



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

Processo n° 10980.722279/2010-23
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1201-001.919 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de outubro de 2017
Matéria Auto de Infração
Recorrentes ALL - AMERICA LATINA LOGISTICA MALHA SUL S.A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

ENCARGOS FINANCEIROS SOBRE EMPRÉSTIMOS EM MOEDA ESTRANGEIRA. DEDUTIBILIDADE.

Enquadram-se no conceito de dedutibilidade as despesas decorrentes de empréstimos em moeda estrangeira legítimos, comprovados e praticados dentro de parâmetros de mercado.

JUROS RECEBIDOS DO EXTERIOR. CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.

Os juros recebidos no resgate de títulos da dívida pública emitidos pelo governo da Áustria e de *commercial papers* emitidos por agência do governo da Espanha, países com os quais o Brasil assinou Convenções para evitar a dupla tributação, somente são isentos do imposto de renda no Brasil se for comprovado que os remetentes dos rendimentos são residentes naqueles países.

OPERAÇÃO DE SWAP. PROTEÇÃO CONTRA A VARIAÇÃO CAMBIAL SOBRE EMPRÉSTIMO EM MOEDA ESTRANGEIRA.

Os ganhos apurados em operação de swap contratada para proteção contra a variação cambial incidente sobre empréstimo em moeda estrangeira devem ser tributados, assim como deve ser reconhecida a variação cambial passiva sobre o referido empréstimo. Operações legítimas e destinadas à cobertura de obrigações do sujeito passivo são amparadas pelas legislação.

DÉBITOS DE IRPJ E CSLL DECORRENTES DA EXCLUSÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS DE PIS E COFINS. INCLUSÃO NO PARCELAMENTO DA LEI Nº 11.941, DE 2009, APÓS A CIÊNCIA DO LANÇAMENTO FISCAL.

Descabe o pedido de retificação do lançamento fiscal para cancelar a exigência dos débitos de IRPJ e CSLL decorrentes da exclusão indevida de

créditos de PIS e Cofins não cumulativos, posto que o sujeito passivo, além de concordar com a autuação, incluiu tais débitos somente após a ciência do lançamento fiscal, de sorte que os valores não preenchiam os conceitos de irrevogabilidade e irretratibilidade exigidos pela Lei n. 11.941/2009. Correto, portanto, o lançamento efetuado pela autoridade fiscal, que corresponde a atividade vinculada e obrigatória.

CSLL DIFERIDA. CRÉDITO FISCAL RECUPERÁVEL EM PERÍODOS FUTUROS. LUCRO LÍQUIDO NÃO REDUZIDO NA SUA CONSTITUIÇÃO.

Considerando que o reconhecimento contábil da CSLL diferida, relativa ao crédito fiscal recuperável em períodos futuros mediante compensação de 30% da base de cálculo negativa, não provocou redução do lucro líquido do período, é de se cancelar a exigência correspondente.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO A LEI OU ESTATUTO. INTERESSE COMUM COM A SITUAÇÃO QUE CONSTITUI O FATO GERADOR. INEXISTÊNCIA.

Deve ser afastada a responsabilidade tributária solidária quando não comprovado nos autos que os diretores agiram com excesso de poderes ou infração de lei ou estatuto, bem assim quando não demonstrado qualquer ilícito praticado pela controladora.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. DESCABIMENTO. REDUÇÃO PARA O PERCENTUAL DE 75%.

Tendo a autoridade fiscal deixado de apontar de forma objetiva as razões determinantes para imposição da multa de ofício qualificada sobre as operações de swap, é de se reduzir a penalidade para o percentual não qualificado de 75%.

MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA. ABSORÇÃO.

O princípio da consunção ou absorção determina que não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar quando, sobre os mesmos fatos, houver sido aplicada sanção sobre o dever de recolher em definitivo, de forma que esta penalidade absorve aquela até o limite em que suas bases se identificarem. Aplicação da Súmula CARF n. 105 para os períodos até 2006.

MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

Com o advento da Medida Provisória n. 351/2007, convertida na Lei n. 11.488/2007, tornou-se juridicamente indiscutível o cabimento da incidência da multa isolada pela falta de pagamento das estimativas mensais do IRPJ e da CSLL, ainda que cumulativamente haja imposição da multa de ofício proporcional ao imposto e à contribuição devidos ao final do respectivo ano-calendário, a partir de 2007.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. DECORRÊNCIA.

Tratando-se de tributação reflexa decorrente de irregularidades apuradas no âmbito do Imposto sobre a Renda, constantes do mesmo processo, aplicam-se à CSLL, por relação de causa e efeito, os mesmos fundamentos do lançamento primário.

MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

A multa de ofício integra a obrigação tributária principal e, por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência de juros de mora.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento aos Recursos Voluntários, vencidos os Conselheiros Luis Henrique Marotti Toselli e Eduardo Morgado Rodrigues, que lhe davam parcial provimento, em maior extensão, para afastar a autuação relativa aos tratados e o total das multas isoladas e o Conselheiro Rafael Gasparello Lima, que também afastava os juros sobre a multa de ofício. Por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Ofício. O Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli apresentará declaração de voto.

(assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida – Relator e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida, Eva Maria Los, Rafael Gasparello Lima, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Luis Henrique Marotti Toselli, José Carlos de Assis Guimarães e Eduardo Morgado Rodrigues (suplente convocado).

Relatório

Trata-se de Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS lavrados contra a empresa em epígrafe a partir de diversas irregularidades constatadas durante os trabalhos de fiscalização.

A matéria e os fatos debatidos são complexos e foram muito bem relatados pela decisão de primeira instância, que reproduzo a seguir:

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito contra a contribuinte identificada, autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal Diligência nº 09.1.01.002009016267 (fl. 06) e Mandado de Procedimento Fiscal Fiscalização nº 09.1.01.002010000813 (fls. 574-575), foram lavrados os autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição

para o Programa de Integração Social, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido.

Auto de Infração de IRPJ

2. O auto de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 1435/1451), exige o recolhimento de R\$ 153.120.629,93 de imposto, R\$ 133.860.829,67 a título de multas de lançamento de ofício de 75% e 150%, previstas no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em sua redação original, e no inciso I e § 1º desse mesmo artigo, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, e R\$ 38.763.785,52 de juros de mora, além de R\$ 85.576.753,86 de multa de ofício isolada.

3. O lançamento fiscal, com base no lucro real anual, nos termos do art. 926 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999), decorre das seguintes infrações:

3.1. falta de reconhecimento da receita auferida em operações de hedge/swap realizadas para proteção contra variação cambial de empréstimos em moeda estrangeira, contratados junto ao Credit Suisse First Boston CSFB e ao ING Bank NV, conforme descrito no subitem 3.3 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393), com infração ao disposto nos arts. 251, parágrafo único, 288 e 373 c/c 375, parágrafo único, do RIR de 1999, com aplicação da multa de ofício de 150%:

- ano-calendário de 2007 R\$ 95.965.358,87
- ano-calendário de 2008 R\$ 147.800.825,76

3.2. glosa de despesas operacionais não necessárias e não usuais à atividade da empresa, correspondentes aos encargos financeiros pagos sobre empréstimos em moeda estrangeira contratados junto ao Credit Suisse First Boston CSFB e ING Bank NV, cujos recursos não foram aplicados na atividade operacional da contribuinte, mas integralmente utilizados na aquisição de títulos da dívida pública da Áustria e commercial papers emitidos pelo ICO (agência vinculada ao Ministério da Economia e Finanças da Espanha), conforme descrito no subitem 3.1 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393), com infração ao disposto no art. 249, I, 299 e 374 do RIR de 1999, com aplicação da multa de ofício de 75%:

- ano-calendário de 2005 R\$ 50.881.617,86
- ano-calendário de 2006 R\$ 70.489.231,02
- ano-calendário de 2007 R\$ 89.374.540,02
- ano-calendário de 2008 R\$ 49.806.453,13

3.3. omissão da receita financeira auferida no resgate de títulos da dívida pública da Áustria e commercial papers emitidos pelo ICO, mas não oferecida à tributação com base em tratado

internacional para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda e sobre o capital, conforme descrito no subitem 3.2 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353-1393), com infração ao disposto nos arts. 251, parágrafo único, e 373 c/c 375, parágrafo único, do RIR de 1999, com aplicação da multa de ofício de 75%:

- ano-calendário de 2007 R\$ 49.932.456,99

- ano-calendário de 2008 R\$ 138.711.628,45

3.4. exclusão indevida, na apuração do lucro real, de valores correspondentes a créditos de PIS e Cofins não cumulativos, conforme descrito no subitem 4.1 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353-1393), com infração ao disposto no art. 250, I, do RIR de 1999, com aplicação da multa de ofício de 75%:

- ano-calendário de 2006 R\$ 79.844.225,89

3.5. glosa de exclusão indevida, na apuração do lucro líquido, de valores a título de CSLL diferida, conforme descrito no subitem 4.2 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393), com infração ao disposto no art. 250, I, do RIR de 1999, com aplicação da multa de ofício de 75%:

- ano-calendário de 2007 R\$ 2.277.281,06

- ano-calendário de 2008 R\$ 10.110.009,31

3.6. multa de ofício isolada de 50% sobre o valor do IRPJ não recolhido sobre base de cálculo estimada, em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços de suspensão ou redução do pagamento, conforme descrito no item 5 Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393), com infração ao disposto nos arts. 222 e 957, IV, do RIR de 1999:

31/03/2005..... R\$ 618.958,74

30/04/2005..... R\$ 1.268.189,50

31/05/2005..... R\$ 1.421.550,91

30/06/2005..... R\$ 1.624.746,72

31/07/2005..... R\$ 2.513.467,41

31/08/2005..... R\$ 2.988.397,81

30/09/2005..... R\$ 1.141.494,82

30/11/2005..... R\$ 186.739,53

30/04/2006..... R\$ 11.921.058,56

30/06/2006..... R\$ 1.179.517,86

31/07/2006..... R\$ 2.447.434,16

31/08/2005..... R\$ 1.282.210,04

31/10/2006..... R\$ 1.776.203,51

30/06/2007..... R\$ 3.223.152,18

31/07/2007..... R\$ 1.285.983,57

31/08/2007..... R\$ 744.255,58

30/09/2007..... R\$ 118.699,24

31/10/2007..... R\$ 683.365,99

31/12/2007..... R\$ 20.971.283,97

31/08/2008..... R\$ 5.618.853,63

30/09/2008..... R\$ 2.697.248,83
31/12/2008..... R\$ 19.863.941,30

Autos de Infração de PIS

2. O auto de infração de Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS de fls. 1452/1456 exige o recolhimento de R\$ 4.022.142,04 de contribuição e R\$ 6.033.213,06 a título de multa de lançamento de ofício de 150%, prevista no art. 44, I e § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007, além de R\$ 733.257,16 de juros de mora. O lançamento decorre da falta de reconhecimento da receita auferida em operações de hedge/swap, conforme descrito no subitem 3.3 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393), e tem como fundamento legal os arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

3. O auto de infração de PIS de fls. 1411/1415 exige o recolhimento de R\$ 224.347,20 de contribuição e R\$ 168.260,40 a título de multa de lançamento de ofício de 75%, prevista no art. 86, § 1º, da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 2º da Lei nº 7.683, de 2 de dezembro de 1988, e art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996, além de R\$ 101.898,49 de juros de mora. O lançamento decorre da apuração indevida de créditos de PIS sobre insumos, no valor de R\$ 13.596.800,00, utilizados no reparo de locomotivas de propriedade de terceiros (ALL Intermodal S/A), conforme descrito no item 2 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393), e tem como fundamento legal os arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 10.637, de 2002.

Autos de Infração de Cofins

4. O auto de infração de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins de fls. 1457/1461 exige o recolhimento de R\$ 18.526.230,02 a título de contribuição e R\$ 27.789.345,02 de multa de lançamento de ofício de 150%, prevista no art. 44, I e § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007, além de R\$ 3.377.426,97 de juros de mora. Tem como fundamento os arts. 1º, 3º e 5º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, refere-se à receita auferida em operações de hedge/swap, conforme descrito no subitem 3.3 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393).

5. O auto de infração de Cofins de fls. 1418/1422 exige o recolhimento de R\$ 1.033.356,80 a título de contribuição e R\$ 775.017,60 de multa de lançamento de ofício de 75%, prevista no art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, e art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996, além de R\$ 469.350,65 de juros de mora. Esse lançamento também tem como fundamento os arts. 1º, 3º e 5º da Lei nº 10.833, de 2003, e decorre da apuração indevida de créditos de Cofins sobre insumos, no montante de R\$ 13.596.800,00, utilizados no reparo de locomotivas de propriedade de terceiros, conforme

descrito no item 2 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393).

Autos de Infração de CSLL

4. O auto de infração de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL de fls. 1462/1473 exige o recolhimento de R\$ 55.318.479,97 de contribuição e R\$ 48.319.223,21 a título de multas de lançamento de ofício de 75% e 150%, previstas no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de 1996, em sua redação original, e no inciso I e § 1º desse mesmo artigo, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007, além de R\$ 14.032.146,51 de juros de mora.

5. O lançamento decorre das infrações descritas nos subitens 3.1, 3.2, 3.3, 4.1 e 4.2 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393) e tem como fundamento o disposto nos arts. 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, art. 1º da Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996, art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996, e art. 36 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

6. O auto de infração de CSLL de fls. 1425/1432 exige o recolhimento de R\$ 28.137.724,47 de multa de ofício isolada aplicada em decorrência da falta de recolhimento da CSLL devida sobre base de cálculo estimada, com infração ao disposto nos arts. 222 e 957, IV, do RIR de 1999.

Termos de Verificação e de Encerramento da Ação Fiscal

7. A glosa de despesas financeiras desnecessárias sobre empréstimos em moeda estrangeira foi descrita no subitem 3.1 do Termo de Verificação e de Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393):

“3. OPERAÇÃO ÁUSTRIA - No procedimento preliminar acima descrito a fiscalizada foi intimada a apresentar cópia do LALUR onde se encontram registradas receitas financeiras que foram excluídas do lucro líquido do exercício na apuração do lucro real, nos montantes demonstrados no quadro acima. Intimada, informou que as receitas auferidas originaram-se de aplicações financeiras em títulos da dívida pública da Áustria, desoneradas de tributação por força da Convenção para evitar dupla tributação da renda firmada com o Brasil, conforme Decreto 78.107/76.

Do exame da escrituração em meio magnético fornecido pela fiscalizada em atendimento a nossa intimação, constatou-se que essas aplicações financeiras originaram-se de recursos captados em instituições bancárias sediadas no exterior, através de suas filiais estabelecidas em São Paulo/SP, cujos empréstimos coincidem em data e valor com as aplicações neles efetuadas, caracterizando operações conjugadas ou ‘casadas’. Por outro lado, os encargos financeiros desses empréstimos foram integralmente apropriados ao resultado do exercício.

(...)

Demonstra-se a seguir, o estreito vínculo, a perfeita união entre a origem dos recursos (empréstimos) e as aplicações financeiras efetivadas.

EMPRÉSTIMO		APLICAÇÃO		INSTITUIÇÃO FINANCEIRA
DATA	VALOR R\$	DATA	VALOR R\$	
13/12/2004	241.810.400,00	13/12/2004	240.891.520,48	Credit Suisse First B.
14/07/2006	331.711.530,00	14/07/2006	330.455.797,98	Credit Suisse First B.
23/05/2008	247.140.000,00	23/05/2008	247.140.000,00	ING Bank NV

(...)

3.1 – Encargos Financeiros Indedutíveis

Em decorrência do acima exposto constatou-se no exame da escrituração contábil, que a fiscalizada provisionou, mensalmente, os encargos financeiros devidos relativos aos recursos captados, debitando contas de resultado (Código Contábil: 0004091101 – Juros Financiamento Moeda Nacional e 0004091102 – Juros Financiamento Moeda Estrangeira), entre outras, cujos montantes anuais demonstramos abaixo, transcritos do Demonstrativo de Encargos Financeiros juntado às fls. 1343.

ENCARGOS ANUAIS DA CAPTAÇÃO DOS RECURSOS	
ANO	TOTAL R\$
2005	50.881.617,86
2006	70.489.231,02
2007	89.374.540,02
2008	49.806.453,13
TOTAL	260.551.842,03

As contas do passivo que registram as contrapartidas dos encargos financeiros apropriados estão relacionadas no quadro abaixo e foram juntadas às fls. 1.305 a 1.344:

DATA DA CONTRATAÇÃO	VALOR (R\$)	CÓDIGO CONTA	TÍTULO
13/12/2004	240.895.002,00	2221307	CCB ÁUSTRIA LP
31/07/2006	331.711.530,00	2222301	RESOLUÇÃO 63 LP
29/05/2008	247.140.000,00	2121151	BANCO ING

(...)

É de se indagar, como pôde a fiscalizada reduzir custo financeiro se os recursos captados não circularam pela atividade produtiva da fiscalizada em substituição a outros empréstimos mais onerosos? (...). O custo líquido dos empréstimos (encargos financeiros (-) receitas financeiras), ao contrário do alegado pela fiscalizada, acabou onerando os resultados do período fiscalizado em 72 milhões de reais, abaixo demonstrados:

<i>RECEITAS FINANCEIRAS</i>	<i>188.163.794,99</i>
<i>ENCARGOS FINANCEIROS</i>	<i>260.551.842,03</i>
<i>PREJUÍZO FINANCEIRO</i>	<i>(72.388.047,04)</i>

Voltando ao exame da tabela 1 observa-se que somente a taxa efetiva foi praticada nas três operações de empréstimo. A taxa de mercado, que serviu de parâmetro para essas comparações não existiu, por não ter sido praticada.

Logo, é inoportuna e sem sentido a comparação de taxas, sendo, portanto, a propalada redução de custos financeiros verdadeira miragem, ficção, fruto da fértil imaginação dos diretores da fiscalizada.

Assim sendo, verifica-se que a fiscalizada não esconde, ao contrário admite aberta e objetivamente ter captado recursos e efetuado aplicações financeiras, não obstante ofender frontalmente a legislação em vigor.

Neste sentido, o regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3000/99, estabelece em seu artigo 299 que:

(...)

Ora, como se observa, pretendeu a autuada formar 'estoques' de recursos para utilizá-los no futuro na ocorrência de eventual crise de mercado às custas de terceiros. Esse procedimento não é usual e tampouco normal em qualquer atividade econômica, conforme previsto no parágrafo 3º do citado artigo do regulamento. No meio empresarial não se usa, não é hábito e nem costume 'estocar' recursos, ao contrário, busca-se a melhor utilização deles justamente porque são caros e escassos.

Mesmo que se admita essa prática pouco comum ('estocar recursos'), ela não pode prejudicar terceiros, no caso a Fazenda Pública, em função da apropriação dos encargos correspondentes que implica na redução das bases de cálculo dos impostos devidos pela mesma. Essa afirmação, 'estocar recursos para uso eventual' confirma, por si só, a desnecessidade das despesas apropriadas.

Segundo prevê o citado artigo do regulamento, para que as despesas sejam dedutíveis precisam ser necessárias para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, necessárias à manutenção da fonte produtora, usuais e normais.

Os recursos captados através dos três empréstimos não foram dirigidos para os fins a que se propõe a pessoa jurídica, ou seja, para a atividade ferroviária. A fiscalizada ilustrou graficamente o aumento do seu imobilizado (fls. 587), no entanto, os recursos empregados na aquisição de bens do ativo imobilizado tem outra origem que não os empréstimos tomados.

(...)

Assim sendo, pode-se concluir que o procedimento da fiscalizada visou, unicamente, 'fabricar' encargos financeiros para, apropriando-os contabilmente, eximir-se do pagamento do imposto de renda e da contribuição." (Grifou-se)

8. A falta de tributação da receita financeira auferida no resgate de títulos da dívida pública da Áustria e *commercial papers* emitidos pelo ICO foi relatada no subitem 3.2 do Termo de Verificação e de Encerramento da Ação Fiscal:

3.2 – Omissão de Receitas Financeiras

Conforme acima exposto, a fiscalizada captou recursos em instituições financeiras sediadas no exterior, Bahamas e Holanda, e os aplicou, nas mesmas datas, nas mesmas instituições, caracterizando operações 'casadas', segundo examinou-se sucintamente acima.

Os rendimentos dessas aplicações financeiras, regularmente apropriadas na Contabilidade em contas de resultado pelo regime de competência, mês a mês, compondo, portanto, o lucro líquido, foram dele excluídas na apuração do lucro real, cancelando com este procedimento os registros contábeis credores para fins de tributação. Portanto, as referidas receitas, acertadamente, não compuseram as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que ocorre somente no resgate dessas aplicações, conforme legislação em vigor.

(...)

Demonstra-se no quadro abaixo os montantes de receitas financeiras auferidas por ocasião dos resgates, cuja tributação foi omitida pela fiscalizada, apuradas segundo os valores constantes dos contratos de câmbio de venda e compra de dólares juntados às folhas citadas abaixo:

APLICAÇÃO		RESGATE		RENDIMENTO	BCO
DATA	VALOR RS	DATA	VALOR RS		
13/12/2004	241.810.400,00	04/08/2008	365.236.213,34	123.425.813,34	CSFB
14/07/2006	330.455.797,97	19/12/2007	380.388.254,96	49.932.456,99	CSFB
23/05/2008	247.963.800,00	22/12/2008	263.249.615,11	15.285.815,11	ING

(...)

3.2.1 – Aplicações Financeiras – Credit Suisse First Boston (CSFB)

O banco Credit Suisse First Boston (CSFB), com o qual foram realizadas as duas primeiras operações financeiras demonstradas no quadro acima, tem sua sede na Europa, mas os negócios foram realizados com a unidade que tem sede de direção nas Bahamas, país da América Central, identificado como paraíso fiscal, enquanto o ING Bank NV tem sua sede de direção na Holanda.

(...)

Do exame dos documentos apresentados pela fiscalizada em 10/03/2010 (fls. 608 a 633), posteriormente traduzidos e juntados às fls. 874 a 888, observa-se que ao banco CSFB, no documento de confirmação, foi atribuído a letra 'B' (fl. 875 – página traduzida 306), a quem coube o pagamento do montante variável (conforme fls. 876 – pág. traduz. 307), ou seja, os rendimentos da aplicação financeira. Confirma esta observação o fato de que o CSFB foi o revendedor dos títulos conforme consta grafado às fls. 885 – pág. traduzida 316 (item 34).

Complementando o atendimento da intimação fiscal nº 02 (fls. 918 a 926), em 30/03/2010, a fiscalizada apresentou os documentos (fls. 921 e 922) onde consta que a fiscalizada COMPROU os títulos sendo VENDEDOR o banco Credit Suisse First Boston.

