



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 10880.010616/00-49  
Recurso nº. : 123.264  
Matéria: : IRPJ, IRRF e CSLL – EXS: DE 1992 a 1995  
Recorrente : PARMALAT DO BRASIL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES  
LTDA.  
Recorrida : DRJ em São Paulo – SP.  
Sessão de : 18 de abril de 2001  
Acórdão nº. : 101-93.425

**NORMAS PROCESSUAIS- NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO-A** fase de investigação e formalização da exigência, que antecede à fase litigiosa do procedimento, é de natureza inquisitorial, não prosperando a arguição de nulidade do auto de infração por não observância do princípio do contraditório. Assim também a mesma arguição, quando fundada na alegação de falta de motivação do ato administrativo, que, de fato, não ocorreu.

**IRPJ**

**DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS- HEDGE-** Não havendo, na legislação aplicável à época, previsão para dedução das perdas em operações de *hedge* realizadas entre empresas no País, mantém-se a glosa.

**OMISSÃO DE RECEITAS FINANCEIRAS-** A alegação de mero engano na escrituração não elide a tributação de ganho financeiro não contabilizado, decorrente de aplicação efetuada e liquidada em nome do contribuinte

**DESPESAS COM TRIBUTOS- DEDUÇÃO EM PERÍODO POSTERIOR,** Segundo o mandamento do art. 6º, § 5º, do Decreto-lei 1.598/77, a postergação de despesa só constitui fundamento para lançamento do imposto se disso tiver resultado redução indevida do lucro real em qualquer período.

**GLOSA DE CUSTOS/DESPESAS-** Se no auto de infração não há clareza suficiente para atestar a correção do procedimento fiscal, cancela-se a exigência.

**OMISSÃO DE RECEITA - DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO CONTABILIZADO-** Caracteriza a hipótese de omissão de receitas a existência de depósito bancário não escriturado, se o contribuinte não conseguir elidir a presunção mediante a apresentação de justificativa e prova adequada à espécie.

**DESPESAS COM VIAGENS-** Se os comprovantes apresentados se referem a viagens efetuadas por pessoas que não pertencem ao quadro de funcionários da Recorrente, e não há qualquer prova de

*105*

que as viagens foram realizadas no interesse da empresa, mantém-se a glosa.

**MULTA POR ATRASO NA ENTREGA DA DECLARAÇÃO-** A multa por atraso na entrega da declaração de rendimentos não incide sobre os valores lançados de ofício.

**LANÇAMENTOS REFLEXOS-** Rendo em vista o a relação de causa e efeito, o decidido quanto ao IRPJ aplica-se aos lançamentos relativos ao IRRF e à Contribuição Social

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por PARMALAT DO BRASIL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e DAR provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
EDISON PEREIRA RODRIGUES  
PRESIDENTE

  
SANDRA MAIA FARONI  
RELATORA

FORMALIZADO EM: 25 MAI 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, KAZUKI SHIOBARA, RAUL PIMENTEL, CELSO ALVES FEITOSA e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL. Ausente, justificadamente, a Conselheira LINA MARIA VIEIRA.

Processo nº : 10880.010616/00-09  
Acórdão nº : 10193.425

3

Recurso nº : 123.264  
Recorrente : PARMALAT DO BRASIL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

## RELATÓRIO

Contra Parmalat do Brasil Administração e Participações Ltda. foram lavrados os autos de infração de fls. 04/08 (Imposto de Renda –Pessoa Jurídica), 23/24 e 31/32 (Imposto de Renda Retido na Fonte) e 33/36 (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), por meio dos quais são exigidos , respectivamente, IRPJ no valor de R\$ 1.832.896,10, IRRF no valor total de R\$ 2.490.566,67 e CSLL no valor de R\$ 1.207.837,53, montantes esses que compreendem, também, juros de mora e multa por lançamento de ofício.

As irregularidades apontadas como causa das exigências estão descritas nos Termos de Constatação numerados de 2 a 8 (fls. 101 a 131), que, resumidamente, indicam o seguinte:

- Termo de Constatação nº 2 (fls. 101/102)- Em 1993 e 1994 a empresa firmou vários “Instrumentos Particulares de Acordo de Partilha de Riscos Financeiros” – (“HEDGE”) com a STOCKER- COMERCIAL EXPORTADORA DE CAFÉ S.A. Tais contratos acabaram por provocar enormes prejuízos à PARMALAT. Como o contrato social desta empresa não contemplava esse tipo de operação, a autoridade fiscal “glosou” os valores dos prejuízos pelos seguintes motivos:
  - não foram necessários à manutenção das atividades da empresa;
  - os contratos constituem liberalidade da empresa;
  - os prejuízos não ficaram perfeitamente comprovados.
- Termo de Constatação nº 3 (fl.107) - A empresa omitiu, em 17/02/93, a receita operacional de Cr\$ 200.895.080,00. Originária de aplicação financeira em “Over Gold”. A operação consistiu na compra de determinada quantidade de ouro, em 16/03/93, por Cr\$ 14.500.000.000,00 e venda, em 17/02/93, por Cr\$ 14.700.895.080. Esta operação foi contabilizada indevidamente na conta “Mútuo da Coligada: YOLAT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA., omitindo-se, deste modo, a receita operacional,



