



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 19740.000663/2003-40
Recurso nº. : 143.069 – “EX OFFICIO” E VULUNTÁRIO
Matéria : IRPJ e OUTRO - Exercício de 1999
Recorrentes : 10ª TURMA /DRJ NO RIO DE JANEIRO - RJ e SANTANDER BANESPA
COMPANHIA DE ARRENDAMENTO (NOVA DENOMINAÇÃO DE
SANTANDER LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL).
Sessão de : 23 de fevereiro de 2005
Acórdão nº. : 101-94.851

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. *RECURSO EX OFFICIO* - Tendo o Julgador *a quo* ao decidir o presente litígio, se atido às provas dos Autos e dado correta interpretação aos dispositivos aplicáveis às questões submetidas à sua apreciação, nega-se provimento ao Recurso de Ofício.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ATO ADMINISTRATIVO DE LANÇAMENTO. NULIDADE. PRONÚNCIA. “*Ex vi*” do disposto no § 3º, do artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, introduzido pelo artigo 1º da Lei nº 8.748, de 1993, quando, no mérito, a decisão puder ser favorável ao sujeito passivo na relação jurídica tributária, a quem aproveita a declaração de nulidade do feito, o Colegiado não a pronunciará.

I.R.P.J. – DESPESAS OPERACIONAIS. – DEDUTIBILIDADE. – Na análise da dedutibilidade das despesas decorrentes de operações no mercado financeiro, o Fisco tem ter em conta as características desse investimento. Às perdas incorridas nas operações de cobertura, “*hedge*”, inaplicável é a limitação de que cuida o § 4º do artigo 76 da Lei nº 8.981, de 1985, o que torna evidente concluir que a perda incorrida nas operações de cobertura, é dedutível sem observância daquele limite.

Recursos conhecidos: negado o de ofício e provido o voluntário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos interpostos pela 10ª. DELEGACIA DA RECEITA FEDERA DE JULGAMENTO NO RIO DE JANEIRO – RJ e SANTANDER BANESPA COMPANHIA DE ARRENDAMENTO (NOVA DENOMINAÇÃO DE SANTANDER LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL).

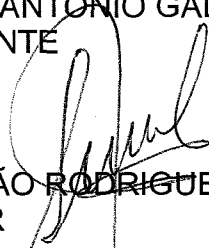
ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e DAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

integrar o presente julgado. Os Conselheiros Caio Marcos Cândido e Mário Junqueira Franco Júnior acompanharam o Conselheiro Relator pelas suas conclusões.



MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL
RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 MAR 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros VALMIR SANDRI, PAULO ROBERTO CORTEZ, SANDRA MARIA FARONI, CAIO MARCOS CÂNDIDO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

Recurso nº. : 143.069 – “EX OFFICIO” E VULUNTÁRIO
Recorrentes : 10ª TURMA /DRJ NO RIO DE JANEIRO - RJ e SANTANDER BANESPA
COMPANHIA DE ARRENDAMENTO (NOVA DENOMINAÇÃO DE
SANTANDER LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL).

RELATÓRIO

SANTANDER BANESPA COMPANHIA DE ARRENDAMENTO (NOVA DENOMINAÇÃO DE SANTANDER LEASING S. A. ARRENDAMENTO MERCANTIL), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ - MF sob nº 42.291.245/0001-65, não se conformando com a decisão que lhe foi desfavorável, proferida pela Colenda Décima Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ que, apreciando impugnação tempestivamente apresentada manteve, em parte, a exigência do crédito tributário formalizado através dos Autos de Infração de fls. 123/125 (IRPJ) e 131/133 (CSLL), e a Turma Julgadora de primeiro grau recorrem a este Conselho, o primeiro na pretensão de reforma da mencionada decisão “a quo”, e a segunda por observância da lei impor a submissão da decisão ao reexame necessário.

O “TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL E INTIMAÇÃO” de fls. 103/117, descreve as irregularidades apuradas pela Fiscalização, do qual reproduzimos a parte que segue:

“1 – Das Despesas Desnecessárias – Produto WAVE

O Banco Bozano Simonsen S. A. criou um produto financeiro, denominado WAVE, que, trata-se de venda de um direito de o cliente participar de um “swap” com data de início e vencimento.

Opções de compra sobre swaps ou “Swaptions” são contratos normalmente negociados em mercado de balcão, dando ao comprador o direito, mas não a obrigação, de entrar num “swap” a partir de determinada data futura (data de exercício). A duração deste swap, ativo objeto desta opção e que entra em vigor a partir do exercício da opção por parte do comprador, também se encontra determinada no contrato.

Ou seja, em troca de um prêmio pago inicialmente, uma “call swaption” (opção de compra sobre swap) dá ao comprador o direito de, em caso de exercício, entrar em uma operação (swap) na qual, a partir da data desse exercício, fica o mesmo com o direito/obrigação de receber/pagar a diferença calculada entre o montante acordado (valor notional do swap) (SIC) indexado por determinado indicador eventualmente acrescido de determinado spread ou por determinada taxa e o mesmo indexado por um outro indicador, eventualmente também acrescido de spread, ou outra taxa (ambos diverso do primeiro). Em outras palavras, no caso de exercício da opção por parte do comprador, cada uma das partes da operação fica, após o

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

transcurso do prazo de duração do "swap" vencimento ou manutenção do swap com um ativo ou passivo cujo valor é a diferença entre os dois valores acima citados, calculados através do indexado pelos dois diferentes índices ou taxas.

Todavia o produto WAVE foi utilizado como instrumento de transferência de lucros para o Banco e, conseqüentemente, a geração de despesas que não podem ser consideradas necessárias ou usuais, para efeito de dedutibilidade na apuração do imposto de renda da Fiscalizada, conforme se demonstrará a seguir.

.....
As análises demonstradas anteriormente tiveram por objetivo demonstrar que a operação realizada no dia 26/10/1998 tiveram um único propósito, que foi de gerar resultado negativo na Fiscalizada.

A operação objeto da glosa, encontra-se nas Notas de Negociação de nºs 1110 e 1451. A primeira de nº 1110 emitida em 19/10/1998 (fls. 19) para aquisição de 301.858.56381 quotas ao Preço Unitário de 367,6581216 e a segunda de nº 1451 (fls. 20) de 26/10/1998, para alienação uma semana após pelo Preço Unitário de 270,630625 resultando num prejuízo da ordem de R\$ 29.288.478,89.

.....
Demonstrado que as referidas despesas não foram necessárias para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa e para a manutenção da respectiva fonte produtora – condição de dedutibilidade de qualquer despesa para efeito de determinação do lucro real.

Porém, restou comprovado pelo contribuinte que as perdas decorreram de variações nas condições de mercado que as justificassem.

Dessa forma, os argumentos apresentados à Fiscalização não impedem que se faça cumprir a legislação fiscal vigente mencionada.

.....
2 – Das Despesas Desnecessárias – Resgate Fiex Emerging Markets

Intimado (...) a apresentar os documentos que suportaram o lançamento em 31/08/1998 na conta 8.1.5.20.99.00.00.00- 0 – Outras, com o seguinte histórico "resgate fiex emerging markets" no valor de R\$ 25.029.786,14.

Em resposta por escrito, (...) informou que a Bozano Leasing S/A resolveu, em 31/08/1998, alienar o seu investimento em cotas do Fundo de Investimento do Exterior – FIEIX Emerging Markets. Em função da alienação do ativo, apurou um prejuízo contábil no valor de R\$ 25.029.786,14. (...).

.....
Nessa mesma data foi apresentado o recibo correspondente a venda de 27.597.656.935 (...) cotas do Emerging Markets Fdo Investimento no Exterior.

.....
Da análise da operação que adiante se demonstrará e à luz da legislação não podemos aceitar sua dedutibilidade, senão vejamos:

1 – Além da operação ter ocorrido entre empresas do conglomerado, foi constatada grande quantidade de negociações particulares de quotas que se estenderam para 1999, e realizada em **infração ao disposto no artigo 15 do Regulamento anexo à Circular 2714/96, que determina que as quotas dos fundos de investimento no exterior são nominativas e intransferíveis, condições essas previstas no próprio regulamento dos fundos de investimento no exterior.**

2 – Ademais, constatamos do atendimento ao Termo de Intimação, que a Fiscalizada quando apresentou o “Relatório de Histórico de Cotação” acusou inconsistências da seguinte ordem: quota do dia 28/08/98 aponta o valor de R\$ 8,65013094, entretanto na operação de aquisição foi utilizada a quota de R\$ 9,491073 (...). Majorada a quota em R\$ 0,8409423, conforme a seguir:

.....
Depreende-se que as quotas foram adquiridas supervalorizadas, gerando um desembolso a maior da ordem de R\$ 23.208.030,47 ou a quantidade de quotas inferior ao que poderia ter adquirido.

Já o inverso ocorreu por ocasião da venda no dia 31/08/98, data do resgate. Conforme Recibo de fls. 56, as 27.597.656,35 quotas foram revendidas ao Meridional Leasing pelo preço de R\$ 236.901.598,10, praticada a quota de R\$ 8,58411997, porém, segundo o “Relatório de Histórico de Cotação” apresentado pelo contribuinte a cotação no dia 31/08/1998 era de R\$ 9,04064279, acarretando distorção no resultado da ordem de R\$ 12.598.960,09, conforme se demonstrará a seguir:

.....
3. – Multa Isolada

Face a legislação fiscal vigente, o fato apurado no item 2.1 e 2.2, ensejou, para os meses de agosto e setembro aplicação de **multa isolada**, segundo dispositivos legais vigentes, nos valores respectivos de R\$ 7.070.781,51 para o IRPJ, conforme demonstrativo da multa isolada em anexo (fls. 122).

.....
Em razão do Prejuízo Fiscal Declarado no Ano-Calendário 1998 no valor de R\$ 1.801.103,06, a Matéria Tributável absorverá o referido Prejuízo, e utilizará o saldo remanescente de prejuízo fiscal de anos

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

anteriores, limitado a 30% (conforme Lei 8981/95) do Lucro Real Ajustado no presente Auto de Infração, ficando o contribuinte intimado a proceder a retificação do LALUR, como a seguir demonstrado.”

Inaugurada a fase litigiosa do procedimento, o que ocorreu com a protocolização da peça impugnativa de fls. 147/196, foi proferida decisão em primeiro grau, conforme faz certo o Acórdão DRJ/RJOI Nº 5.038, de fls. 223 a 248, cuja ementa tem esta redação:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal
Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/1998

Ementa: NULIDADE – INOCORRÊNCIA – O atendimento aos preceitos que balizam o processo administrativo fiscal, especialmente quanto ao amplo direito de defesa do contribuinte, afasta a hipótese de ocorrência de nulidade do lançamento.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica IRPJ

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/1998

Ementa: DESPESAS – INDEDUTIBILIDADE – Revela-se indedutível, para efeitos fiscais, o prejuízo em aplicação financeira junto à empresa ligada, com base em cotação patentemente discrepante se comparada com as praticadas no mercado, por não preencher os pressupostos legais de necessidade, usualidade e normalidade ao desenvolvimento da atividade da empresa.

DESPESAS – EXAME DA DEDUTIBILIDADE – No exame da dedutibilidade das despesas decorrentes de operações com fundo de investimentos no exterior, o agente do Fisco tem de levar em conta as características desse investimento, devendo ser afastada a autuação por indedutibilidade de despesas que deixou de considerar as características e circunstâncias da operação.

MULTA DE OFÍCIO GENÉRICA I ISOLADA – CONCOMITÂNCIA – Incabível a aplicação da multa isolada, quando já exigida a penalidade específica incidente sobre o tributo apurado através de lançamento de ofício.

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS – LIMITAÇÃO A 30% DOS LUCROS – Para efeito de determinação do lucro real, o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas ou autorizadas pela legislação do imposto de renda, pode ser reduzido por prejuízo fiscal de período anterior em no máximo 30%, por força de lei validamente editada pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, falta com-

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

petência à autoridade administrativa para se pronunciar a respeito da sua conformidade com os preceitos da Constituição, que atribui esta função ao Poder Judiciário.

JUROS – TAXA SELIC – O cálculo dos juros de mora com base na variação da taxa Selic têm fundamento em lei validamente editada pelo Poder Legislativo, faltando competência à autoridade administrativa para se pronunciar a respeito da sua conformidade com os preceitos da Constituição, que atribui esta função ao Poder Judiciário.

Lançamento Procedente em Parte.”

Cientificada dessa decisão em 23 de agosto de 2004 (fls. 252v) e com ela não se conformando, no dia 24 de setembro seguinte a contribuinte fez protocolizar recurso endereçado a este Conselho (fls. 256/290), cuja leitura é feita e Plenário (lê-se), para conhecimento por parte dos demais membros deste Colegiado.

É O RELATÓRIO.



VOTO

Conselheiro SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele, portanto, conheço.

Estão em julgamento dois recursos: um de ofício, interposto pelos julgadores *a quo*, relativa a parte da decisão que exonerou o sujeito passivo do pagamento de crédito tributário superior ao limite de alçada; outro voluntário, interposto pela Recorrente, relativamente a parcela do crédito tributário remanescente.

Consoante relatado, o litígio gira em torno da acusação fiscal de que a Bozano Simonsen Leasing S/A Arrendamento Mercantil, sucedido pela Recorrente, teria reduzido indevidamente o lucro real do ano-calendário de 1998, ao deduzir despesas operacionais, incorridas em transações no mercado de renda variável com empresa ligada, passadas em:

- 26/10/1998 – venda de opções de *swap* cambial do tipo *wave*, adquiridas em 19/10/1998;

- 28/08/1998 – aquisição de quotas do fundo *FIEX Emerging Markets* e 31/08/1998 – resgate de quotas do fundo *FIEX Emerging Markets*, adquiridas anteriormente;

A glosa, segundo textualmente declarado às fls. 6 do Termo de Verificação Fiscal, resultou do entendimento da Autuante de que referidas despesas não seriam necessárias às atividades desenvolvidas pela Recorrente, *in verbis*:

“Demonstrado que referidas despesas não foram necessárias para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa e para a manutenção da respectiva fonte produtora - condição de dedutibilidade de qualquer despesa para efeito de determinação do lucro real. ...

Porém, restou comprovado pelo contribuinte que as perdas decorreram de variações nas condições de mercado que as justificassem.”

Ou seja, apesar de admitir que as perdas decorreram de variações nas condições de mercado plenamente justificáveis, a Fiscalização procedeu a glosa e conseqüente autuação dos valores, a pretexto de que tais despesas seriam indedutíveis do lucro real, por desnecessárias para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa. Além de glosar e tributar referidos valores, a Fiscaliza-

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

ção exigiu, ainda, multa isolada nos meses de agosto e outubro de 1998, a pretexto de que a Recorrente teria deixado de recolher o IRPJ por estimativa sobre os mesmos.

Em sua impugnação, a Recorrente contestou a acusação ressaltando, dentre outros argumentos, que ao afirmar que o prejuízo financeiro sofrido por uma instituição financeira no mercado de renda variável seria uma mera liberalidade, estranha ao seu objeto social, seria ignorar a própria natureza das atividades por ela desenvolvidas. Nessa linha, argüi que o auto de infração seria nulo, uma vez que fundamentado em dispositivos de lei e do RIR/94 (art. 242 e 243) que tratam de indedutibilidade de despesas estranhas ao objeto social da empresa, esquecendo-se que a autuada é uma instituição financeira, e como tal, as perdas nos mercados de renda variável por ela sofridas tem um tratamento próprio, que é aquele previsto no art. 818 e seguintes do mesmo RIR/94 e Instruções Normativas da SRF omitidos na capitulação da pretensa infração.

Referindo-se à parcialidade do procedimento fiscal, observa a Recorrente que a Autuante, no levantamento que fizera das operações questionadas, só levou em consideração aquelas que geraram prejuízos, deixando de lado várias outras transações, realizadas no período-base fiscalizado (1998), que geraram resultados positivos ou rendas, que compensaram os prejuízos, enfatizando que o resultado global dessas operações, no referido período, foi positivo.

Quanto às perdas questionadas, a Recorrente esclarece que no ano de 1998 possuía um considerável montante de passivo em dólar americano, sendo, portanto, plenamente justificável a realização de operações envolvendo derivativos cujos ativos subjacentes estavam vinculados à variação da moeda norte-americana, a fim de obter proteção contra oscilações bruscas e preservar sua solvabilidade. Até porque, enquanto empresa de arrendamento mercantil, dentre suas operações passivas encontravam-se financiamentos obtidos em moeda estrangeira, com vistas a possibilitar a consecução de suas atividades, nomeadamente aquelas ligadas ao arrendamento mercantil de veículos importados.

Os julgadores *a quo* consideraram procedente, em parte, o lançamento, excluindo de seu cômputo a cobrança da multa isolada e a exigência relativa às perdas ocorridas nas operações de aquisição e venda de quotas do fundo *FIEX Emerging Markets*, mantendo a tributação sobre as perdas resultantes da operação de venda de opções de *swap* cambial do tipo *wave*.

Desse ato, foi interposto recurso de ofício, tendo em vista que o valor excluído foi superior ao limite de alçada previsto em lei. A Recorrente, por seu turno, apresentou recurso voluntário contra a parte da decisão que concluiu pela manutenção do crédito tributário resultante da glosa da perda com o as operações de renda variável de venda de opções de *swap* cambial do tipo *wave*, considerada desnecessária.

Em seu apelo, a Recorrente, em preliminar ao mérito, suscita e decadência do direito de a Fazenda Nacional proceder ao lançamento. No que respeita ao mérito,

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

além de reiterar as razões apresentadas na Impugnação, aduz outras contra os fundamentos que nortearam o ato decisório recorrido, ressaltando, inclusive, que a decisão alterou o critério jurídico do lançamento, conforme trecho do recurso abaixo transcrito:

“... verifica-se ainda que o proceder da Ilustre Delegacia de Julgamento acabou por **alterar o critério jurídico do lançamento**, uma vez que as despesas foram glosadas por serem desnecessárias **“para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa”** (fls. 6 do Termo de Verificação Fiscal), enquanto que a r. decisão abandonou este critério e resolveu entender que a anormalidade não mais residia no tipo de despesa, mas sim nas **“circunstâncias que ela se deu”** (fls. 16), ignorando que a própria D. Fiscalização **admitiu no Termo de Verificação Fiscal que as condições (circunstâncias) de mercado justificavam o preço praticado.**” (grifos do original)

Quanto à fundamentação legal do lançamento, a Recorrente reafirma que a dedutibilidade de tais perdas é regida pelo art. 249, inciso X do RIR/99, cuja matriz legal é a Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, § 4º, que determina a adição apenas e tão somente das perdas apuradas em operações realizadas nos mercados de renda variável e de swap, que excederem os ganhos obtidos com as mesmas operações, e que, portanto, na hipótese vertente não haveria qualquer valor a adicionar, haja vista que os ganhos obtidos com referidas operações foram largamente superiores às perdas, eis que o resultado consolidado dessas operações no ano de 1998, objeto da autuação, foi positivo em R\$ 22.994.928,94.

A propósito do disposto no art. 2º da IN SRF nº 07 de 1999, invocado pelos r. julgadores recorridos para rejeitar a aplicação de mencionado artigo, argumenta a Recorrente que a norma diz justamente o oposto do que a Administração Tributária pretende afirmar. Isto é, as perdas incorridas no mercado de renda variável de uma forma geral somente podem ser deduzidas contra os lucros da mesma espécie, mas esta limitação não se aplica às operações de cobertura.

Primeiramente, no que respeita ao recurso de ofício interposto pelos ilustres julgadores *a quo*, entendo que a decisão andou bem, ao afirmar, *verbis*:

“Como já relatado, em relação a esta matéria da autuação, a autuante, tendo comparado os valores de quota do fundo nos dias da aplicação e do resgate com os valores de quotas praticados na aplicação e no resgate da operação, concluiu que havia divergências e, em face disso, o prejuízo na operação deveria ser considerado indedutível, tendo em vista a sua desnecessidade para a atividade da empresa.

Quanto a alegação da autuante de que a interessada teria cometido infração ao art. 15 do Regulamento anexo à Circular 2714/96, que

determinava que as quotas dos fundos de investimento no exterior eram nominativas e intransferíveis, vale ressaltar que a infração à norma do Banco Central do Brasil não tem qualquer efeito fiscal, não podendo a despesa financeira ser considerada por isso desnecessária. A análise que se fará não levará em conta a suposta infração à Circular do Banco Central.

.....*omissis*.....

Como se observa, os valores das quotas oscilaram bastante no período, à guisa de pequenas variações, subindo e descendo constantemente. Aliás, como ressaltou a interessada, em agosto de 1998 teria sido um mês de incertezas no mercado financeiro. Além disso, os valores de quota praticados na operação em questão, destacados pela autuante (...), não apresentam distorção gritante em relação aos parâmetros de oscilação da referida quota no período.

Não se pode olvidar que a realização de aplicações financeiras pelas empresas faz parte do seu dia-a-dia e a obtenção de lucros ou prejuízos em operações de risco no mercado não podem ser consideradas estranhas à sua natureza, desde que tais operações se dêem dentro da normalidade. As operações de *hedge* não fogem a essa regra. Se uma empresa possui compromissos em moeda estrangeira é mesmo natural que faça *hedge*.

O que não se poderia admitir seria a fabricação de prejuízo artificial ou liberalidade na operação. Entretanto, no caso em questão, a autuante, sem levar em conta a possibilidade de utilização do valor da quota em vigor até o 2º (segundo) dia subsequente ao da solicitação do resgate, fez, ao que parece, uma análise incompleta dos fatos, não tendo demonstrado cabalmente que tenha havido artificialismo na operação ou liberalidade.

O fato é que a autuante não juntou aos autos provas concretas e definitivas de ocorrência de irregularidade para beneficiar terceiros ou de anormalidade evidente da operação.

Aliás, a autuante nem ao menos explicou porque não aceitou a justificativa dada pela interessada durante a fiscalização, constante às fls. 21/23, segundo a qual ela teria se valido da quota do dia anterior, à luz do regulamento dos fundos de investimento, ainda que tivesse cometido uma falha operacional à época da operação, realizada no meio da crise da Rússia, implicando uma diferença da ordem de 1% entre os valores da quota de 28/08/1998 (8,65013094) e da quota praticada (8,58411998).

Vale lembrar que o agente do Fisco, ao lavrar um auto de infração deve se basear sempre em provas indiscutíveis da ocorrência da infração, não podendo deixar de levar em conta todas as circunstâncias relacionadas aos fatos apurados. Especialmente quando se trata de glosa de despesa alegadamente desnecessária, ele deve explicitar as razões para a glosa, e, sendo o caso, para a rejeição por ele das justificativas dadas pelo contribuinte.

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

Deste modo, observando-se que os fatos levantados pela autuante para considerar desnecessária a despesa glosada referente ao resgate do **Fiex Emerging Market** revelam-se insuficientes para imputar à interessada a infração de despesa indedutível, não pode prevalecer a glosa da despesa considerada desnecessária correspondente ao resgate relativo ao **Fiex Emerging Market**.”

A decisão *a quo*, no particular, não merece qualquer reparo de nossa parte, eis que respaldada em fundamentos jurídicos em perfeita consonância com os dispositivos legais que cuidam da dedutibilidade de despesas e com as normas insertas na legislação que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, em especial àquelas que impõem às autoridades administrativas o dever de comprovar a ocorrência das infrações que fundamentam o lançamento de ofício.

De igual modo, considero acertada a decisão na parte que excluiu a cobrança da multa isolada, haja vista os inatacáveis fundamentos adotados no ato decisório e sintetizados em sua ementa, no sentido de que:

“MULTA DE OFÍCIO GENÉRICA E ISOLADA – CONCOMITÂNCIA
– Incabível a aplicação da multa isolada, quando já exigida a penalidade específica incidente sobre o tributo apurado através de lançamento de ofício.”

Nesta conformidade, e considerando que a decisão, na parte submetida ao reexame necessário foi proferida de acordo com a lei e com a evidência das provas, nego provimento ao recurso de ofício.

Na seqüência, passo ao exame do recurso voluntário. Registre-se a preliminar de decadência, invocada pelo contribuinte, para rechaçar o procedimento fiscal de glosar, em 19 de dezembro de 2003, data da autuação, perdas experimentadas em transações no mercado de renda variável (venda de opções de swap cambial da série wave) passada em 26/10/1998, que embora procedente, não a apreciaremos, tendo em vista que o mérito é favorável à Recorrente, e por outro lado, em obediência ao disposto no artigo 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93, que dispõe:

“Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

No tocante ao mérito, apesar concordar inteiramente com a parte da decisão objeto do recurso de ofício, entendo que merece ser reformada a parte que manteve a glosa da perda resultante da venda de opções de swap cambial do tipo wave, contestada no Recurso Voluntário.



No particular, verifica-se que os ilustres julgadores da 10ª Turma da DRJ/RJ, esforçaram-se ao máximo, para manter o lançamento procedido a esse título, chegando às raias de quase alterar o fundamento jurídico do lançamento, consoante se infere dos fundamentos do ato decisório a seguir transcritos, *ad litteram*:

“Wave seria uma opção de compra oferecida pelo antigo Banco Bozano Simonsen S/A que permitia a seu detentor o direito de contratar um *swap* numa data futura com características que envolviam taxas pré-fixadas numa ponta e variação cambial com juros de mora na outra.

Como se depreende da leitura dos autos, a autuante teve acesso a todas as operações envolvendo o produto wave no período de 19/11/1997 a 29/12/1999, realizadas entre o Banco Bozano e seus clientes. Entre as 91 operações de aplicações e resgates que se deram no dia 26/10/1998 entre o banco e seus clientes, uma delas, efetuada entre o Banco Santander e a interessada, chamou particularmente a sua atenção, a ponto de glosar o prejuízo verificado na operação realizada entre a interessada e o Banco, que faziam parte do mesmo grupo de empresas, o valor da quota de resgate destoava muitíssimo dos valores de quota das demais operações ocorridas à época.

A conclusão da autuante foi no sentido de que “a operação realizada no dia 26/10/1998 teve um único propósito, que foi de gerar resultado negativo na Fiscalizada (fls. 107)”. O motivo foi a discrepância inexplicada pela interessada do valor da quota de resgate da operação. Sendo assim, com base no art. 242 do RIR/1994, ela entendeu que a despesa correspondente ao resultado negativo não seria necessária para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

Cabe, no caso, examinar se tal valor é dedutível ou não para fins de apuração do lucro real, ou seja, se o prejuízo deduzido pela interessada atenderia aos requisitos que devem ter as despesas operacionais, nos termos do art. 242 do RIR/1994, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 11 de janeiro de 1994.

Vale, neste ponto, esclarecer que, ao contrário do que a interessada supõe, as despesas dedutíveis por qualquer empresa, seja industrial, comercial ou financeira, são aquelas denominadas operacionais.

Assim, as empresas de *leasing*, como instituições financeiras e dentro de suas peculiaridades, têm como dedutíveis determinadas despesas operacionais, que podem obviamente diferir das despesas operacionais de uma indústria, por exemplo.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o art. 242 é sim aplicável às empresas de leasing. Vale, aliás, destacar que o art. 818 insere-

se no capítulo II do livro IV do RIR/1994, que trata da tributação definitiva e não regula a dedutibilidade de despesas.

A argumentação da interessada vai muito no sentido de que a autuante teria glosado uma despesa financeira a despeito de ela ser instituição financeira e que isso não estaria correto uma vez que a despesa financeira seria inerente à suas atividades.

Contudo, a glosa não se deu em face da natureza da despesa ou pela expressão de seu valor, mas sim pelas circunstâncias em que ela se deu. Ou seja, a autuante viu na operação a característica da inusualidade, com vistas a gerar prejuízo para a interessada.

É evidente que uma despesa financeira, ocorrida dentro da normalidade, seria, em princípio, dedutível para uma empresa de leasing. Contudo, uma despesa financeira incorrida em circunstâncias anormais pode não ser.

.....*omissis*.....

Observa-se no documento de fls. 40/42 que não há explicação convincente para a adoção de valor de quota tão mais baixo para aquela operação do que o adotado em relação às demais operações efetuadas na mesma época. Da mesma forma, a explicação trazida pela interessada na fase impugnatória não justifica o valor tão baixo da quota.

Se a interessada se valia, como afirma, de determinado modelo para apreçamento de opções de *swap*, ela não poderia encontrar uma determinada operação tão destoante das demais operações efetuadas no mesmo período (cerca de 27%).

Ademais, sua alegação de que possuiria naquele ano financiamentos obtidos em moeda estrangeira não explica, por si só, a diferença gritante do valor da quota.

Dessa forma, verifica-se que a interessada não logrou explicar efetivamente porque o valor da quota de resgate da operação em análise foi tão baixo.

O art. 242 do RIR/1994, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 11 de janeiro de 1994, admite como dedutíveis as despesas operacionais que sejam "necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora". Os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo dispõem que "são necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa" e que "as despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa".

.....*omissis*.....

Neste sentido, pode-se afirmar que muitas despesas revelam-se necessárias porque interessam à empresa, por razões estratégicas, econômicas, jurídicas ou sociais simplesmente.

.....*omissis*.....

Assim, uma despesa financeira decorrente de um investimento mal sucedido em condições normais, em princípio, poderia se inserir nesse contexto, não cabendo ao Fisco efetuar análise sobre a conveniência ou não de determinada empresa realizar algum investimento. Entretanto, essa não poderia ser a postura do Fisco diante de operações em condições anormais, que apontem para a geração de prejuízos artificiais ou para o favorecimento à empresa ligada, neste último caso por caracterizar liberalidade em detrimento da própria empresa.

.....*omissis*.....

No caso presente, verificada a condição anormal da operação com a empresa ligada, o prejuízo nela apurado há que ser considerado indedutível para fins de apuração do lucro real, por não corresponder aos requisitos de necessidade, usualidade e normalidade de despesa, aludidos no art. 242 do RIR/1994.

Quanto à sua alegação de que a autuante teria sido contraditória na página 6 do Termo de Verificação Fiscal (fls. 108) ao afirmar que “restou comprovado pelo contribuinte que as perdas decorreram de variações nas condições de mercado que as justificassem”, é verdade que tal afirmação causa estranheza à vista das demais assertivas da autuante.

Entretanto, constata-se que a frase reproduzida não combina com o restante texto em que ela se insere no Termo de Verificação. Ela só faz sentido se imaginarmos que, por um erro de digitação, a autuante omitiu a palavra “não” e que, na verdade, ela queria dizer: “Porém, não restou comprovado pelo contribuinte que as perdas decorreram de variações nas condições de mercado que as justificassem”. Parece ser esta a explicação para a aparente contradição, pois logo em seguida, a autuante ponderou: “dessa forma, os argumentos apresentados à Fiscalização não impedem que se faça cumprir a legislação fiscal vigente mencionada”. Como se vê, a inclusão da palavra “não”, que parece ter sido omitida imprópriamente, deixa o texto coerente.

É indevida a afirmação da interessada no sentido de que a autuante teria admitido, ao questionar o montante das despesas com a operação, que elas seriam operacionais e, ao mesmo tempo, teria considerado que elas não seriam operacionais. Cabe observar que a autuante não está questionando o montante das despesas, mas a sua desnecessidade, em face de a interessada ter efetuado operação financeira junto a empresa do mesmo grupo com um valor de quota muito abaixo do praticado pelo mercado.

Da mesma forma, não pode ser aceita a argumentação da interessada no sentido de que a autuante deveria ter considerado os lucros nas operações de *swap* (levando em conta que os ganhos ou prejuízos seriam inerente às suas atividades), uma vez que a autuação não trata de um determinado prejuízo normal em uma operação financeira, mas sim de um prejuízo apurado fora do contexto

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

normal se comparada a operação com as demais realizadas no período. (...)

"Quanto à argumentação da interessada no sentido de que, de acordo com o inc. X do art. 249 do RIR/99, deveriam ser adicionados ao lucro líquido apenas as perdas que excedessem os ganhos em operações de renda variável e de *swap*, cabe observar que o dispositivo tem como matriz legal o art. 76, § 4º da Lei nº 8.981/1995, que trata do IRRF. Ademais, de acordo com o art. 2º da IN SRF nº 7, de 03/02/1999, o disposto no referido inciso X do art. 249 do RIR/1999 não se aplica às perdas incorridas nas operações de cobertura.

.....*omissis*.....

Deste modo, fica sem sentido a argumentação da interessada no sentido de adição ao lucro líquido apenas das perdas que excederem os ganhos.

Da mesma forma, equivoca-se a interessada ao alegar que a autuante teria desconsiderado resultados positivos e se preocupado apenas com o negativo. Na verdade, há que se imaginar que os resultados positivos já teriam sido registrados pela interessada, da mesma forma que o referido prejuízo havia sido registrado como despesa. A diferença é que o aludido valor negativo não poderia ter sido deduzido como despesa e, por isso, deve ser tributado de ofício. (...)."

Em que pese todo esse esforço, entendo que, longe de conseguirem seu intento, tornaram mais inconsistente, ainda, a exigência em questão, pelos motivos que passo a expor.

Primeiramente, no que respeita a alegada alteração do critério jurídico do lançamento em que teria incorrido a decisão recorrida, entendo que, apesar dos julgadores *a quo* acrescentarem novos fundamentos àqueles invocados pela autuante, tal acréscimo, a rigor, não chega a representar uma alteração do critério jurídico do lançamento propriamente dito.

Em verdade, o fundamento da glosa da perda ocorrida na operação de renda variável, representada pela venda de opções de *swap* cambial do tipo *Wave*, nos termos descritos pela autuante, decorreu do seu entendimento de que a mesma não seria necessária às atividades da recorrente. Logicamente, a disparidade do valor da quota de resgate adotada na única operação glosada, influenciou a conclusão fiscal.

Portanto, a glosa levou em consideração, não só a natureza da perda, como também a expressão de seu valor, o que faz cair por terra a afirmativa dos julgadores recorridos no sentido de que "a glosa não se deu em face da natureza da despesa ou pela expressão de seu valor, mas sim pelas circunstâncias em que ela se deu. Ou seja, a autuante viu na operação a característica da inusualidade, com vistas a gerar prejuízo para a interessada". Aliás, esta foi uma das afirmativas consubstanciadas na decisão que levou a Recorrente a arguir inovação dos fundamentos da decisão. Contu-

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

do, apesar de improcedente, não a considero suficiente para caracterizar alteração do critério jurídico do lançamento.

Este, porém, não foi o único fundamento da decisão que levou a Recorrente a entender que ocorreu alteração do critério jurídico. Em outro trecho (fls. 18 do ato decisório) os ilustres julgadores recorridos fazem um verdadeiro exercício de imaginação para dar sentido a afirmativas contraditórias consubstanciadas no Termo de Verificação, chegando ao cúmulo de introduzirem termo inexistente, *verbis*:

“Quanto à sua alegação de que a autuante teria sido contraditória na página 6 do Termo de Verificação Fiscal (fls. 108) ao afirmar que “restou comprovado pelo contribuinte que as perdas decorreram de variações nas condições de mercado que as justificassem”, é verdade que tal afirmação causa estranheza à vista das demais assertivas da autuante.”

Entretanto, constata-se que a frase reproduzida não combina com o restante texto em que ela se insere no Termo de Verificação. Ela só faz sentido se imaginarmos que, por um erro de digitação, a autuante omitiu a palavra “não” e que, na verdade, ela queria dizer: “Porém, não restou comprovado pelo contribuinte que as perdas decorreram de variações nas condições de mercado que as justificassem”. Parece ser esta a explicação para a aparente contradição, pois logo em seguida, a autuante ponderou: “dessa forma, os argumentos apresentados à Fiscalização não impedem que se faça cumprir a legislação fiscal vigente mencionada”. Como se vê, a inclusão da palavra “não”, que parece ter sido omitida impropriamente, deixa o texto coerente.

Em agindo assim, sem dúvida, os doutos julgadores *a quo*, extrapolararam sua competência, que está adstrita ao julgamento dos fatos tais quais descritos nos atos e termos que integram os autos. Nem mesmo afirmativas fiscais contraditórias justificam a inserção de termos e expressões inexistentes.

Por último, não se pode olvidar que, qualquer alteração exigiria o retorno dos autos à DEINF/RJ, para aperfeiçoamento do lançamento, mas nunca nos moldes em que foi feito, ou seja, no corpo da decisão, eis que os julgadores das DRJ's não tem competência para inovar na fundamentação dos lançamentos, ainda que seja mediante simples inserção de expressão que não figura nos atos lavrados pela autuante, com o propósito de dar consistência às suas conclusões.

De qualquer sorte, entendo que todas essas falhas e acréscimo de argumentos introduzidos na decisão recorrida não têm nenhuma influência no deslinde do litígio instaurado contra a parcela do crédito tributário remanescente. Assim, passo ao exame dos fundamentos invocados pela Autuante para proceder à glosa da perda sob exame.

↑

Est

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

Consoante já ressaltado, a Auditora Fiscal considerou a perda havida em uma operação de renda variável, representada pela venda de opções de *swap* cambial do tipo *Wave*, passada em 26/10/1998, como despesa desnecessária, em razão de considerar discrepante o valor da quota de resgate adotada. Tal infração foi capitulada no art. 242 do RIR/1994.

Nas petições de defesa apresentadas a Recorrente refutou, de forma veemente, o enquadramento legal de pretensa infração, chegando, mesmo, a suscitar nulidade do lançamento em função de alegada incongruência entre os dispositivos legais evocados e a matéria objeto do lançamento. A seu ver as normas aplicáveis são aquelas preconizadas no artigo 249, inciso X, do RIR/1999, cuja matriz legal é a Lei nº 8.981/95, artigo 76, § 4º e o artigo 818 do RIR/1994.

Os julgadores *a quo*, contrariamente, entenderam que o dispositivo aplicável é o adotado pela autuante e que os demais, por cuidarem de tributação na fonte, não se aplicam à espécie.

No particular, considero que assiste razão à Recorrente quando afirma que os dispositivos específicos que cuidam da tributação do resultado das transações de renda variável – venda de opções de *swap* do tipo *wave*, são aqueles por ela invocados. O fato de referidas normas encontrarem-se no contexto da legislação que cuida da tributação na fonte não exclui sua aplicação ao caso sob exame, até porque, além de disporem sobre a tributação na fonte, como antecipação do devido na declaração, os mesmos cuidam, também, da influência desses resultados na apuração do lucro real. Tanto é assim que o art. 76, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.981/95 invocado pela Recorrente foi consolidado no Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 29/03/99, retificado em 17/06/99, em seus artigos 249, inciso X, e 250, parágrafo único, letra “e”, que tratam, exatamente, dos ajustes do lucro líquido para apuração do lucro real.

Para dirimir tal controvérsia, julgo oportuna a transcrição dos mencionados §§ 4º e 5º do artigo 76 da Lei nº 8.981/95, *verbis*:

“Art. 76.*omissis*.....”

§ 4º. Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, as perdas apuradas nas operações de que tratam os arts. 72 a 74 somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações previstas naqueles artigos.

§ 5º. Na hipótese do § 4º, a parcela das perdas adicionadas poderá, nos anos-calendário subsequentes, ser excluída na determinação do lucro real, até o limite correspondente à diferença positiva apurada em cada ano, entre os ganhos e perdas decorrentes das operações realizadas.”



Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

O artigo 74 referido no § 4º, cuida especificamente das operações de *swap*, objeto da glosa, o que torna indiscutível a sua aplicação ao caso sob exame. Não obstante, os ilustres julgadores *a quo* se esforçam em negar a sua aplicação, não só em razão da Lei nº 8.981/95 referir-se ao IRRF, como também por entenderem que o artigo 2º da IN SRF nº 7, de 03/02/1999, teria excluído a aplicação do mencionado § 4º às perdas incorridas nas operações de cobertura.

Procedendo a leitura atenta do aludido art. 2º da IN SRF nº 07, de 1999, não há como discordar da afirmativa contida às fls. 20 do recurso voluntário, no sentido de que *“a norma na qual se baseia a r. decisão para rejeitar os argumentos da Recorrente diz justamente o oposto do que a Administração Tributária pretendeu afirmar”*. De fato, o art. 2º do citado ato normativo, tal qual redigido, diz exatamente o contrário do entendimento esposado pelos ilustres julgadores recorridos, *ipsis literis*:

“Art. 2º. Não se aplica às perdas incorridas nas operações de cobertura, *hedge*, a limitação prevista no § 4º do art. 76 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1985”.

A única leitura compatível com os termos acima é que as perdas incorridas nas operações de cobertura, *hedge*, são dedutíveis em sua totalidade, sem qualquer limite. E o *swap*, conforme ensinamentos doutrinários, é uma forma de instrumentalização do *hedge*.

Com vistas a melhor elucidar as características das mencionadas operações, transcrevo, abaixo, noções conceituais das operações em comento (*hedge* e *swap*), contidas na obra “Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais, Ed. Dialética, 2ª edição, de autoria do renomado advogado Roberto Quiroga Mosquera:

“Com efeito, consideram-se **operações de *hedge*** as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preços ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica, ou ainda, quando se destinar à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

Waldírio Bulgarelli, ao dissertar sobre as **operações de *hedge*** afirma que ela representa uma operação de cobertura contra riscos das variações e oscilações dos preços. Como tal, esse tipo de operação procura proteger o investidor contra as abruptas oscilações que podem ocorrer no âmbito de suas atividades comerciais.

Na **operação de *hedge*** temos a figura da pessoa jurídica que transfere o risco e daquele que a suporta. Este é denominado “especulador”, aquele é chamado *hedger*. Ao realizar essa espécie de operação, o *hedger* procura extirpar por completo o risco de eventual oscilação de preços ou, ao menos amenizá-lo. Trata-se de ver-

dadeira operação de seguro. Seguro contra a volatilidade dos preços de mercado. (fls. 231/232 da citada obra).

.....*omissis*.....

“As **operações de swap** de moedas, de taxas de juros e de outros ativos financeiros (inclusive *commodities*), realizadas no mercado de capitais brasileiro entre as instituições financeiras e seus clientes, têm por finalidade permitir aos seus participantes uma gestão financeira mais eficaz, por intermédio da realização de proteção contra riscos de transformação de seus ativos e passivos sujeitos à variação monetária (futura) de natureza diversa.

Caracteriza-se a **operação de swap** como negócio jurídico por intermédio do qual as partes assumem a obrigação recíproca de realizar, em certa data no futuro, a troca de ativos financeiros de natureza diversa, de que são titulares na data da celebração do contrato, com a finalidade precípua de proteção em face de suas obrigações vincendas. (...)

Nesse sentido, determinada empresa que possui, por exemplo, obrigações/dívidas sujeitas a taxas de juros prefixados, mediante a contratação a **operação de swap** com uma instituição financeira em situação oposta (isto é, que possua receitas/créditos sujeitos a taxas de juros variáveis), ajusta a realização de uma troca recíproca de ativos financeiros, em certa data no futuro, o que lhes garante a realização de uma proteção em face das suas obrigações financeiras futuras.” (fl. 225 da obra citada)

Os conceitos acima denotam, à toda evidência, que ambas as operações destinam-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica, podendo-se afirmar que o *hedge* é o gênero e o *swap* é uma espécie das operações de cobertura, natureza hoje essa reconhecida pela própria legislação tributária – Lei nº 9.779, de 1999, art. 5º -, que preceitua:

“Art. 5º. Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, mesmo no caso das **operações de cobertura *hedge***, realizadas **por meio de operações de swap** e outras, nos mercados de derivativos.”

Assim, mister se faz concluir que as perdas das operações de *swap* do tipo *wave* realizadas pela Recorrente e glosadas pelo Fisco podem ser excluídas do lucro líquido para a apuração do lucro real, *ex vi* o disposto no artigo 76, § 4º, da Lei nº 8.981, de 1995. E mais, por corresponderem a operações de cobertura, natureza esta reconhecida na própria decisão recorrida, não se sujeitam ao limite estabelecido no referido dispositivo, ou seja, podem se deduzidas integralmente, independentemente dos ganhos auferidos naquelas ou noutras operações.

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

Ao que parece, a manutenção da glosa de tais perdas pela decisão recorrida resultou não só do equívoco na interpretação da orientação contida no § 2º da IN SRF nº 07, de 1999, como também por não atentar para o fato de que as operações de *swap* são uma forma de instrumentalização das operações de *hedge*. Certamente, se a natureza da operação tivesse sido levada em consideração, a decisão concluiria pelo cancelamento da exigência, tal qual concluiu ao examinar a glosa das perdas sofridas no resgate relativo ao **Fiex Emerging Market**, quando asseverou:

“Não se pode olvidar que a realização de aplicações financeiras pelas empresas faz parte do seu dia-a-dia e a obtenção de lucros ou prejuízos em operações de risco no mercado não podem ser consideradas estranhas à sua natureza, desde que tais operações se dêem dentro da normalidade. As operações de *hedge* não fogem a essa regra. Se uma empresa possui compromissos em moeda estrangeira é mesmo natural que faça *hedge*”.

Os argumentos e provas trazidos à colação pela Recorrente, demonstram que perdas experimentadas nas operações de *swap* do tipo *wave*, cuja glosa foi mantida decorreram dos mesmos motivos, quais sejam, no ano de 1998, a empresa possuía um considerável montante de passivo em dólar americano, sendo, portanto, plenamente justificável a realização de operações envolvendo derivativos cujos ativos subjacentes estavam vinculados à variação da moeda norte-americana, a fim de obter proteção contra oscilações bruscas e preservar sua solvabilidade.

Assim, não vejo qualquer motivo que justifique tratamento desigual para as perdas experimentadas naquele período, até porque, resultante do mesmo cenário. Nem mesmo a disparidade do valor da quota de resgate em relação a outras operações realizadas no mesmo dia justificaria a manutenção da glosa, até porque a autuante não provou, nem mesmo afirmou, a ocorrência de qualquer intuito doloso na operação.

Com efeito, a propósito da prova, convém reiterar os argumentos dos ilustres julgadores *a quo*, nos fundamentos do ato decisório na parte relativa ao recurso de ofício, *verbis*:

“O fato é que a autuante não juntou aos autos provas concretas e definitivas de ocorrência de irregularidade para beneficiar terceiros ou de anormalidade evidente da operação.

Aliás, a autuante nem ao menos explicou porque não aceitou a justificativa dada pela interessada durante a fiscalização, constante às fls. 21/23, segundo a qual ela teria se valido da quota do dia anterior, à luz do regulamento dos fundos de investimento, ainda que tivesse cometido uma falha operacional à época da operação, realizada no meio da crise da Rússia, (...)

Vale lembrar que o agente do Fisco, ao lavrar um auto de infração deve se basear sempre em provas indiscutíveis da ocorrência da

Processo nº. :19740.000663/2003-40

Acórdão nº. :101-94.851

infração, não podendo deixar de levar em conta todas as circunstâncias relacionadas aos fatos apurados. Especialmente quando se trata de glosa de despesa alegadamente desnecessária, ele deve explicitar as razões para a glosa, e, sendo o caso, para a rejeição por ele das justificativas dadas pelo contribuinte.

Deste modo, observando-se que os fatos levantados pela autuante para considerar desnecessária a despesa glosada referente ao resgate do **Fiex Emerging Market** revelam-se insuficientes para imputar à interessada a infração de despesa indedutível, não pode prevalecer a glosa da despesa considerada desnecessária correspondente ao resgate relativo ao **Fiex Emerging Market**."

Também em relação às perdas sofridas nas operações de *swap* do tipo *wave* os fatos levantados pela autuante para considerar desnecessária a perda glosada revelam-se insuficientes para imputar à Recorrente a infração de despesa indedutível, não podendo prevalecer, por isso mesmo a glosa da despesa considerada desnecessária a esse título.

Ainda que se examine a matéria à luz do artigo 242 do RIR/1994, a conclusão da Autuante, a meu ver, é de todo insustentável, posto que, não são as equações utilizadas ou o montante das perdas que traduzem a necessidade e usualidade das despesas (prejuízos), com vistas à definição de sua dedutibilidade ou não.

De outro lado, em se tratando de regras de mercado financeiro, sem dúvida este não é o forum mais habilitado para se discutir parâmetros de negociação de moedas e valores. Os Órgãos da Administração Tributária, especialmente, a Fiscalização e os Julgadores (de 1ª e 2ª Instâncias) têm por função, precípua, aplicar e interpretar as Leis Fiscais nos deslindes dos litígios instaurados em processos formalizadores de lançamentos de ofício, contra os contribuintes, na área dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Como as leis tributárias não cuidam de normas reguladoras do mercado financeiro, que é da competência exclusiva do Banco Central do Brasil, entendo que transcende à competência dos referidos Órgãos a definição da melhor equação a ser aplicada na definição do valor da quota de resgate na operação questionada.

Nesta linha de raciocínio, forçoso é concluir que o resultado obtido nas operações de renda variável – venda de opções de *swap* cambial do tipo *wave* - ou quaisquer outras operações financeiras, não se constitui no fator determinante para definição da necessidade e usualidade da despesa, para fins de sua dedutibilidade ou não do lucro passível de tributação pelo Imposto de Renda, matéria esta tratada no artigo 242, e seus §§ 1º e 2º, do RIR/94, nos seguintes termos:



Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

"Art. 242. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506/64, art. 47).

§ 1º. São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506/64, art. 47, § 1º).

§ 2º. As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506/64, art. 47, § 2º).

Ora, sendo inquestionável que uma das principais atividades das instituições financeiras, categoria em que se enquadra a Recorrente, são as operações financeiras, aí incluídas as transações no mercado de renda variável, sem dúvida alguma, os resultados negativos gerados por esse tipo de negócio são dedutíveis do lucro líquido do exercício na determinação do lucro real.

A própria decisão recorrida admite que as perdas sofridas nessas operações em razão das mudanças no mercado, geralmente são aceitas como operacionais e, portanto, dedutíveis do lucro real. Contudo, no caso sob exame, considerou indedutível o prejuízo, não só pela alegada disparidade entre o valor da quota de resgate de um dos negócios realizados em 26/10/1998 em relação a outros realizados no mesmo dia, fato que lhe causou estranheza.

Quanto à escolha dos negócios, a opção é de inteira iniciativa da Recorrente, até porque tratando-se de empresa do ramo financeiro, é inegável que seu principal objetivo é a realização de negócios lucrativos, negócios esses que, excepcionalmente, podem resultar em prejuízos, em função das mudanças de regras vigentes no mercado.

Aliás, não vejo qualquer razão que justifique críticas ou ressalvas aos negócios realizados pela Recorrente, no período-base de 1998, eis que, considerando o conjunto das transações feitas, englobando especificamente as operações com opções de swap do tipo wave, o resultado foi positivo, conforme demonstrado no quadro a seguir reproduzido:

DEMONSTRATIVO DOS RESULTADOS MENSAIS COM OPÇÕES DE SWAP (wave)

MÊS	SALDO ANTERIOR (R\$)	MOVIMENTO DO MÊS (R\$)	SALDO DO MÊS (R\$)	SALDO ACUMULADO (R\$)
JAN/98		21.499,51	21.499,51	21.499,51
FEV/98	21.499,51	261.395,78	23.282.895,29	23.282.895,29
MAR/98	23.282.895,29	822.829,01	24.105.724,30	24.105.724,30
ABR/98	24.105.724,30	54.479,38	24.160.203,68	24.160.203,68
MAI/98	24.160.203,68	41.957,01	24.202.160,69	24.202.160,69
JUN/98	24.202.160,69	436.215,30	24.638.375,99	24.638.375,99
JUL/98		706.130,76	706.130,76	25.344.506,75

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

AGO/98	706.130,76	6.173.171,38	6.879.302,14	31.517.678,13
SET/98	6.879.302,14	469.382,43	7.348.684,57	31.987.060,56
OUT/98	7.348.684,57	(29.023.625,58)	(21.674.941,01)	2.963.434,98
NOV/98	(21.674.941,01)	1.494.133,01	(20.180.808,00)	4.457.567,99
DEZ/98	(20.180.808,00)	18.537.380,95	(1.643.427,05)	22.994.948,94

RESULTADO ACUMULADO DO ANO DE 1998:

R\$ 22.994.948,94

O quadro acima nos demonstra que tem razão a Recorrente quando afirma que a Auditora Fiscal agiu com parcialidade ao examinar as operações com opções de swap do tipo wave no período-base autuado (1998), pois só levou em consideração o único mês que apresentou resultado negativo, deixando de lado todas as demais operações da mesma natureza realizada nos outros meses, as quais, sem exceção, foram todas lucrativas, inclusive, o resultado acumulado do período, que foi positivo em R\$ 22.994.948,94.

Em agindo assim, sem dúvida, o ilustre autuante afrontou flagrantemente o disposto no § 4º do artigo 76, da Lei nº 8.981, de 1995, que admite a exclusão das apuradas nas operações de swap, na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos nas mesmas operações, o que resultaria em admitir o valor total da perda experimentada no mês de outubro, vez que o resultado acumulado do período-base de 1998 foi positivo, conforme demonstrado no quadro acima.

Além de deixar de observar referida norma, a autuante não considerou os dispositivos legais que regem a escrituração contábil, como também os princípios de consistência e coerência que devem nortear a apuração das irregularidades e quantificação da matéria tributável, os quais são no sentido de que a verificação seja feita no resultado global da empresa. Isto porque, a própria definição do lucro tributável pelo Imposto de Renda compreende o resultado de todas as operações realizadas, em seu nome, em nome de terceiros, e em todos os estabelecimentos e filiais da pessoa jurídica, consoante se infere das normas consolidadas no RIR/94 nos artigos a seguir transcritos:

“Art. 193. Lucro real é o lucro líquido do período-base ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Regulamento (DL nº 1.598/77, art. 6º).

§ 1º. A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período-base com observância das disposições das leis comerciais, inclusive no que se refere ao cálculo da correção monetária das demonstrações financeiras e à constituição da provisão para o imposto de renda (Lei nº 7.450/85, art. 18).

.....*omissis*.....

Art. 194. O lucro líquido do período-base é a soma algébrica do lucro operacional (Capítulo V), dos resultados não operacionais (Capítulo VII), do saldo da correção monetária (Capítulo VIII) e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-lei nº 1.598, art. 6º, § 1º, e Leis nºs 7.450/85, art. 18, e 7.799/89, art. 4º, IV).”

.....*omissis*.....

Art. 197. A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 7º).

Parágrafo único. A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, bem como os resultados apurados em sua atividade no território nacional (Lei nº 2.354/54, art. 2º).

Nos termos em que estão redigidos, os dispositivos legais supra deixam claro que, para fins de determinação do lucro real, base de cálculo do imposto de renda, os resultados deverão englobar todas as operações da pessoa jurídica – operacionais e não operacionais –, resultem elas em lucros ou prejuízos, tanto que o lucro líquido fala em soma algébrica dos diversos valores que o integram, valendo notar que os artigos 249 e 250 do RIR/99, que cuidam dos ajustes do lucro líquido para a apuração do lucro real, consolidam o preceito contido no artigo 76, §§ 4º e 5º da Lei nº 8.981/95, no sentido de autorizar a exclusão das perdas havidas nas operações de *swap* até o limite dos ganhos obtidos nas referidas operações.

Por isso mesmo, não se pode admitir, que o Fisco, na apuração de eventual irregularidade, proceda parcialmente, ou seja, de modo estanque, isto é, levando em consideração somente os resultados negativos e desconsiderando os lucros obtidos nas mesmas operações, como ocorreu no presente caso.

De todo o exposto, considero insustentável a exigência resultante da glosa dos prejuízos experimentados em transações no mercado de renda variável (venda de opções de *swap* cambial da série *wave*), nos termos em que foi formulada, pois, como visto:

a) tratando-se de instituição financeira, as operações que resultaram no prejuízo glosado, são necessárias e usuais ao ramo de atividade, portanto, dedutíveis do lucro real;

b) a dedutibilidade da perda havida nesse tipo de operação é autorizada, expressamente, no artigo 76, § 4º, da Lei nº 8.981, de 1995, ao estabelecer que as perdas apuradas nas operações de que tratam os arts. 72 a 74 (aí incluídas as operações de *swap* do tipo *wave*), são dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações previstas naqueles artigos;

c) eventual disparidade do valor da quota de resgate utilizado na operação em relação a outras realizadas no mesmo dia, *de per se*, é insuficiente para justificar a manutenção da glosa, até porque a autuante não provou, nem mesmo afirmou, a ocorrência de qualquer intuito doloso na operação.

d) na apuração da alegada irregularidade, o Fisco agiu de modo parcial, ao examinar as operações com opções de *swap* do tipo *wave* no período-base autuado (1998), pois só levou em consideração o único mês que apresentou resultado negativo, deixando de lado todas as demais operações da mesma natureza realizada nos outros meses, as quais, sem exceção, foram todas lucrativas.

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

vas, inclusive, o resultado acumulado do período, que foi positivo em R\$22.994.948,94, circunstância essa que possibilitaria à Recorrente a dedução do valor total das perdas havidas, *ex vi* o disposto no artigo 76, § 4º, da Lei nº 8.981, de 1995.

Quanto à penalidade de ofício, ante a fundamentação anteriormente levantada, ocioso manifestação sobre sua exigibilidade. Mesmo porque, como antes mencionado, a recorrente foi autuada em sua sucessora. A jurisprudência quer emanada do Poder Judiciário, quer administrativa, deste Primeiro Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a exemplo da reproduzida na peça recursal, é copiosa no sentido da não incidência de penalidades de ofício, vem como multas isoladas, nas situações que se enquadrem no artigo 133 do CTN, *verbis*:

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma individual, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato.”

Com vistas a corroborar tal assertiva, considero oportuno transcrever ementas de algumas das inúmeras decisões proferidas por este E. Primeiro Conselho de Contribuintes, e também pela C. Câmara Superior de Recursos Fiscais sobre o tema, *ad litteram*:

“IRPJ – SUCESSÃO – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – MULTAS – A aquisição de estabelecimento comercial e a continuação da exploração do negócio, mesmo que razão social diversa, acarreta a responsabilidade integral do adquirente pelos tributos devidos pelo alienante. Contudo, não responde o sucessor pela multa de natureza fiscal que deva ser aplicada em infração cometida pela pessoa jurídica sucedida. Inteligência do art. 133 da Lei nº 5.172, de 1996.” (Ac. 1º CC Ac. nº 103-20.948, de 19/06/2000)

“MULTA DE OFÍCIO. SUCESSÃO. A responsabilidade do sucessor cinge-se aos tributos não pagos pelo antecessor, não abrangendo as multas punitivas a teor do art. 133 do Código Tributário Nacional.” (Ac. CSRF/01-02.207, de 07/07/97)

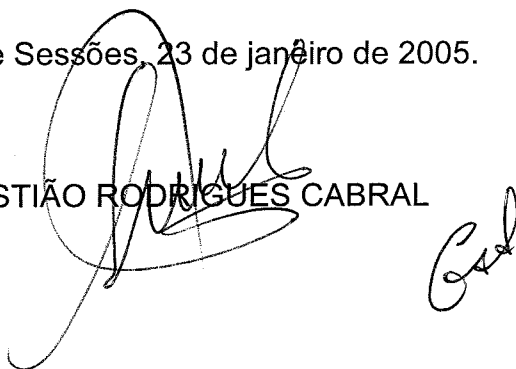
Por fim, no que se relaciona às exigências de ofício da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL, lançada por reflexo daquele referente ao imposto de renda de pessoa jurídica, independentemente de quaisquer outras considerações, igualmente ratifico a remansosa jurisprudência administrativa no sentido de que, em lançamento tomado por reflexividade, à falta de elemento relevante, aplica-se o *decisum* do lançamento dito matriz ou principal.

Processo nº. :19740.000663/2003-40
Acórdão nº. :101-94.851

No rastro dessas considerações, voto no sentido negar provimento ao recurso de ofício e de dar provimento ao recurso voluntário.

Sala de Sessões, 23 de janeiro de 2005.

SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL

A large, stylized handwritten signature in black ink, which appears to be 'Sebastião', is written over the printed name. To the right of the main signature, there is a smaller, more compact handwritten mark that looks like 'Cabral'.