Portanto, não procedem as afirmações da fiscalizada de que os bancos somente intermediaram as operações. Um COMPROU (a fiscalizada) e outro VENDEU (o banco CSFB). A instituição financeira foi titular dos papéis, pois ninguém vende o que não tem. Em nenhum dos documentos apresentados consta ter havido intermediação dos citados bancos na aquisição dos títulos.

Relativamente ao banco ING, igualmente, nenhum documento nos foi apresentado quer intermediando quer vendendo os títulos, a quem serão dispensados os comentários do próximo item (3.2.2).

Por outro lado, conforme anunciado anteriormente, nem um nem outro banco tem sua sede de direção no país com o qual o Brasil combinou evitar dupla tributação (Áustria). Logo, entendemos que os bancos não estavam sujeitos aos impostos cuja bitributação buscou-se evitar, conforme definido pelo citado comando legal acima transcrito, o qual define, com clareza, a quem se aplica a Convenção: somente aos residentes dos Estados contratantes, ou seja no Brasil e na Áustria.

(...)

No caso que se examina, muito embora o objeto da operação financeira em questão esteja previsto no Tratado (investimento em títulos da dívida pública austriaca, artigo 11 parágrafo 3 letra 'b' combinado com o parágrafo 4), não há que se cogitar em sua aplicação, vez que o tratado se aplica apenas a relações pactuadas entre residentes nos países signatários e, conforme demonstrado acima, a fiscalizada comprou títulos de uma instituição financeira (CSFB), fonte do pagamento dos rendimentos, que não é residente no país signatário.

(...)

3.2.2 – Aplicação Financeira – Banco Ing Bank Nv

A terceira aplicação financeira foi realizada com o banco ING BANK NV, que tem sede na Holanda conforme documento de fls. 645 a 649, mas segundo a fiscalizada as operações foram

realizadas com unidade do banco com sede na Espanha, fato que nada altera as nossas conclusões.

(...)

De qualquer forma, a tributação dos rendimentos não difere, quer se trate de rendimentos de títulos da dívida pública da Áustria ou Commercial Papers, tendo em vista que a instituição financeira não é residente da Áustria.

Considerando que o único registro apresentado pela fiscalizada diz respeito à aquisição destes títulos, conclui-se que essa foi a aplicação.

Commercial Papers é um título de renda fixa, do setor privado, nominal (nota promissória) de curto prazo, de emissão de pessoa jurídica e de sua exclusiva responsabilidade. Sua tributação obedece, portanto, a regra geral dos títulos de renda fixa.

(...)” (Grifou-se)

9. No subitem 3.3 do Termo de Verificação e de Encerramento da Ação Fiscal foi relatada a falta de reconhecimento da receita auferida em operações de hedge/swap realizadas para proteção contra variação cambial de empréstimos em moeda estrangeira:

3.3 – Ganhos/Perdas em operações de Swap

A fiscalizada realizou no período objeto da ação fiscal diversas operações de hedge/swap, conforme planilhas apresentadas e juntadas às fls. 845 a 862.

Constatou-se que a fiscalizada adotou o regime de competência para registrar mês a mês as oscilações da moeda contratada bem como adotou o regime de caixa para registrar a perda ou ganho efetivo por ocasião da liquidação do contrato. Nestas operações obteve ganhos e perdas que foram adicionados ou excluídos na apuração do lucro real.

(...)

O alvo de proteção (ativo ou passivo) deve estar relacionado com as atividades operacionais da empresa, conforme dispõe a legislação fiscal. Os prejuízos com derivativos são considerados dedutíveis integralmente do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro quando possuem função de hedge, ou seja, a função de proteger direitos a receber ou obrigações a pagar. Caso contrário, sendo especulativo, a legislação estabelece grandes restrições para impedir a dedução total da perda, em função do que estabelece o artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99).

(...)

No presente caso, os recursos captados junto aos bancos estrangeiros destinaram-se a aplicações financeiras e, portanto,

não se dirigiram às atividades produtivas, operacionais, aos objetivos sociais da fiscalizada.

Além disso, ganhos com operações de Swap foram escriturados de forma irregular, omitidos da apuração do resultado do exercício da fiscalizada, não tendo integrado as citadas bases de cálculo. Por outro lado, as perdas nas mesmas operações foram simplesmente ignoradas da escrituração em função de que, espertamente, a desnecessidade impede a sua dedução.

Passo a analisar as irregularidades observadas na segunda operação de empréstimo conjugada com aplicação financeira realizada pela fiscalizada junto ao Banco de Credit Suisse (CSFB), e a única realizada com o Banco ING BANK NV:

a) Banco Credit Suisse First Boston (CSFB)

Conforme consta do extrato bancário juntado às fls. 636, a fiscalizada captou recursos no montante de R\$ 330.455.797,98 em 14/07/2006, tendo-os encaminhado ao exterior na mesma data, conforme contrato de câmbio às fls. 870.

(...)

Por ocasião da liquidação do empréstimo e resgate da aplicação, em 18/12/2007, cujos valores se encontram registrados no extrato bancário de fls. 746, observa-se que houve um crédito de R\$ 380.388.254,38 na conta corrente do banco de Investimento (CSFB) a título de liquidação de operação de câmbio.

Trata-se, portanto, do resgate da aplicação efetivada em 14/07/2006. Esse valor foi imediatamente transferido para a conta corrente do CSFB nº 21585.

Com este valor em sua conta corrente, a fiscalizada liquidou a CPMF, o empréstimo bancário no valor de R\$ 282 milhões e transferiu para um terceira conta de investimento o valor de R\$ 95.965.358,87, que juntamente com o valor de R\$ 18.757.554,76 recebido através de TED da controladora liquidou a perda em operação de swap no valor de R\$ 114.724.861,32 debitado na conta investimento (CI) 21585.

Do exame da conta 0002122301 – RESOLUÇÃO 63 – CP verifica-se que em 18/12/2007 (fls. 1270) esta conta registrava um saldo credor de R\$ 395.491.048,20. Tendo a fiscalizada escriturado a débito o valor de liquidação de empréstimo de R\$ 282.909.936,18, restou um saldo credor nesta conta de R\$ 112.581.112,02. Ou seja, houve, em princípio, um ganho de R\$ 112 milhões.

No entanto, transferiu e creditou o valor (R\$ 95.965.358,87) em conta patrimonial, pertencente ao Ativo Circulante – disponível – 0001110637 Banco CSFB – TRANSITÓRIA, como se houvesse necessidade de identificar o procedência do ganho.

(...)

Apesar da clareza da intimação, acima transcrita, a resposta da fiscalizada diverge do que foi solicitado (natureza do ganho), permitindo deduzir que se trata de ganhos em operações de swap tendo em vista ter ocorrido juntamente com a liquidação do contrato de empréstimo, tendo a fiscalizada omitido sua escrituração regular, a crédito de conta de resultado.

Todavia, considerando que houve o recebimento de recursos (TED) do valor de R\$ 18.757.554,76, o valor omitido de tributação foi de R\$ 95.965.358,87.

Observe-se que, em função das restrições impostas pela legislação tributária (art. 299 do RIR/99), a representada preferiu omitir a escrituração contábil das perdas, nas datas em que os contratos foram liquidados, por entender, também, desnecessárias. Nesse sentido examine-se os lançamentos diários relativos a essas operações (fls. 1268) para confirmar a falta de escrituração do valor de R\$ 114.724.861,32 que, se regularmente escriturado em contas de resultado seria adicionado à base de cálculo do imposto e da contribuição. Por este motivo a fiscalizada omitiu a escrituração dessa perda.

b) Banco ING BANK NV

Com relação ao empréstimo contratado com o banco ING BANK NK em 23 de maio de 2008 a fiscalizada realizou contrato de Swap, visando proteção patrimonial (hedge) no valor de R\$ 247.140.000,00, conforme documentos juntados ao processo às fls. 638 a 649. O empréstimo, a aplicação financeira e o Swap foram liquidados em 22/12/2008, conforme consta registrado no extrato da conta corrente bancária (fls. 710) e abaixo reproduzido:

DESCRIÇÃO	DÉBITOS	PARCIAL	CRÉDITOS
<i>Liquidação de empréstimo</i>	<i>247.140.000,00</i>		
<i>Perdas com Swap</i>	<i>147.800.825,77</i>		
<i>Juros passivos</i>	<i>20.607.060,85</i>		
<i>Resgate de aplicação financ.</i>			<i>262.249.266,57</i>
<i>Ganhos com Swap (Base IR)</i>		<i>147.800.825,77</i>	
<i>Imposto de renda na fonte</i>		<i>-29.560.165,15</i>	
<i>Ganhos com Swap líquido IR</i>			<i>118.240.660,62</i>
<i>TED recebida</i>			<i>35.057.834,46</i>
TOTAIS	415.547.886,62	118.240.660,62	415.547.761,65

Contabilmente, o valor do ganho em operações de Swap, líquido do imposto de renda, no valor de R\$ 118.240.660,62, acima demonstrado, foi registrado a crédito da conta transitória ING BANK NV – código contábil: 0001110712.

Portanto, o referido ganho não transitou por conta de resultado apesar da fiscalizada requerer a restituição do imposto de renda retido pela fonte pagadora do rendimento, no valor de R\$ 29.560.165,15, conforme sua declaração tempestivamente apresentada em 2009 (fls. 490), cujo valor integra o montante de R\$ 60.370.400,21, conforme demonstrado abaixo.

(...)

A fiscalizada alega que a Varição Cambial Passiva no valor de R\$ 147.795.706,31 "deveria ser levada ao resultado contábil da Cia".

Ciente de que sua dedutibilidade não é permitida por se tratar de despesa desnecessária à atividade da empresa, nos termos do artigo 299, citado acima, a fiscalizada simplesmente omitiu a contabilização do valor do débito em conta de resultado.

(...)

Cabe razão à fiscalizada no sentido de que débitos e créditos de mesmo valor, regularmente escriturados anulam-se, não provocando efeitos no lucro líquido do exercício. No entanto, se regularmente escriturado, o débito sujeitar-se-ia ao ajuste do lucro líquido mediante adição ao mesmo para a apuração do lucro real, o que não ocorreu.

(...)

3.3.2 – A conta Transitória

(...)

Considerando a informação da fiscalizada sobre a função da conta transitória intimamos a mesma pelo item 04 da Intimação Fiscal 08 (fls. 1206) nos seguintes termos:

'4. Relativamente ao ganho em operação de SWAP no valor de R\$ 147.800.825,77 que foi contratada com o banco ING BANK NV em maio de 2008, cujo rendimento foi auferido em 22/12/2008 e contabilizado pelo valor líquido de imposto de renda na conta transitória ING 004/00008233/3 – TRANSITÓRIA – código: 0001110712, solicita-se informar a data em que o referido valor foi regularizado, estornado, transferido para outra conta, enfim, em que data tornou-se definitivo.' Após repetir as mesmas informações prestadas na Intimação Fiscal 06, acima comentada, a fiscalizada não esclareceu quando o valor indevidamente creditado à conta transitória tornou-se definitivo, ou seja, se foi estornado e oferecido à tributação, cujo silêncio nos faz presumir que nunca regularizou.

3.3.3 – A Lei Fiscal

(...)

Como se observa do texto do artigo, não cabe à pessoa jurídica tributada pelo lucro real decidir quais valores deve contabilizar. A contabilização deverá obedecer aos princípios de contabilidade geralmente aceitos observando as leis comerciais e fiscais. Todas as operações, todos os fatos econômicos mensuráveis são objeto da ciência contábil, devendo ser registrados, conforme grifamos no parágrafo único.

(...)

Conclui-se que o procedimento adotado pela fiscalizada é inusitado, sem precedentes, no sentido de que manteve receita tributável à margem da escrituração, com o agravante de ter solicitado a restituição do imposto retido pela fonte pagadora por ocasião da liquidação do contrato de swap em 22/12/2008.

(...)” (Grifou-se)

10. A exclusão no LALUR do valor dos créditos de PIS e Cofins não cumulativos foi relatada no subitem 4.1 do Termo de Verificação e de Encerramento da Ação Fiscal:

4.1 – Créditos de Pis e Cofins

No curso da ação fiscal constatou-se que a fiscalizada excluiu no livro de apuração do lucro real (LALUR) o valor de R\$ 79.844.225,89 a título de créditos de Pis e Cofins (fls. 248/249).

(...)

Conforme se verifica, a fiscalizada não justificou a dedução indevida da base de cálculo conforme solicitado no termo. Admitindo o erro, reconheceu expressamente a exclusão indevida do lucro líquido do exercício na apuração das bases de cálculo, afirmando seu interesse em parcelar o valor da infração, apesar de não ter juntado qualquer documento comprobatório do que alega.

Assim, sendo, torna-se dispensável maiores comentários a respeito, aguardando-se o cumprimento da proposta formulada pela fiscalizada após a lavratura do auto de infração.” (Grifou-se)

11. Quanto à CSLL diferida, foi descrita no subitem 4.2 do Termo de Verificação e de Encerramento da Ação Fiscal:

4.2 – CSLL DIFERIDA

Nos anos-calendário de 2007 e 2008 a fiscalizada registrou em seu livro de apuração do lucro real (LALUR) e declarou na linha outras exclusões, os valores demonstrados no quadro abaixo a título de CSLL diferida (fls. 250):

CSLL DIFERIDA	
2007	2.277.281,06
2008	10.110.009,31

(...)

Examinando a resposta, verifica-se que na maior parte do texto do item 5 (fls. 1254) a fiscalizada tratou de descrever a oportunidade em que os ativos devem ser reconhecidos, definir a natureza desses ativos fiscais diferidos, a quem se aplica, etc.

Por último, informou em linguagem pouco clara (último parágrafo) que se trata de 'resultado apenas contábil que representa o efeito futuro que a compensação de 30% da base negativa.'

Assim sendo, não tendo atendido ao que foi solicitado, glosam-se os valores constantes do quadro acima indevidamente excluídos do lucro líquido do exercício na apuração do lucro real." (Grifou-se)

Termos de Sujeição Passiva Solidária

12. A autoridade fiscal considerou que a captação de recursos junto aos Bancos Credit Suisse First Boston e Ing Bank NV e sua imediata aplicação na aquisição de títulos de renda fixa no exterior, nas mesmas instituições financeiras, e no mesmo dia dos empréstimos, em operações casadas, caracteriza desvio de finalidade para os quais esses recursos foram captados e não asseguram a gestão permanente dos negócios sociais da empresa, razão pela qual a Diretoria, ao dar uma destinação diferente ao descrito no objeto social constante do artigo 2º do seu Estatuto Social (prestar serviços de transporte ferroviária nos Estados da Região Sul do Brasil), colocou em risco, inclusive, a solvência da Companhia, assumindo a responsabilidade pessoal desses atos praticados com excesso de poderes ao Estatuto Social.

13. Portanto, conforme descrito no item 7 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal (fls. 1353/1393), foram lavrados os Termos de Sujeição Passiva Solidária a seguir relacionados, com fundamento no art. 124 combinado com o art. 135, III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN):

- Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 01 (fls. 1476/1477), em nome de Bernardo Vieira Hees (CPF nº 014.274.97702), cientificado por via postal em 09/09/2010 (AR à fl. 1499);

- Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 02 (fls. 1478/1479), em nome de Pedro Roberto Oliveira Almeida (CPF nº 072.101.32520);

- Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 03 (fls. 1480/1481), em nome de Alexandre de Moraes Zanelatto (CPF nº 016.330.379750), cientificado por via postal em 09/09/2010 (AR à fl. 1500);

- Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 04 (fls. 1482/1483), em nome de Eduardo Machado de Carvalho Pelleisone (CPF nº 271.675.94805), cientificado por via postal em 10/09/2010 (AR à fl. 1501;)

- Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 05 (fls. 1484/1485), em nome de Paulo Luiz Araújo Basílio (CPF nº 665.169.51187), cientificado por via postal em 13/09/2010 (AR à fl. 1502);

- *Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 06 (fls. 1486/1487), em nome de Rodrigo Barros de Moura Campos (CPF nº 146.606.48893), cientificado por via postal em 13/09/2010 (AR à fl. 1503);*

- *Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 07 (fls. 1488/1489), em nome de Sérgio Luiz Nahuz (CPF nº 076.718.92726), cientificado por via postal em 09/09/2010 (AR à fl. 1504);*

- *Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 08 (fls. 1490/1491), em nome de ALL – América Latina Logística S/A (CNPJ nº 02.387.241/000160), cientificado por via postal em 09/09/2010 (AR à fl. 1505).*

Impugnação apresentada pela interessada

14. Regularmente intimada em 31/08/2010, a interessada, por intermédio de seu representante legal (Ulhoa Canto, Rezende e Guerra Advogados, mandato às fls. 1566/1570), apresentou, em 29/09/2010, a tempestiva impugnação de fls. 1508/1564, instruída com os documentos de fls. 1571/1643, cujo teor é sintetizado a seguir:

a) com relação à glosa de encargos financeiros sobre operações de captação de recursos (subitem 3.1 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal), argüi que celebrou em 13/12/2004, 14/07/2006 e 23/05/2008 contratos de empréstimos com instituições financeiras a ela não vinculadas, nos valores de, respectivamente, R\$ 241.810.400,00, R\$ 331.711.530,00 e R\$ 247.140.000,00; os dois primeiros empréstimos foram obtidos de Credit Suisse First Boston (CSFB), em Bahamas e no Brasil, respectivamente, enquanto o último foi obtido de ING Bank NV (ING), com sede na Holanda; em todos eles a controladora figurou como garantidora e avalista; que as despesas financeiras correspondentes (R\$ 260.551.842,03) foram apropriadas e deduzidas do lucro real e da base de cálculo da CSLL ao longo dos anos-calendário de 2005 a 2008;

b) que a maior parte dos recursos obtidos foi aplicada na aquisição de títulos da dívida pública da Áustria e da Espanha, por intermédio da CSFB e da ING, respectivamente; que esses títulos, com alta liquidez e baixo risco, geraram receitas financeiras devidamente reconhecidas na escrituração contábil e fiscal (e excluídas do lucro real e da base de cálculo da CSLL);

c) que esclareceu no curso da ação fiscal que sua atividade exige elevados níveis de caixa, o que a fiscalização considerou ser prática anormal e não usual; que a fiscalização também teceu uma série de críticas à forma de contabilização dos empréstimos e dos títulos da dívida pública, mas tais questionamentos, além de incorretos, são inteiramente irrelevantes para fins fiscais;

d) por considerar que os empréstimos eram desnecessários e desvinculados das atividades da contribuinte, a fiscalização entendeu que consubstanciaram ato celebrado em infração ao estatuto da empresa, o que, nos termos do art. 135, III, do CTN,

ensejaria a responsabilização solidária dos diretores pelo crédito tributário apurado sobre a glosa dos encargos financeiros; que a controladora também foi responsabilizada solidariamente pelo crédito tributário com base no art. 124, I, do CTN;

e) no que diz respeito às receitas financeiras produzidas por títulos da dívida ativa do Governo da Áustria e por commercial papers do ICO, entidade pública vinculada ao Governo da Espanha (subitem 3.2 do Termo de Verificação), aduz que as considerou isentas em face das Convenções previstas nos Decretos n.ºs 72.542, de 30/07/1973 (Convenção Áustria) e 76.975, de 02/01/1976 (Convenção Espanha); que os títulos adquiridos por intermédio do ING foram emitidos pelo Governo da Espanha, por meio do ICO, conforme comprova o extrato da operação de aquisição emitido pela Euroclear Bank SA/NV (fls. 1021 e 1023);

f) quanto à falta de reconhecimento da receita auferida em operações de swap (subitem 3.3 do Termo de Verificação), relata que a fiscalização argumentou que não teria havido hedge no caso concreto em face de o objeto dos contratos de swap não estar relacionado com a atividade operacional da interessada, porquanto realizados para se proteger das variações cambiais dos empréstimos; que a própria fiscalização afirmou que, embora não tenha reconhecido os ganhos, a contribuinte igualmente não reconheceu as perdas de variações cambiais, as quais entendeu serem indedutíveis;

g) que a autoridade fiscal considerou que a contribuinte omitiu o registro contábil de operações financeiras dos anos-calendário de 2007 e 2008 em seus livros fiscais, e que tal prática constituiu-se em fraude, pois impediu ou retardou a ocorrência do fato gerador, o que ensejou a qualificação da multa de ofício;

h) com relação à exclusão indevida, na apuração do lucro real, de valores a título de créditos de PIS e Cofins (subitem 4.1 do Termo de Verificação), concorda com a autuação correspondente e informa que a exigência correspondente foi incluída no parcelamento instituído pelos arts. 1.º e seguintes da Lei n.º 11.941, de 2009;

i) quanto à exclusão, na apuração do lucro real, de valores a título de CSLL diferida (subitem 4.2 do Termo de Verificação), alega que se refere ao benefício econômico da compensação de bases negativas de CSLL;

j) no que se refere à multa de ofício isolada (item 5 Termo de Verificação), aduz que como as infrações descritas nos itens anteriores também resultaram no recolhimento a menor das antecipações mensais de IRPJ e CSLL, também são comuns as razões de defesa.

15. Acrescenta em relação aos encargos financeiros decorrentes da celebração de empréstimos com o CSFB e o ING (subitem 3.1 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal):

a) que as operações envolveram atividade absolutamente normal e usual para qualquer empresa, e podem ser resumidas da seguinte forma: i) obtenção de três empréstimos em moeda estrangeira, dois com o CSFB e um com o ING; ii) aplicação financeira dos recursos obtidos com os empréstimos em títulos da dívida pública dos governos da Áustria e Espanha; iii) celebração de contratos de swap (para troca de fluxos financeiros de denominação cambial diversa) com o objetivo de se proteger (hedge) de eventual variação cambial passiva;

b) que detém a concessão de ferrovias nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul; que a atividade ferroviária e logística caracteriza-se por necessidade de investimentos significativos (malha, trens, armazéns, pátios, caminhões, pessoal, promoção do desenvolvimento sócio-econômico das áreas de influência, etc.) e, conseqüentemente, demanda capital intensivo; que, como é comum em concessões desse porte, o retorno do investimento se dá em longo prazo; que os custos de captação e a disponibilidade de recursos no mercado variam demasiadamente e que não pode correr o risco de deixar de fazer investimentos ou cumprir suas obrigações em virtude da escassez ou do custo de captação de recursos, motivo pelo qual adota a política de sempre manter um nível de caixa compatível com suas atividades; que identificou que as condições para contratação de empréstimos com a CSFB e o ING representavam custo de financiamento bastante inferior às taxas de mercado; que os empréstimos eram necessários, sob pena de levar a impugnança à insolvência, e se justificam como estratégia de não ficar exposta à volatilidade do mercado financeiro;

c) contesta a alegação da autoridade fiscal de que os empréstimos não seriam usuais e normais e que as operações seriam casadas e, portanto, as despesas indedutíveis (IN SRF nº 48, de 1971); assevera que anormal e pouco usual é deixar recursos (sejam próprios ou decorrentes de empréstimos) parados em conta corrente quando há opções de aplicação financeira de baixo risco que propiciam melhor retorno; que a jurisprudência administrativa é pacífica no sentido de que são dedutíveis os juros decorrentes de empréstimos cujos recursos tenham sido repassados a terceiros e geraram receitas financeiras, ainda que não tributáveis por força de Convenção para evitar a dupla tributação;

d) que na definição da dedutibilidade das despesas relacionadas aos empréstimos, a fiscalização não deveria levar em consideração elementos subjetivos, relacionados à política de gestão de caixa da impugnança; em relação à alegação de que as despesas seriam indedutíveis por força da IN SRF nº 48, de 1971, aduz que esse diploma legal teve por exclusiva e expressa finalidade combater estruturas que visavam permitir a remuneração de depósitos à vista, o que era vedado pela Resolução Bacen nº 114/69, que foi revogada pela Resolução CMN nº 225/72; que a IN SRF nº 48, de 1971 sequer tem aplicação prática e não poderia fundamentar questionamentos relativos à dedutibilidade dos juros pagos nos empréstimos;

e) quanto à alegação fiscal de incorreta classificação no ativo circulante de títulos emitidos pelo Governo da Áustria com vencimento em longo prazo, e em seu passivo de longo prazo de obrigações com vencimento no curto prazo, destaca que a data do vencimento dos títulos da dívida pública é totalmente irrelevante, pois representam apenas o prazo máximo de resgate, o que não significa que não poderiam ser alienados antes desse prazo, conforme informou em nota explicativa das demonstrações financeiras; que o erro na classificação de empréstimo no passivo de longo prazo em nada prejudicou a análise da situação patrimonial, pois o vencimento do empréstimo também constou de nota explicativa;

f) ainda que as despesas financeiras em causa fossem consideradas indedutíveis para fins de IRPJ por não atenderem aos requisitos do art. 299 do RIR de 1999, sua dedução deveria ser aceita para fins de CSLL, cuja dedutibilidade não está condicionada à comprovação de sua necessidade, bastando que as despesas tenham sido pagas ou incorridas.

16. Em relação à exclusão das receitas financeiras produzidas pelos títulos da dívida pública da Áustria e commercial papers emitidos pelo ICO (subitem 3.2 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal):

a) aduz que a fiscalização não questiona a natureza e a existência dos títulos emitidos pelo Governo da Áustria, mas pretende afastar a aplicação da Convenção com base na alegação de que a operação teria sido realizada entre a impugnante e o CSFB, com sede de direção em Bahamas; em relação aos títulos emitidos pelo Governo da Espanha, por meio do ICO, a fiscalização sustenta que não teria apresentado nenhum documento comprovando tratar-se de título da dívida pública da Áustria; que, de fato, os títulos emitidos pelo ICO não guardam relação com a Áustria, pois foram emitidos por entidade vinculada ao Governo da Espanha;

b) que a fiscalização demonstra desconhecer a natureza dos investimentos em títulos públicos, cuja emissão é forma corriqueira de financiamento adotado pelos governos; que esses títulos podem ser adquiridos diretamente do emitente, por intermédio de instituições financeiras, ou mesmo de terceiros, no mercado secundário; que qualquer que seja a forma de aquisição, os rendimentos produzidos continuarão a ser juros pagos pelos emitentes (Governos da Áustria e da Espanha) ao adquirente dos títulos;

c) que a Convenção Áustria e a Convenção Espanha dispõem que os “os juros serão considerados provenientes de um estado contratante quando o devedor for esse próprio estado, uma subdivisão política ou um residente desse estado” e que “os juros da dívida pública, de títulos ou debêntures emitidos pelo governo de um estado contratante ou qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) de propriedade daquele

governo e pagos a um residente de outro estado contratante só são tributáveis no primeiro estado”;

d) que a Convenção Áustria alcança a tributação da CSLL (criada pela Lei nº 7.689, de 1988, com amparo no art. 195, I, da Constituição Federal), que é imposto idêntico ou substancialmente semelhante ao imposto de renda; que o fato de o direito brasileiro prever diversas espécies de tributos (impostos, taxas, contribuições de melhoria, de seguridade social, corporativas e de intervenção no domínio econômico) não é bastante para se adotar uma interpretação literal dos dispositivos da Convenções para restringi-los aos impostos, no sentido estrito;

e) que a Convenção de Viena, considerada internacionalmente como regra de interpretação das convenções internacionais, determina que “um tratado deve ser interpretado de boa fé, de conformidade com o sentido comum que deve ser atribuído aos termos do tratado em seu contexto e à luz do seu objetivo e finalidade” (art. 31); que no direito brasileiro, o Código Civil impõe a observância dos princípios da boa fé contratual e da prevalência da intenção das partes sobre a sua expressão literal (arts. 422 e 112, respectivamente); assim, interpretada de “boa fé, de conformidade com o sentido comum que deve ser atribuído aos termos do tratado em seu contexto e à luz do seu objetivo e finalidade”, a menção da Convenção a “impostos” somente pode ser entendida como feita a “tributos”;

f) que é inegável que a CSLL é substancialmente semelhante ao IRPJ, tanto que o caput do art. 21 da Medida Provisória nº 2.158-34, de 2001, que disciplina a tributação de lucros oriundos do exterior pela CSLL, reporta-se à legislação do IRPJ e o seu parágrafo admite a compensação, contra a CSLL, de eventual saldo de crédito de imposto de renda pago no exterior que não seja compensado no Brasil contra o IRPJ; que a melhor doutrina e a jurisprudência administrativa são pacíficas em reconhecer a aplicação das Convenções à CSLL.

17. Quanto ao ganhos auferidos nas operações de swap (subitem 3.3 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal) adita:

a) que a contabilização das operações de swap pelo seu valor líquido não é vedada pelas normas contábeis vigentes à época dos fatos; que efetuar a contraposição das despesas de swap que ajustam os valores das despesas financeiras não só não está vedada como é até exigida para fins de divulgação; já para fins de escrituração, não havia, nas regras contábeis, de qualquer nível, qualquer vedação para tal compensação à época;

b) ainda que assim não fosse, o procedimento adotado não resultou em reconhecimento de tributo a menor, porque o não reconhecimento dos ganhos/perdas nas operações de swap foi neutralizado pelo não reconhecimento de receitas/despesas de variação cambial no mesmo montante; que, aliás, esse fato não deveria causar qualquer estranheza, na medida em que, esse é

justamente o propósito de operações de swap realizadas com fins de proteção;

c) que na operação descrita pelo item 3.3, “a”, do Termo de Verificação houve perda de swap em função de uma receita anterior de variação cambial na liquidação de um dos empréstimos; já na operação descrita pelo item 3.3, “b” desse Termo de Verificação houve um ganho de swap em função de uma despesa anterior de variação cambial na liquidação de outro dos empréstimos, cuja perda incorrida se qualifica como dedutíveis;

d) esclarece que swap é o contrato pelo qual as partes trocam fluxos financeiros, que se compensam no momento do pagamento, fazendo com que a liquidação das obrigação se dê pela diferença; dada a volatilidade dos fluxos trocados em função das conjunturas de mercado, não se pode garantir, até o momento da liquidação, qual parte terá que efetivamente pagar à outra; no Brasil o contrato de swap não é definido em lei e nem é contrato típico de permuta; é um contrato atípico que não encerra necessariamente uma especulação e tem finalidade precípua de proteção em face de suas obrigações vincendas; o swap é um contrato, enquanto hedge é um propósito, uma finalidade, um objetivo, uma estratégia; não existem um contrato de hedge, mas sim vários negócios jurídicos que, individual ou conjuntamente, se prestam à satisfação de tal propósito, tais como as compras e vendas a termo, as opções e os próprios contratos de swap; pode haver um swap com propósito de hedge, como também pode haver um swap especulativo;

e) que o hedge tem propósito de cobertura de um risco, o de estabilização, de limitação, de proteção de um ativo ou passivo da pessoa que o realiza; enquanto o hedge objetiva eliminar ou reduzir o risco de uma perda, a especulação procura potencializar um ganho possível, ainda que também se potencialize a perda decorrente da não realização desse ganho possível; no Brasil, o hedge, tal como o swap, não foi definido em lei civil ou comercial, mas há referências ao hedge na legislação fiscal e cambial brasileira; o art. 77 da Lei nº 8.981, de 1995, determina que somente se qualificam como operações de hedge aquelas que sejam: i) relacionadas às atividades operacionais da pessoa jurídica ou; ii) se destinem à proteção de direitos ou obrigações dessa pessoa jurídica; que, conforme interpretação adotada no art. 32 da IN SRF nº 123, de 1999, e art. 35, § 2º, da IN SRF nº 25, de 2001, as duas condições não são cumulativas;

f) no caso concreto, a fiscalização procurou demonstrar que as operações de swap não eram relacionadas às atividades da impugnante para justificar a indedutibilidade das perdas a elas referentes (requisito “i”), mas em nenhum momento afirmou que os swap não se destinavam à proteção de direitos ou obrigações da impugnante (requisito “ii”), e nem se poderia tê-lo feito, já que é evidente e incontroverso que os swaps em causa não têm caráter especulativo;

g) o fato é que essas operações de swap atenderam ao requisito constante do art. 77, § 1º, “a”, da Lei nº 8.981, de 1995, de serem relacionados a sua atividade operacional; que, com efeito, administrar recursos e estabelecer políticas de proteção contra riscos fazem parte da realidade de qualquer empresa, uma vez que são inerentes à atividade econômica; que agir de forma prudente (fazendo hedge) e contratar swaps que reduziram o risco cambial não poderia jamais ser considerado providências estranhas ou desvinculadas da atividade da impugnante; que as perdas decorrentes dos swaps celebrados se qualificam como dedutíveis e que a forma utilizada para contabilizá-las e tributá-las não provocou qualquer prejuízo ao fisco;

h) relata que em junho/2006 contratou empréstimo com o Banco CSFB no montante de 17.310.000.000,00 ienes (R\$ 331.711.530,00), com taxa de juros de 1,42% ao ano; para afastar os riscos inerentes à contratação de um passivo em moeda estrangeira, efetuou contrato de swap de iene, com taxa de juros de 1,42% ao ano, para real, com taxa de juros de 107,8% do CDI; que contabilizou mensalmente apenas as despesas de juros do contrato de swap efetuado (R\$ 65.923.417,84) – já que os resultados decorrentes da variação cambial do iene e da taxa de juros previstas no contrato de empréstimo estavam cobertos pelo contrato de swap – totalizando uma obrigação de R\$ 397.634.947,84 em 18/12/2007;

i) como o empréstimo foi liquidado por R\$ 282.909.936,18, a não contabilização da receita de variação cambial de R\$ 114.725.011,66, vinculada à redução do valor de empréstimo, foi compensada em uma perda na operação de cobertura (swap) no mesmo valor, que também deixou de ser contabilizada; que o Termo de Verificação indica a existência de uma omissão de receita no valor de R\$ 95.965.358,87, cujo valor não corresponde a qualquer receita, mas refere-se à parcela dos recursos utilizada para quitar a perda na operação de swap;

j) que em maio/2008 contratou um terceiro empréstimo com o ING Bank NV no montante de 15.518.269.500,00 ienes (R\$ 247.140.000,00), com uma taxa de juros de 1,15% ao ano; que contratou operação de swap em iene, com taxa de juros de 1,42% ao ano, para real, com taxa de juros de 14,30% ao ano; que, como contabilizou mensalmente apenas as despesas de juros do contrato de swap efetuado (R\$ 20.607.060,85), o saldo da obrigação registrada em 22/12/2008 (data da liquidação do empréstimo) era de R\$ 267.747.060,85; que o empréstimo foi liquidado por R\$ 415.547.761,65, pois o iene havia valorizado frente ao real e a não contabilização da despesa de variação cambial de R\$ 147.795.706,30 foi neutralizada por um ganho na operação de cobertura de (swap) no mesmo valor; que a fiscalização trata o acréscimo do valor do empréstimo em razão a variação cambial passiva como perda na operação de swap, o que não é verdade;

k) que é absurda a pretensão fiscal de tratar como indedutível a despesa de variação cambial pelo simples fato de estar vinculada à captação de empréstimo, na medida em que tal decréscimo foi neutralizado por um ganho secundário, qual seja, o ganho na operação de swap; mesmo que a fiscalização pudesse demonstrar que o procedimento adotado pela impugnante não tenha sido o mais apropriado em termos contábeis, ele não causou qualquer distorção na quantificação de seu lucro real pois, se de um lado não tributou o ganho na operação de swap, de outro ela não deduziu a despesa com a variação cambial;

l) que é descabida a pretensão fiscal de exigir PIS e Cofins sobre as receitas financeiras decorrentes dos contratos de swap, pois o art. 1º do Decreto nº 5.442, de 2005, reduziu a zero as alíquotas incidentes sobre as receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não cumulativa;

m) o Termo de Verificação indica ainda que a impugnante teria pleiteado a restituição do valor do IRRF sem que o respectivo ganho de swap tivesse composto o seu lucro real; que, entretanto, o procedimento contábil adotado pela impugnante estava correto e, mesmo que não estivesse, não importou em qualquer prejuízo para o fisco, na medida em que a quantificação do lucro real seria a mesma caso os resultados de variação cambial e swap em contas de resultado tivessem sido efetuados; que, assim, não há nenhuma irregularidade no pedido de restituição do IRRF, uma vez que tais valores lhe eram devidos.

18. Acrescenta, no que diz respeito à exclusão indevida de R\$ 79.844.225,89 do lucro real e da base de cálculo de CSLL a título de créditos de PIS e Cofins (subitem 4.1 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal):

a) que já havia informado no curso da ação fiscal que referido débito seria incluído no parcelamento instituído pela Lei nº 11.941, de 2009; tanto é assim que, de fato, em 17/11/2009, efetuou requerimento de adesão ao referido parcelamento, o qual foi deferido pela autoridade fiscal; que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e mesmo a indicação da data de ocorrência do fato gerador foram efetuados de forma incorreta no auto de infração, incluídos no subitem 4.2 do Termo de Verificação, o que já seria suficiente para determinar o cancelamento da exigência correspondente.

19. No que diz respeito à exclusão indevida da CSLL diferida (subitem 4.2 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal):

a) adita que, embora conste do Termo de Verificação que não teria atendido solicitação de esclarecimento, demonstrou que os valores excluídos referem-se a ativos fiscais diferidos, correspondentes aos valores dos prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL a recuperar em períodos futuros (fl.

1254); que o valor do ativo fiscal referente à base de cálculo negativa de CSLL foi informado em valor inferior ao correto;

b) que a escrituração do ativo diferido é determinada pelo IBRACON, conforme se extrai do pronunciamento veiculado por meio da Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários CVM nº 273/98; que o reconhecimento do ativo fiscal diferido nas demonstrações financeiras teve como contrapartida um lançamento em conta de receita, que não se sujeita à tributação do IRPJ e da CSLL, conforme Solução de Consulta nº 21, de 2001, da SRRF da 9ª RF.

20. Com relação à multa isolada pela insuficiência no recolhimento de estimativas e à multa qualificada de 150% sobre os ganhos de swap (itens 5 e 6 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal):

a) aduz que a fiscalização aplicou a multa isolada, de um lado, e as multas de ofício e qualificada, de outro, sobre as mesmas infrações; que a exigência de multa de ofício isolada somente se sustenta na hipótese de o rendimento sujeito à sistemática de estimativa mensal ter sido incluído no montante dos rendimentos tributáveis declarados no final do período-base e o IRPJ incidente sobre o mesmo já ter sido pago; em outras palavras, isolada ou conjuntamente (com o tributo não pago) são apenas formas pelas quais podem ser exigidas as penalidades, mas não indicam hipóteses autônomas da aplicação da multa; que, além disso, a imposição de multa isolada na hipótese de não cumprimento de obrigação principal (no caso, de recolher IRPJ por estimativa) ofende o art. 97, V. combinado com o art. 113, ambos do CTN, que somente autorizam a cobrança de multa isolada na hipótese de descumprimento de obrigação acessória;

b) argumenta que a aplicação da multa qualificada de 150% somente se justifica quando restar comprovada a existência de dolo do contribuinte em fraudar a Fazenda Pública; que é descabida sua aplicação quando a fraude é apenas presumida, e não provada; que a definição das situações que autorizam a qualificação da multa deve ser buscada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964; que as figuras da sonegação e fraude previstas nesse arts. 71 e 72 correspondem a tipos penais dolosos, previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 1990; que a Lei nº 9.430, de 1996, ao determinar a aplicação da multa qualificada nessas hipóteses, faz referência à imposição de outras “penalidades (...) criminais cabíveis”;

c) que nas hipóteses previstas na Lei nº 8.137, de 1990, a conduta criminosa e, portanto, também a fraude, têm como pressuposto a existência de um elemento doloso de falsidade, inexatidão ou omissão; é por essa razão que a jurisprudência administrativa vem entendendo ser cabível a aplicação da multa qualificada de 150% apenas nos casos em que fica provada a existência daqueles pressupostos;

d) que o auto de infração exige multa agravada (sic) por entender que a forma de contabilização dos swaps teria a

finalidade de ocultar despesas não dedutíveis, e conseqüentemente acarretar o não oferecimento à tributação dos ganhos nesses contratos, o que caracterizaria “vontade consciente do agente em provocar dano ou violar a lei”; conforme já relatado, a impugnante demonstrou que os empréstimos eram usuais e necessários a sua atividade; que os swaps tinham efetivamente função de proteção (hedge), estavam relacionados à sua atividade e foram contabilizados de acordo com as normas contábeis, mais restritivas do que as fiscais;

e) que, ao inferir que a impugnante agiu dolosamente ao supostamente contabilizar equivocadamente suas operações de swap por mais de um exercício, a fiscalização presumiu que teria havido intenção de fraudar a lei, mas em nenhum momento trouxe evidências que comprovassem o dolo; que respondeu, tempestivamente, a todas as intimações da fiscalização e jamais faltou com a verdade e que conduta adota foi totalmente regular e, portanto, não há que se falar em dolo, e a repetição do procedimento em dois anos-calendário seguidos, se pudesse ser considerada equivocada, jamais poderia ser entendida como indício de que se tratou de vontade consciente de ocultar fato gerador, já que fato gerador não houve.

21. Ao final, requer que sejam julgados improcedentes os autos de infração, com a consequente extinção do crédito tributário deles decorrentes, porquanto:

i) em relação ao subitem 3.1 do Termo de Verificação: a) as despesas incorridas com os empréstimos foram usuais, normais e necessárias para a obtenção de receitas financeiras, de forma que tais despesas são legítimas e dedutíveis para fins de apuração da base do cálculo do IRPJ e da CSLL; b) é absurda a alegação feita pela fiscalização de que a impugnante teria, intencionalmente, contabilizado de forma incorreta as receitas decorrentes dos títulos da dívida pública e as obrigações decorrentes do empréstimo celebrado com o CSFB em junho/2006, com o objetivo de aparentar uma situação financeira mais favorável do que a real; c) a dedutibilidade de despesas para fins de CSLL não se subordina aos requisitos do art. 299 do RIR de 1999, bastando, para tanto, que elas tenham sido pagas ou incorridas;

ii) com relação ao subitem 3.2 do Termo de Verificação: a) os rendimentos produzidos pelos títulos da dívida pública se enquadram no disposto no art. 11.3.b da Convenção Áustria e no art. 11.4.b da Convenção Espanha, de forma que devem ser excluídos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL; b) a CSLL é “substancialmente semelhante” ao IRPJ, de forma que a ela se aplicam os dispositivos constantes da Convenção Áustria e da Convenção Espanha;

iii) quanto ao subitem 3.3 do Termo de Verificação: a) os contratos de swap celebrados pela impugnante atendem o requisito constante do art. 77, § 1º, “b”, da Lei nº 8.981, de 1995, de forma que as perdas decorrentes desses contratos se

qualificam como dedutíveis; b) ainda que o procedimento contábil adotado pela impugnante para o registro dos contratos de swap estivesse incorreto, dele não decorre qualquer distorção na quantificação de seu lucro real, pois se de um lado não foi tributado o ganho na operação de swap, de outro não foi deduzida a despesa com a variação cambial incidente sobre o empréstimo; c) não há que se falar em tributação pelo PIS e pela Cofins das receitas financeiras decorrentes dos contratos de swap, em virtude do art. 1º do Decreto nº 5.442, de 2005;

iv) com relação ao subitem 4.1 do Termo de Verificação: a) a impugnante já reconheceu o débito referente a este item e o incluiu no parcelamento instituído pela Lei nº 11.941, de 2009, de maneira que o auto de infração deve ser retificado para excluir o valor referente aos créditos de PIS e Cofins deduzidos da base de cálculo do IRPJ e da CSLL;

v) no que diz respeito ao subitem 4.2 do Termo de Verificação: a) os valores mencionados neste item referem-se a ativos fiscais diferidos, correspondentes aos valores de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL a recuperar em períodos futuros; b) o reconhecimento contábil desse ativo diferido obedece a uma orientação do IBRACON, adotada pela CVM como procedimento a ser observado pelas companhias; c) a contrapartida contábil do registro do ativo diferido é uma receita, a qual deve ser excluída da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme orientação da própria Receita Federal e do CARF;

vi) em relação ao item 5 do Termo de Verificação: a) a cobrança de multa isolada não é admitida quando o fato que lhe deu origem já foi considerado na base de cálculo da multa de ofício, pois, se assim fosse, ter-se-ia uma penalidade sobre a fração de um “todo”, e outra penalidade sobre esse mesmo “todo”, configurando evidente duplicidade; b) a imposição de multa isolada na hipótese de não cumprimento de obrigação principal (no caso, de recolher o IRPJ por estimativa) ofende o art. 97, V, c/c art. 113, ambos do CTN, que somente autorizam a cobrança de multa isolada na hipótese de descumprimento de obrigação acessória, conforme já reconheceu o 1º CC;

vii) quanto ao item 6 do Termo de Verificação: a) não há fundamento para exigência de multa agravada (sic) da impugnante, pois não havia nenhuma norma contábil que impedisse o registro contábil dos contratos de swap tal como realizado pela impugnante; b) ainda que a conduta da impugnante implicasse recolhimento a menor de tributo, a cobrança da multa agravada (sic) está condicionada à demonstração de evidente intuito de fraude (conforme entendimento sumulado do 1º CC), que, no caso, dependeria da comprovação de que o procedimento adotado pela impugnante foi propositalmente equivocado; todavia, a existência de Parecer validando-o afasta essa possibilidade; c) a fiscalização se baseou em presunções para justificar a aplicação da multa de 150%, o que é rejeitado pela jurisprudência pacífica do 1º CC.

Impugnação apresentada pelos responsáveis solidários

22. Os responsáveis solidários Bernardo Vieira Hees (fls. 1686/1696), Pedro Roberto Oliveira Almeida (fls. 1702/1712), Alexandre de Moraes Zanelatto (fls. 1718/1728), Eduardo Machado de Carvalho Pelleisone (fls. 1734/1744), Paulo Luiz Araújo Basílio (fls. 1750/1760), Rodrigo Barros de Moura Campos (fls. 1766/1776) e Sérgio Luiz Nahuz (fls. 1782/1792), por intermédio de seus representantes legais (mandatos às fls. 1698 e 1701, 1713 e 1717, 1730 e 1733, 1746 e 1749, 1762 e 1765, 1778 e 1781, 1794 e 1797), apresentaram, em 29/09/2010, impugnação contra a atribuição de responsabilidade solidária, nos seguintes termos:

a) argüem que, de acordo com o subitem 7.1 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, a responsabilidade em causa abrangeria apenas o crédito tributário decorrente da glosa de despesas financeiras descrita no subitem 3.1 do mesmo Termo de Verificação, mas nos Termos de Sujeição Passiva Solidária constam que a responsabilidade pelo crédito tributário inclui também os créditos tributários calculados sobre as receitas auferidas no exterior (subitem 3.2) e sobre ganhos de swap (subitem 3.3);

b) esclarecem que a fiscalização só apresentou argumentos para justificar a responsabilização dos diretores pelo crédito tributário relacionado à glosa das despesas dos empréstimos (subitem 3.1); como nenhuma justificativa foi dada para fundamentar a atribuição de responsabilidade sobre o crédito relacionado às infrações descritas no subitem 3.2 e 3.3 do Termo de Verificação, resta demonstrada a improcedência de sua responsabilização pelos mesmos;

c) aduzem que a fiscalização considerou que, por serem desvinculados de sua atividade, os empréstimos foram celebrados em infração ao objeto social da atuada, o que, nos termos do art. 135, III, do CTN, ensejaria a responsabilização solidária dos diretores pelo crédito apurado;

d) que para chegar a tal conclusão, a fiscalização limitou-se a analisar o art. 2º do Estatuto Social, que dispõe que a atuada tem por objeto a prestação de serviços ferroviários, de transporte, e a execução de “todas as atividades fins ou correlatas”, e cotejou-o com o art. 21 desse Estatuto, que dispõe que a gestão dos negócios sociais da atuada compete à diretoria; como o referido art. 2º não cita expressamente a aplicação financeira em títulos de renda fixa como atividade integrante do objeto da atuada, a fiscalização, de forma bastante simplista, concluiu que a aquisição de títulos da dívida pública não era permitida pelo Estatuto e constituiu infração praticada pelos diretores; que, em determinado momento, a fiscalização chegou a afirmar que, ao celebrá-los, os diretores colocaram “em risco, inclusive, a solvência da Companhia”;

e) adicionalmente, a fiscalização considerou que a contabilização dos contratos de swap foi propositalmente

realizada de forma incorreta, pois, ao reconhecer apenas os resultados líquidos, a autuada teria deduzido perdas não que não seriam dedutíveis por não serem relacionadas à atividade da empresa; a fiscalização ainda fez referência aos supostos equívocos cometidos na contabilização de aplicações financeiras para reforçar a pretensa responsabilidade dos diretores pelo crédito fiscal;

f) com relação ao disposto no art. 135, III, do CTN, no qual a fiscalização se baseou para atribuir responsabilidade aos diretores, o STJ já decidiu diversas vezes que é necessário que se comprove, além da infração à lei ou ao estatuto em si, que o agente agiu com dolo; que, exceto em hipóteses muito específicas (como a dissolução irregular de empresa), o ônus da prova do dolo do diretor ou gerente compete ao fisco; que, ao comentar o art. 135 do CTN, Aliomar Baleeiro reitera que sua aplicação depende da comprovação do dolo e esclarece, ainda, que o ato deve ter sido praticado contrariando o interesse da pessoa jurídica;

g) argumenta que a contratação de empréstimos e a aplicação de recursos financeiros estão implicitamente relacionadas ao objeto de qualquer pessoa jurídica; que cada ramo de atividade tem suas especialidades, e ninguém melhor do que o próprio contribuinte para decidir como aplicar seus recursos e otimizar o retorno por eles produzido; que esclareceu mais de uma vez, no curso da ação fiscal, que sua atividade requer elevados níveis de caixa, afirmação esta empírica e decorrente de sua experiência na atividade, não cabendo à fiscalização questioná-la;

h) que cabia aos diretores administrar as disponibilidades da empresa de forma que eles entendessem rentável e adequada; que, por razões diversas, optou pelos empréstimos e por aplicar os recursos a eles referentes na aquisição dos títulos da dívida pública, que são ativos de baixo risco e de alta liquidez, que poderiam ser resgatados a qualquer momento, se assim fosse necessário; que a celebração dos empréstimos e a posterior aquisição dos títulos da dívida pública não passou de transação realizada com o objetivo de atender as necessidades financeiras da autuada, as quais decorrem justamente da natureza de sua atividade;

i) que a celebração dos swaps insere-se nesse mesmo contexto, na medida em que os mesmos não passam de instrumento de proteção patrimonial, destinados justamente a preservar a saúde financeira da empresa; que nenhum dos swaps teve característica especulativa, isto é, nenhum deles foi contratado por valor superior ao do patrimônio que visavam proteger; que, mesmo que a celebração dos empréstimos fosse ato totalmente estranho ao objeto da autuada, nem assim os diretores poderiam ser pessoalmente responsabilizados pelo crédito tributário decorrente da glosa das despesas a eles referentes;

j) aduz que a fiscalização não demonstrou nem o dolo dos diretores em violar o Estatuto e nem a contrariedade dos empréstimos aos interesses da autuada; que, muito pelo contrário, a intenção por trás da celebração dos empréstimos e consequente aquisição dos títulos era beneficiá-la mediante o fortalecimento de seu caixa; que as críticas feitas pela fiscalização à eficiência dos atos praticados pela autuada no implicam, por si só, a conclusão de que tais atos tenham sido dolosamente praticados pelos diretores em infração ao Estatuto;

k) que a prevalecer a tese da fiscalização, de que os empréstimos não trouxeram qualquer benefício à autuada, ter-se-ia, tão-somente, a constatação de que os objetivos visados pela autuada, com a celebração dos mesmos (elevação dos níveis de caixa) não foram atingidos; que, todavia, essa conclusão é evidentemente insuficiente à aplicação do art. 135, III, do CTN;

l) que a suposta “maquiagem” no balanço jamais ocorreu, e ainda que assim não fosse, ela também seria totalmente irrelevante em termos fiscais;

m) que os fatos que levaram a fiscalização a entender que a autuada deduziu indevidamente despesas financeiras e deixou de oferecer à tributação receitas financeiras e ganhos de swap, bem como as razões pelas quais esses itens do auto de infração são improcedentes estão descritos na impugnação apresentada pela autuada, à qual os responsabilizados se reportam;

n) que, sendo improcedente o auto de infração lavrado contra a autuada, não restaria nenhum débito cuja responsabilidade pudesse ser atribuída aos responsabilizados; ainda que o auto de infração lavrado contra a autuada fosse procedente, continuaria a ser descabida a atribuição de responsabilidade aos diretores.

23. A controladora ALL – América Latina Logística S/A, por intermédio de seu representante legal (mandato às fls. 1808 e 1811/1812), também apresentou, em 29/09/2010, a impugnação de fls. 1798/1806, na qual reitera os argumentos de defesa apresentados pelos diretores da autuada e acrescenta:

a) que foi responsabilizada pela exigência correspondente apenas ao subitem 3.1 do Termo de Encerramento com fundamento no art. 124, I, do CTN; que o Primeiro Conselho de Contribuintes, atual Primeira Seção do CARF, tem decidido que o interesse comum a que esse diploma legal se refere corresponde à própria realização do fato gerador;

b) que as situações abrangidas pelo art. 124, I, do CTN são aquelas em que outra pessoa, além do próprio contribuinte, também pratica a ação que integra o fato gerador, podendo ser a ele equiparado;

c) que a responsabilizada simplesmente figurou como garantidora e avalista nos empréstimos contratados pela autuada; que a inclusão de pessoas do mesmo grupo societário como avalistas ou garantidoras de contratos celebrados pelos

contribuintes é fato muito comum na vida empresarial e não tem qualquer repercussão fiscal;

d) que não pode ser responsabilizada pela forma como a autuada utilizou os recursos decorrentes dos empréstimos, ou seja, a responsabilização de uma pessoa (a responsabilizada) não pode depender de um ato praticado por outra pessoa (a autuada) após sua ação, sobre o qual não tinha qualquer ingerência;

e) que não participou do fato gerador do IRPJ, pois não foi ela que auferiu acréscimo patrimonial e não foi ela que deduziu as despesas, motivo pelo qual não poderia jamais ser equiparada ao próprio contribuinte (a autuada); que nenhum dos atos praticados pela responsabilizada integra o fato gerador do IRPJ;

f) que a fiscalização citou uma série de fatos para tentar justificar a aplicação do art. 124, I, do CTN: a) que a responsabilizada era titular de ações representativas de 100% do capital da autuada e elegeu a diretoria que teria agido de forma irregular; b) a responsabilizada figurou como avalista e/ou garantidora nos empréstimos; c) que a responsabilizada renunciou ao benefício de ordem, que lhe seria garantido pelo Código Civil;

g) contudo, entende que: a) os diretores não atuaram de forma irregular e, ainda que fosse o caso, eles são pessoas distintas da responsabilizada; b) que os empréstimos foram operações totalmente regulares e figurar como avalista e/ou garantidora não é suficiente para qualificar a responsabilizada como responsável solidária; c) que o fato de renunciar ao benefício de ordem não tem qualquer repercussão fiscal e a menção a ele é totalmente irrelevante.

Crédito tributário incluído no parcelamento

24. Às fls. 1861/1863 consta correspondência enviada pela interessada, em 08/10/2010, na qual reitera que o crédito tributário objeto do subitem 4.1 do Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal foi incluído no parcelamento instituído pela Lei nº 11.941, de 2009; informa que os valores não contestados correspondem a: a) R\$ 19.961.056,47 de IRPJ, acrescidos de R\$ 14.970.792,35 de multa de ofício e R\$ 7.299.758,35 de juros de mora, além de R\$ 9.980.528,24 de multa de ofício isolada de IRPJ, totalizando R\$ 52.212.135,41 de crédito tributário não impugnado de IRPJ; b) R\$ 7.185.980,33 de CSLL, acrescidos de R\$ 5.389.485,25 de multa de ofício e R\$ 2.627.913,01 de juros de mora, além de R\$ 3.592.990,17 de multa isolada de CSLL, totalizando R\$ 18.796.368,76 de crédito tributário não impugnando de CSLL.

25. À fl. 1864 o Termo de Transferência de Crédito Tributário para o processo nº 10980.724187/2010-88.

Débitos de PIS e Cofins não decorrentes apartados em processo distinto

26. Às fls. 1878/1879, o despacho desta DRJ devolvendo o processo ao Sefis da DRF/Curitiba para que sejam apartados, em processo distinto, os valores de PIS (fls. 1411/1415) e de Cofins (fls. 1418/1422) não decorrentes da exigência de IRPJ e relativos ao aproveitamento indevido de créditos no regime não cumulativo sobre insumos utilizados no reparo de locomotivas de propriedade de terceiros (ALL – América Latina Logística Intermodal S/A), conforme descrito no item 2 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação fiscal.

27. Às fls. 1881/1882, os Termos de Transferência de Crédito Tributário relativos aos lançamentos não reflexos de PIS e Cofins para os processos nºs 10980.724790/2010-60 e 10980.724791/2010-12.

Acórdão nº 0630.406 – 1ª Turma da DRJ/CTA

28. Às fls. 1899/1959, o Acórdão nº 0630.406 desta Turma da DRJ/Curitiba, sessão de 17/02/2011, cujos membros, por unanimidade de votos, decidiram: a) considerar procedentes em parte os lançamentos de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, mantendo as exigências de R\$ 93.588.296,93 de imposto e R\$ 38.380.761,23 de contribuição, as correspondentes multas de lançamento de ofício de 75% e os acréscimos legais, além das multas de ofício isoladas de IRPJ e CSLL, nos valores de R\$ 55.810.587,33 e R\$ 19.668.965,09, respectivamente; b) considerar improcedentes os lançamentos de Contribuição para o Programa de Integração Social e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, cancelando as exigências correspondentes; c) cancelar a sujeição passiva solidária atribuída aos diretores da fiscalizada e à controladora ALL América Latina Logística S/A.

Recurso voluntário

29. No recurso voluntário de fls. 1995/2044, apresentado em 13/04/2011, a interessada apresentou as alegações a seguir sintetizadas:

a) em relação aos encargos financeiros indedutíveis (subitem 3.1 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal):

- as despesas incorridas pela recorrente com os empréstimos foram usuais, normais e necessárias para a obtenção de receitas financeiras, de forma que tais despesas foram legítimas para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL; é absurda a alegação feita pela fiscalização de que a recorrente teria, intencionalmente, contabilizado de forma incorreta as receitas decorrentes dos títulos e as obrigações decorrentes do empréstimo celebrado com a CSFB em julho/2006, com a objetivo de aparentar uma situação financeira mais favorável do que a real;

- a dedutibilidade de despesas para fins de CSLL não se subordina aos requisitos do art. 299 do RIR de 1999, bastando, para tanto, que elas tenham sido pagas ou incorridas;

b) com relação à omissão de receitas financeiras (subitem 3.2 do Termo de Verificação):

- os rendimentos produzidos pelos títulos se enquadram no disposto no artigo 11.3.b da Convenção Áustria e no art. 11.4.b da Convenção Espanha de forma que devem ser excluídos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL;

- a CSLL é “substancialmente semelhante” ao IRPJ, de forma que a ela se aplicam os dispositivos constantes da Convenção Áustria e da Convenção Espanha;

c) quanto aos ganhos/perdas em operações de Swap (subitem 3.3 do Termo de Verificação):

- os contratos de swap celebrados pela recorrente atendem o requisito constante do art. 77, § 1º, aliena “b”, da Lei nº 8.981, de 1995, de forma que as perdas decorrentes desses contratos se qualificam como dedutíveis;

- ainda que o procedimento contábil adotado pela recorrente para o registro dos contratos de swap estivesse errado, dele não decorre qualquer distorção na quantificação de seu lucro real, pois se de um lado não foi tributado o ganho na operação de swap, de outro não foi deduzida a despesa com a variação cambial incidente sobre o empréstimo;

- a dedutibilidade de despesas para fins de CSLL não se subordina aos requisitos do art. 299 do RIR de 1999, bastando, para tanto, que elas tenha sido pagas ou incorridas;

- não há que se falar em tributação pelo PIS e pela Cofins das receitas financeiras decorrentes dos contratos de swap, em virtude do art. 1º do Decreto nº 5.442, de 2005;

d) no que diz respeito às exclusões indevidas de créditos de PIS e Cofins (subitem 4.1 do Termo de Verificação):

- a recorrente já havia reconhecido o débito referente ao esse item antes do auto de infração e o incluído no parcelamento instituído pela Lei nº 11.941, de 2009, de maneira que o auto deve ser retificado para excluir o valor referente aos créditos de PIS e Cofins deduzidos da base de cálculo do IRPJ e CSLL, bem como as multas e juros a ele relativas;

e) em relação à CSLL diferida (subitem 4.2 do Termo de Verificação):

- os valores mencionados nesse item referem-se a ativos fiscais diferidos, correspondentes aos valores de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa de CSLL a recuperar em períodos futuros;

- o reconhecimento contábil desse ativo diferido obedece a uma orientação do IBRACON, adotada CVM como procedimento a ser observado pelas companhias;

- a contrapartida contábil do registro do ativo deferido é uma receita, a qual deve ser excluída da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme orientação da própria Receita Federal e do CARF;

f) quanto à multa isolada (item 5 do Termo de Verificação):

- a cobrança de multa isolada não é admitida quando o fato que lhe deu origem já foi considerado na base de cálculo da multa de ofício, pois, se assim fosse, ter-se-ia uma penalidade sobre a fração de um “todo”, e outra penalidade sobre esse mesmo “todo”, configurando evidente duplicidade;

- a imposição de multa isolada na hipótese de não cumprimento de obrigação principal (no caso, de recolher o IRPJ por estimativa) ofende o art. 98, V, combinado com o art. 113, ambos do CTN, que somente autorizam a cobrança de multa isolada há hipótese de descumprimento de obrigação acessória, conforme já reconheceu o 1º Conselho de Contribuintes;

g) com relação à aplicação da multa qualificada (item 6 do Termo de Verificação):

- não há fundamento para a exigência de multa agravada da recorrente, pois não havia nenhuma norma contábil que impedisse o registro contábil dos contratos de swap tal realizado pela recorrente (para fins de divulgação, o procedimento adotado era não apenas permitido, como exigido, como atesta o Parecer);

- ainda que a conduta da recorrente implicasse recolhimento a menor de tributo, a cobrança da multa agravada está condicionada à demonstração de evidente intuito de fraude (conforme entendimento sumulado do 1º CC), que, no caso dependeria da comprovação de que o procedimento adotado pela recorrente foi propositalmente equivocado; todavia, a existência do Parecer validando-o afasta essa possibilidade;

h) em relação à responsabilidade solidária (item 7 do Termo de Verificação):

- não há elementos suficientes para sustentar que os diretores e/ou a controladora agiram com excesso de poder ou em infração ao estatuto social da recorrente, de forma que ao há que se falar em sua responsabilização pela supostas infrações apontadas pelo auto de infração;

- sendo improcedentes os demais itens do auto de infração, não restam débitos cuja responsabilidade possa ser atribuída aos diretores e/ou controladora.

30. A ALL América Latina Logística S/A, Paulo Luiz Araújo Basílio, Bernardo Vieira Hess, Eduardo Machado de Carvalho

Pelleissone, Alexandre de Moraes Zanelato, Pedro Roberto Oliveira Almeida, Rodrigo Barros de Moura Campos e Sérgio Luiz Nahuz apresentaram, em 26/04/2011, os recursos voluntários de fls. 2216/2239, contestando a atribuição da responsabilidade solidária.

Juntada de novos documentos

31. À fl. 2242, a solicitação da interessada para juntada dos documentos de fls. 2243/2251.

Acórdão nº 1301002.204 – 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária

32. Às fls. 22592288, o Acórdão nº 1402-00.871 da 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária do CARF, sessão de 08/05/2013, cujos membros, por unanimidade, decretaram a nulidade da decisão de primeira instância, para que, a partir da apreciação do pedido formulado na peça impugnatória, no sentido de que os autos de infração sejam retificados para excluir o valor referente aos créditos de PIS e Cofins deduzidos da base o IRPJ e da CSLL, nova decisão seja prolatada.

Em 24 de setembro de 2013, a Delegacia da Receita Federal em Curitiba proferiu Despacho (fls. 2.465/2.466), que indicou suposta inexatidão material no Acórdão prolatado pela DRJ de Curitiba, nos seguintes termos:

*Em atenção à petição de fls. 1861/1862, que solicitou a exclusão dos débitos do controle do processo para fins de seu parcelamento pela Lei nº 11.941/2009, procedemos ao desmembramento do processo, com a formalização do processo nº 10980-724.187/2010-88 que recebeu por transferência os montantes de: 1) **IRPJ de R\$ 19.961.056,47, com respectiva multa de ofício de 75%**; 2) **Multa Isolada de IRPJ no valor de R\$ 9.980.528,24**; 3) **CSLL de R\$ 7.185.980,33, com respectiva multa de ofício de 75%**; e **Multa Isolada de CSLL no valor de R\$ 3.592.900,17**.*

Em atenção à informação registrada pelo CAC/Parcelamento, os débitos de multas isoladas acima mencionados, que não poderiam integrar o parcelamento da Lei nº 11.941/2009, por apresentar vencimento após 30/11/2008, foram objeto de transferência para controle do processo de cobrança nº 10980-724.840/2010-17.

Emitida carta cobrança pelo processo 10980-724.740/2010-17, tal cobrança foi impugnada pelo contribuinte sendo o processo apreciado pela DRJ/Cta-PR, que formalizou Acórdão nº 06-30.639, de 03/03/2011, que não conheceu da impugnação.

Protocolado recurso voluntário, o CARF-MF, formalizou a Resolução nº 907.534, de 14/03/2012, convertendo o julgamento em diligência para juntada daquele processo ao presente. Aquele processo encontra-se apensado a este.

Este processo de nº 10980-722.279/2010-23 foi apreciado pela DRJ/Cta-PR, que formalizou o Acórdão nº 06-30.406, de

17/02/2011, julgando a impugnação procedente em parte, interpondo recurso de ofício em relação aos débitos exonerados.

Interposto recurso de ofício, o CARF-MF apreciou o processo, formalizando o Acórdão n.º 1301-001.204, de 08/05/2013, decretando a nulidade da decisão de primeira instância, devolvendo o processo para apreciação da DRJ/Cta-PR.

O processo foi reapreciado pela DRJ/Cta-PR, sendo juntado o Acórdão n.º 06-43.589, de 12/09/2013, julgando a **“Impugnação Procedente em Parte”**, conforme juntado às fls. 2369/2449.

O processo foi movimentado a esta DRF/Cta-PR, sem informação do resultado de apreciação, tendo em vista divergência de valores, conforme despacho de encaminhamento registrado às fls. 2450.

Registramos que, tendo em vista a limitação de tratamento de recurso de ofício pelo sistema SIEF/Processo e que o processo 10980-724.187/2010-88 encontra-se bloqueado com parcelamento da Lei n.º 11.941/2009, não permitindo o desfazimento do evento de seu desmembramento, **retornamos a situação do processo, que recebeu novamente os débitos de Multas Isoladas de IRPJ e CSLL, por transferência do processo 10980-724.840/2010-17, devolvendo-o à situação de “Suspenso por Impugnação”, estando o processo apto para receber o registro do resultado de apreciação da impugnação.**

Ao analisar o Acórdão n.º 06-43.589, de 12/09/2013, para informação do resultado no sistema, entretanto, constatamos haver, s.m.j., inexatidão material no último parágrafo do acórdão, que registra:

“Os créditos tributários de IRPJ (R\$ 19.961.056,47 de principal) e CSLL (R\$ 4.668.839,38 de principal) decorrentes da exclusão de créditos de PIS e Cofins devem ter sua exigibilidade suspensa por força do parcelamento da Lei n.º 11.941, de 2009.”

Os débitos de R\$ 19.961.056,47 de IRPJ, com correspondentes multa de ofício e juros moratórios, e de **R\$ 7.185.980,33 de CSLL, com correspondentes multa de ofício e juros moratórios**, estão controlados pelo processo n.º 10980-724.187/2010-88, com controle pelo Parcelamento da Lei n.º 11.941/2009.

Considerando a existência de divergência entre os valores de principal de CSLL registrado no Acórdão como suspensos por parcelamento da Lei n.º 11.941/2009 e aqueles registrados na petição de fls. 1861/1862 e no termo de transferência de débitos para o processo n.º 10980-724.187/2010-88, controlado pelo Parcelamento, apresento o processo ao Chefe do Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário/SECAT propondo seu envio à DRJ/Curitiba-PR com requerimento para apreciação do processo e manifestação ou providências necessárias a fim de evitar confusões e prejuízo ao andamento do processo.

O processo foi encaminhado para apreciação da DRJ de Curitiba, que se manifestou pela correção dos valores constantes da decisão de primeira instância (fls. 2.467/2.468):

Contudo, aponta o Secat/Eqcof da DRF/Curitiba, por meio do despacho de fls. 2465/2466, que o citado acórdão conteria inexatidão material em relação à CSLL, porquanto o débito incluído no parcelamento da Lei nº 11.941, de 2009, era no valor de R\$ 7.185.980,33 de contribuição, acrescido de multa de ofício e juros moratórios.

Cumpre, portanto, destacar que o valor mantido de R\$ 4.668.839,38 de principal decorre da dedução, na apuração do valor tributável da contribuição, da base de cálculo negativa de R\$ 27.968.232,73 declarada pela contribuinte no período.

No lançamento fiscal de CSLL do ano-calendário de 2006 foram tributadas duas infrações: (i) glosa de despesas não necessárias (R\$ 70.489.231,02) e (ii) exclusão indevida de créditos de PIS e Cofins (R\$ 70.489.231,02). A contribuinte considerou que a base de cálculo negativa do período (R\$ 27.968.232,73) foi toda absorvida pela primeira infração.

Tendo na decisão desta Turma da DRJ/Curitiba sido considerado que inexistia previsão legal que determine a adição à base de cálculo da contribuição do valor das despesas não necessárias, a base de cálculo negativa do período foi toda deduzida da segunda infração (exclusão de créditos de PIS e Cofins), conforme se demonstra a seguir:

DISCRIMINAÇÃO	CSLL (R\$)			Parcelamento Lei nº 11.941
	LANÇADO	EXONERADO	MANTIDO	
ANO-CALEND.2006:				
(+) glosa despesas financ.	70.489.231,02	70.489.231,02	0,00	0,00
(+) excl.créd.PIS/Cofins	79.844.225,89	0,00	79.844.225,89	79.844.225,89
(=) subtotal	150.333.456,91	70.489.231,02	79.844.225,89	79.844.225,89
(-) base cálc.neg.período	-27.968.232,73	0,00	-27.968.232,73	0,00
(=) total	122.365.224,18	70.489.231,02	51.875.993,16	79.844.225,89
CSLL (alíquota 9%)	11.012.870,17	6.344.030,79	4.668.839,38	7.185.980,33

Considerando que contra a decisão de primeira instância foi interposto recurso de ofício – pois o crédito tributário exonerado excedeu o limite de alçada previsto no inciso I do artigo 34 do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, c/c a Portaria MF nº 3, de 3 de janeiro de 2008 –, o crédito tributário exonerado pelo Acórdão nº 0643.589 está sujeito à revisão pelo CARF. Portanto, enquanto não for proferida decisão administrativa definitiva pelo CARF não há que se falar em diferença de CSLL incluída a maior no parcelamento da Lei nº 11.941, de 2009.

Com a ciência da nova decisão de primeira instância, a Recorrente interpôs novo Recurso Voluntário, no qual, em síntese, repetiu os argumentos do anterior.

Por seu turno, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação e julgamento.

Em abril de 2016, este Relator detectou que os sujeitos passivos solidários não foram intimados da segunda decisão proferida pela Delegacia de Julgamento de Curitiba.

Conquanto tenha sido afastada, naquela instância, a responsabilidade solidária, entendemos ser necessária a intimação de todos os responsáveis tributários, a exemplo do que ocorreu em relação à primeira decisão, que foi anulada pelo CARF, razão pela qual o processo foi devolvido à origem para intimação e oportunidade de manifestação dos interessados.

Com efeito, os solidários apresentaram Recursos Voluntários e os autos retornaram a este Conselho. Depois de alguns despachos para o correto encaminhamento, foram devolvidos a este Relator para apreciação e voto.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Roberto Caparroz de Almeida, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos legais, razão pela qual dele conheço.

Como a matéria discutida nos autos é bastante extensa, analisaremos as autuações e os argumentos de defesa por tópicos, conforme segue:

a) Glosa de encargos financeiros considerados não necessários e não usuais à atividade da empresa, sobre empréstimos em moeda estrangeira cujos recursos captados não foram aplicados na atividade operacional da contribuinte, mas integralmente utilizados na aquisição de títulos da dívida pública da Áustria e de *commercial papers* emitidos pelo ICO (subitem 3.1 do Termo de Verificação);

b) Omissão das receitas financeiras produzidas por títulos da dívida pública da Áustria e por *commercial papers* emitidos pelo ICO, pagas pelos Bancos Credit Suisse First Boston (com sede de direção nas Bahamas) e Ing Bank NV (com sede de direção na Holanda), posto que não foram oferecidas à tributação com base em tratado assinado pelo Brasil e pela Áustria (subitem 3.2 do Termo de Verificação);

c) Falta de reconhecimento de receitas financeiras auferidas em operações de swap contratadas para proteção (hedge) contra eventual variação cambial sobre empréstimos em moeda estrangeira (subitem 3.3 do Termo de Verificação);

d) Exclusão indevida, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de valores correspondentes a créditos de PIS e Cofins não cumulativos (subitem 4.1 do Termo de Verificação);

e) Exclusão indevida, na apuração do lucro líquido, de valores correspondentes à CSLL diferida (subitem 4.2 do Termo de Verificação);

f) Multa isolada de 50% sobre estimativas de IRPJ e CSLL não recolhidas (item 5 do Termo de Verificação);

g) Responsabilidade solidária de diversas pessoas, que foi afastada pela decisão de piso.

1. DA GLOSA DOS ENCARGOS FINANCEIROS SOBRE EMPRÉSTIMOS EM MOEDA ESTRANGEIRA CONSIDERADOS NÃO NECESSÁRIOS E NÃO USUAIS

A fiscalização promoveu a glosa de encargos financeiros, por considerá-los desnecessários e não usuais à atividade da empresa, pois os recursos captados em moeda estrangeira não foram aplicados em sua atividade operacional, mas integralmente utilizados na aquisição de títulos da dívida pública da Áustria e de *commercial papers* emitidos pelo Instituto de Crédito Oficial (ICO) espanhol.

Entendeu a fiscalização que os encargos não seriam dedutíveis, porque não guardariam relação com as atividades da empresa e teriam como objetivo apenas "estocar recursos", nos seguintes termos:

Ora, como se observa, pretendeu a autuada formar "estoques" de recursos para utilizá-los no futuro na ocorrência de eventual crise de mercado às custas de terceiros. Este procedimento não é usual e tampouco normal em qualquer atividade econômica, conforme previsto no parágrafo 3º do citado artigo do regulamento. No meio empresarial não se usa, não é hábito nem costume "estocar" recursos, ao contrário, busca-se a melhor utilização deles justamente porque são caros e escassos.

Mesmo que se admita essa prática pouco comum ('estocar' recursos), ela não pode prejudicar terceiros, no caso a Fazenda Pública em função de apropriação dos encargos correspondentes que implica a redução das bases de cálculo dos impostos devidos pela mesma. Essa afirmação, "estocar recursos para uso eventual", confirma, por si só, a desnecessidade das despesas apropriadas. (...)

Os recursos captados através dos três empréstimos não foram dirigidos para os fins que se propõe a pessoa jurídica, ou seja, para a atividade ferroviária." (Grifos no original.)

Na defesa, aduz a Recorrente que as operações têm por objetivo financiar a atividade da empresa, que possui características peculiares, assim descritas:

Conforme demonstrado na IMPUGNAÇÃO, a RECORRENTE detém a concessão de ferrovias nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. As atividades ferroviárias e logísticas caracterizam-se por necessidade de investimentos significativos (malha, trens, armazéns, pátios, caminhões, pessoal, promoção do desenvolvimento sócio-econômico das

áreas de influência etc.) e, conseqüentemente, demandam capital intensivo.

Como é comum em concessões desse porte, o retorno do investimento se dá em longo prazo, com a amortização de todos os investimentos realizados. Na fase inicial, em que se encontrava a concessão da RECORRENTE, a geração de receitas com a operação não é suficiente para custear seus investimentos, obrigações correntes e passivos. Na segunda fase, nem sempre a necessidade de investimentos diminui e a geração de receitas com a operação supera as despesas; isso porque, na prática, a RECORRENTE tem sempre necessidade de realizar novos investimentos, derivados de expansões previstas, compras de locomotivas para atender a imensa demanda gerada pelo aumento da fronteira agrícola e produtividade da atividade e, também, outros necessários para atender exigências do Poder Concedente e as obrigações para com a comunidade, especialmente na área de influência das ferrovias, pátios e armazéns (como, aliás, determina seu Estatuto Social).

Diante disso, a RECORRENTE precisa contratar empréstimos com terceiros, e não seria lógico, nem recomendável sob o ponto de vista da gestão eficiente de suas atividades, que não o fizesse.

A título ilustrativo, no período entre 2004 e 2009, as obrigações da RECORRENTE totalizaram R\$ 4.429.000.000,00. Já a geração de caixa derivada de suas receitas operacionais totalizou R\$ 2.414.000.000,00. Logo, apenas nesse período, a necessidade de recursos de terceiros chegou a R\$ 2.015.000.000,00. Os EMPRÉSTIMOS representavam, portanto, menos de 50% do total das necessidades de caixa da RECORRENTE, que recorreu a outras fontes para complementar os recursos necessários à consecução de suas atividades.

O conceito de necessidade das despesas entendidas como operacionais pode ser encontrado no artigo 47 da Lei n. 4.506/64:

Art. 47. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

§ 3º Somente serão dedutíveis como despesas os prejuízos por desfalque, apropriação indébita, furto, por empregados ou terceiros, quando houver inquérito instaurado nos termos da legislação trabalhista ou quando apresentada queixa perante a autoridade policial.

§ 4º No caso de empresa individual, a administração do imposto poderá impugnar as despesas pessoais do titular da empresa que não forem expressamente previstas na lei como deduções admitidas se esse não puder provar a relação da despesa com a atividade da empresa.

§ 5º Os pagamentos de qualquer natureza a titular, sócio ou dirigente da empresa, ou a parente dos mesmos, poderão ser impugnados pela administração do imposto, se o contribuinte não provar:

a) no caso de compensação por trabalho assalariado, autônomo ou profissional, a prestação efetiva dos serviços;

b) no caso de outros rendimentos ou pagamentos, a origem e a efetividade da operação ou transação.

§ 6º Poderão ainda ser deduzidas como despesas operacionais as perdas extraordinárias de bens objeto da inversão, quando decorrerem de condições excepcionais de obsolescência de casos fortuitos ou de força maior, cujos riscos não estejam cobertos por seguros, desde que não compensadas por indenizações de terceiros.

§ 7º Incluem-se, entre os pagamentos de que trata o § 5º, as despesas feitas, direta ou indiretamente, pelas empresas, com viagens para o exterior, equipando-se os gerentes e dirigentes de firma ou sociedade.

A partir da definição legal, os artigos 299 e 300 do Regulamento do Imposto de Renda destacam as condições de dedutibilidade para as despesas:

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

§1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

§2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

§3º O disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.

Art. 300. Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros.

Portanto, as despesas consideradas operacionais são as realizadas em prol da pessoa jurídica, e têm por finalidade custear a atividade econômica desenvolvida ou manter a fonte produtora dos rendimentos.

De se notar que a legislação indica requisitos para a dedutibilidade das despesas incorridas, a saber:

- a) necessidade das despesas conforme a atividade da empresa;
- b) normalidade das despesas, dentro do escopo da empresa;
- c) manutenção da fonte produtora.

Inexiste vedação no sentido de que a despesa, para ser dedutível, tenha que gerar efeitos imediatos; ao contrário, existem despesas que aproveitarão exercícios futuros, de sorte que o argumento da fiscalização, de que a empresa buscou "estocar recursos" em nada colide com as exigências legais.

Parece-me que a natureza da atividade desenvolvida pela Recorrente efetivamente reclama a disponibilidade de recursos vultosos, tendo em vista o ciclo de investimentos inicial e o tempo necessário para o retorno dos gastos. Nesse sentido, o **efeito mediato** dos empréstimos contraídos não macula a legislação tributária, pois os recursos obtidos têm por objetivo a manutenção do patrimônio e a possibilidade de gerar resultados futuros, a partir de investimentos de infraestrutura destinados à expansão de sua atividade precípua.

Aliás, a expressão "manutenção da fonte produtora", prevista em lei, tem como premissa o fato de que a despesa deve contribuir ou ser útil para permitir o funcionamento adequado e contínuo da atividade empresarial, o que lhe confere nítido teor de operacionalidade.

Assim, desde que adequada e pertinente ao escopo e características da empresa, não se vislumbra obstáculo para o preenchimento do conceito legal.

Claro que existem outros critérios que precisam ser analisados.

A jurisprudência deste Conselho tem afastado a dedutibilidade nas hipóteses em que não há comprovação hábil e idônea da efetividade das despesas, quando não é realizada a devida escrituração e, ainda, quando as despesas foram contraídas com sócios (mediante total liberalidade) ou em condições fora dos parâmetros de mercado.

O caso em tela não se enquadra nos vícios apontados.

Os empréstimos foram contratados com terceiros independentes, assim como não se questiona a legitimidade dos contratos firmados nem as taxas de juros praticadas, que, segundo a Recorrente, proporcionaram, inclusive, uma economia de 33 milhões de reais.

Também não se pode negar que os administradores, sob o primado da livre iniciativa, possam gerir o caixa da companhia e realizar **operações financeiras** em prol da sociedade, ainda que tal atividade não conste do objeto social.

Toda empresa precisa captar recursos, mediante formas variadas e, no caso da Recorrente, parece-me razoável que o grau de alavancagem das operações exija contratos igualmente vultosos.

Sobre a questão da usualidade, entendo que três contratos, celebrados ao longo de vários anos, em nada desnaturam as despesas deles decorrentes, assim como não se percebe, pela contratação dos empréstimos, nenhum ato anormal de gestão, posto que praticados com observância da cláusula *arm's length*.

Descabe, ainda, o argumento de que a contrapartida dessas despesas financeiras foram receitas não tributáveis, por força dos tratados celebrados entre o Brasil e países estrangeiros. O que se exige é a correlação entre despesas e receitas (no sentido de que umas possam gerar outras), mas não o fato, obviamente posterior, de que as receitas precisam ser integralmente tributadas. A própria lei brasileira veicula hipóteses em que isso não ocorre, como no caso do lucro da exploração.

Neste tópico, portanto, voto por afastar a autuação e correspondente glosa das despesas financeiras, por entender que não houve violação aos preceitos legais para sua dedutibilidade.

2. DA APLICABILIDADE DOS TRATADOS BRASIL X ÁUSTRIA E BRASIL X ESPANHA E SEUS EFEITOS SOBRE AS RECEITAS FINANCEIRAS DA RECORRENTE

Neste tópico, relativo ao subitem 3.2 do Termo de Verificação Fiscal, discute-se a autuação das receitas oriundas da captação de recursos no *Credit Suisse First Boston - CSFB*, em 13/12/2004 e 14/07/2006, e no *ING Bank NV*, em 23/05/2008, que foram aplicados, em operações correlacionadas ("casadas", na expressão da fiscalização) nas mesmas instituições, para a aquisição de títulos da dívida pública da Áustria e de *commercial papers* emitidos pelo *Instituto de Créditos Oficiais - ICO* (entidade ligada ao governo da Espanha), respectivamente.

No período entre 2004 e 2008 essas aplicações financeiras geraram rendimentos de R\$ 188.163.794,99, que foram escriturados nas contas de ativo n. 1110302 – *Credit Suisse First Boston/Garantia Aplicações Financeiras*, n. 1110353 – *Austrian Note* e n. 1110355 – *Banco ING/Aplicação Financeira*, com base no regime de competência, tendo como contrapartida a conta n. 5211100 - *Receita Aplicação Financeira*.

Aduz a Recorrente que se aplicam ao caso as convenções internacionais existentes entre Brasil e Áustria (Decreto n. 78.107/76) e Brasil e Espanha (Decreto n. 76.975/76), destinadas a evitar a dupla tributação.

Entende a defesa que os títulos públicos podem ser adquiridos diretamente do emitente, por intermédio de instituições financeiras, ou mesmo de terceiros, no mercado secundário, mas que, independente da forma de aquisição os rendimentos produzidos continuarão a ser juros pagos pelos respectivos emitentes, ou seja, pelos governos da Áustria e da Espanha, o que ensejaria a aplicação das Convenções, que estabelecem, no **artigo 11** (dos dois tratados) que a tributação só ocorreria no Estado emitente.

Ressalte-se que a matéria, no Brasil, foi regulamentada pelas Portarias MF n. 470/76 e MF n. 45/76, de sorte que reproduzimos, a seguir, os comandos normativos pertinentes:

Decreto n. 78.107, de 1976 (Convenção Áustria)***ARTIGO 11******Juros***

1. Os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Todavia, esses juros podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm, de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder 15% do montante bruto dos juros.

3. Não obstante o disposto nos parágrafos 1 e 2:

a) os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos ao Governo do outro Estado Contratante, a uma sua subdivisão política, ou a qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) de propriedade exclusiva daquele Governo, de uma sua subdivisão política, são isentos de imposto no primeiro Estado Contratante;

b) os juros da dívida pública, de títulos ou debêntures emitidos pelo Governo de um Estado Contratante ou qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) de propriedade daquele Governo e pagos a um residente do outro Estado Contratante só são tributáveis no primeiro Estado.

4. O termo “juros” usado no presente artigo designa os rendimentos da dívida pública, de títulos ou debêntures, acompanhados ou não de garantia hipotecária ou de cláusula de participação nos lucros, e de créditos de qualquer natureza, bem como outros rendimentos que pela legislação tributária do Estado Contratante de que provenham sejam assemelhados aos rendimentos de importâncias emprestadas.

5. As disposições dos parágrafos 1 e 2 se aplicam se o beneficiário dos juros, residente de um dos Estados Contratantes, tiver, no outro Estado Contratante de que provenham os juros, um estabelecimento permanente ao qual se ligue efetivamente o crédito gerador dos juros. Nesse caso, aplicar-se-á o disposto no Artigo 7.

6. A limitação estabelecida no parágrafo 2 não se aplica aos juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um estabelecimento permanente de uma empresa do outro Estado Contratante situado em um terceiro Estado.

7. Os juros serão considerados provenientes de um Estado Contratante quando o devedor for esse próprio Estado, uma sua subdivisão política, ou um residente desse Estado. No entanto, quando o devedor dos juros, residente ou não de um Estado Contratante, tiver num Estado Contratante um estabelecimento permanente pelo qual haja sido contraída a obrigação que dá origem aos juros e esse estabelecimento

permanente suporte o pagamento desses juros, tais juros serão considerados provenientes do Estado Contratante em que o estabelecimento permanente estiver situado.

(...) (grifamos)

e

Portaria MF n. 470, de 1976 - Regulamenta a Convenção Áustria

I - Os dividendos, lucros, juros, “royalties” e rendimentos de assistência técnica e de serviços técnicos de que tratam os artigos 10, 11 e 12 da Convenção, decorrentes de investimentos e contratos registrados no Banco Central do Brasil, estão sujeitos no Brasil às seguintes alíquotas de imposto:

(...)

b) 15% (quinze por cento) no caso dos juros de que trata o artigo 11, parágrafo 2, ressalvado o disposto nos itens II e III desta Portaria; (...)

II - Os juros de que trata o artigo 11, parágrafo 3, alínea “a”, da Convenção, não estão sujeitos a imposto.

III - Os juros de que trata o artigo 11, parágrafo 3, alínea “b”, da Convenção são tributáveis de acordo com a legislação brasileira.

IV - O disposto no artigo 11 da Convenção não se aplica aos juros pagos a agências ou sucursais de empresas ou bancos austríacos não situadas na Áustria, nem a agências ou sucursais situadas na Áustria de empresas ou bancos domiciliados em terceiros Estados.

V - Os rendimentos não tratados nos artigos 10, 11 e 12 da Convenção estão sujeitos ao imposto previsto na legislação brasileira.

(...) (grifamos)

--

Decreto n. 76.975, de 1976 (Convenção Espanha)

ARTIGO 11

Juros

1. Os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Todavia, esses juros podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder 15% do montante bruto dos juros.

3. *O imposto sobre os juros pagos a instituições financeiras de um Estado Contratante em decorrência de empréstimos e créditos concedidos por um prazo mínimo de 10 anos e com o objetivo de financiar a aquisição de bens de equipamento, não poderá exceder no Estado Contratante de que procedam os juros. 10% do montante bruto dos juros.*

4. *Não obstante o disposto nos parágrafos 1 e 2:*

a) os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos ao Governo do outro Estado Contratante, ou a uma de suas subdivisões políticas ou a qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) de propriedade exclusiva daquele Governo, ou de uma de suas subdivisões políticas são isentos de imposto no primeiro Estado Contratante;

b) os juros da dívida pública, dos títulos ou debêntures emitidos pelo Governo de um Estado Contratante ou por qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) de propriedade desse Governo, só são tributáveis nesse Estado.

5. *O termo “juros” usado no presente artigo compreende os rendimentos da Dívida Pública, dos títulos ou debêntures, acompanhados ou não de garantia hipotecária ou de cláusula de participação nos lucros, e de créditos de qualquer natureza, bem como qualquer outro rendimento que, pela legislação tributária do Estado Contratante de que provenham, seja assemelhado aos rendimentos de importâncias emprestadas.*

6. *O disposto nos parágrafos 1 e 2 não se aplica se o beneficiário dos juros, residente de um Estado Contratante, tiver, no outro Estado Contratante de que provenham os juros, um estabelecimento permanente ao qual se ligue efetivamente o crédito gerador dos juros. Neste caso, aplicar-se-á o disposto no Artigo 7.*

7. *A limitação estabelecida no parágrafo 2 não se aplica aos juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um estabelecimento permanente de uma empresa do outro Estado Contratante situado em um terceiro Estado.*

8. Os juros serão considerados como provenientes de um Estado Contratante quando o devedor for o próprio Estado, uma de suas subdivisões políticas, uma de suas entidades locais ou um residente desse Estado. No entanto, quando o devedor dos juros, residente ou não de um Estado Contratante, tiver num Estado Contratante um estabelecimento permanente pelo qual haja sido contraída a obrigação que dá origem aos juros e caiba a esse estabelecimento permanente o pagamento dos juros, esses juros serão considerados provenientes do Estado Contratante em que o estabelecimento permanente estiver situado.

(...) (grifamos)

e

Portaria MF n. 45, de 1976 - Regulamenta a Convenção Espanha

I - Os dividendos, lucros, juros, royalties e rendimentos de assistência técnica e de serviços técnicos de que tratam os artigos 10, 11 e 12 da Convenção, decorrentes de investimentos e contratos registrados no Banco Central do Brasil, estão sujeitos no Brasil às seguintes alíquotas de imposto:

(...)

b) 10% (dez por cento) no caso dos juros de que trata o artigo 11, parágrafo 3;

c) 15% (quinze por cento) no caso os juros de que trata o artigo 11, parágrafo 2;

(...)

II - Os juros de que trata o artigo 11, parágrafo 4, alínea "a", da Convenção, não estão sujeitos a imposto.

III - O disposto no artigo 11 da Convenção não se aplica aos juros pagos a agências ou sucursais de empresas ou bancos espanhóis não situadas na Espanha, nem a agências ou sucursais situadas na Espanha de empresas ou bancos domiciliados em terceiros Estados.

IV - Os rendimentos não tratados nos artigos 10, 11 e 12 da Convenção estão sujeitos ao imposto previsto na legislação brasileira.

(...) (grifamos)

Os fatos descritos nos autos indicam que a Recorrente adquiriu títulos da dívida pública da Áustria em 13/12/2004 e 24/07/2006, do Credit Suisse First Boston - CSFB, além de *commercial papers* emitidos pelo ICO, em 29/05/2008, do ING Bank NV. Por conta de tais operações, foram reduzidos do lucro líquido os encargos decorrentes dos empréstimos em moeda estrangeira, analisados no tópico anterior, mas não foram oferecidas à tributação, em contrapartida, as receitas auferidas, pois a empresa entende que estaria protegida pelos termos das respectivas Convenções.

Entretanto, para que possam ser aplicados os dispositivos dos artigos 11, 3.b (Convenção Áustria) e 11, 4.b (Convenção Espanha), que permitiriam a tributação dos juros **apenas nos países emissores**, é necessário que os juros sejam pagos pelos próprios governos ou, ao menos, por **agentes residentes naqueles países**, sendo descabida a pretensão de estender tal tratamento quando o pagamento decorre de **terceiros residentes em outro Estado**.

No caso dos autos verifica-se que os juros produzidos pelos títulos da dívida pública adquiridos em 13/12/2004 não se enquadram nas disposições do artigo 11, 3.b da Convenção Brasil - Áustria, posto que foram pagos à Recorrente pelo *Credit Suisse Investment Bank Bahamas Limited*, que possui sede de direção nas Ilhas Bahamas (fls. 990/992).

Nesse sentido, de nada adianta declarações posteriores, trazidas aos autos pela Recorrente, no sentido de que os bancos teriam sido apenas custodiantes ou intermediários

de uma única operação, pois é incontroverso que houve duas operações distintas: uma entre o Governo da Áustria e o *Credit Suisse Investment Bank Bahamas Limited* e outra entre esta instituição financeira e a Recorrente, de sorte que nenhuma delas encontra-se abrangida pelas regras do tratado, que jurisdiciona residentes nos dois países, dado que ambas não se encontram no escopo do tratado previsto no Decreto nº 78.107, de 1976.

Igual raciocínio se aplica aos juros pagos pelo *ING Financial Markets LLC* (operação de 29/05/2008) sobre os *commercial papers* emitidos pelo ICO (fls. 996/998 e 1056), que também não se enquadram no disposto no artigo 11, 4.b da Convenção Brasil - Espanha, pois aquela instituição financeira possui sede de direção nos Países Baixos (Holanda), de modo que as duas operações, entre o ICO e o ING e, posteriormente, entre o ING e a Recorrente também não são alcançadas pelo tratado, dada a participação de terceiro residente em país diversos dos signatários.

Ressalte-se, por oportuno, que as convenções celebradas entre Brasil e Áustria e entre Brasil e Espanha efetivamente não alcançam os bancos que promoveram as operações, posto que estes eram residentes em países diversos, Bahamas e Holanda, respectivamente.

Parece-me óbvio que se trata de **problema de jurisdição**, pois não há como admitir que um negócio celebrado com agente que não possui residência nos países que pactuaram o acordo possa ser alcançado por qualquer norma dele procedente.

Na hipótese, pouco importa se os títulos são do governo austríaco ou do ICO espanhol; poderiam ser emitidos por qualquer país, visto que releva, para a aplicação dos correspondentes tratados, o conceito de residência das partes. Tal conceito é a razão de ser da tributação internacional, que tanta atenção confere aos estabelecimentos permanentes, com regras específicas para a sua determinação.

Aliás, a simples leitura dos tratados em questão nos leva a concluir, sem margem para dúvidas, o alcance das normas por eles veiculadas. Veja-se, a título de comprovação, os seguintes dispositivos:

Convenção Brasil - Áustria

ARTIGO 1

Pessoas visadas

A presente convenção se aplica às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.

(...)

ARTIGO 4

Domicílio fiscal

1. Para os fins da presente Convenção a expressão “residente de um Estado Contratante” designa qualquer pessoa que, em virtude da legislação desse Estado, está ai sujeita a imposto em razão de seu domicílio, de sua residência, de sua sede de direção ou de qualquer outro critério de natureza análoga.

e

Convenção Brasil - Espanha

ARTIGO 1

Pessoas visadas

A presente Convenção se aplica às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.

(...)

ARTIGO 4

Domicílio fiscal

1. Para os fins da presente Convenção, a expressão “residente de um Estado Contratante” designa qualquer pessoa que, em virtude da legislação desse Estado, esteja aí sujeita a imposto em razão de seu domicílio, de sua residência, de sua sede de direção ou de qualquer outro critério de natureza análoga.
(grifamos)

Some-se aos comandos acima o fato de que as Portarias do MF que disciplinam a aplicação das Convenções, como visto, expressamente determinam que *o disposto no artigo 11 da Convenção não se aplica aos juros pagos a agências ou sucursais de empresas ou bancos domiciliados em terceiros Estados* para que reste evidente a inaplicabilidade dos tratados para os dois casos acima mencionados, nos exatos termos do que restou decidido em primeira instância.

Ademais, os tratados para evitar a bitributação partem da premissa, assaz evidente, de que as partes teriam competência para tributar, individualmente, os efeitos econômicos do negócio. Todavia, não foi isso o que aconteceu nas duas hipóteses, de sorte que compete ao Brasil tributar, nos termos da lei, os efeitos jurídicos e econômicos observados no patrimônio e na contabilidade da empresa aqui localizada.

Contudo, seguindo a mesma linha de raciocínio, podemos constatar que a operação efetuada em 20/07/2006, relativa aos juros produzidos pelos títulos da dívida pública da Áustria **preenche os requisitos da respectiva Convenção**, pois restou demonstrado nos autos, de acordo com o contrato de câmbio de fls. 993/995, que o pagamento foi realizado *diretamente pelo Governo da Áustria para a Recorrente*, circunstância já reconhecida pela decisão de primeira instância e que, à luz dos argumentos aqui expendidos, não merece reparos.

O raciocínio aqui desenvolvido se aplica integralmente à CSLL, seja pela evidente semelhança entre esta e o IRPJ, seja porque o próprio legislador, em interpretação autêntica, entendeu que os tratados celebrados pelo Brasil são aplicáveis à contribuição, nos termos do que estabelece o artigo 11 da Lei n. 13.202/2015:

Art. 11. Para efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL.

Neste tópico, portanto, mantenho o que restou decidido em primeira instância.

3. DO NÃO RECONHECIMENTO DE RECEITAS FINANCEIRAS DECORRENTES DE OPERAÇÕES DE SWAP PARA PROTEÇÃO CONTRA EVENTUAL VARIAÇÃO CAMBIAL (HEDGE)

Neste ponto, que corresponde ao subitem 3.3 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, a autoridade autuante declara que o contribuinte deixou de reconhecer a receita auferida em duas operações de swap contratadas para se proteger de possível variação cambial passiva incidente sobre os empréstimos em moeda estrangeira obtidos com o CSFB, em 14/07/2006, e o ING, em 23/05/2008, e acrescenta que:

Swap é um contrato derivativo no qual as partes trocam indexadores de operações ativas e passivas, sem trocar o principal; que este derivativo pode ser de duas espécies: de hedge, quando tem por finalidade cobrir ou proteger ativos ou passivos da pessoa jurídica, ou especulativos, quando, por exclusão, não tem aquela finalidade; que, sendo de proteção ou cobertura (hedge), a Lei nº 8.981, de 1995, em seu artigo 77, inclui esta operação dentre aquelas dispensadas da retenção de IR, desde que relacionada com as atividades operacionais da pessoa jurídica, o que não ocorreu no caso em tela; que os ganhos com operações de swap foram escriturados de forma irregular, omitidos da apuração do resultado do exercício, enquanto as perdas foram simplesmente ignoradas na escrituração em função de sua indedutibilidade, haja vista sua desnecessidade.

Por força desse entendimento, foi autuada a parcela de R\$ 95.965.358,87 do ganho de R\$ 114.722.913,63 apurado na operação de swap sobre o empréstimo (Resolução 63) contratado em 14/07/2006 no CSFB, assim como o ganho de R\$ 147.800.825,76 na operação de swap sobre o empréstimo obtido em 23/05/2008 do ING Bank NV, ganho este não foi escriturado em conta de resultado, apesar de o IRRF de R\$ 29.560.165,15 ter sido utilizado para compor o saldo negativo de IRPJ do exercício de 2009.

A defesa alega, por seu turno, que a forma de contabilização das operações de swap não era vedada pelas normas contábeis vigentes à época dos fatos e que efetuar a contraposição das despesas de swap que ajustam os valores das despesas financeiras não só não estava vedado como era providência exigível para fins de divulgação.

Ademais, ainda que assim não fosse, o procedimento por ela adotado não teria resultado em tributação a menor, porque o não reconhecimento dos ganhos/perdas nas operações de swap foi neutralizado pelo não reconhecimento de receitas/despesas de variação cambial no mesmo montante.

A legislação estabelece a tributação dos rendimentos auferidos em operações de swap, inclusive nos casos de proteção (hedge), como atestam os artigos 74, 76 e 77 da Lei nº 8.981/95 (destacaremos):

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.

§ 1º A base de cálculo do imposto das operações de que trata este artigo será o resultado positivo auferido na liquidação do contrato de swap.

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

§ 3º Somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas no termos da legislação vigente.

(...)

Art. 76. O imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, 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;

II - definitivo, no caso de pessoa jurídica não submetida ao regime de tributação com base no lucro real, inclusive isenta, e de pessoa física.

§ 1º No caso de sociedade civil de prestação de serviços, submetida ao regime de tributação de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, o imposto poderá ser compensado com o imposto retido por ocasião do pagamento dos rendimentos aos sócios beneficiários.

§ 2º Os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável e os ganhos líquidos produzidos a partir de 1º de janeiro de 1995 integrarão o lucro real.

§ 3º As perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (day-trade), realizadas em mercado de renda fixa ou de renda variável, não serão dedutíveis na apuração do lucro real.

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

(...)

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

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

a) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica;

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

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

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

Posteriormente, o artigo 36 da Lei nº 9.532/97 definiu que os rendimentos decorrentes de operações de swap passaram a ser tributados à mesma alíquota dos rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa:

Art. 36. Os rendimentos decorrentes das operações de swap, de que trata o art. 74 da Lei nº 8.981, de 1995, passam a ser tributados à mesma alíquota incidente sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa.

Parágrafo único. Quando a operação de swap tiver por objeto taxa baseada na remuneração dos depósitos de poupança, esta remuneração será adicionada à base de cálculo do imposto de que trata este artigo.

Por seu turno, o artigo 5º da Lei nº 9.779/99 manteve a incidência do imposto de renda na fonte sobre as operações de cobertura (hedge) realizadas por meio de operações de swap:

Art. 5º Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda 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.

Portanto, com base no artigo supracitado devemos concluir pela tributação das operações de hedge, inclusive nos casos de cobertura (hedge); tal posição é ratificada pela instruções editadas pela Receita Federal do Brasil acerca da matéria.

Cravada a premissa legal devemos passar aos fatos.

A decisão de piso analisou minuciosamente as operações da Recorrente, nos seguintes termos (destacaremos):

No caso dos autos, a contribuinte efetuou operações de swap com o CSFB e o ING Bank NV para proteger-se da oscilação da cotação do iene sobre os empréstimos contratados em 14/07/2006 e 23/05/2008, respectivamente, com vencimento em 18/12/2007 e 22/12/2008:

DISCRIMINAÇÃO	SWAP - EMPRÉSTIMOS EM MOEDA ESTRANGEIRA		
	Credit Suisse First Boston – CSFB		ING Bank NV 23/05/2008
	CCB Áustria 13/12/2004	Resolução 63 14/07/2006	
CONTRATAÇÃO EMPRÉSTIMO:			
. data contratação	13/12/2004	14/07/2006	23/05/2008
. data vencimento	04/08/2008	18/12/2007	22/12/2008
. taxa de juros		1,42% a.a.	1,15% a.a.
. valor em ienes		17.310.000.000,00	15.518.269.500,00
. valor em reais	240.895.002,00	331.711.530,00	247.140.000,00
. registrado na conta	2121307 e 2221307	2122301 e 2222301	2121151
. doc.às fls.	1338-1340	636, 701-707, 746, 1342	639, 711-719, 1343
LIQUIDAÇÃO EMPRÉSTIMO:			
. data liquidação	04/08/2008	18/12/2007	22/12/2008
. variação cambial ativa e juros	-	-114.725.011,66	-
. variação cambial passiva e juros	168.478.066,72	-	147.800.825,77
. juros contrato de swap	-	65.923.317,86	20.607.060,85
. valor liquidação	409.373.068,72	282.909.936,18	415.547.886,61
. doc.às fls.	1338-1340		1065
OPERAÇÃO DE SWAP EM IENE:			
. taxa juros	-	107,8% do CDI	14,3% a.a.
. juros contabilizados:			
. ano-calendário 2005	-	0,00	0,00
. ano-calendário 2006	-	22.066.415,90	0,00
. ano-calendário 2007	-	43.856.956,52	0,00
. ano-calendário 2008	-	0,00	20.607.060,85
	-	65.923.317,86	20.607.060,85
. saldo dívida em reais	-	397.634.847,86	267.747.060,85
. perda na operação de swap	-	114.724.861,32	-

DISCRIMINAÇÃO	SWAP - EMPRÉSTIMOS EM MOEDA ESTRANGEIRA		
	Credit Suisse First Boston – CSFB		ING Bank NV 23/05/2008
	CCB Áustria 13/12/2004	Resolução 63 14/07/2006	
. ganho na operação de swap	-	-	147.800.825,77
. doc.às fls.	600-604	1268-1270, 1295	747,1058,1065,1228, 1228,1343,1251,1260

Com relação à operação de swap contratada em 14/07/2006 junto ao Credit Suisse First Boston (17.310.000.000,00 ienes, equivalentes a R\$ 331.711.530,00), verifica-se que, na realidade, a interessada apurou uma **perda de swap de R\$ 114.724.861,32**.

Conforme escriturado nas contas 2122301 Resolução 63 Curto Prazo e 2222301 Resolução 63 Longo Prazo (fls. 1269/1270), ela apropriou despesas financeiras no montante de R\$ 65.923.317,86 nos anos-calendário de 2007 e 2008, correspondente aos juros de 107,80% da taxa dos Certificados de Depósito Interbancário (CDI) previstos no contrato de swap, totalizando uma obrigação de R\$ 397.634.847,86 a ser paga na liquidação dessa operação (ponta passiva). Por outro lado, fez jus a rendimentos correspondentes à variação cambial e juros previstos no contrato de empréstimo (ponta ativa), **de modo a ficar totalmente protegida em caso de valorização do iene em relação ao real**.

Como o iene desvalorizou-se frente ao real nesse período, o empréstimo de R\$ 331.711.530,00 tomado em 14/07/2006 foi liquidado por R\$ 282.909.936,18 em 18/12/2007 (R\$

*331.711.530,00 do empréstimo + R\$ 65.923.317,86 de juros da operação de swap – R\$ 114.725.011,66 da variação cambial ativa). Logo, tendo a operação de swap contratada em 14/07/2006 sido liquidada por R\$ 397.634.847,86, enquanto o empréstimo teve seu valor reduzido para R\$ 282.909.936,18, a interessada **apurou uma perda de R\$ 114.724.861,32.***

Em 18/12/2007 foram resgatados títulos da dívida pública da Áustria no montante de R\$ 380.388.254,38, conforme analisado no tópico anterior, cujo valor foi utilizado para liquidar o empréstimo de R\$ 282.909.936,18 e pagar R\$ 1.439.726,12 de IOF e a parcela de R\$ 95.965.358,87 da perda de R\$ 114.724.861,32 da operação de swap. O saldo da perda de swap foi liquidado com o TED de R\$ 18.757.554,76 enviado pela ALL América Lática Logística do Brasil S/A e utilização de R\$ 1.947,69 do saldo da conta mantida no Banco CFSB (fl. 1295).

*Dessa forma, **como inexistente ganho de swap na operação contratada em 14/07/2006, voto por cancelar a exigência correspondente**, sendo que o valor tributado pela autoridade fiscal corresponde à parcela de R\$ 95.965.358,87 do resgate de títulos da dívida pública da Áustria utilizada para quitação da perda na operação de swap.*

*No que diz respeito à **operação de swap em iene sobre o empréstimo contratado junto ao ING Bank NV em 23/05/2008** (15.518.269.500,00 ienes, equivalentes a R\$ 247.140.000,00), verifica-se que a interessada apropriou encargos financeiros de R\$ 20.607.060,85, correspondente aos juros de 14,3% ao ano previstos no contrato de swap, totalizando uma obrigação de R\$ 267.747.060,85 a ser paga na liquidação dessa operação (ponta passiva).*

*Considerando que o contrato de swap deu proteção contra o risco de expressivo e inesperado aumento do valor da obrigação em moeda estrangeira, porquanto lhe garantiu rendimentos equivalentes à variação cambial e aos juros previstos no contrato de empréstimo (ponta ativa), e tendo o valor dessa obrigação sido atualizado para R\$ 415.547.886,61 em 22/12/2008 (R\$ 247.140.000,00 do empréstimo + R\$ 20.607.060,85 de juros da operação de swap + R\$ 147.800.825,77 da variação cambial passiva), em decorrência da valorização do iene frente ao real, constata-se que a contribuinte **apurou um ganho de swap no valor de R\$ 147.800.825,77** (fls. 1054/1055 e 1154/1155).*

*Em sua impugnação ela alegou que a falta de contabilização do ganho apurado na operação de cobertura (swap) **foi compensada pela não contabilização da despesa de variação cambial de R\$ 147.800.825,77 sobre o empréstimo tomado em 23/05/2008.** No entanto, inobstante estivesse protegida dos efeitos da valorização do iene – pois valor algum de encargo financeiro era devido além dos juros de R\$ 20.607.060,85 previstos no contrato de swap –, **essa variação cambial passiva***

deveria ter sido regularmente contabilizada, assim como o ganho apurado na operação de swap.

Tendo em vista que a variação cambial passiva de R\$ 147.800.825,76 é indedutível pelas razões já expostas no presente voto, na análise dos encargos financeiros sobre empréstimos em moeda estrangeira, ou seja, por serem despesas não necessárias, usuais ou normais à atividade explorada pela empresa, conclui-se que a falta de reconhecimento do ganho de R\$ 147.800.825,77 apurado nessa operação de swap acarretou indevida redução do resultado tributável da interessada.

Acrescente-se que tanto havia ganho R\$ 147.800.825,77 de swap a ser reconhecido, que o ING Bank NV reteve R\$ 29.560.165,15 de IRRF (fl. 1055 e 1155), em cumprimento ao disposto no artigo 5º da Lei nº 9.779, de 1999, e artigo 35, § 3º, da IN SRF nº 25, de 2001, cujo valor foi utilizado pela interessada para compor o saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 2008 (fls. 490 e 560), conforme previsto no artigo 76, I, da Lei nº 9.430, de 1996, fato que exige que o rendimento correspondente seja oferecido à tributação.

Dessa forma, voto por manter a exigência sobre o ganho de swap de R\$ 147.800.825,76 do ano-calendário de 2008.

A leitura dos fundamentos e razões de decidir da DRJ nos levam a concluir que a decisão reconheceu as operações como legítimas, as qualificou como típicas de swap, para proteção contra riscos oriundos de moeda estrangeira, mas manteve a autuação ante o entendimento de que os encargos financeiros relativos a empréstimo em moeda estrangeira não se configuram como despesas necessárias, usuais ou normais da empresa.

E este é o ponto central da discussão: os encargos decorrentes desses empréstimos devem ou não ser considerados como despesas necessárias/usuais, nos termos da legislação do imposto de renda?

Note-se que o artigo 77, V, § 1º, da Lei n. 8.981/95 fixa os requisitos para que se considere uma operação como de cobertura (hedge):

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

a) estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica;

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

Conquanto não se discuta a possibilidade de tributação desses rendimentos, a partir da lei n. 9.779/99, penso que os requisitos continuam os mesmos, vale dizer, uma operação será considerada como de cobertura (hedge) quando estiver relacionada à atividade operacional da empresa ou destinar-se à proteção de seus direitos ou obrigações.

Podemos perceber que a decisão de piso afirmou textualmente que os contratos destinavam-se à proteção de posições assumidas pela empresa, embora tenha mantido a glosa por considerar os encargos como não necessários ou não usuais. Entretanto, ainda que se considere que esses empréstimos não se relacionam com as atividades da Recorrente, torna-se forçoso reconhecer, a partir dos próprios fundamentos da decisão, que eles se prestam a proteger obrigações assumidas e consideradas legítimas.

Na esteira da posição que adotei no primeiro tópico deste voto, penso que as despesas são necessárias na medida em que contribuem para a manutenção da fonte produtora, ou seja, são úteis para permitir o funcionamento ou as atividades empresariais.

Quando preenchidos tais requisitos e sem que se questione a falta de comprovação das despesas ou a inidoneidade dos contratos, entendo que não há como afastar a possibilidade de considerá-las como operacionais, pois, do contrário, o poder público estaria a limitar, sem qualquer critério objetivo, a atuação das sociedades e as decisões tomadas por seus dirigentes, mormente quando se constata que as operações foram realizadas dentro dos parâmetros de mercado.

E ainda que assim não fosse, como a própria legislação considera como operações de cobertura aquelas destinadas à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica, não há como desconsiderar o efeito fiscal das despesas, salvo se fossem questionados os próprios contratos, em termos de legitimidade, idoneidade ou liberalidade, circunstâncias que não são observadas no caso dos autos.

Embora concorde com a fiscalização e com a decisão de piso sobre o fato de que a variação cambial passiva deveria ter sido regularmente contabilizada, também é forçoso reconhecer que este não foi o argumento utilizado para a manutenção da autuação, visto que tal montante seria compensado pela não contabilização da despesa de variação cambial de R\$ 147.800.825,77, sobre o empréstimo tomado em 23/05/2008.

A razão de decidir baseou-se na desnecessidade das despesas contraídas, o que não se sustenta à luz dos dispositivos que regem a matéria.

Assim, embora entenda que os resultados líquidos das operações de swap devam ser tributados, parece-me que no caso em tela o saldo realmente foi zero, pois os valores são idênticos e geram uma neutralidade para fins de apuração do lucro tributável, sem prejuízo do fato de que a Recorrente deveria ter escriturado os montantes na sua contabilidade.

Portanto, voto para afastar, neste tópico, a glosa das despesas relativas ao contrato de empréstimo do ING Bank, assim como mantenho a decisão de primeira instância no que respeita ao afastamento da autuação relativa ao Banco CSFB, que apresentou perda de R\$ 114.724.861,32.

4. DA EXCLUSÃO INDEVIDA DE VALORES A TÍTULO DE PIS E COFINS

Neste item, a autoridade fiscal autuou a exclusão indevida de R\$ 79.844.225,89 de créditos de PIS e Cofins da base de cálculo do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2006, infração que não foi contestada pela Recorrente, que informa ter incluído o valor no parcelamento de que trata a Lei nº 11.941/2009.

A Resolução nº 1301-001.204, da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara do CARF, anulou a decisão original da DRJ para que esta analisasse a necessidade ou não de retificação do lançamento fiscal para fins de exclusão dessa exigência.

Nesse contexto, o novo acórdão prolatado consignou:

Inicialmente cumpre destacar que dispõe o artigo 233, inciso I, da Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012 (reproduzindo atribuição de competência anteriormente prevista no artigo 229, inciso I, da Portaria MF nº 587, de 21 de dezembro de 2010), que cabe às DRJ's conhecer e julgar em primeira instância, após instaurado o litígio, dentre outras contestações, as impugnações em processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários.

Assim, cabe verificar se por ocasião da ciência do lançamento fiscal, em 31/08/2010, as exigências de IRPJ e CSLL decorrentes da exclusão de créditos de PIS e Cofins não cumulativos estavam efetivamente incluídas no parcelamento da Lei nº 11.941, de 2009, ou seja, se já estavam à época confessadas irrevogável e irretroatamente, configurando confissão extrajudicial nos termos dos artigos 348, 353 e 354 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Em caso positivo, o lançamento relativo a esta infração seria improcedente, porquanto os correspondentes débitos de IRPJ e CSLL já estariam regularizados.

Não é o que se constata no presente caso, porquanto tais débitos somente foram incluídos no parcelamento da Lei nº 11.941, de 2009, na fase de consolidação dos débitos, em 29/06/2011 – após a ciência do lançamento fiscal (em 31/08/2010) e do proferimento da decisão anulada de primeira instância (em 17/02/2011) –, quando a fiscalizada indicou os débitos de R\$ 19.961.056,47 de IRPJ e R\$ 7.185.980,33 de CSLL, acrescidos de multa de ofício de 75% e juros de mora.

Observe-se que o processo de parcelamento foi dividido em duas fases: de adesão e de consolidação. A fase de adesão ao parcelamento ocorreu no período de 17/08/2009 a 30/11/2009, quando os contribuintes manifestaram o interesse de participar em alguma das modalidades de parcelamento previstas na Lei nº 11.941, de 2009 (artigo 12 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 06, de 2009).

Já na fase de consolidação e de negociação são prestadas as informações necessárias à consolidação da dívida, com indicação dos débitos a serem parcelados, o número de prestações e os montantes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL a serem utilizados para liquidação de valores correspondentes a multas, de mora ou de ofício, e a juros moratórios (§ 2º do artigo 15 dessa portaria conjunta), sendo que os efeitos do deferimento do parcelamento, que se deu na data em que o sujeito passivo conclui a apresentação das informações necessárias à consolidação (artigos 4º e 9º da

Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 2, de 2011), retroagem à data do requerimento de adesão (artigo 12, § 1º, da Portaria Conjunta nº 2, de 2011, e artigo 16 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº6, de 2009).

Na fase de consolidação o optante pelo parcelamento teve que indicar, entre 01/06/2010 e 30/06/2010, na Declaração sobre a Inclusão da Totalidade dos Débitos nos Parcelamentos da Lei nº 11.941, de 2009, se incluiria todos os débitos parceláveis ou apenas partes deles. A opção pela inclusão parcial acarretou a obrigatoriedade de indicar, pormenorizadamente, os débitos a serem incluídos no parcelamento (Portarias Conjuntas PGFN/RFB nºs 3, 11 e 13, todas de 2010).

Essa declaração não acarretou a consolidação imediata dos parcelamentos e nem alterou automaticamente o valor da prestação mínima definida no momento da adesão. É um procedimento preliminar à conclusão da consolidação, além de ser necessário para subsidiar a emissão de certidões sobre a regularidade fiscal do optante enquanto não estiver concluída a consolidação dos débitos, ou seja, o optante que declarou a inclusão da totalidade de seus débitos nos parcelamentos pôde obter Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa, conjunta ou específica, nos sites da PGFN ou da RFB, tendo sido suspensos os atos de cobrança dos débitos constituídos.

Mesmo efetuando a manifestação pela inclusão da totalidade dos débitos no parcelamento, havia, no momento da conclusão da apresentação das informações necessárias à consolidação, a oportunidade de retificação de possíveis erros ou inconsistências nos débitos, tais como duplicidade de débitos, falta de apropriação de pagamentos efetuados anteriormente à adesão ao parcelamento, débitos que já foram pagos à vista, etc.

No presente caso, foram os seguintes os eventos realizados no parcelamento de débitos não parcelados anteriormente (fls. 2346/2366):

- adesão ao parcelamento 17/11/2009*
- validação do pedido de parcelamento 23/11/2009*
- deferimento da adesão ao parcelamento 12/12/2009*
- declaração sobre a inclusão da totalidade dos débitos 23/06/2010*
- indicação dos débitos para parcelamento 29/06/2011*
- deferimento do parcelamento 29/06/2011*
- consolidação da conta 01/07/2011*

A interessada apresentou Declaração sobre a Inclusão da Totalidade dos Débitos nos Parcelamentos da Lei nº 11.941, de 2009, em 23/06/2010 e manifestou-se pela inclusão da totalidade dos débitos da PGFN e da RFB.

Ainda que essa declaração tenha sido apresentada antes da ciência do lançamento fiscal, em 31/08/2010, não há como se considerar que os débitos de IRPJ e CSLL decorrentes da exclusão de créditos de PIS e Cofins estariam confessados irretratável e irrevogavelmente. Conforme determina o § 3º do artigo 1º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 3, de 2010, a indicação sobre a inclusão da totalidade dos débitos nos parcelamentos consiste em confissão irretratável e irrevogável dos débitos já constituídos, ou seja, os constantes dos controles da PGFN e na RFB, o que não é o caso dos débitos de IRPJ e CSLL em análise.

No site da Receita Federal do Brasil, nas orientações relativas à Declaração sobre a Inclusão da Totalidade dos Débitos nos Parcelamentos, no quadro Perguntas e Respostas, encontra-se a seguinte informação acerca dos débitos decorrentes de ação fiscal da RFB:

“21.15. Como será a confissão de débitos sujeitos à ação fiscal da RFB?”

R.: Os débitos vencidos até 30 de novembro de 2008, correspondentes a períodos de apuração objeto de ação fiscal por parte da RFB, iniciada até 30 de julho de 2010 e não concluída até o momento da “Declaração sobre a Inclusão da Totalidade dos Débitos nos Parcelamentos” somente serão tratados no momento da conclusão da consolidação em data a ser definida em ato conjunto da PGFN e da RFB. ” (Grifou-se)

Sobre o assunto, o artigo 4º da Instrução Normativa RFB nº 1.049, de 30 de junho de 2010, assim dispunha:

“Art. 4º O sujeito passivo que aderiu aos parcelamentos de que trata a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009, e pretende parcelar débitos vencidos até 30 de novembro de 2008, correspondentes a períodos de apuração objeto de procedimento de fiscalização por parte da RFB, iniciado até 30 de julho de 2010 e não concluído até o momento da consolidação, deverá prestar informações relativas às modalidades de parcelamento nas quais pretende incluir os respectivos débitos, independentemente de estar ou não obrigado à entrega de declaração específica. (Revogado pela Instrução Normativa RFB nº 1.109, de 24 de dezembro de 2010)

Parágrafo único. As informações de que trata o caput deverão ser prestadas na forma e no prazo de que trata o art. 15 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009.” (Grifou-se)

O artigo 15 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 2009, trata das informações necessárias à consolidação do parcelamento:

“Art. 15. Após a formalização do requerimento de adesão aos parcelamentos, será divulgado, por meio de ato conjunto e nos sítios da PGFN e da RFB na Internet, o prazo para que o sujeito

passivo presente as informações necessárias à consolidação do parcelamento.

(...)

§ 2º. No **momento da consolidação**, o sujeito passivo que aderiu aos parcelamentos previstos nesta Portaria deverá **indicar os débitos a serem parcelados**, o número de prestações e os montantes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL a serem utilizados para liquidação de valores correspondentes a multas, de mora ou de ofício, e a juros moratórios. (...)” (Grifou-se)

Por conseguinte, os débitos de IRPJ e CSLL decorrentes da exclusão indevida de créditos de PIS e Cofins não cumulativos ainda não estavam à época incluídos no parcelamento da Lei nº 11.941, de 2009, ou seja, não estavam confessados irrevogável e irretratavelmente quando a interessada foi cientificada do lançamento fiscal (em 31/08/2010), nem quando foi proferida a decisão anulada de primeira instância (em 17/02/2011).

Ainda que os efeitos do deferimento do parcelamento (em 29/06/2011), com a conclusão da apresentação das informações necessárias à consolidação dos débitos, retroajam à data do requerimento de adesão (em 17/11/2009), o fato é que na data da ciência do lançamento fiscal esses débitos de IRPJ e CSLL ainda não estavam confessados irrevogável e irretratavelmente, de modo que não restava outra alternativa à autoridade fiscal senão promover o lançamento fiscal, porquanto a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, conforme expressamente determina o parágrafo único do artigo 142 do CTN 130. Tanto é verdade que esses débitos somente foram incluídos no parcelamento da Lei nº 11.941, de 2009, após a ciência do lançamento fiscal, que a interessada os indicou, em 29/06/2011, acrescidos da multa de ofício de 75%, e não com multa de mora de 20% para procedimento espontâneo.

Dessa forma, tendo o lançamento fiscal sido à época corretamente efetuado, voto por manter integralmente a exigência correspondente.

Tendo o parcelamento sido deferido em 29/06/2011, com a produção de todos os efeitos que lhe são próprios, cabe à unidade de origem da Receita Federal do Brasil suspender da exigibilidade desses débitos de IRPJ e CSLL, nos termos do artigo 151, inciso VI, do CTN.

Entendo que não merece reparos a decisão recorrida neste ponto, pois a análise da situação fática me parece correta, nos termos apresentados. Caberá, pois, à Delegacia de jurisdição da Recorrente adotar as providências necessárias sobre este tópico.

5. EXCLUSÃO DA CSLL DIFERIDA

A autuação relativa a este tópico, que se relaciona à glosa de valores excluídos do LALUR a título de CSLL diferida nos anos-calendário de 2007 (R\$ 2.277.281,06) e 2008 (R\$ 10.110.009,31) foi afastada pela decisão de piso e é objeto de Recurso de Ofício.

O fundamentos da DRJ são a seguir expostos:

Da análise dos autos chega-se à conclusão de que não procede a exigência fiscal.

A Deliberação CVM nº 273, de 1998, aprovou o Pronunciamento do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil Ibracon sobre contabilização do ativos fiscais diferidos, nos seguintes termos:

“Procedimentos Contábeis Aplicáveis

1. Este pronunciamento tem por objetivo normatizar o tratamento contábil do imposto de renda e da contribuição social das entidades.

Seu aspecto principal é a contabilização das consequências fiscais atuais e futuras decorrentes de:

a) recuperação ou liquidação futura do valor contábil de ativos ou passivos reconhecidos no balanço patrimonial da entidade;

b) transações e outros eventos do período que são reconhecidos nas demonstrações contábeis da entidade.

2. A contabilização de um ativo ou passivo enseja que a recuperação ou liquidação de seus valores possa produzir alterações nas futuras apurações de imposto de renda e contribuição social, através da sua dedutibilidade ou tributação. Nessa circunstância, este pronunciamento determina que a entidade reconheça, com certas exceções, esse impacto fiscal através da contabilização de um passivo ou ativo fiscal diferido, no período em que tais diferenças surgirem.

(...)

4. O ativo fiscal diferido decorrente de prejuízos fiscais de imposto de renda e bases negativas de contribuição social deve ser reconhecido, total ou parcialmente, desde que a entidade tenha histórico de rentabilidade, acompanhado da expectativa fundamentada dessa rentabilidade por prazo que considere o limite máximo de compensação permitido pela legislação.

(...)

Definições

12. Ativos Fiscais Diferidos são os valores do imposto de renda e da contribuição social a recuperar em períodos futuros, com relação a:

a) diferenças temporárias dedutíveis;

b) compensação futura de prejuízos fiscais não utilizados.

(...)

Ativo Fiscal Diferido

19. Deve-se reconhecer o ativo fiscal diferido com relação a prejuízos fiscais à medida que for provável que no futuro haverá lucro tributável suficiente para compensar esses prejuízos. A avaliação dessa situação é de responsabilidade da administração da entidade e requer julgamento das evidências existentes. A ocorrência de prejuízos recorrentes constitui uma dívida sobre a recuperabilidade do ativo diferido. Precisa ser claramente entendida a vinculação entre o reconhecimento de ativo fiscal diferido e a avaliação da continuidade operacional da entidade efetuada para a aplicação de princípios contábeis aplicáveis a entidades em liquidação.

Certamente, a existência de dúvidas quanto à continuidade operacional demonstra que não é procedente o lançamento contábil dos ativos fiscais diferidos. Por outro lado, apesar de não existir dúvida sobre continuidade, poderão existir circunstâncias em que não seja procedente o registro do ativo fiscal diferido.

(...)

Demonstração do Resultado

31. O montante dos impostos corrente e diferido, apurados na forma deste pronunciamento, deve ser reconhecido integralmente como despesa ou receita no resultado do período, observado o disposto no item 34.

(...)"

A instrução CVM nº 371, de 2002, dispôs acerca do registro contábil do ativo fiscal diferido decorrente de prejuízos fiscais e base negativa da CSLL:

“Art. 1º. O registro contábil do Ativo Fiscal Diferido, pelas companhias abertas, decorrente de diferenças temporárias e de prejuízos fiscais e base negativa de contribuição social sobre o lucro líquido, bem como a manutenção desse registro, deverão observar, além do disposto na Deliberação CVM nº 273, de 20 de agosto de 1998, as disposições contidas nesta Instrução.

Art. 2º. Para fins de reconhecimento inicial do Ativo Fiscal Diferido, a companhia deverá atender, cumulativamente, às seguintes condições:

I - apresentar histórico de rentabilidade;

II - apresentar expectativa de geração de lucros tributáveis futuros, fundamentada em estudo técnico de viabilidade, que permitam a realização do ativo fiscal diferido em um prazo máximo de dez anos; e

III - os lucros futuros referidos no inciso anterior deverão ser trazidos a valor presente com base no prazo total estimado para sua realização.

Parágrafo único. O disposto no inciso I deste artigo não se aplica às companhias recém-constituídas ou em processo de reestruturação operacional e reorganização societária, cujo histórico de prejuízos sejam decorrentes de sua fase anterior.

(...)”

Nesse mesmo sentido, o Conselho Federal de Contabilidade - CFC emitiu a Resolução CFC nº 998, de 2004, que aprovou a NBC T 19.2 – Tributos sobre Lucros.

Aponta a autoridade fiscal que a interessada excluiu do lucro líquido do ano-calendário de 2007 o valor de R\$ 65.854.694,16 a título de outras exclusões – linha 49 (Outras Exclusões) da Ficha 09A (Demonstração do Lucro Real) da DIPJ 2008 (fl. 395) –, nele computado R\$ 2.277.281,06 de CSLL diferida, conforme esclarecimento prestado em 01/02/2009 (fl. 250). De igual forma excluiu R\$ 140.708.594,14 no ano-calendário de 2008 – linha 68 (Outras Exclusões) da Ficha 09A da DIPJ 2009 (fl. 484) –, no qual estaria incluída a CSLL diferida de R\$ 10.110.009,31.

Contudo, verifica-se que na linha 54 (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido) da Ficha 06A (Demonstração do Resultado) da DIPJ 2008 (fl. 394) a interessada informou de R\$ 2.277.281,06 de provisão negativa de CSLL, cujo valor majorou o lucro líquido do ano-calendário de 2007 de R\$ 28.724.589,14 (Lucro líquido antes da CSLL) para R\$ 31.001.870,20 (Lucro Líquido antes do IRPJ), valor este transportado para linha 01 (Lucro Líquido antes do IRPJ) da Ficha 09A (Demonstração do Lucro Real) da DIPJ 2008 (fl. 395).

Logo, a CSLL diferida incluída no valor das outras exclusões (R\$ 65.854.694,16) não alterou o lucro real do ano-calendário de 2007.

Já no cálculo da CSLL na Ficha 17 (Cálculo da CSLL) da DIPJ 2008 (fl. 405) foi transportado o lucro líquido antes da CSLL de R\$ 28.724.589,14 (linha 01), mas no valor de R\$ 63.577.413,10 das outras exclusões não foi computado o valor da CSLL diferida.

Logo, não houve redução alguma na base de cálculo do IRPJ e da CSLL do ano-calendário de 2007 em decorrência da contabilização da CSLL diferida de R\$ 2.277.281,06.

De igual forma, na linha 63 da Ficha 06A da DIPJ 2009 (fl. 483) a interessada informou de R\$ 10.110.009,31 de provisão negativa de CSLL, cujo valor reduziu o prejuízo contábil antes da CSLL de R\$ 87.596.979,36 (linha 62 da Ficha 06A) para R\$ 77.486.970,05 após a CSLL (linha 64), valor este transportado para a Ficha 09A da DIPJ 2009 (fl. 484). No cálculo da CSLL

na Ficha 17 da DIPJ 2009 (fl. 495) foi transportado o prejuízo contábil antes da CSLL de R\$ 87.596.979,36 (linha 01), tendo a CSLL diferida sido computada no valor das outras exclusões apenas na apuração do lucro real:

DISCRIMINAÇÃO	DIPJ 2008 Ano-Calend.2007	DIPJ 2009 Ano-Calend.2008
Ficha 06A – DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO		
(=) LUCRO LÍQUIDO ANTES DA CSLL	28.724.589,14	-87.596.979,36
(-) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido	-2.277.281,06	-10.110.009,31
(=) LUCRO LÍQUIDO ANTES DO IRPJ	31.001.870,20	-77.486.970,05
(-) Provisão para o Imposto de Renda	-7.737.647,62	-27.981.611,20
(=) LUCRO LÍQUIDO DO PERÍODO DE APURAÇÃO	38.739.517,82	-49.505.358,85
Ficha 09A – DEMONSTRAÇÃO DO LUCRO REAL		
(=) Lucro Líquido antes do IRPJ	31.001.870,20	-77.486.970,05
(+) Ajustes do Regime Tributário de Transição – RTT	0,00	11.085.178,91
(=) Lucro Líquido Após os Ajustes do RTT	31.001.870,20	-66.401.791,14
(+) ADIÇÕES	55.755.977,89	109.817.669,89
(-) EXCLUSÕES		
. Reversão dos Saldos das Provisões Não Dedutíveis	-42.142.866,59	-23.599.851,18
. Outras Exclusões	-65.854.694,16	-140.708.594,14
(=) LUCRO REAL	-21.239.712,66	-120.892.566,57

DISCRIMINAÇÃO	DIPJ 2008 Ano-Calend.2007	DIPJ 2009 Ano-Calend.2008
Ficha 17 – CÁLCULO DA CSLL		
(=) Lucro Líquido antes do IRPJ	28.724.589,14	-87.596.979,36
(+) Ajustes do Regime Tributário de Transição – RTT	0,00	11.085.178,91
(=) Lucro Líquido Após os Ajustes do RTT	28.724.589,14	-76.511.800,45
(+) ADIÇÕES	55.719.631,34	109.410.677,91
(-) EXCLUSÕES		
. Reversão dos Saldos das Provisões Não Dedutíveis	-42.142.866,59	-23.599.851,18
. Outras Exclusões	-63.577.413,10	-130.598.584,83
(=) BASE DE CÁLCULO DA CSLL	-21.276.059,21	-121.299.558,55

Logo, inexistente nos autos comprovação de que a contabilização da CSLL diferida tenha realmente provocado redução indevida do lucro real e da base de cálculo negativa de CSLL dos anos-calendário de 2007 e 2008.

Dessa forma, é de se cancelar a exigência correspondente.

Entendo que não merece reparos, neste ponto, a decisão recorrida, posto que a escrituração a débito de contas de ativo circulante e de realizável a longo prazo, nos anos-calendário de 2007 e 2008, com contrapartida em contas de receita, atende aos preceitos determinados pelo IBRACON e pela CVM (Deliberação CVM nº 273, de 20 de agosto de 1998) e, conforme apurado pela DRJ, não provocaram redução indevida no lucro real ou na base de cálculo negativa da CSLL nos períodos.

6. DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CONTROLADORA E DOS DIRIGENTES

Foram imputados como solidários a controladora da Recorrente, All América Latina Logística S/A e alguns de seus diretores, contra os quais foram lavrados os respectivos termos de sujeição passiva.

A decisão de piso exonerou a responsabilidade solidária, assim como afastou a qualificação da infração relativa às operações de swap, que fora imputada pela autoridade fiscal, ao entender como dolosa a conduta de não escriturar os respectivos resultados contábeis.

Nos termos do que já se decidiu neste voto, a falta de contabilização da perda na operação de swap concluída no ano-calendário de 2007 (afastada pela DRJ) e o ganho nessa operação no ano-calendário de 2008 não alteraram o lucro líquido, posto que também não houve, no período, a contabilização de igual valor a título de variação cambial ativa em 2007 e de variação cambial passiva em 2008 (como também expressamente reconhecido pela DRJ, fls. 2.432).

Nesse contexto, parece-me evidente que as operações qualificadas foram legítimas, pois inexistente nos autos prova de vício que demonstre a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, que são os requisitos objetivos para a majoração da penalidade.

A matéria já foi apreciada e decidida nesse sentido pela decisão recorrida, que não merece reparos.

No que tange à responsabilidade, destaque-se que, devidamente intimados, após despacho saneador emitido por este Conselho, os responsáveis solidários apresentaram os respectivos Recursos Voluntários, em que basicamente pugnam pela inexistência de qualquer excesso ou infração na condução dos negócios da sociedade, ao contrário da acusação fiscal, que entendeu que a captação de recursos em moeda estrangeira e a imediata aplicação em títulos da dívida pública caracterizaram desvio de finalidade.

Ademais, a autoridade fiscal aduziu que os diretores não asseguraram a gestão permanente dos negócios sociais, tal como definido no artigo 2º do Estatuto Social, e colocaram em risco, inclusive, a solvência da Companhia, além da contabilização dos contratos de swap ter sido propositalmente realizada de forma incorreta, assumindo a responsabilidade pessoal pelos atos praticados com excesso de poderes e infração ao Estatuto Social, conforme previsto no artigo 135, III, do CTN, sem prejuízo do fato de que a Controladora ALL América Latina Logística S/A, titular de 100% do capital social da interessada, também tenha participado diretamente das operações financeiras de captação de recursos, na qualidade de avalista ou garantidora dos empréstimos, razão pela qual foi solidariamente responsabilizada com fundamento no artigo 124, I, do CTN.

Nos termos do que já restou decidido, constata-se que não houve excesso de poderes na condução dos negócios da sociedade nem tampouco cabe imputar responsabilidade solidária à controladora por interesse comum.

Em consonância com o entendimento da DRJ penso que inexistente nos autos prova de dolo, fraude, simulação ou conluio, assim como não restou demonstrado que a conduta dos solidários trouxe prejuízos à empresa ou dolosamente intentou mitigar os direitos do Estado.

As questões debatidas no processo são eminentemente jurídicas e as infrações mantidas decorrem do não recolhimento de tributos, sujeito à alíquota de 75%, como já demonstrado.

Nesse contexto, reproduzo e acolho os fundamentos da decisão de piso quanto ao tema:

Portanto, em decorrência dos fatos já analisados no presente voto chega-se à conclusão de que são improcedentes os Termos de Sujeição Passiva Solidária lavrados em nome dos diretores da interessada, haja vista inexistir nos autos comprovação de que a captação de recursos mediante empréstimos no exterior e a imediata aplicação em títulos da dívida pública/commercial papers caracterizariam atos praticados com excesso de poderes ou infração ao estatuto social. De igual forma, a contabilização incompleta das operações de swap e a incorreta classificação das aplicações financeiras e das obrigações em moeda estrangeira no balanço patrimonial não comprovam que os diretores intentaram impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazenda da ocorrência do fato gerador do imposto.

(...)

Também deve ser cancelada a atribuição de responsabilidade tributária solidária à controladora ALL América Latina Logística S/A, porquanto inexistente nos autos comprovação do apontado interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, conforme previsto no artigo 124, I, do CTN. O simples fato de ter figurado como avalista nos empréstimos é insuficiente para caracterizar um vínculo com a situação que constituiu o fato gerador do imposto, pois, muito embora tenha poderes para nomear a diretoria da interessada, a controladora é pessoa jurídica distinta, não detém a gestão dos negócios da interessada e não foi beneficiada de forma alguma com os recursos captados em moeda estrangeira.

Em conclusão, voto por manter a decisão de piso neste ponto, para afastar a responsabilidade solidária de todos os imputados, cancelando os respectivos termos de sujeição passiva, em desfavor dos diretores da sociedade e de sua controladora ALL América Latina Logística S/A.

7. DA MULTA ISOLADA

Esta Turma tem decidido, a exemplo de outros colegiados do CARF, no sentido de que a multa isolada, na anterior redação do artigo 44 da Lei n. 9.430/96, deve ser afastada em observância ao princípio da consunção.

Como se sabe, o princípio da consunção (também denominado princípio da absorção) aplica-se quando há uma sucessão de condutas tipificadas que, em razão de um nexo de dependência intrínseco, permite que a infração mais grave absorva aquelas de menor intensidade, em razão do brocardo *lex consumens derogat lex consumptae*, o que equivale a dizer que o crime-fim absorve o crime-meio.

Essa teoria encontra suas raízes na famosa *double jeopardy clause*, preceito fixado pela 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que determina que *ninguém poderá ser por duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde pelo mesmo crime*, o que se constitui, há tempos, na aplicação da clássica regra que veda a dupla punição em razão do mesmo fato, tal

como garantida pelo princípio *ne bis in idem*, conforme a inteligência da Súmula 105 deste Conselho:

Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Contudo, o papel precípua do julgador é o de analisar o conjunto normativo vigente e aplicável ao tempo dos fatos.

Assim, na hipótese dos autos, convém destacar que houve alteração no comando original do artigo 44, oriunda da redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.488/2007, fruto da conversão da Medida Provisória n. 351/2007.

Penso que a alteração buscou afastar a dubiedade e a imprecisão do comando anterior, circunstâncias que levaram à elaboração da Súmula 105 deste Conselho, que conferiu, à luz do artigo 112, I, do CTN, interpretação jurídica mais favorável ao contribuinte.

Ocorre que a partir da nova redação inexistente dúvida, vale dizer, não se vislumbra mais qualquer impedimento jurídico para a aplicação concomitante das multas previstas nos incisos I e II, "b", do artigo 44:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Como no caso dos autos as multas isoladas abrangem diversos períodos, voto por afastar as infrações relativas até o ano de 2006, por força da Súmula deste Conselho, e por manter aquelas relativas aos anos-calendário de 2007 e seguintes, pois se referem à falta de pagamento de estimativas mensais posteriores à vigência da nova redação do artigo 44, por entender, na esteira de diversos outros julgados deste Colegiado, como jurídica e obrigatória a aplicação concomitante das infrações nele previstas, vez que as multas são completamente distintas e autônomas.

8. JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO

Por fim, diz a Recorrente ser incabível a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, por ausência de dispositivo legal.

Contudo, parece-me indubitável que a multa de ofício integra o conceito de obrigação tributária esposado pelo artigo 113 do Código Tributário Nacional.

Como é cediço, o conceito de crédito tributário no Brasil engloba tributo e multa, como expressamente estabelece o artigo 43 da Lei n. 9430/96:

*Art.43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente **exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.***

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (grifamos)

Artigo 5º, § 3º, da Lei n. 9.430/96. As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento. (grifamos)

No mesmo sentido, impõe o Código Tributário Nacional que:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. (grifamos)

Do exposto podemos concluir que há disposição expressa para a cobrança de juros sobre multas, porque incluídas no conceito de crédito tributário, e que a taxa aplicável à espécie é a referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC.

Esse também é o entendimento do STJ sobre o assunto, conforme se observa da ementa a seguir transcrita (AgRg no REsp 1335688/PR – DJe de 10/12/2012):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010. (grifamos)

8. CONCLUSÃO

Em síntese e diante de todo o exposto, voto no sentido de:

- a) Afastar a autuação e correspondente glosa das despesas financeiras (item 1 do voto), por entender que não houve violação aos preceitos legais para sua dedutibilidade;
- b) Manter a decisão de primeira instância em relação à interpretação das operações com países em que há tratado (item 2 do voto);
- c) Afastar a glosa das despesas relativas ao contrato de empréstimo do ING Bank (item 3 do voto), bem como manter a decisão de primeira instância no que respeita ao afastamento da autuação relativa ao Banco CSFB, que apresentou perda de R\$ 114.724.861,32.
- d) Ratificar o entendimento da decisão recorrida acerca da exclusão indevida de PIS e COFINS (item 4 do voto);
- e) Ratificar o entendimento da decisão recorrida no que tange à CSLL diferida (item 5 do voto), posto que a escrituração a débito de contas de ativo circulante e de realizável a longo prazo, nos anos-calendário de 2007 e 2008, com contrapartida em contas de receita, atende aos preceitos determinados pelo IBRACON e pela CVM (Deliberação CVM nº 273, de 20 de agosto de 1998) e, conforme apurado pela DRJ, não provocaram redução indevida no lucro real ou na base de cálculo negativa da CSLL nos períodos.
- f) Ratificar o entendimento da decisão recorrida, mantendo a exclusão da responsabilidade solidária dos dirigentes e da controladora da Recorrente (item 6 do voto);
- g) Afastar as multas isoladas lançadas até o ano de 2006, por força de Súmula deste Conselho, mantendo as multas isoladas relativas aos períodos de 2007 em diante (item 7 do voto);
- h) Manter a exigência de juros sobre a multa de ofício.

Ante o exposto, CONHEÇO dos Recursos Voluntários e, no mérito, voto por DAR-LHES parcial provimento, assim como conheço do Recurso de Ofício para NEGAR-LHE provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Roberto Caparroz de Almeida - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

Na sessão de julgamento do recurso voluntário interposto nos autos do presente processo, solicitei declaração de voto no tocante às teses que fui vencido, quais sejam: (i) a tributação dos juros provenientes de título da dívida pública emitido pelo governo da Espanha; e (ii) a concomitância de cobrança de multa de ofício e isolada, bem como por entender necessário melhor elucidar o direito da contribuinte quanto ao abatimento de valores pagos no âmbito do Refis.

Juros provenientes de título da dívida pública emitido pelo Governo da Espanha

Restou comprovado que a Recorrente adquiriu títulos da dívida pública do governo da Áustria em 13/12/2004 e 24/07/2006, por intermédio do Credit Suisse (Bahamas), além de *commercial papers* emitidos pelo Instituto de Créditos Oficiais - ICO (entidade ligada ao governo da Espanha), em 29/06/2008, por intermédio de ING Bank NV, com sede na Holanda.

O que se discute é a tributação dos juros provenientes dessas operações no Brasil, considerando a previsão que consta dos Tratados Internacionais para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil com Áustria e Espanha, segundo a qual os rendimentos dos títulos (juros) devem ser tributados exclusivamente nos países de sua emissão.

A decisão de piso, que foi mantida por maioria de votos no julgamento do recurso voluntário, reconheceu apenas parcialmente a aplicação dos referidos Tratados nesse caso concreto. Assim, afastou a tributação sobre os rendimentos referentes aos títulos adquiridos do governo da Áustria, mas entendeu que os juros dos demais títulos (*commercial papers*) não teriam sido pagos pelo governo da Espanha, e sim pela instituição financeira que intermediou a operação (domiciliada na Holanda), o que não garantiria o mesmo tratamento.

Pois bem. De acordo com o artigo 11 do Tratado firmado entre Brasil e Espanha, aprovado pelo Decreto n. 76.975, de 1976 (Convenção Espanha):

ARTIGO 11

Juros

1. Os **juros provenientes** de um Estado Contratante e pagos a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. **Todavia, esses juros podem ser tributados no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder 15% do montante bruto dos juros.**

[...]

4. Não obstante o disposto nos parágrafos 1 e 2:

a) os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos ao Governo do outro Estado Contratante, ou a uma de suas subdivisões políticas ou a qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) de propriedade exclusiva daquele

Governo, ou de uma de suas subdivisões políticas são isentos de imposto no primeiro Estado Contratante;

b) os juros da dívida pública, dos títulos ou debêntures emitidos pelo Governo de um Estado Contratante ou por qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) de propriedade desse Governo, só são tributáveis nesse Estado.

5. O termo “juros” usado no presente artigo compreende os rendimentos da Dívida Pública, dos títulos ou debêntures, acompanhados ou não de garantia hipotecária ou de cláusula de participação nos lucros, e de créditos de qualquer natureza, bem como qualquer outro rendimento que, pela legislação tributária do Estado Contratante de que provenham, seja assemelhado aos rendimentos de importâncias emprestadas.

[...]

8. Os juros serão considerados como provenientes de um Estado Contratante quando o devedor for o próprio Estado, uma de suas subdivisões políticas, uma de suas entidades locais ou um residente desse Estado. No entanto, quando o devedor dos juros, residente ou não de um Estado Contratante, tiver num Estado Contratante um estabelecimento permanente pelo qual haja sido contraída a obrigação que dá origem aos juros e caiba a esse estabelecimento permanente o pagamento dos juros, esses juros serão considerados provenientes do Estado Contratante em que o estabelecimento permanente estiver situado.

(...) (grifamos)

Como se nota, para fins de aplicação do artigo 11.4.b. da Convenção Brasil/Espanha - dispositivo este que permite a tributação de juros apenas no país emissor do título que lhe deu causa -, é necessário que os juros sejam pagos pelo próprio governo ou por qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) de propriedade desse Governo.

Nesse contexto, cumpre observar que o item 8 da norma acima transcrita estabelece que os juros devem ser considerados como provenientes de um Estado Contratante quando o **devedor** for o próprio Estado, uma de suas subdivisões políticas, uma de suas entidades locais ou um residente desse Estado.

O critério jurídico para identificar a origem do pagamento dos juros, portanto, deve partir da análise da residência da entidade que possui o ônus econômico da obrigação de pagar os juros contratados, o que ordinariamente ocorre na figura do emissor do título.

O *emissor* do título não se confunde com o *custodiante*.

Tecnicamente¹, a importância do emissor está ligada a questão do risco de crédito envolvido no investimento em títulos que ele emite junto ao mercado. É por isso que os investidores costumam investigar qual é o *rating* de crédito ou a situação financeira do emissor do papel antes de comprá-lo.

¹ De acordo com o "Guia de Renda Fixa" disponibilizado no sítio do Banco do Brasil: www.bb.com.br/docs/pub/voce/dwn/rendafixa5.pdf.

Os *Commercial Papers*, por exemplo, são títulos de dívida de curto prazo, de alta rentabilidade, e normalmente sem garantias (BREALEY et. al., 2008). A liquidez e a reputação do emissor são os principais aspectos que guiam os investidores quanto ao aporte de tais ativos².

Já o custodiante, representado na prática pelas instituições financeiras, na presta serviços de custódia, sem que disto resulte transferência plena de propriedade do título. Ao custodiante compete, em contrapartida de uma taxa de administração ou comissão (*fee*), fornecer todo o suporte necessário para a cadeia de operações relativos ao título, desde a sua negociação até a correspondente liquidação.

Nessa situação particular, entendo que restou comprovado que os juros cuja tributação no Brasil restou mantida pela maioria deste Colegiado são provenientes dos *commercial papers* emitidos pelo ICO, entidade vinculada ao governo da Espanha.

A instituição financeira (ING Bank NV) atuou como mera custodiante desse ativo. O local de sua residência, no caso Holanda, é irrelevante para fins de definir o correto tratamento fiscal.

Ressalte-se, por oportuno, que não estamos diante de hipótese de triangulação de operação com participação de estabelecimentos permanentes por quaisquer das partes envolvidas (emissor x captados), o que levaria a outro caminho interpretativo, mas sim diante de um modelo habitual e usual nesse ramo, qual seja, a compra, por uma empresa brasileira, de um título emitido pelo governo da Espanha por intermédio de uma instituição financeira (custodiante) com sede na Holanda.

Trata-se essa operação, segundo penso, de situação semelhante à aquisição dos títulos austríacos, cujos juros foram considerados amparados pelo Tratado com aquele País sob a premissa de que a fonte pagadora seria o próprio emissor, ou seja, o governo da Áustria.

Dessa forma, tendo em vista que os juros foram pagos pelo governo da Espanha, emissor dos referidos *commercaill papers*, ainda que por intermédio de uma instituição financeira com sede em outra jurisdição, eles não poderiam ter sido tributados no Brasil por força do artigo 11.4.b da Convenção Brasil/Espanha.

Concomitância da multa de ofício e multa isolada

Com a aprovação da Súmula CARF nº 105, restou sedimentado que:

“a multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.”

Na prática, essa Súmula aplica-se indubitavelmente para os fatos compreendidos até 31/12/2006.

² O mercado de *commercial papers* no Brasil. Berberet, Leandro Josias. Dissertação de Mestrado. Administração. Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Dizemos indubitavelmente porque há corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta que, após a nova redação dada pela Lei nº 11.488/2007 ao art. 44 da Lei nº 9.430/96 (que passou a produzir efeitos a partir de 2007), não haveria mais espaço para interpretação diversa daquela que afirma a possibilidade da exigência de multa isolada, mesmo nos casos em que houver sido imposta a multa de ofício pela falta de pagamento anual do IRPJ e da CSLL.

Vejamos, então, o que dispõe o art. 44 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que a multa do inciso I é aplicável nos casos de *totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata*.

A multa prevista no inciso II, porém, é passível de exigência sobre o valor do pagamento mensal de estimativa que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física e ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Adotando uma interpretação sistemática, percebe-se a falta de base legal para a cumulação das multas, devendo a infração prevista no inciso II ser absorvida quando o caso concreto também se enquadrar na hipótese de multa mais onerosa (inciso I).

Ora, aplicar a multa de ofício de 75% sobre o valor apurado de IRPJ, juntamente com o principal, e, ao mesmo tempo, pretender exigir a multa de 50% sobre o IRPJ não antecipado no mesmo período de apuração, representa uma violação à razoabilidade e proporcionalidade.

A cobrança de multa de ofício de 75% sobre o tributo não pago supre a exigência da multa isolada de 50% sobre eventual estimativa (antecipação do tributo devido)

não recolhida. Admitir o contrário permite que duas penalidades incidam sobre uma mesma base de cálculo (*bis in idem*), o que é vedado no sistema jurídico.

Ao analisar essa matéria, destaca-se a seguinte passagem do voto condutor proferido pelo Sr. Ministro Humberto Martins, da 2ª Turma do STJ (Resp 1.496.354-PR. Dje 24/03/2015):

“Sistematicamente, nota-se que a multa do inciso II do referido artigo somente poderá ser aplicada quando não possível a multa do inciso I.

Destaca-se que o inadimplemento das antecipações mensais do imposto de renda não implicam, por si só, a ilação de que haverá tributo devido. Os recolhimentos mensais, ainda que configurem obrigações a pagar, não representam, no sentido técnico, o tributo em si. Este apenas será apurado ao final do ano calendário, quando ocorrer o fato gerador.

As hipóteses do inciso II, “a” e “b”, em regra, não trazem novas hipóteses de cabimento de multa. A melhor exegese revela que não são multas distintas, mas apenas formas distintas de aplicação da multa do art. 44, em consequência de, nos casos ali decritos, não haver nada a ser cobrado a título de obrigação tributária principal.

As chamadas “multas isoladas”, portanto, apenas servem aos casos em que não possam ser exigidas juntamente com o tributo devido (inciso I), na medida em que são elas apenas formas de exigência das multas descritas no caput.

Esse entendimento é corolário da lógica do sistema normativo-tributário que pretende prevenir e sancionar o descumprimento de obrigações tributárias. De fato, a infração que se pretende repreender com a exigência isolada da multa (ausência de recolhimento mensal do IRPJ e CSLL por estimativa) é completamente abrangida por eventual infração que acarrete, ao final do ano calendário, o recolhimento a menor dos tributos, e que dê azo, assim, à cobrança da multa de forma conjunta.”

Em decisão mais recente, a C. 2ª Turma do STJ ratificou seu posicionamento, conforme atesta a ementa do seguinte julgado:

“TRIBUTÁRIO. [...]. CUMULAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E ISOLADA. IMPOSSIBILIDADE. [...]

2. Nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos casos de declaração inexata, seria cabível a multa de ofício ou no percentual de 75% (inciso I), ou aumentada de metade (parágrafo 2º), não se cogitando da sua cumulação.” (Resp 1.567.289-RS. Dje 27/05/2016).

Nesse sentido, entendo que a multa isolada deve ser afastada.

Da exclusão indevida de valores a título de PIS e COFINS

Neste item o auditor fiscal responsável pelo lançamento autuou a exclusão indevida de R\$ 79.844.225,89 de créditos de PIS e Cofins da base de cálculo do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2006, infração esta que não foi contestada pela Recorrente, que informa ter incluído o valor no parcelamento de que trata a Lei nº 11.941/2009.

Ocorre, porém, que restou demonstrado que os débitos de IRPJ e CSLL decorrentes dessa indevida exclusão ainda não estavam à época incluídos no parcelamento da Lei nº 11.941, de 2009, ou seja, não estavam confessados irrevogável e irreatavelmente quando a interessada foi cientificada do lançamento fiscal.

Por ocasião do julgamento do recurso voluntário que questionou essa premissa, o Colegiado, por unanimidade de votos, manteve o entendimento da DRJ.

Durante o julgamento, o contribuinte questionou se a parte dispositiva contemplaria ou não o direito quanto ao abatimento de valores recolhidos no Refis, ainda que de forma parcial em face dos descontos obtidos.

A parte dispositiva recebeu a seguinte redação:

Entendo que não merece reparos a decisão recorrida neste ponto, pois a análise da situação fática me parece correta, nos termos apresentados. Caberá, pois, à Delegacia de jurisdição da Recorrente adotar as providências necessárias sobre este tópico.

A ordem para que a Delegacia adote as providências necessárias sobre este tópico diz respeito justamente a necessidade de apuração e exclusão dos valores incluídos e pagos no Refis na presente cobrança. Apenas para elucidar, isso é decorrência lógica do próprio rito processual dos parcelamentos especiais, como foi o Refis.

(assinado digitalmente)

Luis Henrique Marotti Toselli