- Termo de Constatação nº 4 (fl. 107)- A empresa efetuou, no ano de 1992, pagamento de despesas de aluguéis, condomínio e outras, relativos a imóveis ocupados por seus diretores, sem adicioná-los às folhas de pagamento, para sujeitá-los à retenção na fonte, visto caracterizarem “pagamentos a pessoas físicas vinculadas”. Foram glosados os respectivos valores.
- Termo de Constatação nº 5 (fl. 115)- A empresa efetuou, em contas representativas de custos e despesas, lançamentos que, de acordo com a legislação do Imposto de Renda, são indedutíveis. Todavia, não os adicionou ao lucro líquido para apuração do lucro real.
- Termo de Constatação nº 6 ( fl. 116)- A empresa deduziu, em 1992, despesas com passagens, hospedagens, etc., sem que haja comprovação através de relatórios de Viagem, canchotos de passagens, notas de hospedagens e outros comprovantes legais.
- Termo de Constatação nº 7 (fl. 121)- Em exame por amostragem nas contas de mútuo entre a Parmalat e suas controladas, a fiscalização identificou um lançamento contábil (R\$ 482.204,00, em 20/12/94) em favor de LACESA S.A. sem suporte documental, o qual foi considerado “suprimento de numerário”, servindo de base para lançamento de IRPJ e reflexos.
- Termo de Constatação nº 8 (fl. 131)- A empresa deixou de contabilizar um crédito em sua conta corrente junto ao Banco de Boston (em São Paulo), no valor de R\$ 2.882.700,00. Como justificativa, alega que tal quantia corresponde a um contrato de mútuo entre a Sociedade Esportiva Palmeiras e a Yolat Indústria e Comércio de Laticínio Ltda. Entretanto, a fiscalização o considerou omissão de receita.

A empresa impugnou as exigências arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa por falta de motivação, por não constarem do relatório do Auto de Infração impugnado as razões que levaram os auditores a concluir no sentido de que as irregularidades apontadas foram efetivamente cometidas pela Autuada . Diz, ainda, que a fiscalização não buscou a verdade dos fatos, concluindo por presunção ilegal de que teria cometido infrações à legislação do imposto de renda sem proceder à verificação de sua regularidade fiscal e sem abrir-lhe oportunidade para o desenvolvimento de procedimentos alternativos em busca da verdade material, o que implica em cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, em relação a cada Termo de Constatação alega, em síntese, o seguinte:

105

▪ Termo de Constatação nº 2 (Despesas não necessárias – HEDGE)-

Praticou negócio jurídico privado, regularmente celebrado, e cujos efeitos econômicos deveriam ser reconhecidos na apuração de seus resultados. Trata-se de operação corriqueira nos meios empresariais, conhecida como “*hedge*”, em nada ofendendo a legislação em vigor. A fiscalização não manifestou qualquer insurgência contra a qualidade e legitimidade dos documentos que lastrearam as operações, as quais objetivaram proteger o caixa da empresa contra oscilações futuras dos mercados financeiros. Qualquer operação financeira de proteção do caixa é essencial e umbelicalmente ligada ao desempenho das atividades operacionais da empresa. A lei tributária deve acolher o fato material (negócio jurídico privado) na sua significação jurídico-positiva, conforme os contornos que lhe foram traçados pelas partes, imputando-lhes os efeitos tributários próprios. A autuada assumiu validamente uma obrigação contratual que previa, em certas condições, um determinado pagamento, o qual não poderia ser desconsiderado. Se os negócios jurídicos são válidos; se os pagamentos decorreram de obrigações regularmente contratadas; se esses negócios visavam notoriamente a proteção do caixa da empresa, se a dedutibilidade é legítima, patente e inquestionável, a conclusão é pela improcedência da pretensão fiscal.

▪ Termo de Constatação nº 3- Omissão de Receitas Financeiras- “Over-Gold”

Trata-se de mero engano na escrituração contábil, decorrente de mútuo contratado com empresa subsidiária, a Yolat, incompatível de ser desconsiderado pela fiscalização, que fez prevalecer a forma sobre o fundo. O valor do rendimento auferido na aplicação “Over Gold”, efetuada em seu nome, foi declarado e oferecido à tributação pela Yolat.

▪ Termo de Constatação nº 4- Pagamentos a Pessoas Vinculadas

Reconhece a procedência da autuação.

▪ Termo de Constatação nº 5- Custos e Despesas não dedutíveis

Desconhece o motivo da glosa, pois os tributos pagos pela pessoa jurídica são sabidamente dedutíveis, e a glosa desses valores, bem como dos demais custos e despesas deveria ser exaustivamente motivada para viabilizar a impugnação.

▪ Termo de Constatação nº 6- Despesas e Encargos Não Necessários- Despesas com viagens-



A empresa é subsidiária de conglomerado europeu, sendo indispensável o constante fluxo intercontinental de seus colaboradores; além de possuir unidades espalhadas por diversos Estados brasileiros, dirige e controla, de seus escritórios em São Paulo, as operações do grupo em toda América do Sul, Austrália, Nova Zelândia e China, o que explica as constantes viagens de seus colaboradores. Assim, as despesas glosadas se referem a viagens e estadias relacionadas com o exercício das atividades que constituem o objeto da atividade social da empresa, caracterizando-se como despesas operacionais dedutíveis.

▪ Termo de Constatação nº 7- Omissão de Receitas- Suprimento de Numerário

Trata-se de lançamento vinculado a mútuo celebrado com uma de suas subsidiárias, regularmente contratado nos estritos termos das disposições normativas aplicáveis, feita inclusive por estratégia comercial e relacionada à gestão de seu caixa, distribuição e venda de seus produtos.

▪ Termo de Constatação nº 8- Depósitos Bancários não Contabilizados

Acosta os documentos de fls 181/188, indicando tratar-se de fluxo financeiro decorrente de contrato de mútuo celebrado entre a YOLAT e a Sociedade Esportiva Palmeiras. O Palmeiras, desejando efetuar pagamento parcial do mútuo e estando os recursos no exterior, por indicação da Parmalat Participações entregou a valor ao Banco de Boston das Bahamas, o qual o remeteu ao Brasil, efetuou o fechamento do câmbio e liberou a contrapartida em moeda nacional à Parmalat Participações, que o contabilizou como amortização parcial do mútuo contratado com a YOLAT.

Por solicitação da Delegacia de Julgamento, foi realizada diligência que resultou na Informação Fiscal de fls. 752/753, na qual o autuante esclareceu ter se equivocado ao elaborar o Termo de Redução de Prejuízos Fiscais. Esclarece, ainda, que o prejuízo do ano-base de 1988 não foi compensado pela fiscalização anterior (cópias dos autos às fls. 673/723) uma vez que o arbitramento do lucro a que procedeu não permitia a compensação de prejuízos, e submete a decisão de compensá-los ou não a uma análise da Delegacia de Julgamento. Afirma que as compensações de prejuízos indicadas no Auto de Infração objeto do presente litígio são corretas, e que os Termos de fls 131/133 deverão ser objeto de re-ratificação.

A autoridade julgadora não acolheu a preliminar de nulidade dos autos de infração e, quanto ao mérito, julgou parcialmente procedente a ação fiscal, excluindo da



matéria tributável o montante correspondente às despesas relativas ao Termo de Constatação nº 7 (Omissão de Receitas- Suprimento de Numerário).

Inconformada, a empresa recorre a este Conselho reiterando a preliminar de nulidade do auto de infração por ausência de motivação e falta de investigação da verdade material. Quanto ao mérito, em síntese, assim se manifestou;

- a) Termo de Constatação nº 2- Reeditou as razões apresentadas na impugnação, ressaltando que todo o raciocínio desenvolvido pela decisão recorrida, quanto a este item, parte da premissa de que não haveria motivação para a realização das operações que ensejaram os prejuízos glosados, refutando-se a própria natureza jurídica da operação de “hedge”. Reafirma que a operação consiste em proteção do caixa da empresa (no caso, buscava-se proteção contra eventual permanência da taxa de juros em patamares superiores à variação cambial), sendo essencial ao desempenho de suas atividades operacionais e sendo irrelevante a circunstância de constar ou não do contrato social da pessoa jurídica autorização expressa para prática dessas operações. Diz que o empresário tem plena liberdade de iniciativa econômica, regulando suas relações e conduzindo suas atividades da forma que lhe pareça mais conveniente, desde que respeitados os ditames da justiça social e dos demais princípios fixados na Constituição. ter ocorrido apenas descumprimento do regime mensal de apuração, porém tendo apurado prejuízo fiscal ao final do período-base, não existe lucro a ser oferecido à tributação. No mais, repete a argumentação trazida com a impugnação.
- b) Termo de Constatação nº 3- Reedita as explicações dadas com a impugnação ( de que teria ocorrido engano na escrituração da empresa, e que a fiscalização desprezou a real essência dos fatos econômicos fazendo prevalecer a forma sobre o fundo), acrescentando que a decisão recorrida refutou sumariamente suas alegações, sem fundamentar sem entendimento e sem nenhum embasamento em documento ou dispositivo legal que pudesse infirmar a prova produzida pela empresa.
- c) Termo de Constatação nº 5- A fiscalização considerou indedutíveis valores de tributos pagos( item 5 do auto de infração), e a decisão recorrida limitou-se a fazer referência ao art. 225 do RIR vigente, para sustentar que deveriam ter sido deduzidos segundo o regime de competência. Mas o fato é que no período de competência esses tributos não foram deduzidos, tendo-o sido a posteriori, pelo regime de caixa. A recorrente



apurou prejuízo fiscal ao final do período de apuração, razão porque, de toda a forma, não haveria lucro passível de tributação pelo imposto de renda. Tal circunstância não foi considerada pela fiscalização e pela decisão recorrida, prejudicando a defesa. Quanto às demais despesas e encargos considerados indedutíveis (item 6 do auto de infração), reafirma que houve cerceamento de defesa por falta de motivação do auto de infração, e que a decisão recorrida manteve a exigência sob o singelo argumento de que a empresa não acrescentou nada em sua peça impugnatória.

d) Termo de Constatação nº 6- Diz que a decisão foi praticamente imotivada e reitera as razões da impugnação .

e) Termo de Constatação nº 8- Reedita as razões da impugnação .

Requer, afinal, seja dado provimento ao recurso seja para (i) reconhecer a nulidade dos autos de infração em razão do procedimento arbitrário adotado pela fiscalização, (ii) converter o julgamento em diligência para que sejam supridas as irregularidades cometidas pela fiscalização, III reconhecer a improcedência das autuações.

Os recursos relativos aos lançamentos reflexivos apenas se reportam ao recurso do IRPJ.

É o relatório.





## VOTO

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

O recurso é tempestivo e se encontra acompanhado do liminar em mandado de segurança deferindo à impetrante o direito de interpô-lo sem se submeter ao depósito exigido com finalidade de garantia. Dele conheço.

