as informações constantes nos documentos anexos (docs. 36 e 37).

A posição contábil passiva ('devedora') indexada a moeda estrangeira da Recorrente se funda em Contrato firmado em 04 de setembro de 2002 por CITIBANK N.A. e COMGÁS, no valor de US\$ 7.488.244,35 (sete milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil, duzentos e quarenta e quatro dólares e trinta e cinco centavos). Como as receitas operacionais geradas pela Recorrente são referenciadas exclusivamente a moeda nacional (reais), a existência da posição contábil passiva indexada a moeda estrangeira representa uma exposição financeira em caso de volatilidade da cotação do dólar norteamericano em relação ao real brasileiro. A jn

Para minimização deste risco (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o CITIBANK S.A. uma operação de SWAP nos termos contidos na NOTA DE NEGOCIAÇÃO - SWAP A TERMO (doc. 36), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo

em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à variação cambial e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos da OPERAÇÃO DE SWAP incluem:

1. data da operação: 04 de setembro de 2002;
2. valor da operação: R\$ 23.054.806,72;
3. vencimento: 25 de novembro de 2002;
4. indexador do pólo ativo: variação da cotação do dólar norteamericano acrescido de juros de 32,01% a.a.;
5. indexador do pólo passivo: valor acumulado de 105,50% das taxas DI diárias.

Novamente observamos a estratégia da Recorrente de acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de exposição ao risco de volatilidade de cotação do dólar norteamericano frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao dólar norteamericano durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao dólar norteamericano.

Esta compensação pode ser efetivamente observada na Planilha da Tesouraria anexa (doc. 37).

Quanto à primeira operação financeira com o BANCO DO BRASIL S.A., devemos considerar as informações constantes nos documentos anexos (docs. 38, 39 e 40) para comprovação de que reflete mecanismo de hedge.

A comprovação da posição contábil passiva ('devedora') indexada a moeda estrangeira da Recorrente faz-se por meio do CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO Nº 21/00061-I(doc. 38), firmado em 05 de agosto de 2002 por BANCO DO BRASIL S.A. ('financiador') e COMGÁS ('financiado'), no valor de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais), correspondentes a ¥ 501.936.039 (quinhentos e um milhões, novecentos e trinta e seis mil, trinta e nove ienes) (cláusula primeira), com objetivo de 'financiamento para aquisição de bens e serviços realizados pelo financiado junto aos fornecedores' (cláusula segunda), indexação do valor de pagamento à taxa de conversão de reais para ienes (cláusula terceira), juros sobre valor em moeda estrangeira à taxa de 1,05% a.a. (um inteiro e cinco centésimos de por cento ao ano) (cláusula sexta), e prazo de 91 dias, correspondente a vencimento em 04 de novembro de 2002 (cláusula décima).

Para minimização do risco cambial (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o BANCO DO BRASIL uma operação de SWAP nos termos contidos no CONTRATO DE SWAP SEM CAIXA - RESOLUÇÃO 2770 - IENE x DI (doc. 39), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à variação cambial e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos do CONTRATO DE SWAP incluem:

1. data da operação: 05 de agosto de 2002;
2. valor da operação: R\$ 14.000.000,00;

3. vencimento: 04 de novembro de 2002;
4. indexador do pólo ativo ('VCAM'): variação da cotação do iene japonês acrescido de juros a 1,05% a.a.;
5. indexador do pólo passivo ('VDI'): valor acumulado de 105% das taxas DI diárias.

A estratégia da Recorrente, novamente, foi acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de exposição ao risco de volatilidade de cotação do iene japonês frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao iene japonês durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao iene japonês.

Esta compensação pode ser efetivamente observada na Planilha da Tesouraria anexa (doc. 40).

No que tange à segunda operação junto ao BANCO DO BRASIL S.A., para comprovação de que reflete mecanismo de hedge, devemos considerar as informações constantes nos documentos anexos (docs. 41, 42 e 43).

Inicialmente, temos a comprovação da posição contábil passiva 'devedora' indexada a moeda estrangeira da Recorrente por meio do CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO Nº 21/00064-6 (doc. 41), firmado em 08 de agosto de 2002 por BANCO DO BRASIL S.A. ('financiador') e COMGÁS ('financiado'), no valor de R\$ 6.000.000 (seis milhões de reais), correspondentes a ¥ 225.878.101 (duzentos e vinte e cinco milhões, oitocentos e setenta e oito mil, cento e um ienes) (cláusula primeira), com objetivo de 'financiamento para aquisição de bens e serviços realizados pelo financiado junto aos fornecedores' (cláusula segunda), indexação do valor de pagamento à taxa de conversão de reais para ienes (cláusula terceira), juros sobre valor em moeda estrangeira à taxa de 1,05% a.a. (um inteiro e cinco centésimos de por cento ao ano) (cláusula sexta), e prazo de 90 dias, correspondente a vencimento em 06 de novembro de 2002 (cláusula décima).

Para minimização do risco cambial (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o BANCO DO BRASIL uma operação de SWAP nos termos contidos no CONTRATO DE SWAP SEM CAIXA - RESOLUÇÃO 2770 - IENE x DI (doc. 42), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à variação cambial, e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos do CONTRATO DE SWAP incluem:

6. data da operação: 08 de agosto de 2002;
7. valor da operação: R\$ 6.000.000,00;
8. vencimento: 06 de novembro de 2002;
9. indexador do pólo ativo ('VCAM'): variação da cotação do iene japonês acrescido de juros a 1,05% a.a.;
10. indexador do pólo passivo ('VDI'): valor acumulado de 105% das taxas DI diárias.

A estratégia da Recorrente, novamente, foi acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de exposição ao risco de volatilidade de cotação do iene japonês frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao iene japonês durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao iene japonês.

Esta compensação pode ser efetivamente observada na Planilha da Tesouraria anexa (doc. 43).

Os elementos apresentados conjuntamente com o suporte documental anexo comprovam que as operações de SWAP referenciadas para o mês de novembro 2002 na planilha "Composição das Operações de Empréstimo com SWAP (com finalidade de Hedge)" compõem operações de cobertura de exposição financeira, i.e. HEDGE.

Para o mês de **DEZEMBRO 2002** há registro de uma operação de SWAP com o BANCO BRADESCO no valor de R\$ 9.775.918,26 (nove milhões, setecentos e setenta e cinco mil, novecentos e dezoito reais e vinte e seis centavos), cobrindo o período de 20 de setembro a 19 de dezembro de 2002.

Para comprovação de que a operação financeira reflete um mecanismo de hedge, devemos considerar as informações constantes nos documentos anexos (docs. 44, 45 e 46).

Inicialmente, temos a comprovação da posição contábil passiva ('devedora') indexada a moeda estrangeira da Recorrente por meio da NOTA DE CRÉDITO COMERCIAL (doc. 45), firmado em 20 de setembro de 2002 por BANCO BRADESCO S.A. e COMGÁS, no valor de R\$ 9.775.918,26, com objetivo de 'financiamento de seu capital fixo e/ou de movimento', indexação do valor de pagamento à taxa de conversão de reais para dólares norte-americanos, juros sobre valor em moeda estrangeira à taxa de 20% a.a. (vinte por cento ao ano), e vencimento em 19 de dezembro de 2002.

Como exhaustivamente afirmado, sendo as receitas operacionais geradas pela Recorrente referenciadas exclusivamente a moeda nacional (reais), a existência da posição contábil passiva indexada a moeda estrangeira representa uma exposição financeira em caso de volatilidade da cotação do dólar norte-americano em relação ao real brasileiro.

Para minimização deste risco (mecanismo de cobertura ou hedge), a Recorrente negociou com o BANCO BRADESCO S.A. uma operação de SWAP nos termos contidos no BOLETO DE CONFIRMAÇÃO DE SWAP (doc. 44), por meio da qual a Recorrente assume posição financeira contrária ao risco originado pelo empréstimo em moeda estrangeira, ou seja, apresenta pólo ativo indexado à variação cambial e pólo passivo indexado à taxa de juros do mercado brasileiro ("taxa CDI").

Os termos da OPERAÇÃO DE SWAP incluem:

1. data da operação: 20 de setembro de 2002;
2. valor da operação: R\$ 9.775.918,26;
3. vencimento: 19 de dezembro de 2002;
4. indexador do pólo ativo: variação da cotação do dólar norte-americano acrescido de juros de 20,0% a.a.;

5. indexador do pólo passivo: valor acumulado de 105% das taxas DI diárias.

Novamente observamos a estratégia da Recorrente de acertar um mecanismo financeiro de cobertura sobre sua posição contábil de exposição ao risco de volatilidade de cotação do dólar norteamericano frente ao real brasileiro.

O SWAP, portanto, é parte de uma operação de HEDGE. Nesse sentido, em caso de uma desvalorização do real brasileiro frente ao dólar norteamericano durante o período do SWAP, esta variação representaria um valor de 'ganho', i.e. um acerto financeiro positivo para a Recorrente na liquidação da operação de SWAP. Ao valor de 'ganho' equivaleria uma 'perda' por conta de correção cambial associada à posição passiva (devedora) relacionada ao empréstimo indexado ao dólar norteamericano.

Esta compensação pode ser efetivamente observada na Planilha da Tesouraria anexa (doc. 46).

Os elementos apresentados conjuntamente com o suporte documental anexo comprovam que as operações de SWAP referenciadas para o mês de dezembro 2002 na planilha "Composição das Operações de Empréstimo com SWAP (com finalidade de Hedge)" compõem operações de cobertura de exposição financeira, i.e. HEDGE.

Diante do exposto, resta comprovado que as operações de SWAP efetuadas pela Recorrente, objeto da presente fiscalização, constituíram efetivamente operação de cobertura (hedge) e, portanto, que a tributação dos ganhos nas operações de cobertura sem se considerar as perdas havidas nas operações que se buscou proteger é ilegal.

Analisei as justificativas acima, em confronto com a documentação apresentada e formei convencimento de que cabe razão ao contribuinte, estando comprovada as perdas, bem como o atendimento ao disposto no art. 32 da Instrução Normativa SRF 25/2001, supra citada.

Pelo exposto, cumpre também cancelar a tributação deste item.

3 – Ajuste de Inventário

Este item da autuação foi confirmado em 1ª. instancia pelas razões a seguir transcritas do acórdão recorrido:

De acordo com o Termo de Constatação e Verificação Fiscal, no decorrer da ação fiscal, a empresa foi intimada a apresentar a documentação probante das perdas escrituradas na conta 61110303, no valor de R\$ 1.858.296,00, o que não foi feito. Diante disso, a fiscalizada foi autuada, a teor do que dispõe o artigo 291, inciso II, alínea "c", do RIR/1999.

Transcreva-se o referido normativo:

Art. 291. Integrará também o custo o valor (Lei nº 4.506, de 1964, art. 46, incisos V e VI):

I - das quebras e perdas razoáveis, de acordo com a natureza do bem e da atividade, ocorridas na fabricação, no transporte e manuseio;

II - das quebras ou perdas de estoque por deterioração, obsolescência ou pela ocorrência de riscos não cobertos por seguros, desde que comprovadas:

- a) *por laudo ou certificado de autoridade sanitária ou de segurança, que especifique e identifique as quantidades destruídas ou inutilizadas e as razões da providência;*
- b) *por certificado de autoridade competente, nos casos de incêndios, inundações ou outros eventos semelhantes;*
- c) *mediante laudo de autoridade fiscal chamada a certificar a destruição de bens obsoletos, invendáveis ou danificados, quando não houver valor residual apurável.*

Pela dicção do dispositivo acima, a legislação fiscal determina expressamente que somente as perdas reais ou efetivas podem ser consideradas como custo, sendo necessária a prova prescrita em lei, qual seja, laudo de autoridade fiscal solicitada a certificar a destruição de bens obsoletos, invendáveis ou danificados, quando não houver valor residual apurável.

Na fase impugnatória, aduz a defendente que efetuou ajuste em seu inventário em virtude de perdas no transporte e manuseio e que, nos termos do inciso I, acima, são passíveis de serem deduzidas, sem a necessidade de certificado da autoridade fiscal, como afirma o autuante.

Entretanto, a fim de se caracterizar que as perdas narradas pela interessada não se inserem nas hipóteses previstas no inciso II, do artigo 291 do RIR/1999, imprescindível a sua comprovação. A dedutibilidade do valor correspondente torna-se possível se demonstrada, em primeiro lugar, a presença de condições objetivas que atestem a ocorrência cabal dessa perda. Ressalte-se que o valor escriturado deve ser comprovado por documentos hábeis e idôneos, nos termos do artigo 923 do mesmo regulamento.

Indispensável ainda a comprovação de que as perdas - se decorrentes do processo produtivo, transporte e manuseio, como alega a impugnante - estavam dentro do limite de razoabilidade prevista no dispositivo legal citado.

Pois, apesar da nova oportunidade oferecida na fase impugnatória, não laborou a defendente sequer em oferecer as provas materiais da ocorrência dessas perdas. Também nesse caso, a alegada planilha elaborada sobre a relação dos bens perdidos deixou de ser anexada ao processo, conquanto, frise-se, tal apresentação não dispensasse a exibição de elementos comprobatórios já citados.

Na peça recursal a contribuinte reafirma as alegações de que as perdas são razoáveis (R\$1,8 milhões, sendo que os custos totais contabilizados chegou a 370 milhões, valor este que não foi objeto de questionamento pela fiscalização).

Aduz, ainda, que a lei não exige laudo ou certificado para comprovação dessas perdas, haja vista a natureza das mesmas, conforme relação juntada à peça recursal (fls. 707 a 726 dos autos), comprovando que se enquadram no inciso I e não no inciso II do art. 291 do RIR/99.

Ocorre que o contribuinte foi regularmente intimado no transcurso da auditoria fiscal a justificar e comprovar tais perdas. Todavia, conforme registrado no termo de verificação fiscal, fl. 221, sequer apresentou a discriminação desse valor.

Somente agora, no recurso voluntário, a contribuinte apresenta uma relação com centenas de itens, fls. 707 a 726, cujo valor total se aproxima ao glosado.

Analisei tal relação e formei convencimento de que não pode ser aceita para justificar as perdas, pois, trata-se de uma listagem desprovida de qualquer conexão com a contabilidade da empresa, em especial ao Livro Registro de Inventário, que à luz do art. 260, inciso I e §2º., é revestido de formalidades e deve ser registrado na Junta Comercial.

Não foi apresentado sequer prova da compra dos itens contidos em tais relações, ainda que por amostragem.

O contribuinte deveria ter apresentado essa listagem durante a auditoria fiscal, possibilitando as verificações do fisco.

O fato de haver pertinência e razoabilidade nas perdas não dispensa a comprovação, cujo ônus é do contribuinte.

Mantenho, pois a glosa.

4) Multa de Ofício. Juros de Mora. Confisco.

A contribuinte alega que as exigências da multa de ofício de 75% e dos juros de mora, a taxa Selic, são confiscatórios.

A apuração de infrações em auditoria fiscal é condição suficiente para ensejar a exigência dos tributos mediante lavratura do auto de infração e, por conseguinte, aplicar a multa de ofício de 75% ou 150% nos termos do artigo 44, inciso I ou II, da Lei nº 9.430/1996. Essa multa é devida quando houver lançamento de ofício, como é o caso.

De qualquer forma, convém esclarecer, que o princípio do não confisco insculpido na Constituição, em seu art. 150, IV, dirige-se ao legislador infraconstitucional e não à Administração Tributária, que não pode furtar-se à aplicação da norma, baseada em juízo subjetivo sobre a natureza confiscatória da exigência prevista em lei.

Ademais, tal princípio não se aplica às multas, conforme entendimento já consagrado na jurisprudência administrativa, como exemplificam as ementas transcritas na decisão recorrida e que ora reproduzo:

"CONFISCO – A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal (Ac. 102-42741, sessão de 20/02/1998).

MULTA DE OFÍCIO – A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se ao valor do tributo, não extravasando para o percentual aplicável às multas por infrações à legislação tributária. A multa deve, no entanto, ser reduzida aos limites impostos pela Lei nº 9.430/96, conforme preconiza o art. 112 do CTN (Ac. 201-71102, sessão de 15/10/1997)."

Por sua vez, A aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros de mora também está prevista em normas legais em pleno vigor, regularmente citada no auto de infração (artigo 61, § 3º da Lei 9.430 de 1996), portanto, deve ser mantida. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 4 do CARF:

"A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no

Processo nº 19515.004336/2007-54
Acórdão n.º **1402-00.593**

S1-C4T2
Fl. 25

período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

Portanto, cabível a incidência de multa de ofício e a taxa Selic, sobre eventuais créditos tributários relativos aos valores remanescentes da tributação.

5 – Conclusão.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso de voluntário, mantendo tão somente a tributação da glosa de perdas no valor de R\$ 1.858.296,00 (IRPJ e CSLL),

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza