



Solução de Consulta nº 168 - Cosit

Data 26 de dezembro de 2016

Processo

Interessado

CNPJ/CPF

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

MERCADO DE LIQUIDAÇÃO FUTURA. SWAP. MERCADO DE Balcão. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

Na expressão “mercado de liquidação futura” utilizada pelo art. 32 da Lei nº 11.051, de 2004, estão compreendidas as operações de swap realizadas em mercado de balcão nos termos da Resolução Bacen nº 3.505, de 2007

Dispositivos Legais: Lei nº 11.051, de 2004, art. 32; IN RFB nº 575, de 2005, art. 1º; Resolução Bacen nº 3.505, de 2007.

Relatório

A interessada formula consulta acerca da aplicabilidade da regra inserta no art. 32 da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, às operações de swap realizadas com fins de hedge, nas hipóteses em que esses contratos são realizados ao amparo da Resolução nº 3.505, de 26 de outubro de 2007, do Banco Central do Brasil – Bacen.

02. Informa que, na consecução de seu objeto social, realiza operações de empréstimo junto a instituições financeiras no exterior, para captação de recursos necessários às suas atividades, o que resultaria em passivo em moeda estrangeira. A fim de se proteger do risco da variação cambial, celebraria também contratos de hedge com determinadas instituições financeiras atrelados aos referidos empréstimos internacionais que, deste modo, alongam-se de acordo com o tempo suficiente à quitação destes empréstimos.

03. Deste modo, haveria de um lado os instrumentos de hedge e, de outro, o instrumento financeiro em moeda estrangeira sujeito a variação cambial. As operações de hedge teriam como base contratos de swap registrados na CETIP S.A. Balcão Organizado de Ativos e Derivativos, descrita pela consultante como um mercado de balcão em que as operações são praticadas fora de ambiente de pregão, viva-voz ou eletrônico, com base em contratos bilaterais e parâmetros pactuados, tudo conforme prevê a Resolução Bacen nº 3.505, de 2007.

04. Explica que, pela realização desses contratos de hedge com base em contratos de swap “cetipados”, teria deixado de arcar com os encargos da variação cambial dos contratos de empréstimo em moeda estrangeira subjacentes aos contratos de hedge, justamente pela possibilidade de celebrar esses contratos de swap “com volume financeiro, prazo de vencimento, moeda e exatamente no mesmo momento da celebração dos contratos de empréstimo em moeda estrangeira (operação cujo risco se visa proteger), possibilitando que ambas as operações iniciem com a mesma taxa de câmbio vigente naquele momento”.

05. Em relação ao tratamento contábil conferido às operações, informa que adota a metodologia denominada “hedge accounting”, que consistiria em reconhecer as variações do instrumento de hedge com as oscilações do passivo protegido, ambas em regime de competência.

06. Quanto ao aspecto tributário, transcreve o art. 32, *caput*, da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, e o art. 30 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

07. Em relação ao primeiro, afirma que os resultados positivos ou negativos incorridos nos instrumentos de hedge somente devem ser reconhecidos por ocasião da liquidação do contrato (regime de caixa) e, em relação ao segundo, informa que fez opção por reconhecer as variações cambiais de seus direitos e obrigações pelo regime de competência. Antes dessa última informação, porém, aduz:

De feito, a Consulente não tem dúvidas quanto ao regime jurídico tributário aplicável às operações de hedge (swap) e seu respectivo contrato objeto (empréstimo).

08. Transcreve o art. 77 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, que, segundo sua leitura, “caracteriza o contrato de hedge como as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica e destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica”.

09. Apesar de entender que as captações de recursos que promove no exterior estão evidentemente ligadas às suas atividades operacionais, relata existir receio de que esta Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB confira ao conceito de “mercados de liquidação futura”, empregado pelo art. 32 da Lei nº 11.051, de 2004, uma interpretação diferente da adotada pela consulente, em razão da previsão em seus contratos de “pagamentos periódicos de juros e a quitação do principal ao final de determinado período, os quais extravasam a competência mensal e anual de contratação”.

10. Expõe as razões de sua preocupação nos seguintes termos:

É que os contratos de hedge com vencimento superior ao fim da competência mensal, poderiam ser, em tese, descaracterizados como tal, pela “possibilidade” da Consulente obter proteção cambial em ambiente de pregão, viva-voz ou eletrônico, ou seja, diretamente buscando Contrato Futuro de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar Comercial na BM&F BOVESPA, ao invés de contratar o hedge em mercado de balcão, com base em contratos bilaterais e parâmetros pactuados entre as partes, através das instituições financeiras mencionadas no art. 1º, da Resolução nº 3.505/2007, ou seja, mediante contratos de swap registrado na Cetip.

Em tempos de Dólar Americano referencialmente em alta em relação aos valores projetados pelo hedger na data da contratação, tal fato poderia caracterizar um “vantagem tributária”, na medida em que a opção pela contratação do hedge apresenta um “suposto benefício fiscal”, ante o fato de que a despesa financeira do contrato de empréstimo coberto é reconhecida pelo regime de competência e as receitas do contrato de hedge pelo regime de caixa, inobstante a realidade de que, sob a perspectiva financeira, a operação continue a denotar a neutralidade para qual foi contratada, ou seja, os dois lados, ativo e passivo, fazem parte de um todo, que não pode ser compreendido de forma segregada, e que por fim se eliminam.

*Não seria a hipótese, propriamente de desconsideração da contratação como hedge, **mas sim de questionamento da opção pela proteção cambial em mercado de balcão**, através de contrato de hedge com base em swap “Cetipado”, ao revés da proteção cambial mediante Contrato Futuro de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar Comercial diretamente em ambiente de pregão, viva-voz ou eletrônico, ou seja, da BM&F Bovespa, supostamente único “mercado futuro” propriamente dito existente no país; **por motivação meramente fiscal, qual seja; antecipação de despesa e postergação de receita.** (grifou-se)*

11. Apresenta as seguintes “premissas de fato” a serem consideradas:

i. O hedge para que seja total (também chamado de perfeito), deve conseguir eliminar completamente o risco cambial inerente ao contrato de empréstimo coberto.

ii. Não há na BM&F BOVESPA derivativo (Contrato Futuro de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar Comercial) que se adeque exatamente ao volume e prazo dos vencimentos das obrigações de empréstimo contratadas pela Consulente no exterior, o hedge perfeito é, pois, impossível por motivos de ordem lógica neste mercado.

iii. As Operações de Contrato Futuro realizadas na BM&F BOVESPA seguem padronização acentuada, o que não permitiria observar vencimentos em datas e volumes financeiros específicos demandados pela Consulente, conforme a característica dos instrumentos financeiros objetos do hedge, ou seja, não existem derivativos que se adequem em data de vencimento e volume financeiro ao que a Consulente necessita para proteção das variações cambiais dos contratos de empréstimo que tem no exterior.

iv. A prevalecer a posição da impossibilidade de proteção via hedge após o fim da competência, chegar-se-ia à absurda conclusão de que hedge cambial no Brasil só pode ser feito por quem tiver dívida de curto ou curtíssimo prazo. Quem tivesse uma dívida de prazo longo e fosse buscar a única proteção cambial disponível no mercado brasileiro estaria incorrendo em uma vantagem tributária.

12. Formula então os seguintes questionamentos:

As operações realizadas em mercados de liquidação futura, para efeito de caracterização do conceito da norma do art. 32, da Lei nº 11.051/2004, são aquelas realizadas exclusivamente através de ambiente de pregão, viva-voz ou eletrônico, ou seja, da BM&F Bovespa?

Os instrumentos de hedge em mercado de balcão, com base em contratos bilaterais e parâmetros pactuados entre as partes, através das instituições

financeiras mencionadas no art. 1º, da Resolução nº 3.505/2007, estão contidos no conjunto de operações realizadas em mercados de liquidação futura para efeito de subsunção do art. 32 da Lei nº 11.051/2004?

A opção pelo contrato de hedge em mercado de balcão, com base em contratos bilaterais e parâmetros pactuados entre as partes, através das instituições financeiras mencionadas no art. 1º, da Resolução nº 3.505/2007; ao revés da escolha de Contrato Futuro de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar Comercial em ambiente de pregão (BM&F BOVESPA), seja viva-voz ou eletrônico, caracteriza uma vantagem tributária?

A liquidação do contrato de hedge em data superior ao fim da competência em que foi contratado descaracteriza a operação como de hedge para proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica?

Fundamentos

11. O processo de consulta, que tem por base legal os arts. 46 a 58 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e os arts. 48 a 50 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e se encontra regulamentado pela Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, tem por objeto a “interpretação da legislação tributária federal”.

12. De acordo com Carlos Maximiliano:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. (Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 9)

13. A função da interpretação, portanto, é de revelar o conteúdo da norma, atividade que tem grande relevância quando esta se mostra imprecisa ou ambígua.

14. Interpretar, porém, não se confunde com aplicar, entendido este termo como a subsunção do fato à norma:

No Direito Tributário a aplicação era e por alguns ainda é vista como processo lógico de subsunção do fato à norma, desempenhando a interpretação o papel precedente de compreensão da norma. (Normas de interpretação e integração do direito tributário. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27)

15. Assim, embora no processo de consulta seja necessário demonstrar a existência de fato determinado (arts. 3º, § 2º, III, e IV, e 18, II, da IN RFB nº 1.396, de 2013), esta exigência está relacionada à demonstração da legitimidade para sua formulação, mas não afasta o fato de que a manifestação tem por objetivo apenas o de revelar o significado da norma interpretada, atividade que precede a sua aplicação.

16. Não parece ser esse o objetivo da consulente no caso em questão. Com efeito, chega a declarar expressamente que “não tem dúvidas quanto o regime jurídico tributário aplicável às operações de hedge (swap) e seu respectivo contrato objeto

(empréstimo)”. Além disso, ao manifestar sua dúvida, não aponta qualquer ambiguidade ou imprecisão da legislação tributária que dificulte sua interpretação, mas o temor de que a escolha feita por ela quanto ao instrumento de proteção (hedge) seja questionada em virtude de uma possível “vantagem tributária”.

17. Assim, aparentemente, ao manejar esse instrumento (processo de consulta), a consultante busca se proteger quanto à interpretação não da norma tributária, mas dos fatos concretos, por uma eventual fiscalização, que poderia entender que as operações realizadas tiveram por objetivo finalidades outras que não a efetiva proteção em relação aos riscos da variação cambial. Ocorre que esse não é o escopo do processo de consulta, conforme se evidenciou acima, de forma que não é possível nesta sede manifestação dessa natureza.

18. Apesar das advertências feitas nos itens 11 a 17 acima, em homenagem aos princípios da eficiência e da economia processual, os questionamentos apresentados pela consultante serão respondidos dentro daquilo que puder ser compreendido como interpretação da legislação tributária.

19. Nesse sentido, tem-se que os primeiros questionamentos foram vertidos nos seguintes termos:

As operações realizadas em mercados de liquidação futura, para efeito de caracterização do conceito da norma do art. 32, da Lei nº 11.051/2004, são aquelas realizadas exclusivamente através de ambiente de pregão, viva-voz ou eletrônico, ou seja, da BM&F Bovespa?

Os instrumentos de hedge em mercado de balcão, com base em contratos bilaterais e parâmetros pactuados entre as partes, através das instituições financeiras mencionadas no art. 1º, da Resolução nº 3.505/2007, estão contidos no conjunto de operações realizadas em mercados de liquidação futura para efeito de subsunção do art. 32 da Lei nº 11.051/2004?

20. Estas dúvidas estão circunscritas à compreensão da expressão “mercados de liquidação futura”, tal como utilizada pelo art. 32 da Lei nº 11.051, de 2004. O dispositivo em questão estabelece, *in verbis*:

*Art. 32. Para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas e da contribuição social sobre o lucro líquido, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, os resultados positivos ou negativos incorridos nas operações realizadas em **mercados de liquidação futura**, inclusive os sujeitos a ajustes de posições, serão reconhecidos por ocasião da liquidação do contrato, cessão ou encerramento da posição.*

§ 1º O resultado positivo ou negativo de que trata este artigo será constituído pela soma algébrica dos ajustes, no caso das operações a futuro sujeitas a essa especificação, e pelo rendimento, ganho ou perda, apurado na operação, nos demais casos.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se:

*I – no caso de **operações realizadas no mercado de balcão**, somente àquelas registradas nos termos da legislação vigente;*

II – em relação à pessoa física, aos ganhos líquidos auferidos em mercados de liquidação futura sujeitos a ajustes de posições, ficando mantidas para os demais mercados as regras previstas na legislação vigente. (grifou-se)

21. De acordo com o parágrafo segundo desse artigo, suas normas aplicam-se “no caso de operações realizadas no mercado de balcão, somente àquelas registradas nos termos da legislação vigente”. Ou seja, o próprio texto legal, ao fazer menção expressa às operações realizadas no mercado de balcão, evidencia não haver limitação de suas disposições às operações realizadas em ambiente de pregão.

22. Também a Instrução Normativa SRF nº 575, de 28 de novembro de 2005, que dispõe sobre os efeitos tributários nas operações realizadas em “mercados de liquidação futura”, não estabelece qualquer limitação nos termos que são sugeridos pela consulente:

Art. 1º Para efeito de determinação da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), os resultados positivos ou negativos incorridos nas operações realizadas em mercados de liquidação futura serão reconhecidos por ocasião da liquidação do contrato, inclusive nas hipóteses de cessão ou de encerramento antecipado da posição.

§ 1º No caso dos mercados futuros sujeitos a ajustes de posições, a base de cálculo do imposto e das contribuições de que trata o caput será constituída:

I - em relação ao IRPJ, pelo resultado da soma algébrica dos ajustes apurados a partir de 1º de janeiro de 2005 até a data da liquidação do contrato, mesmo no caso de posições abertas em período anterior;

II - em relação à CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins, pelo resultado de que trata o inciso I, observando-se que a data de início de apuração dos ajustes ocorrerá a partir de 1º de abril de 2005.

§ 2º Quando houver liquidação parcial das operações de que trata o § 1º, os ajustes serão considerados na proporção entre o número de contratos encerrados e a quantidade total detida pela pessoa jurídica.

§ 3º No caso de operações de swap, de opções, a termo e demais derivativos, a base de cálculo será constituída pelo rendimento ou ganho apurado por ocasião da liquidação do contrato, observado o disposto no § 4º.

§ 4º Na determinação da base de cálculo das contribuições de que trata o caput, as pessoas jurídicas referidas no art. 1º da Instrução Normativa SRF nº 334, de 23 de junho de 2003, deverão, no caso de operações de swap e a termo, reconhecer até 31 de março de 2005 receitas ou despesas de acordo com os critérios definidos no caput e incisos I e II do art. 3º da mesma Instrução Normativa, sendo o saldo apurado por ocasião da liquidação do contrato.

§ 5º No caso de operações de titularidade das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, o disposto neste artigo aplica-se somente aos fatos geradores ocorridos até 28 de fevereiro de 2006.

§ 6º As instituições de que trata o § 5º deverão apurar, em relação às operações referidas nos incisos I e II do caput do art. 110 da Lei nº 11.196, de 21 de

novembro de 2005, existentes em 28 de fevereiro de 2006, os resultados positivos ou negativos incorridos até essa data, e reconhecê-los por ocasião da liquidação do contrato.

23. Lembrando que o art. 32 da Lei nº 11.051, de 2004, estabelece para as operações realizadas no mercado de balcão a necessidade de que sejam registradas nos termos da legislação vigente, recorre-se à Resolução Bacen nº 3.505, de 26 de outubro de 2007, da qual se destaca:

Art. 1º Os bancos múltiplos, os bancos comerciais, as caixas econômicas, os bancos de investimento, os bancos de câmbio, as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários e as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários podem realizar, no mercado de balcão, no País, por conta própria e de terceiros, operações de swap, a termo e com opções, **passíveis de registro em mercados de balcão organizado ou em sistema administrado por bolsas de valores, bolsas de mercadorias e de futuros, por entidades de registro e de liquidação financeira de ativos devidamente autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários.**

Parágrafo único. Para os efeitos desta resolução, consideram-se realizadas em mercado de balcão as operações praticadas fora de ambiente de pregão, viva-voz ou eletrônico, com base em contratos bilaterais e parâmetros pactuados entre as partes.

(...)

Art. 6º As operações de que trata esta resolução **devem ser registradas em mercado ou em sistema referido no art. 1º.** (grifou-se)

24. Decorre dessa regulamentação, que é condição de regularidade das operações realizadas ao seu amparo o seu registro. Portanto, as operações regularmente realizadas com base na autorização contida na Resolução Bacen nº 3.505, de 2007, estão compreendidas no conceito de “mercado de liquidação futura” a que se refere o art. 32 da Lei nº 11.051, de 2007.

25. A terceira pergunta formulada pela consulente é:

A opção pelo contrato de hedge em mercado de balcão, com base em contratos bilaterais e parâmetros pactuados entre as partes, através das instituições financeiras mencionadas no art. 1º, da Resolução nº 3.505/2007; ao revés da escolha de Contrato Futuro de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar Comercial em ambiente de pregão (BM&F BOVESPA), seja viva-voz ou eletrônico, caracteriza uma vantagem tributária?

26. A expressão “vantagem tributária” que é utilizada de modo recorrente pela consulente não constitui um instituto jurídico com características e definição própria, de modo que não é possível definir seu conteúdo em atividade de interpretação da legislação tributária. Nesse aspecto, a consulta deve ser considerada ineficaz, com base no art. 18, XI e XIII, da IN RFB nº 1.396, de 2013.

27. O último questionamento, por sua vez, está assim redigido:

A liquidação do contrato de hedge em data superior ao fim da competência em que foi contratado descaracteriza a operação como de hedge para proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica?

28. A norma em questão (art. 32 da Lei nº 11.051, de 2004) autoriza que os resultados incorridos nas operações realizadas no mercado de liquidação futura sejam reconhecidos por ocasião da liquidação do contrato, cessão ou encerramento da posição. Se a aplicabilidade dessa regra estivesse condicionada à liquidação da operação no mesmo período de competência em que contratado, a norma perderia razão de ser, já que haveria necessariamente coincidência entre os reconhecimentos no regime de caixa e no regime de competência. Como a consultante não demonstrou qualquer ambiguidade ou deficiência da norma que justificasse a dúvida apresentada, também neste ponto sua consulta deve ser considerada ineficaz, agora com base no art. 18, XI da IN RFB nº 1.396, de 2013.

Conclusão

29. À vista do exposto e com base naquilo que se mostrou eficaz a consulta formulada, conclui-se que na expressão “mercado de liquidação futura” utilizada pelo art. 32 da Lei nº 11.051, de 2004, estão compreendidas as operações de swap realizadas em mercado de balcão nos termos da Resolução Bacen nº 3.505, de 2007.

Encaminhe-se à Cotir.

Assinado digitalmente
MARCO ANTONIO F. POSSETTI
Auditor-Fiscal da RFB
Chefe da Disit09

De acordo. À consideração do Coordenador-Geral da Cosit.

Assinado digitalmente
CLÁUDIA LÚCIA PIMENTEL MARTINS
Auditora-Fiscal da RFB
Coordenadora da Cotir

Ordem de Intimação

Aprovo a Solução de Consulta. Divulgue-se e publique-se nos termos do art. 27 da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013. Dê-se ciência à consultante.

Assinado digitalmente
FERNANDO MOMBELLI
Auditor-Fiscal da RFB
Coordenador-Geral da Cosit