A preliminar de nulidade dos autos de infração não merece acolhida. Realmente, em se tratando de ato administrativo, o lançamento pressupõe como requisito fundamental, a **motivação**. Porém essa motivação consta expressamente dos Termos de Constatação que embasam os autos de infração e nos quais está minuciosamente descrita a situação encontrada pela fiscalização, o tratamento legalmente previsto para o fato, e falta de correspondência entre ambos, ocasionando a exigência. Por outro lado, não procede a alegação de que houve falta de investigação da verdade material e que as autoridades administrativas não abriram oportunidade para desenvolvimento dos processos alternativos de busca dessa verdade. A fase de investigação e formalização da exigência, que antecede à fase litigiosa do procedimento, é de natureza inquisitorial traduzindo-se, conforme lição de Alberto Xavier <sup>1</sup>, por um regime de colaboração disciplinada na descoberta da verdade material. Ensina o Professor Xavier:

“Difícilmente se concebe, na verdade, que o lançamento tributário deva ser precedido de uma audiência prévia dos interessados. Duas razões desaconselham tal audiência: em primeiro lugar, o caráter estritamente vinculado do lançamento quanto ao seu conteúdo o que torna menos relevante a prévia ponderação de razões e interesses apresentados pelo particular do que nos atos discricionários; em segundo lugar, o fato de tratar-se de um ‘procedimento de massas’, dirigido a um amplo universo de destinatários e baseado em processos tecnológicos informáticos, tornaria praticamente inviável o desempenho da função, se submetida ao rito da prévia audiência individual.

Em matéria de lançamento tributário a garantia de ampla defesa não atua necessariamente pela via do direito de audiência prévia à prática do ato primário (*preterminatio hearing*), mas no ‘direito de

<sup>11</sup> Xavier, Alberto- Do Lançamento- Teoria geral do Ato do Procedimento e do Processo tributário- Forense, 2ª edição, 1997

105

recurso' deste mesmo ato, pelo qual o particular toma a iniciativa de uma impugnação em que seu direito de audiência assumirá força plena (*postterminatio hearing*).

Assim, a audiência, apesar de não ser 'prévia' à prática do ato primário (lançamento), ainda é 'prévia' no que respeita à decisão final da Administração fiscal tomada pelo órgão de julgamento no processo administrativo.

Com o direito de audiência prévia não deve confundir-se a participação do particular no procedimento administrativo, sob a forma de declarações e esclarecimentos, que não representam uma garantia de defesa, mas a realização de diligências instrutórias, no dever de colaboração para a descoberta da verdade material."

No presente caso, a fiscalização, procedeu ao exame dos livros e documentos da empresa, intimou-a a apresentar esclarecimentos e, a partir da análise do conjunto frente às disposições legais, constatou fatos que, a seu juízo, configuram infrações à legislação, minuciosamente descritas nos Termos de Constatação. Nenhum vício, pois, quer no procedimento fiscal, quer na formalização da exigência

Passo a apreciar as razões de mérito relativas a cada Termo de Constatação, registrando que o decidido se aplica a todos os lançamentos, na medida em que a matéria influiu na respectiva base de cálculo :

#### **Termo de Constatação nº 2-**

(Despesas não necessárias – HEDGE)

Argumenta a Recorrente que, tendo celebrado validamente obrigações contratuais que previam, sob certas condições, determinados pagamentos, não podem eles ser qualificados de liberalidade. Diz que esses negócios visavam a proteção da Caixa da empresa (operações de hedge), sendo legítima sua dedutibilidade.

As perdas inequivocamente caracterizáveis como despesas operacionais são dedutíveis, a menos que haja disposição expressa em sentido contrário na legislação tributária. No caso específico, cuida-se de efeitos tributários decorrentes de Instrumentos Particulares de Acordo de Partilha de Riscos Financeiros firmados pela Recorrente, que acabam por transferir perdas de uma empresa para outra. Tais perdas, decorrentes dos acordos particulares firmados, não se caracterizam, inequivocamente, como despesas operacionais. A legislação tributária (Lei 4.506/64, art. 47) utiliza como parâmetro para a definição de despesas operacionais o conceito de necessidade, conceito esse subjetivo. Assim, enquanto algumas despesas são intuitivamente reconhecíveis



como necessárias, outras demandam, para tal qualificação, maiores indagações. No caso das perdas decorrentes de acordos particulares mediante os quais uma empresa transfere para outra parte de suas despesas operacionais, a caracterização das perdas assumidas como despesa necessária demanda maiores reflexões.

Segundo Ricardo Mariz de Oliveira (Guia IOB Imposto de Renda Pessoa Jurídica):

“A regra geral de definição do lucro real baseado no lucro líquido, ou seja, contábil, é no sentido de que, em princípio, todos os dispêndios da empresa são dedutíveis.

A lei, não podendo prever uma a uma as inumeráveis atividades e espécies de gastos da empresa, parte da definição genérica de que todos os custos e todas as despesas são admitidos na apuração da base de cálculo do imposto de renda e estabelece as exceções para o cálculo do lucro tributável.

As exceções consistem (1) na não dedutibilidade, ou (2) na limitação do valor dedutível, ou (3) na subordinação da dedutibilidade ao preenchimento de certas condições. Excepcionalmente, também encontramos dispositivos relativos (1) ao momento em que o custo ou despesa pode ser debitado a lucros e perdas, ou (2) à opção para levar custos à despesa, ou (3) à dedução a título de incentivo fiscal.

.....  
A omissão da lei quanto a um tipo de custo ou despesa não quer dizer que seja ele indedutível.....”

Portanto, a definição das perdas de que se trata como dedutíveis exige uma análise aprofundada da legislação, não só quanto a ser possível considerar tais perdas como necessárias (usuais e normais), mas também quanto à eventual existência de previsão de indedutibilidade, de limitação do valor dedutível ou de subordinação da dedutibilidade ao preenchimento de certas condições.

Alega a Recorrente tratar-se de “operações de *hedge*”.

O “Hedge” se materializa por operações com ativos, consistindo numa tomada de posição no mercado a termo, aproximadamente igual, porém em sentido contrário, àquela que se detém à vista, no sentido de reduzir um risco. Com a prática do *hedge*, espera-se compensar o que sucede no mercado a vista com o que sucede no mercado a termo (uma perda a vista é contrabalançada com um ganho no mercado a termo e vice-versa).

Noé Winkler<sup>2</sup>, falando sobre *hedge*, comenta:

“É um sistema de proteção, de cobertura de risco, fruto da criatividade do mundo dos negócios e que, como distorção, agasalha atividades especulativas, de propósitos desaconselháveis.

<sup>2</sup> Imposto de Renda – Forense-Rio de Janeiro, 1997.

JCF

Acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais (01-0.316, de 11.04.83,...) nos dá um resumo da mecânica desse sistema. Transcrevemos trecho do voto do Relator, que se socorre de publicação especializada:

“Não é extensa a bibliografia, no Brasil, sobre o contrato de *hedging*.

“Pelo que contém de prático e objetivo, recorro ao ‘Manual de *Hedger*’, tradução de iniciativa de Banespa S.<sup>a</sup> Corretora de Câmbio e Títulos – correspondente de *Merrill Lynch International*.”

“Na prática, diversos fatores podem influir nessa cobertura de risco tornando-a incompleta, de modo a não proteger contra pequenos riscos resultantes das diferenças entre os preços a vista e a termo”

“Trata-se, fundamentalmente, de negócios a termo. Nas bolsas de mercadorias, inicialmente, compravam-se e vendiam-se mercadorias à vista, a dinheiro. Passou-se, em seguida, aos negócios para entrega futura, e, daí, para a compra de contratos a termo.”

“As transações nas bolsas de mercadorias são feitas através de contratos específicos. Cada um deles estipula não só o tipo de produto envolvido, mas também o mês em que deva ser entregue. Cada contrato inclui também uma quantidade padronizada de mercadoria envolvida.”

“Raramente uma mercadoria que é objeto de um contrato a termo é entregue ou movimentada fisicamente. Em vez disso os *warrants* ou outros documentos representativos dos direitos dos vendedores é que são enviados aos compradores.”

“Conforme já se assinalou, o objetivo do mercado a termo não é entregar ou receber efetivamente as mercadorias. Seu objetivo é a prevenção contra os riscos provenientes da variação de preços.”

“Geralmente, para liquidar um contrato através do qual determinada quantidade de certa mercadoria é adquirida, o comprador apenas vende, em Bolsa, um contrato de quantidade e mês equivalente ao anterior”.

“Para se contrapor a um contrato de venda de um produto, é suficiente que o vendedor simplesmente compre na Bolsa um contrato de características idênticas. Esta negociação nos dois sentidos liquida amplamente a posição do negociante na transação”.

“Uma vez que os contratos a termo são um instrumento para o negociante, representativos de transações que serão devidas no futuro e não no presente – a não ser que sejam liquidadas antecipadamente – podem ser comprados e vendidos independentemente de o *hedger* possuir a mercadoria ou de realmente a pretender. Isto torna o mercado a termo acessível aos especuladores, uma vez que eles comprem neles sempre que pensam que os preços subirão, esperando obter um lucro quando realizam a venda. Do mesmo modo, venderão no mercado a termo quando pensarem que os preços vão cair, na expectativa de volta a comprar posteriormente, a preços mais baixos”.

“Para os *hedger*, a utilização do mercado a termo é basicamente a mesma. A diferença essencial é que eles realmente possuem o produto para vender, ou realmente o desejam comprar. Se eles possuem a mercadoria e receiam que o preço caia antes que ela possa ser vendida, vendê-la-ão, então, no mercado a termo, de modo a obterem um lucro na venda e compensarem o baixo preço que a mercadoria tiver quando ela for entregue. Se têm necessidade de adquirir um bem e receiam que o preço suba antes que ele possa ser comprado, então comprá-lo-ão no mercado a termo de modo a obterem um lucro que lhes permita fazer face ao preço mais elevado que terão de pagar pelo bem no mercado a vista”.

“É nisso fundamentalmente que consiste o *hedging*. Com uma posição de valor idêntico, mas no sentido oposto no mercado a vista e a termo, o *hedge* espera compensar o que acontece no mercado à vista com o que sucede no mercado a termo. Uma perda à vista é contrabalançada com um ganho no mercado a termo e vice-versa”



O *hedge* não se caracteriza, rigorosamente, como uma operação, mas sim, como uma estratégia. Os Instrumentos Particulares de Acordo de Partilha de Riscos Financeiros objeto da presente exigência, em tese, se caracterizam como operações de *Swap*, que, no dizer de Roberto Quiroga Mosquera, consistem em “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”. O *Swap* pode ser realizado com a finalidade de proteção (*hedge*) ou com finalidade especulativa. Para as instituições financeiras, os resultados das operações de *Swap* se caracterizam como operacionais, eis que integram o objeto social das instituições, e as perdas, desde que observadas as obrigações acessórias impostas pela lei para esse fim, são dedutíveis. Para as empresas não financeiras, entretanto, a possibilidade de considerar as perdas nessas operações como dedutíveis deve constar de previsão expressa na lei.

Vejamos, pois, o que consta na legislação tributária quanto a *swap* e *hedge*.

As primeiras referências ao *hedge* na legislação tributária constaram do Decreto-lei nº 1.418/75 – sobre a isenção dos resultados em operações de *hedge* efetuadas por exportadores nacionais.

A seguir, o Decreto-lei nº 2.182/84 dispôs, quanto a essas operações, que :“I – os resultados positivos não serão tributáveis, desde que obedecidas as condições estabelecidas pelo Ministério da Fazenda; e II- os resultados negativos não serão dedutíveis”

O Decreto-lei nº 2.397/87 passou a determinar que, nas operações de cobertura realizadas nos mercados de futuros em Bolsas no exterior, computam-se no lucro real os resultados positivos ou negativos. Nas operações que não se caracterizem como de cobertura, os lucros são computados, e os prejuízos não são dedutíveis. E a Instrução Normativa 173/88, definiu, para fins fiscais, os tipos de operações que se caracterizam como cobertura de riscos e disciplinou a forma de apuração dos resultados líquidos.

O art. 63 da Lei 8.383/91 estendeu o tratamento previsto no art. 6º do Decreto-lei 2.397/87 às operações de cobertura de riscos realizadas em outros mercados



de futuros, no exterior, além de bolsas, desde que admitidas pelo Conselho Monetário Nacional e desde que observadas as normas e condições por ele estabelecidas.

Tendo em vista, inclusive, as disposições do art. 63 da Lei nº 8.383/91, o Conselho Monetário Nacional aprovou normas tornadas públicas pela Resolução BACEN 2.012, de 30/07/93, permitindo que “as entidades do setor privado realizem, no exterior, com instituições financeiras ou em bolsas, operações destinadas a proteção (“*hedge*”) contra riscos de variação de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional”, as quais “...pautar-se-ão pelos parâmetros vigentes no mercado internacional, podendo o Banco Central, a seu exclusivo critério, exigir compensação cambial suficiente para elidir os efeitos das operações que se mostrarem dissonantes do objetivo ou celebradas fora daqueles parâmetros..”

O art. 29 da Lei 8.541/92, que cuidou da tributação, a partir de 01/01/93, dos ganhos líquidos realizados em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, incluindo ouro ativo financeiro fora de bolsa e ações no mercado de balcão, determinou que o resultado negativo será indedutível para apuração do lucro real.

A Lei 8.981/95, no seu Capítulo VI (que compreende os artigos 65 a 82), tratou “DA TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS”. Constam do Capítulo VI as seguintes disposições:

Art. 72- Os ganhos líquidos auferidos, a partir de 1º de janeiro de 1995, por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, nas operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, serão tributados pelo imposto de renda na fonte na forma da legislação vigente, com as alterações desta Lei.

§ 1º- A alíquota do imposto será de dez por cento, aplicável sobre os ganhos líquidos apurados mensalmente.

§ 4º- As perdas apuradas nas operações de que trata este artigo poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos nos meses subsequentes, em operações da mesma natureza.

Art. 74- Ficam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de dez por cento, os rendimentos auferidos em operações de *Swap*.

§ 3º- Somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de *Swap* registradas nos termos da legislação vigente.

Art. 75- Ressalvado o disposto no § 3º do art. 74, fica o Poder Executivo autorizado a permitir a compensação dos resultados apurados nas operações de que tratam os arts. 73 e 74, definindo as condições para sua realização.

Art. 76- O imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa ou pago sobre os ganhos líquidos mensais será:

I- deduzido do apurado no encerramento do período ou na data da extinção, no caso de pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro real;



§ 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 nas operações previstas naqueles artigos.

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

- I- em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil;
- II- .....
- III- nas operações realizadas nos mercados futuros de taxas de juros e de taxas de câmbio, e com ouro, ativo financeiro, em qualquer mercado, para a carteira própria das instituições referidas no inciso I;
- IV- .....
- V- nas operações de cobertura (*hedge*) realizadas em bolsas de valores, de mercadorias e de futuros ou no mercado de balcão.

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

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

§ 2º- O Poder Executivo poderá definir requisitos adicionais para a caracterização das operações de que trata o parágrafo anterior, bem como definir os procedimentos para o registro e apuração diários incorridos nessas operações.

§ 3º Os rendimentos e ganhos líquidos de que trata este artigo deverão compor a base de cálculo prevista nos artigos 28 ou 29 e o lucro real.

O art. 17 da Lei 9.430/96 determina que serão computados na determinação do lucro real os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos em operações de cobertura (*hedge*), realizadas em mercados de liquidação futura, diretamente pela empresa brasileira, em bolsas no exterior

O art. 74 da Lei 9.430/96 dispõe que, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Lei 8.981, de 20 de janeiro de 1995, os ganhos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, nas demais operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, serão tributados de acordo com as normas aplicáveis aos ganhos líquidos auferidos em operações de natureza semelhante realizadas em bolsa.

A partir da legislação retro referida, verifica-se que:

- até 31/12/91, consistia pressuposto para dedutibilidade dos prejuízos em operações de *hedge*, além da caracterização da operação como de cobertura nos termos da IN 173/88, que se tratasse de operações **com mercadorias**, realizadas nos mercados de futuro, **em bolsas no exterior**.
- A partir de 01/01/92 passou a ser permitida a dedutibilidade dos prejuízos também nas operações de cobertura realizadas nos mercados de futuro **no exterior**, com **instituições financeiras ou em bolsas**.

10

- **Em se tratando de operações realizadas no País**, até o ano-calendário de 1995, todas as pessoas jurídicas, inclusive as instituições financeiras, estavam sujeitas à limitação de dedutibilidade de perdas em operações de renda variável (perdas dedutíveis até o limite dos ganhos) (Lei. 8.541/92, art. 29);
- A partir de 1995, de acordo com o art. 76 § 4º, da Lei 8.981/95, permaneceu a limitação da dedutibilidade (as perdas são dedutíveis até o limite dos ganhos) para as empresas não financeiras, e pelo art. 77, passaram, as perdas, a ser integralmente dedutíveis para as instituições financeiras, desde que cumpridas as obrigações acessórias pertinentes. ( no caso de swap, registro das operações);
- A partir de 01/01/95, a caracterização da operação de *Swap* como *hedge* resulta apenas na dispensa de retenção do IRF para as pessoas jurídicas não financeiras;
- A partir de 01/01/97, serão computados na determinação do lucro real os resultados líquidos, positivos ou negativos, realizados em mercados de liquidação futura, diretamente pela empresa brasileira, em bolsas no exterior,

Portanto, além de não haver disposição expressa quanto à dedutibilidade das perdas em operações de *hedge* realizadas no País, é preciso considerar que os ativos objeto dos Instrumentos Particulares de Partilha de Riscos em questão se caracterizam como ativos de renda variável (ativos cuja remuneração ou retorno de capital não pode ser dimensionado no momento da aplicação). E, à época dos fatos, vigorava o artigo 29 da Lei 8.541/99, que vedava a dedução de resultados líquidos negativos de renda variável nas operações realizadas nas bolsas de valores, mercadorias futuros e assemelhadas Assim, se para as operações realizadas nas bolsas, sujeitas a maior controle, era vedada a dedução das perdas, inadmissível entender que essas mesmas perdas, se resultantes de operações realizadas entre particulares, seriam dedutíveis.

Dessa forma, uma interpretação sistemática da legislação permite concluir que as perdas de que se trata são indedutíveis, devendo ser mantido o auto de infração quanto a este item.

### **Termo de Constatação nº 3- (Omissão de Receitas Financeiras- “ Over-Gold”)**

Alega a Recorrente tratar-se de mero engano na escrituração contábil, que a Paramalat era titular de aplicação financeira “Over Gold” registrada em sua





contabilidade e que, no vencimento, essa aplicação foi resgatada em nome de sua subsidiária Yolat, e que a receita decorrente da aplicação foi efetivamente tributada em nome da Yolat. Diz que a essência dos acontecimentos consistiu em ter a Parmalat mutuado à Yolat o título representativo da aplicação financeira, registrando contabilmente um crédito em conta corrente (devido pela subsidiária) no valor da aplicação (Cr\$ 14.500.000.000,00) e, no resgate da aplicação, por Cr\$14.700.895.080,00 a subsidiária ofereceu o resultado positivo à tributação. Acrescenta que, em face dos lançamentos contábeis e lançamentos que os lastrearam, não haveria condições de desprezar a real essência desses fatos econômicos, decorrente de mútuo contratado com empresa subsidiária, a Yolat, mútuo esse que não poderia de ser desconsiderado pela fiscalização, que fez prevalecer a forma sobre o fundo. O valor do rendimento auferido na aplicação "Over Gold", efetuada em seu nome, foi declarado e oferecido à tributação pela Yolat.

Ocorre que todos os documentos constantes dos autos demonstram que a operação foi realizada e resgatada em nome da Recorrente, não havendo qualquer prova relacionada ao alegado mútuo

#### **Termo de Constatação nº 5-**

Este Termo compreende dois itens. o primeiro dos quais se refere a glosa de despesas de tributos impostos não dedutíveis.

A fiscalização glosou despesas de tributos pagas em 1993 registradas como diferenças de PIS e de COFINS de 1992, Imposto de Renda-Pessoa Jurídica suplementar ex. 91 e Imposto de Renda Retido na Fonte exercício de 1990.

Quanto ao IRPJ, conforme dispõe o § 1º do art. 16 do DL 1.598/77, na determinação do lucro real, a pessoa jurídica não pode deduzir, como custo ou despesa, o imposto de renda de que for sujeito passivo como contribuinte ou como responsável em substituição. Correta, pois, a glosa.

Quanto ao PIS e à COFINS, não há dúvida quanto à irregularidade cometida, que não é negada pela empresa. Trata-se de tributos cujos fatos geradores ocorreram em anos-base anteriores e a empresa deduziu a despesa respectiva por ocasião do pagamento (novembro de 1993).

A lei tributária vigente para o período-base de 1992 (Decreto-lei 1.598/77, art. 16) impunha que a Recorrente deduzisse a despesa com tributos no período-base de incidência em que ocorreu o fato gerador. Tendo feito a dedução em período posterior, a

empresa postergou despesa, o que, segundo o mandamento do art. 6º, § 5º, do Decreto-lei 1.598/77, só constitui fundamento para lançamento do imposto se disso tiver resultado redução indevida do lucro real em qualquer período. Uma vez que, conforme fls. do processo, a empresa apurou prejuízos fiscais em ambos em 1992 e em 1993, a irregularidade não constitui fundamento para o lançamento.

Quanto ao imposto de renda retido na fonte, não há nada nos autos que permita identificar sua origem. O auto de infração nada registra a respeito. A decisão de primeira instância mantém o lançamento alegando que a fonte só tem o dever de reter e recolher o imposto sobre rendimentos que pague a terceiros. Todavia, caso se tratasse de imposto retido sobre rendimentos de terceiros, o imposto poderia, ser dedutível, uma vez que o § 2º do art. 16 do DL 1.598/77 determina que a dedutibilidade de rendimentos pagos ou creditados a terceiros abrange o imposto sobre os rendimentos que o contribuinte, como fonte pagadora, tiver o dever legal de reter e recolher, ainda que o contribuinte assumo o ônus do imposto. Nesse caso poderia estar caracterizada apenas a postergação de despesas, devendo ser observada a regra do art. 6º, § 5º do DL 1.598/77. Por outro lado, caso se trate, por exemplo, de imposto retido na fonte sobre o lucro líquido, a despesa não é dedutível. Ante a singeleza da descrição do fato, não há como avaliar a correção da glosa efetuada, que não pode prosperar.

O item 2 do Termo 5 está assim descrito:

2-Custos/Despesas Não Dedutíveis

Valores indedutíveis de acordo com os artigos 154, 157, parágrafo 1º, 173, 221, parágrafo 7º e 387 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 85.450/80;

| <i>Data</i> | <i>Conta</i>                | <i>Valor (CR\$)</i> | <i>Histórico</i>                         |
|-------------|-----------------------------|---------------------|------------------------------------------|
| 30/06/93    | 711.01.002 Custo venda bens | 16.170.135,46       | ICMS transf por não ter como recuperá-lo |
| 30/11/93    | 711.01.03 Rec. V. Sucata    | 3.379.360,45        | - Vlr. conf. levant. fiscal. 11/93       |

Da capitulação legal indicada, apenas o art. 221, § 7º não corresponde a normas genéricas, referindo-se a provisão para créditos de liquidação duvidosa, o que, aparentemente, nada tem a ver com o histórico dos lançamentos contábeis glosados. Também quanto a este item não há clareza suficiente para atestar a correção do procedimento fiscal. O ICM não recuperável como regra, constitui custo. E o histórico



*Rec. V. Sucata - Vlr. conforme levantamento fiscal. 11/93* não permite identificar a natureza da despesa/custo.

Assim quanto ao Termo de Constatação 05, fica mantida apenas a glosa referente à despesa do IRPJ (86.033,46)

#### **Termo de Constatação nº 06**

(custos e despesas não necessários : despesas de viagem)

No presente caso, além de a grande maioria dos recibos e comprovantes relativos às despesas de viagem e estadia estar emitida em nome da subsidiária da Recorrente "Parmalat Ind. e Com. Ltda.", referem-se a viagens efetuadas por pessoas que não pertencem ao quadro de funcionários da Recorrente, e não há qualquer prova de que as viagens foram realizadas no interesse da empresa.

Deve ser mantida a glosa.

#### **Termo de Constatação nº 8**

Alega a Recorrente que o depósito bancário de R\$ 2.822.700,00 efetuado em sua conta bancária e não contabilizado corresponde amortização parcial de mútuo que mantém com sua subsidiária YOLAT. Diz que essa subsidiária mantém contratos de mútuo com a Sociedade Esportiva Palmeiras, que, desejando efetuar pagamento parcial, entregou o valor (da ordem de US\$3.000.000,00) a um dos banqueiros da Parmalat Participações, o Banco de Boston nas Bahamas, que os remeteu ao Brasil, onde fechamento do câmbio foi contratado com o Banco de Boston, liberando-se a contrapartida para a Parmalat Participações. Recebido o dinheiro, a Parmalat Participações contabilizou o pagamento como amortização parcial do mútuo contratado com sua subsidiária, a YOLAT. Junta documento do Banco de Boston confirmando que a Recorrente não mantém conta corrente no exterior, a fim de corroborar a afirmação de que o pagamento apenas transitou por conta corrente do próprio banco.

O fato de não manter conta no exterior não comprova que o depósito não contabilizado não se origina de receitas não declaradas. Assim, por exemplo, tendo em vista as relações mantidas entre o Palmeiras e a Recorrente, dentre inúmeras outras possibilidades de fatos omitidos à regular contabilização, poderia a Recorrente ser detentora dos direitos referentes a passe de atletas e os valores transferidos serem oriundos da venda dos passes. Claro que não se está afirmando ou sequer presumindo



que tal ocorreu, porém havendo um depósito de tal magnitude em sua conta bancária, o qual não foi contabilizado, é ônus da empresa provar a sua origem a fim de demonstrar não se tratar de receitas não declaradas. No caso, a empresa “constrói” uma explicação a partir de supostos contratos de mútuo, sem todavia provar o alegado.

Não tendo a empresa trazido aos autos qualquer prova quanto à origem do depósito não contabilizado, lícito presumir ser ele oriundo de receitas omitidas.

Quanto aos lançamentos decorrentes, não tendo sido apresentadas razões específicas, a eles se aplica o decidido em relação ao IRPJ.

Finalmente, devo registrar que a autoridade singular manteve a multa por atraso na entrega da declaração por não ter sido impugnada. Ocorre que, quanto ao aspecto da multa, a exigência padece de nulidade, eis que não constou da descrição dos fatos a infração, o que, a toda evidência, caracteriza cerceamento de defesa. Todavia, tendo em vista o § 3º do art. 59 do Decreto 70.235/72, deixo de declarar a nulidade, eis que o entendimento pacífico deste Colegiado é no sentido de que a multa por atraso na entrega da declaração não incide sobre os valores lançados de ofício.

Pelas razões declinadas, dou provimento parcial ao recurso para afastar a multa por atraso na entrega da declaração de rendimentos e excluir da matéria tributável as seguintes parcelas, referentes a glosa de despesas/custos :

|                                   |               |
|-----------------------------------|---------------|
| 30/11/93 - PIS Ex. 92 .....       | 168.283,22    |
| 30/11/93 - COFINS Ex. 92 .....    | 3.931.879,22  |
| 30/11/93 - IRRF Exer. 91 .....    | 46.493,55     |
| 30/06/93 - Custo venda bens ..... | 16.170.135,46 |
| 30/11/93 - Rec. V Sucata .....    | 3.379.360,45  |

Brasília (DF), em 18 de abril de 2001

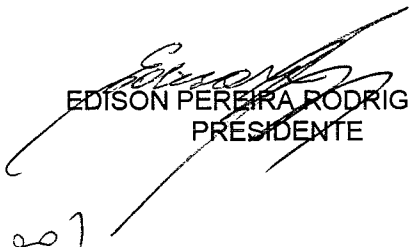
  
SANDRA MARIA FARONI

## INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovada pela Portaria Ministerial nº 55, de 16/03/98 (D.O.U. de 17/03/98).

Brasília-DF, em

25 MAI 2001

  
EDISON PEREIRA RODRIGUES  
PRESIDENTE

Ciente em :

26/06/2001

  
PAULO ROBERTO RISCADO JUNIOR  
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL