



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

**Processo nº** 10980.724003/2011-61  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 1401-001.396 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 04 de março de 2015  
**Matéria** IRPJ  
**Recorrente** ALL - AMERICA LATINA LOGISTICA S.A.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

**NULIDADE.**

Além de não se enquadrar nas causas enumeradas no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, e não se tratar de caso de inobservância dos pressupostos legais para lavratura do auto de infração, é incabível falar em nulidade do lançamento quando não houve transgressão alguma ao devido processo legal.

**ATOS SOCIETÁRIOS OCORRIDOS EM PERÍODO DE APURAÇÃO JÁ DECAÍDO. REFLEXOS TRIBUTÁRIOS EM PERÍODOS NÃO ALCANÇADOS PELA DECADÊNCIA.**

Considerando que os efeitos tributários contestados pela autoridade fiscal ocorreram em período não alcançado pelo prazo decadencial de cinco anos, por ocasião da ciência do lançamento fiscal, descabe a alegação de impossibilidade de questionamento da legalidade de atos societários ocorridos em período já decaídos e cujos reflexos tributários estão agora repercutindo.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ**

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. FUNDAMENTO ECONÔMICO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA DE EMPRESA CONTROLADA. TRANSAÇÃO DOS SÓCIOS COM ELES MESMOS. AUSÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.**

É descabida a amortização pela contribuinte de ágio interno, com fundamento econômico em expectativa de rentabilidade futura de empresa controlada, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica na operação e de não resultar de um processo imparcial

de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

**LUCROS DISPONIBILIZADOS POR EMPRESA CONTROLADA LOCALIZADA NA ARGENTINA. CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.**

A convenção internacional para evitar a dupla tributação firmada com a Argentina impede que o Brasil exija tributos da empresa controlada/coligada localizada na Argentina, mas não veda a tributação dos lucros distribuídos ou postos à disposição do acionista domiciliado no Brasil, em função de sua participação societária naquela, que tem natureza de dividendos; o fato de a controladora no Brasil deter mais de 10% do capital da controlada/coligada na Argentina não torna o lucro por esta disponibilizado isento do imposto de renda no Brasil, haja vista o imposto pago na Argentina referir-se ao “Impuesto a Las Ganancias”, que incide sobre o lucro apurado, e não sobre os dividendos por ela disponibilizados.

**GANHO DE CAPITAL. INTEGRALIZAÇÃO DE AUMENTO DO CAPITAL SOCIAL MEDIANTE CONFERÊNCIA DAS AÇÕES DE EMPRESA CONTROLADA. VALOR DE INTEGRALIZAÇÃO NÃO DETERMINADO COM FUNDAMENTO ECONÔMICO EM RENTABILIDADE FUTURA.**

A integralização pela contribuinte do aumento do capital social de investida mediante conferência das ações de controlada, cujo valor não foi nessa operação determinado com fundamento econômico em expectativa de rentabilidade futura, exige apuração do eventual ganho de capital, considerando-se como valor de alienação o do aumento do capital constante da alteração contratual, pois não se trata de mera substituição de ativos, mas da materialização da transmissão onerosa da propriedade da participação societária, fato que configura ato jurídico correspondente a espécie do gênero alienação.

**GANHO DE CAPITAL. CUSTO DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA AVALIADA PELO PATRIMÔNIO LÍQUIDO. ÁGIO CONSTITUÍDO NA AQUISIÇÃO COM FUNDAMENTO ECONÔMICO EM RENTABILIDADE FUTURA. POSTERIOR CONTABILIZAÇÃO DE DESPESAS ADICIONAIS APURADAS PELA INVESTIDA E RELATIVAS A PERÍODOS ANTERIORES À AQUISIÇÃO PELA INVESTIDORA. RECONHECIMENTO INDEVIDO NA INVESTIDORA A TÍTULO DE COMPLEMENTO DO ÁGIO.**

O valor do ágio constituído com fundamento econômico em rentabilidade futura, sobre participação societária adquirida de terceiros, deve ser apurado pela investidora mediante desdobramento do custo de aquisição, por ocasião da aquisição do investimento avaliado pelo patrimônio líquido; as despesas adicionais apuradas pela investida, com base em novas verificações efetuadas em procedimento de auditoria, acarretam diminuição do patrimônio líquido (ou aumento do patrimônio líquido negativo) da investida, cujo reflexo deve ser sido reconhecido pela investidora (controladora) mediante equivalência patrimonial e não pode alterar o valor do ágio originalmente constituído; **assim, o valor contabilizado como complemento de ágio não deve ser**

considerado na apuração do custo contábil dessa participação societária para efeito de apuração do ganho de capital.

#### GANHO DE CAPITAL. VALOR CONTÁBIL DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido corresponde à soma algébrica dos seguintes valores: I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte; II - ágio ou deságio na aquisição do investimento; III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real.

#### COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS EM VALOR SUPERIOR AO DO SALDO COMPENSÁVEL DE EXERCÍCIOS ANTERIORES.

A compensação de prejuízos fiscais, observado o limite de 30% do lucro líquido ajustado, fica limitada ao saldo compensável de exercícios anteriores.

#### GLOSA DE DESPESAS.

Somente são dedutíveis custos e despesas que, além de comprovados por documentação hábil e idônea, preenchem os requisitos da necessidade, normalidade e usualidade. A contabilidade e os documentos fiscais fazem prova a favor do contribuinte.”

#### OPERAÇÕES DE HEDGE. DEDUTIBILIDADE

O artigo 77 da Lei nº 8.981/95 prevê que a dedutibilidade de despesas com operações de hedge requer que a operação esteja protegendo as atividades operacionais da pessoa jurídica ou que se destine a proteger direitos e obrigações da pessoa jurídica.

#### ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

#### MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.

Para fatos geradores ocorridos após a edição da Medida Provisória 351/2007, publicada no DOU em 22 de janeiro de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007, é possível a aplicação concomitante de multa isolada e de ofício, mesmo após o encerramento do ano-calendário.

#### DECORRÊNCIA. CSLL.

Tratando-se de tributação reflexa de irregularidades descritas e analisadas no lançamento de IRPJ, constantes do mesmo processo, e dada à relação de causa e efeito, aplica-se o mesmo entendimento à CSLL.

#### CSLL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

As disposições contidas na Convenção firmada pelo Brasil com a Argentina, para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, não se aplicam à CSLL por esta ter sido instituída posteriormente, ser uma

contribuição com fim específico e não se enquadrar na definição de imposto idêntico ou substancialmente semelhante ao imposto de renda.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso, nos seguintes termos: 1) Por unanimidade de votos, NEGAR provimento em relação à falta de contabilização do ganho de capital apurado na integralização do aumento de capital da JPESPE; 2) Por unanimidade de votos, NEGAR provimento em relação ao ágio interno na Logispar; 3) Por maioria de votos, DAR provimento em relação às operações remanescentes de hedge. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz Gomes de Mattos (Relator) e Antonio Bezerra Neto; 4) Por maioria de votos, DAR provimento em relação à glosa de encargos financeiros, relativos a juros e variação cambial pagos sobre empréstimos em moedas nacional e estrangeira. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz de Mattos (Relator) e Antonio Bezerra Neto; 5) Pelo voto de qualidade, NEGAR provimento em relação à tributação dos lucros disponibilizados pelas controladas no exterior ALL Argentina e Boswells (Uruguai). Vencidos os Conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro e Karem Jureidini Dias; 6) Por unanimidade de votos, DAR provimento parcial para ajustar a compensação de 30% (trinta por cento) do valor remanescente da base de cálculo apurada após o julgamento; 7) Por unanimidade de votos, DAR provimento parcial para cancelar as estimativas não pagas em relação ao ano-calendário de 2006; 8) Pelo voto de qualidade, NEGAR provimento em relação a estimativas não pagas em relação ao ano-calendário de 2007. Vencidos os Conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro e Karem Jureidini Dias; 9) Por unanimidade de votos, NEGAR provimento em relação aos juros sobre a multa de ofício; 10) Por unanimidade de votos, NEGAR provimento em relação às demais matérias. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Karem Jureidini Dias, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

*(assinado digitalmente)*

Antonio Bezerra Neto - Presidente em Exercício

*(assinado digitalmente)*

Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator

*(assinado digitalmente)*

André Mendes de Moura - Redator Para Formalização do Voto Vencedor

Considerando que a redatora designada Karem Jureidini Dias não integra o quadro de Conselheiros do CARF na data da formalização da decisão, e as atribuições dos Presidentes de Câmara previstas no Anexo II do RICARF (Regimento Interno do CARF), o Presidente André Mendes de Moura será o responsável pela formalização do voto vencedor em 14/09/2015.

Processo nº 10980.724003/2011-61  
Acórdão n.º **1401-001.396**

**S1-C4T1**  
Fl. 6

---

Participaram do presente de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto (Presidente em Exercício), Mauricio Pereira Faro, Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Karem Jureidini Dias, Carlos Mozart Barreto Vianna e Fernando Luiz Gomes de Mattos.

CÓPIA

**Relatório**

Por em descrever os fatos, adoto e transcrevo o relatório que integra a decisão recorrida, fls. 1126-1146:

*Em decorrência de ação fiscal levada a efeito contra a contribuinte identificada, autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 09.1.01.002009020245, com autorização para reexame do ano-calendário de 2006 (fls. 002 e 006), foram lavrados os autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica 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. 356377), exige o recolhimento de R\$ 88.532.702,12 de imposto, R\$ 66.399.526,60 a título de multa de lançamento de ofício de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, e R\$ 34.044.808,62 de juros de mora, além de R\$ 51.578.116,71 de multa de ofício isolada.*

*3. O lançamento fiscal, com base no lucro real anual, nos termos dos arts. 904 e 926 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999), decorre das seguintes infrações:*

*3.1. glosa de despesas desnecessárias e não usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, relativas a perdas apuradas em operações de swap contratadas para proteção (hedge) de investimentos na Argentina e contra obrigações decorrentes de empréstimos, conforme descrito no item “b” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459), com infração ao disposto no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e arts. 247, 248, 249, I, 251, 277, 278, 299 e 300 do RIR de 1999:*

<i>. 31/07/2006</i>	<i>R\$ 15.375.303,88</i>
<i>. 30/11/2006</i>	<i>R\$ 20.897.452,92</i>
<i>. 31/08/2007</i>	<i>R\$ 941.941,52</i>
<i>. 30/11/2007</i>	<i>R\$ 11.842.210,96</i>

*3.2. glosa de encargos financeiros desnecessários e não usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, relativos a juros e variação cambial pagos sobre empréstimos em moedas nacional e estrangeira, porquanto os recursos captados acabaram sendo integralmente aplicados no mercado financeiro, ao invés de serem direcionados aos*

*investimentos aos quais se destinavam, conforme descrito no item “c” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459), com infração ao disposto no art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995, e arts. 247, 248, 249, I, 251, 277, 278, 299 e 300 do RIR de 1999:*

. 31/05/2006 R\$ 1.801.706,81  
. 30/06/2006 R\$ 19.194.972,18  
. 31/07/2006 R\$ 6.914.572,10

*3.3. falta de tributação dos lucros disponibilizados pelas controladas no exterior ALL Argentina e Boswells (Uruguai), tendo no caso da ALL Argentina sido invocado tratado internacional para evitar a dupla tributação, conforme descrito no item “d” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459), com infração ao disposto no art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995, e arts. 247, 248, 249, II, 251, 277, 278 e 394 do RIR de 1999, art. 74 da Medida Provisória nº 2.15835, de 2001, e art. 1º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, com as alterações introduzidas pelo art. 3º da Lei nº 9.959, de 27 de janeiro de 2000:*

. 31/12/2006 R\$ 9.979.459,29

*3.4. falta de contabilização do ganho de capital apurado na integralização do aumento de capital da JPESPE Empreendimentos e Participações Ltda., mediante conferência das ações das controladas Brasil Ferrovias S/A e Novoeste Brasil S/A, conforme descrito no item “e” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459), com infração ao disposto no art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995, e arts. 247, 248, 249, II, 251, 418 e 426 do RIR de 1999:*

. 31/12/2007 R\$ 403.072.912,49

*3.5. glosa de despesa indedutível com amortização de ágio constituído, com fundamento econômico em valor de rentabilidade futura, por ocasião da integralização em 31/12/2003 do aumento de capital da LOGISPAR Logística e Participações S/A, cujo encargo de amortização passou a ser deduzido do lucro real a partir da incorporação dessa investida em 29/09/2006, porquanto decorrente de operações societárias sem substância econômica e sem a necessária independência entre as partes envolvidas, conforme descrito no item “a” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459), com infração ao disposto no art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995, e arts. 247, 249, I, c/c 324, §§ 2º e 4º, e 325 do RIR de 1999:*

. 31/10/2006 R\$ 605.363,78  
. 30/11/2006 R\$ 605.363,78  
. 31/12/2006 R\$ 605.363,78

. 31/01/2007	R\$ 605.363,78
. 28/02/2007	R\$ 605.363,78
. 31/03/2007	R\$ 605.363,78
. 30/04/2007	R\$ 605.363,78
. 31/05/2007	R\$ 605.363,78
. 30/06/2007	R\$ 605.363,78
. 31/07/2007	R\$ 605.363,78
. 31/08/2007	R\$ 605.363,78
. 30/09/2007	R\$ 605.363,78
. 31/10/2007	R\$ 605.363,78
. 30/11/2007	R\$ 605.363,78
. 31/12/2007	R\$ 605.363,78

*3.6. parcela da amortização do ágio da LOGISPAR Logística e Participações S/A que vinha sendo contabilizada como encargo e adicionada ao Lalur até a incorporação dessa controlada, em 29/09/2006, cujo valor acumulado passou a ser indevidamente excluído, na determinação do lucro real, a partir de outubro/2006, conforme descrito no item "a" do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459), com infração ao disposto no art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995, e arts. 247 e 250 do RIR de 1999:*

. 31/10/2006	R\$ 98.896,06
. 30/11/2006	R\$ 98.896,06
. 31/12/2006	R\$ 98.896,06
. 31/01/2007	R\$ 98.896,06
. 28/02/2007	R\$ 98.896,06
. 31/03/2007	R\$ 98.896,06
. 30/04/2007	R\$ 98.896,06
. 31/05/2007	R\$ 98.896,06
. 30/06/2007	R\$ 98.896,06
. 31/07/2007	R\$ 98.896,06
. 31/08/2007	R\$ 98.896,06
. 30/09/2007	R\$ 98.896,06
. 31/10/2007	R\$ 98.896,06

. 30/11/2007 R\$ 98.896,06

. 31/12/2007 R\$ 98.896,06

3.7. *compensação de prejuízos fiscais em montante superior ao saldo remanescente após a compensação do valor das infrações descritas nos itens anteriores, observado o limite de 30% do lucro líquido ajustado, conforme descrito ao final do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459), com infração ao disposto no art. 3º da Lei nº 9.249, de 1995, e arts. 247, 250, III, 509 e 510 do RIR de 1999:*

. 31/12/2008 R\$ 10.746.018,00

3.8. *multa de ofício isolada exigida em decorrência da falta/insuficiência de pagamento do imposto de renda devido por estimativa, conforme descrito ao final do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459), com infração ao disposto nos arts. 222 e 843 do RIR de 1999 e art. 44, II, "b", da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007:*

. 31/05/2006 R\$ 225.213,35

. 30/06/2006 R\$ 2.319.827,40

. 31/07/2006 R\$ 2.865.778,62

. 30/09/2006 R\$ 8.852,91

. 31/10/2006 R\$ 88.032,47

. 30/11/2006 R\$ 2.700.214,09

. 31/01/2007 R\$ 88.032,47

. 28/02/2007 R\$ 88.032,47

. 31/03/2007 R\$ 88.032,47

. 30/04/2007 R\$ 49.857,35

. 31/05/2007 R\$ 40.625,21

. 31/12/2007 R\$ 43.015.617,88

#### **Autos de Infração de CSLL**

4. *O auto de infração de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL de fls. 378-392 exige o recolhimento de R\$ 30.924.269,39 de contribuição e R\$ 23.193.202,05 a título de multa de lançamento de ofício de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 2007, além de R\$ 12.018.673,45 de juros de mora.*

5. *O auto de infração de CSLL de fls. 393-403 exige o recolhimento de R\$ 962.351,82 de contribuição e R\$ 721.763,87*

a título de multa de lançamento de ofício de 75%, além de R\$ 242.512,66 de juros de mora e de 18.568.148,68 de multa de ofício exigida isoladamente.

6. Decorrem das mesmas infrações de deram causa ao lançamento de IRPJ, conforme descrito no Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459), e têm como fundamento o disposto nos arts. 2º, e §§, e 3º (com a redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727, de 2008) da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034, de 1990, arts. 57 e 58 da Lei nº 8.981, de 1995, com as alterações dos arts. 1º e 16 da Lei nº 9.065, de 1995, art. 2º 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.

7. Regularmente intimada em 04/08/2011, a Interessada, por intermédio de seu representante legal (Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, mandato às fls. 602605), apresentou, em 01/09/2011, a tempestiva impugnação de fls. 469596, instruída com os documentos de fls. 5971104.

8. No tópico “Inexistência de ganho de capital na alienação da BF e da Novoeste” (item “e” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal) argumenta:

a) que em 16/06/2006 adquiriu a Brasil Ferrovias S/A (BF) e a Novoeste (NO) por R\$ 1.405.032.936,88 (sendo R\$ 1.314.016.546,32 pela BF e R\$ 91.016.390,56 pela NO), mediante emissão de ações feita pela ALL para entrega aos principais acionistas das empresas adquiridas: Funcef, Previ e BNDESPAR; que em 18/08/2006 houve a correção de valores decorrentes do direito de recesso de acionistas dissidentes (redução de capital), motivo pelo qual o valor total de aquisição passou a ser de R\$ 1.403.888.213,32 (R\$ 1.312.945.976,61 referente à BF e R\$ 90.942.236,71 referente à NO); tendo em vista que o patrimônio líquido contábil das empresas adquiridas era negativo, o ágio inicial de aquisição total foi de R\$ 2.109.010.166,54 (R\$ 1.990.650.491,42 da BF e R\$ 118.359.675,12 da NO);

b) que tendo reconhecido nos 3º e 4º trimestres/2006 custos adicionais de aquisição, o ágio total passou a ser de R\$ 2.496.806.634,93 em consequência da redução do patrimônio líquido dessas empresas e o reflexo na Impugnante por equivalência patrimonial; que no ano calendário de 2007 houve um acréscimo adicional do ágio decorrente de ajuste que, por um equívoco, deixou de ser realizado em 2006, passando o ágio a ser de R\$ 2.512.083.079,53;

c) em 03/12/2007 a JPESPE faz sua 1ª Alteração Contratual, transferindo suas cotas para a ALL que, neste mesmo ato, elevou o capital dessa empresa para R\$ 2.512.083.580,00, integralizado com ações da BF e da NO com valor suportado por laudo de avaliação (com base na expectativa de rentabilidade futura) emitido pela empresa APSIS; que apresentou durante a

*Fiscalização os documentos e informações necessários para demonstrar o valor contábil do investimento, bem como sua variação no tempo: (i) R\$ 2.109.010.322,23 em 30/06/2006 (custo inicial de aquisição); (ii) R\$ 2.473.002.453,87 em 31/12/2006; e (iii) R\$ 2.512.083.079,53 em 03/12/2007; que, contudo, entendeu a Fiscalização, em uma interpretação equivocada do art. 426 do RIR de 1999, que para fins de apuração do ganho de capital deveria ser considerado o custo inicial do investimento (R\$ 2.109.010.322,23);*

*d) que, tendo o processo de auditoria das demonstrações contábeis da BF e da NO sido concluído apenas nos meses subsequentes à aquisição, reconheceu na contabilidade destas diversas despesas relativas a fatos ocorridos anteriormente, sendo a maior parte decorrente do “Complemento de Provisões para Contingências Trabalhistas”, com consequente ajuste no custo de aquisição pela Impugnante e aumento do valor do ágio na aquisição; que as particularidades do setor de atividade das empresas adquiridas pela Impugnante (BF e NO) faziam com que estivessem sujeitas a diversas contingências trabalhistas, mas que não se encontravam devidamente provisionadas e reconhecidas em suas demonstrações contábeis até a data da aquisição;*

*e) caso não se reconheça a legitimidade do valor de custo contábil utilizado como parâmetro para a integralização das ações no presente caso, aponta evidente contradição entre (i) a alegação de ganho de capital no presente caso; e (ii) a alegação de invalidade do “ágio interno” no caso da aquisição das ações da LOGISPAR pela Impugnante;*

*f) que o suposto ganho de capital teria ocorrido em 03/12/2007, operação na qual a JPESPE faz sua 1ª Alteração Contratual, transferindo suas cotas para a Impugnante, única acionista, que, neste mesmo ato, elevou o capital dessa empresa para R\$ 2.512.083.580,00 mediante integralização com as ações da BF e da NO pelo valor de registro contábil, sem qualquer ganho de capital;*

*g) caso a Impugnante tivesse realizado a operação por valor superior ao valor registrado em sua contabilidade, a JPESPE teria apurado um “ágio interno”, uma vez que não seria decorrente de negociação entre partes independentes; que se verifica, assim, a total contradição na argumentação perpetrada pelo agente fiscal, já que pretende tributar como ganho de capital uma suposta valia gerada entre empresas do mesmo grupo (“ágio interno” pago por empresa ligada), mas efetua a glosa da amortização do ágio decorrente da incorporação da LOGISPAR exatamente sob o fundamento de que o ágio interno não existe.*

*9. No tópico “Despesas financeiras com empréstimos” (item “c” do Termo de Verificação) aduz:*

*a) os juros sobre financiamentos em moeda estrangeira, que totalizam R\$ 5.434.443,68, decorrem de contrato de empréstimo*

*celebrados pela Impugnante, em maio de 2006, com o Unibanco e com o Banco ABN Amro Real S/A, em operações de repasse de recursos captados no exterior em moeda estrangeira; que pelo contrato de empréstimo com o Unibanco, a Impugnante captou o valor total de US\$ 89.387.481,45 (à época equivalentes a R\$ 186.650.000,02) com a taxa fixa de juros de 2% ao ano, enquanto no contrato firmado com o ABN tomou empréstimo de R\$ 140.050.000,00, com taxa de juros de 15% ao ano; que em junho de 2006 apurou um saldo negativo de variação cambial, no montante de R\$ 12.200.378,16, decorrente do contrato de repasse de recursos celebrado com o Unibanco;*

*b) que, além dos contratos em moeda estrangeira, também celebrou contratos de empréstimo em moeda nacional, na modalidade Bridge Loan, com os bancos Santander e Itaú BBA e apropriou despesas financeiras no montante de R\$ 10.276.429,25 nos meses de maio, junho e julho/2006;*

*h) que tendo a Impugnante alegado que tomou empréstimos para garantir recursos para a aquisição da Brasil Ferrovias e utilizado tais valores para realizar aplicações financeiras, atividade não prevista no seu objeto social, o agente fiscal consignou que as despesas financeiras incorridas não atenderiam aos critérios da necessidade, usualidade e normalidade; a Fiscalização considerou que a dedução dessas despesas financeiras não poderia ter o condão de prejudicar terceiros (no caso, a Fazenda Pública) e que, ainda que se tenha em conta que cabe à empresa gerir seu caixa, é fundamental que se comprove, para fins tributários, o atendimento aos requisitos do art. 299 do RIR de 1999;*

*i) que não houve qualquer prejuízo ao Fisco no presente caso, seja quanto à despesa de variação cambial, seja quanto às despesas de juros, pois auferiu resultado líquido positivo de variação cambial no exercício de 2006 e também auferiu receitas financeiras decorrentes dessas operações, devidamente tributadas pelo IRPJ e pela CSLL;*

*j) que tomou empréstimos junto a instituições financeiras nacionais com a finalidade precípua de garantir recursos para a aquisição da Brasil Ferrovias, enquanto aguardava a concretização da operação da 6ª emissão de debêntures, cujos procedimentos iniciaram-se em março/2006, mas a efetiva liberação de recursos apenas ocorreu em julho/2006; que, como não estava definida a maneira como ocorreria a referida aquisição, a Impugnante buscou precaver-se, captando recursos que poderiam vir a ser utilizados com essa finalidade, além de a empresa adquirida possuir patrimônio líquido negativo;*

*k) que a atividade desenvolvida pela Impugnante, por si só, exige elevados níveis de caixa para a manutenção de sua capacidade de investimento; que, de modo previdente, adiantou-se a Impugnante em buscar recursos junto a instituições financeiras, com custos e condições favoráveis de captação; que é certo que*

*dos referidos empréstimos claramente guardam relação com as atividades por ela desenvolvidas, sendo assim fundamental que sejam reconhecidas como necessárias, usuais e normais, dentro do contexto de atuação da empresa;*

*l) que aplicou em operações financeiras diversas os valores captados por meio de empréstimos, enquanto não se concretizam os investimentos por ela previstos; que tal circunstância não retira o caráter de necessidade, normalidade e usualidade das despesas incorridas pela Impugnante, pois se deve tomar como “anormal”, ou “não usual”, justamente deixar de empregar tais valores em aplicações financeiras, o que denotaria, certamente, uma gestão pouco eficiente dos recursos disponíveis, incompatível com as boas práticas administrativas; que a gestão adequada dos recursos financeiros disponíveis em uma empresa certamente consiste em uma das atividades mais necessárias e essenciais à sua longevidade e funcionamento;*

*m) que é certo que não há previsão legal para a adição de despesa considerada indedutível, nos termos do art. 299 do RIR de 1999, à base de cálculo da CSLL; que, muito embora a CSLL seja, assim como o IRPJ, tributo incidente sobre o lucro dos contribuintes, certo é que existem normas específicas para determinação de sua base de cálculo, as quais, nem sempre, são as mesmas aplicáveis ao IRPJ; que não há previsão legal, na legislação que regulamenta a CSLL, para a adição, ao lucro líquido, de qualquer despesa considerada indedutível; o que existe de comum entre esses tributos são apenas as mesmas regras de apuração e pagamento.*

*10. No tópico “Despesas com operações de hedge” (item “b” do Termo de Verificação) argúi:*

*a) que celebrou contratos de swap com instituições financeiras, tal como Banco Santander, Unibanco e ABN, com a finalidade de proteção de determinados investimentos e obrigações; que contratos de swap com os Unibanco e o ABN tinham por finalidade a proteção dos empréstimos realizados para a cobertura de caixa até que houvesse a liberação da 6ª emissão de debêntures; que, embora o contrato de empréstimo com o ABN tenha sido firmado em Reais, a contratação da operação de swap tinha por objeto a proteção da variação da taxa de juros pré-fixada para pós-fixada; que o contrato de swap celebrado junto ao Santander visava à proteção de investimentos da Impugnante na Argentina;*

*b) que os contratos em comento consistem em operações de swap com fins de hedge, mas o agente fiscal entendeu serem desnecessárias as despesas correspondentes, além não serem usuais ou normais à atividade da empresa, conforme arts. 299 e 300 do RIR de 1999, em face da alegada desnecessidade dos empréstimos protegidos; que em nenhum momento a autoridade fiscal questionou a regularidade, a efetividade e a finalidade dos contratos de swap firmados pela Impugnante;*

c) que os contratos de swap que, na maioria dos casos, são utilizados para viabilizar operações de hedge incluem-se dentre aqueles contratos chamados genericamente de “derivativos”, que correspondem a contratos referenciados em um ativo ou indicador financeiro; que os derivativos são instrumentos estritamente contratuais e dentre as diversas modalidades existentes no mercado financeiro, as principais espécies de contrato são: (i) os contratos futuros e a termo, (ii) as opções e (iii) os swap;

d) que os swaps nada mais são do que instrumentos pelos quais as partes comprometem-se a trocar, em data futura, ativos financeiros de natureza diversa, dos quais são titulares; que se deve ter em conta que os contratos de swap, assim como qualquer dos demais tipos de derivativos existentes, podem ser usados para fins de cobertura (hedge); que, genericamente, as operações com derivativos podem ser classificadas em dois grandes grupos: (i) aquelas realizadas com vistas a possibilitar uma exposição a determinado risco (especulativas); e (ii) aquelas destinadas a reduzir ou proteger a parte contratante de risco ao qual está ela exposta (de proteção ou hedge);

e) apesar de não positivado em nosso Direito de forma expressa e clara e pouco discutido sob a ótica estrita, é certo que o elemento que define a operação com derivativos como sendo de hedge é a busca por proteção a determinada exposição a risco; que no caso concreto, não há dúvidas de que as operações de swap contratadas pela Impugnante possuíam finalidade de hedge, pois parte delas relaciona-se à proteção dos empréstimos contratados pela Impugnante, enquanto outra parcela está vinculada à proteção de investimentos detidos pela Impugnante na Argentina;

f) que a legislação fiscal possui um conceito próprio de hedge, o qual mantém correspondência com os critérios adotados no mercado para caracterização de uma operação como tal, conforme estabelece o art. 77 da Lei nº 8.981, de 1995, e a IN SRF nº 25, de 2010; que, os critérios para que uma operação seja considerada de cobertura (hedge) são: (i) a operação estar relacionada com as atividades operacionais da pessoa jurídica; ou (ii) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica; que, uma vez caracterizada determinada operação como de hedge, uma das consequências fiscais que se verificará é justamente a possibilidade de dedução integral de suas perdas, sem que estas estejam limitadas aos ganhos auferidos na respectiva operação, nos termos do então vigente § 6º do art. 35 da IN SRF nº 25, de 2001;

g) que pelo inciso I do § 2º do art. 35 da IN SRF nº 25, de 2001, entende-se como operação de hedge aquela que, destinando-se à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preços ou de taxas, esteja relacionada às atividades operacionais da pessoa jurídica; que alguns dos contratos de swap celebrados pela Impugnante tinham por finalidade a proteção de investimentos na Argentina, bem como a proteção dos empréstimos realizados

para a cobertura de caixa até que houvesse a liberação da 6ª emissão de debêntures, com relação às taxas de câmbio e de juros;

h) que como os empréstimos contratados pela Impugnante estavam intrinsecamente relacionados às suas atividades operacionais, haja vista que se destinavam a aquisições e investimentos, os contratos de swap celebrados com o fito de proteger tais empréstimos também guardam estreita vinculação com as atividades operacionais da Impugnante; ainda que se entenda que o inciso I não foi adequadamente atendido pela Impugnante, o que apenas se admite a título de argumentação, inegável é o atendimento ao inciso II do § 2º do art. 35 da IN SRF nº 25, de 2001, pois estão claramente relacionados à proteção de seus direitos (investimentos na Argentina) e obrigações (contratos de empréstimos celebrados juntos aos bancos Unibanco e ABN); que a legislação, em nenhum momento, busca avaliar a essencialidade ou necessidade dos direitos ou obrigações que são objeto da cobertura contratada;

i) que não poderia a autoridade fiscal utilizar-se de conceito definido no art. 299 do RIR de 1999, porquanto se trata de norma geral de dedutibilidade que não pode se sobrepor à norma específica, que trata da dedutibilidade de despesas com operações com finalidade de hedge, prevista no art. 77 da Lei nº 8.981, de 1995, e no art. 35 da IN SRF nº 25, de 2001;

j) que a incompatibilidade existente entre duas normas postas no ordenamento jurídico é conhecida como antinomia, cuja solução se dá por três regras fundamentais: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*), que interessa ao presente caso; que, sempre que houver a possibilidade de aplicação de duas normas diante de uma situação concreta, sendo que uma delas é genérica e a outra específica, deve ser aplicado o princípio da especialidade para a solução do conflito, de forma que a norma especial revogue ou anule a norma geral;

k) ainda que as operações de swap praticadas pela Impugnante não tivessem fins de hedge, o agente fiscal não poderia simplesmente glosar as perdas incorridas nessas operações sem deduzir os ganhos apurados nessas mesmas operações; que deveria ter sido aplicada, por coerência lógica, a regra de dedutibilidade prevista no art. 76, § 4º da Lei nº 8.981, de 1995, e no art. 33, § 7º da IN SRF nº 25, de 2001, ou seja, as perdas em operações de swap são dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos nessa modalidade;

l) que em nenhum momento a autoridade fiscal questionou a efetividade dos contratos de swap celebrados pela Impugnante, tendo questionado apenas a necessidade dos empréstimos protegidos por tais contratos; exemplifica que no ano-calendário de 2006 foi glosado o montante total de R\$ 36.272.756,80 a título de perdas nas operações de swap, enquanto os ganhos do

*período totalizaram R\$ 56.129.111,21, de modo que as perdas eram integralmente dedutíveis, e foram efetivamente excluídos R\$ 21.481.518,64 do seu lucro real;*

*m) que tal cálculo já demonstra, por si só, o evidente erro cometido pela Fiscalização para a apuração das bases de cálculo dos tributos exigidos, o que macula de nulidade todo o lançamento em razão da sua nítida iliquidez e incerteza, eis que não há qualquer possibilidade lógica de se glosar uma despesa de swap inexistente, ou seja, uma perda que não foi sequer excluída do lucro real pela Recorrente;*

*n) que o mesmo ocorreu no ano-calendário de 2007, pois a Autoridade fiscal glosou perdas nos contratos de swap firmados com o Santander que perfazem o montante total de R\$ 12.784.152,48, mas não se levou em conta que, nesse mesmo período, a Impugnante registrou ganhos em tais operações que totalizaram R\$ 39.277.658,37; que o não cumprimento das formalidades essenciais (intrínsecas) aos atos de lançamento, tais como a liquidez e certeza do cálculo do tributo, como ocorreu no presente caso, torna-os nulos, gerando a obrigação para a Autoridade Julgadora de cancelá-los de ofício;*

*o) que o § 3o do art. 74 da Lei nº 8.981, de 1995, condiciona a dedutibilidade das perdas nas operações de swap ao registro nos órgãos competentes, mas, conforme atestam os contratos de swap juntados aos autos, o aperfeiçoamento das referidas obrigações contratuais somente ocorreu após o competente registro na Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos – CETIP;*

*p) ainda que as operações de swap praticadas pela Impugnante não tivessem fins de hedge, não poderia prosperar a glosa das perdas realizadas no presente caso, eis que (i) a Fiscalização não poderia ter glosado os valores relativos às supostas perdas de swap sem considerar, para tal propósito, os ganhos auferidos nessas mesmas operações; e (ii) os contratos de swap celebrados pela Impugnante foram devidamente registrados na CETIP;*

*q) que as perdas nas operações de hedge não poderiam ser adicionadas à base de cálculo da CSLL, pois existem normas específicas que tratam das adições e exclusões ao lucro líquido para fins de determinação de sua base de cálculo; que os requisitos para a dedutibilidade das perdas nas operações de hedge aplicam-se para fins de apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ, mas não existe previsão, na legislação específica da CSLL, para a adição de tais perdas na composição da base de cálculo dessa contribuição.*

*11. No tópico “Despesas com amortização de ágio” (item “a” do Termo de Verificação) alega:*

*a) que para análise econômica das operações questionadas nos presentes autos, não basta a verificação dos atos societários de forma isolada, pois cada passo das operações apresentadas a seguir possui fundamentação e propósito negocial próprio,*

*correspondente à aquisição de investimento em sociedade domiciliada na República da Argentina, detentora de “Concessões de Exploração de Serviço Ferroviário”;*

*b) em 05/05/1999, a Impugnante (então denominada Piuma Participações S/A) comprou ações da “ALL Argentina” (então denominada Ralph Inversiones S/A), sob condição suspensiva de aprovação pelas autoridades argentinas e brasileiras; em 26/05/1999 os vendedores transferiram as ações que detinham da “ALL Mesopotâmica” (então denominada Ferrocarril Mesopotâmico General Urquiza S/A) e da “ALL Central” (então denominada Buenos Aires Al Pacífico San Martín S/A) para a ALL Argentina; em 26/05/1999, os vendedores constituíram um instrumento Usufruto e Transferência dessas ações à Impugnante, por prazo de vigência de 20 anos, que efetuou investimentos na ALL Argentina a título de adiantamentos para futuros aumentos de capital (AFAC);*

*c) em 01/12/2001, a Impugnante cedeu à LOGISPAR os direitos e obrigações referentes ao Contrato de Compra e Venda e ao Contrato de Usufruto, bem como todos os seus direitos de conversão das AFAC pelo preço de R\$ 253.311.427,56 (dos quais R\$ 16.675.575,80 referem-se à contraprestação pelo Contrato de Usufruto e R\$ 236.635.851,76 referem-se aos direitos relativos às AFAC); também foi pactuado um Contrato Regulador de Direitos e Obrigações Vinculadas a Operações Futuras, em decorrência do qual houve a transferência de R\$ 61.271.000,00 à LOGISPAR, para cobrir necessidades de caixa pela ALL Argentina; que todos esses valores deveriam ser pagos pela LOGISPAR à Impugnante em até 3 anos;*

*d) em 31/12/2003, a Impugnante aumentou o capital da LOGISPAR utilizando créditos que detinha contra essa companhia, totalizando um aumento de capital de R\$ 355.888.447,41, decorrentes do Contrato de Cessão de Direitos e outras Avenças, firmado em 01/12/2001, e respectivos aditivos, e do Instrumento Particular de Consolidação de Dívida e Outras Avenças, firmado em 30/06/2003, e respectivos aditivos; em decorrência dessa aquisição de ações da LOGISPAR, a Impugnante registrou um ágio de R\$ 142.260.488,01, com fundamento na rentabilidade futura dessa sociedade, justificada pelo investimento da LOGISPAR na ALL Argentina, sociedade beneficiária de concessão naquele País; que a partir dessa data, o ágio passou a ser amortizado contabilmente pelo prazo da concessão usufruída pela ALL Argentina (19,5 anos), nos termos do § 2º do art. 14 da Instrução CVM nº 247/96, com redação da Instrução CVM nº 285/98;*

*e) em 11/09/2006, a Impugnante incorpora a LOGISPAR, tendo em vista a determinação da legislação argentina no sentido de que o investimento na ALL Argentina deveria estar registrado diretamente na Impugnante; que a partir deste momento, a Impugnante passa a amortizar fiscalmente o ágio;*

f) que os valores aportados em capital na LOGISPAR pela Impugnante decorreram de valores efetivamente pagos a terceiros independentes (Contrato de Usufruto e AFAC), os quais não foram questionados pela Fiscalização; que todo o ágio registrado na aquisição das ações da LOGISPAR pela Impugnante decorre da expectativa de rentabilidade futura da sociedade Argentina, o qual estava fundamentado em laudo de avaliação, pelo prazo das “Concessões de Exploração de Serviço Ferroviário”; que o valor pago pelo aporte de capital (subscrição de capital com integralização em direitos creditórios) foi um valor realizado no mercado (ou seja, negociado entre partes independentes); que se verifica o evidente equívoco cometido pelo agente fiscal ao analisar apenas um passo (integralização de ações da LOGISPAR pela Impugnante), sem se preocupar com a análise de todas as operações de forma conjunta;

g) que já transcorreu o prazo decadencial de 05 anos para o questionamento do período base em que ocorreram os fatos que deram origem à amortização do ágio; que muito embora o ágio somente tenha sido amortizado fiscalmente após a incorporação dessa empresa pela Impugnante, em 11/09/2006, o fato contábil-societário que deu origem ao referido ágio ocorreu no ano-base de 2003, motivo pelo qual não poderia o Fisco efetuar os lançamentos de ofício sobre fatos pretéritos já consumados no tempo em razão do decurso do prazo decadencial, para alcançar os efeitos decorrentes desses fatos, em períodos subsequentes (amortização do ágio realizado a partir de 2006);

h) que o ágio contabilizado em 2003 é dado contábil e societário e representa, na verdade, parte do custo de aquisição do ativo respectivo; que no caso, por disposição legal específica, autoriza-se a “antecipação” do aproveitamento desse “custo” em data anterior a uma eventual alienação do ativo, por intermédio de amortização, desde que a motivação do referido ágio seja a rentabilidade futura da companhia; se não existisse a norma hoje prevista na Lei nº 9.532, de 1997, autorizando a amortização do ágio em prazos determinados, tais valores seriam redutores de lucros futuros, quando da alienação do respectivo ativo que o gerou, uma vez que tais valores constituem-se como custo de aquisição (reduzidor do preço de venda);

i) que não pode a autoridade fiscal em 2011 pretender desconsiderar fato jurídico relativo a contabilização de um ágio em 2003, decorrente de uma operação societária legítima, para desconsiderar os efeitos tributários ocorridos nos anos subsequentes, pois, para glosar os efeitos ocorridos em 2006 e seguintes, mister seria que o lançamento tributário ocorresse até 31/12/2008;

j) discorre acerca das relações existentes entre a Ciência Contábil e o Direito Contábil (societário e tributário); que o Direito Contábil Societário é o conjunto de normas jurídicas que regulam as regras e práticas contábeis para atender aos

*preceitos da legislação comercial/societária; que para o Direito Contábil Societário, o ágio ou deságio gerado em operações decorre da diferença entre o valor de aquisição e o valor patrimonial das ações adquiridas, quando se adota o registro da participação societária pelo Método da Equivalência Patrimonial, previsto no art. 248 da Lei das S/A; que a Lei das S/A não aborda expressamente a temática do ágio na aquisição de participação societária, mas o órgão regulador da matéria já se manifestou a esse respeito por meio da Instrução CVM nº 247/96, com base na qual a Impugnante desdobrou o valor total do custo da aquisição das ações da LOGISPAR (R\$ 355.888.447,41) em valor do investimento pela equivalência patrimonial (R\$ 213.627.959,40) e ágio (R\$ 142.260.488,01);*

*k) ressalta que a legislação tributária brasileira (Direito Contábil Tributário) confere o mesmo tratamento ao ágio e ao deságio na aquisição de participação societárias que o previsto na legislação societária (Direito Contábil Societário), conforme se verifica do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, razão pela qual é obrigatório o desmembramento do custo de aquisição da participação societária em valor de patrimônio líquido pelo MEP e ágio; que, ainda que se tenha alguma dúvida acerca da forma de contabilização da aquisição de participação societária do ponto de vista da Ciência Contábil ou do Direito Contábil Societário, não há qualquer margem para dúvida do tratamento tributário (Direito Contábil Tributário) dado à aquisição do investimento, uma vez que é expressa a previsão em Lei no sentido de que se deverá registrar o ágio;*

*l) que, no presente caso, o custo de aquisição das ações adquiridas (LOGISPAR) é o valor do direito creditório detido pela Impugnante à época, decorrente da Cessão do Direito de Usufruto das Ações da ALL Argentina e posteriores AFACs, que foram aportados em integralização de capital das ações subscritas; que, também sob a ótica estritamente fiscal, o valor utilizado para a conferência de ações para integralização de capital está totalmente regular, uma vez que decorrente de pagamentos efetivamente efetuados e suportados por laudo de avaliação de empresa especializada (fundamentado na expectativa de rentabilidade futura); com relação às formas de aquisição da participação societária, o art. 20 do DL nº 1.598/77 não traz qualquer referência a um negócio jurídico específico para que esta aquisição seja realizada e, o direito privado traz diversas formas jurídicas possíveis de aquisição e qualquer uma delas será válida para fins do Direito Contábil Tributário;*

*m) argumenta que para fins do Direito Contábil Societário, não há qualquer óbice na legislação à realização de conferência de bens em integralização de capital com geração de ágio entre pessoas que possuam algum tipo de vinculação (se fosse esse o caso dos autos); que, de fato, a existência de partes vinculadas pode fazer com que determinadas operações sejam tratadas de forma diferenciada pelo Direito Contábil Tributário, de forma a evitar que essas operações sejam realizadas fora dos padrões de*

*mercado, a exemplo das regras de Distribuição Disfarçada de Lucros e dos Preços de Transferência; que não há para as operações realizadas no presente caso qualquer dispositivo legal que estabeleça tratamento diferenciado para a integralização de capital entre partes vinculadas e mesmo que houvesse, seria no sentido de criar uma regra que trouxesse o valor das operações para os parâmetros de mercado;*

*n) assim, conclui que: (i) a subscrição de capital, com integralização de direitos creditórios é permitida pelo Direito Contábil Societário; (ii) a legislação fiscal (DL 1.598/77 e art. 385 do RIR/99) fez menção a “custo de aquisição”; (iii) a aquisição de bens/direitos pode se dar por diversas formas, entre elas pela subscrição e integralização de capital; (iv) toda a aquisição terá um “custo” e que poderá dar origem ao ágio como componente deste custo; (v) não há regra fiscal que confira tratamento especial à integralização de capital realizada entre partes vinculadas, como ocorre com as regras de Distribuição Disfarçada de Lucros e de Preços de Transferência; (vi) mesmo que houvesse alguma regra específica, para as operações realizadas entre partes vinculadas, no presente caso foram observados os parâmetros de mercado;*

*o) aduz que o agente fiscal incorreu em grave equívoco ao interpretar o OFÍCIOCIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/200, acerca da inadmissibilidade da geração de “ágio interno”, uma vez que o referido entendimento refere-se apenas à visão da “Ciência Contábil”, ou seja, é um ponto de vista econômico-contábil, e não questiona a validade do ágio interno, do ponto de vista da legislação societária; transcreve a conclusão do Professor Eliseu Martins acerca da validade do “ágio interno” no que tange à legislação tributária;*

*p) que anda que o presente caso tratasse de um ágio interno, é importante ressaltar o entendimento da Receita Federal do Brasil no que tange à tributação do deságio gerado em operações societárias dentro do mesmo grupo; que, conforme se percebe na manifestação da Receita Federal em casos de aquisição de participação societária dentro do mesmo grupo, é entendimento do Fisco de que a aquisição de participação societária por valor inferior ao patrimônio líquido (deságio) é suficiente para que esse valor seja configurado como receita tributável, após um evento de incorporação; contudo, de forma contraditória, a Receita Federal pretende, no presente caso, não admitir a geração do ágio supostamente gerado dentro do mesmo grupo econômico, por entender que não haveria motivo econômico para uma aquisição que não fosse a valor de patrimônio líquido;*

*q) que se trata de evidente tratamento desigual para situações idênticas: aquisição de participação societária a valor de mercado (“dois pesos, duas medidas”); que esse foi inclusive o entendimento do próprio agente fiscal, que entendeu que a Impugnante teria incorrido em ganho de capital no momento da conferência das ações da BF e da NO em integralização de*

capital da JPESP (ganho de capital de “si mesmo”), e, nesse item, não admite a amortização fiscal do “ágio interno”;

r) que não há que se falar na adição da referida despesa na base de cálculo da CSLL, por absoluta ausência de previsão legal; que, dentre todos os ajustes, que delimitam a base de cálculo da CSLL, nada se vê sobre a obrigatoriedade de adição das despesas com a amortização do ágio na aquisição de investimentos;

s) conclui que, mesmo que houvesse no presente caso um ágio gerado internamente, referido ágio também seria válido perante o Direito, seja pela legislação societária, seja pela legislação tributária, porquanto: (i) a Ciência Contábil é uma ciência autônoma e distinta do Direito, mas o Direito estabelece regras jurídicas que regulamentam a aplicação de regras contábeis, especialmente o Direito Societário e o Direito Tributário; (ii) o ágio não é uma informação meramente econômica, mas também se encontra prevista pelo Direito, ou seja, o registro do ágio é previsto em uma norma jurídica; (iii) não há para o Direito Societário e para o Direito Tributário qualquer restrição quanto à possibilidade de realizar a integralização de capital com a conferência de direitos creditórios entre pessoas ligadas, suportado por laudo de expectativa de rentabilidade futura (ações da ALL Argentina); (iv) a CVM e o Prof. Eliseu Martins entendem que não é possível o registro do ágio gerado internamente sob o ponto de vista da Ciência Contábil, mas admitem que é suportado por normas jurídicas, sejam societárias sejam tributárias; (v) o próprio Fisco entende que o deságio gerado internamente deve ser tributado, motivo pelo qual se torna contraditória a condenação do ágio interno; (vi) mesmo que o ágio interno fosse proibido pelo Direito, somente haveria previsão legal de adição das despesas com sua amortização para fins de apuração do IRPJ, mas não da CSLL.

12. No tópico “Lucros auferidos por controladas o exterior” (item “d” do Termo de Verificação) assevera:

a) que já esclareceu no curso da ação fiscal que o art. VII da Convenção BrasilArgentina, promulgada pelo Decreto nº 87.976, de 1982, impede a tributação no Brasil dos lucros auferidos por sua controlada sediada naquele país;

b) que os Tratados e as Convenções Internacionais constituem fontes do Direito Tributário, na medida em que o legislador complementar as inseriu no universo da legislação tributária oponível aos sujeitos ativos e passivos das obrigações tributárias; que, uma vez inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, prevalecem sobre a legislação vigente até a sua inserção, bem como devem ser respeitados pela legislação posterior;

c) que a finalidade das convenções para evitar a dupla tributação consiste em delimitar a competência tributária dos Estados Contratantes para fins de tributação de certos itens de rendimento específicos, dentre os quais se encontram, por

*exemplo, os lucros das empresas e os dividendos; a investigação sobre o que diz a lei brasileira apenas é cabível se o Brasil reservar para si a competência tributária; se inaplicável a lei brasileira ao caso, é completamente irrelevante saber o que ela diria se acaso fosse aplicável;*

*d) que a Convenção Brasil-Argentina disciplina o tratamento destinado a evitar a dupla tributação em matéria de imposto sobre a renda e é aplicável às pessoas residentes de um ou dos dois Estados Contratantes (Brasil ou Argentina), conforme determina o seu art. I; que os lucros auferidos pelas empresas sediadas em dos Estados Contratantes somente podem ser tributados neste Estado, ou seja, os lucros das empresas sediadas no Brasil somente podem ser tributados no Brasil e os lucros auferidos pelas empresas sediadas na Argentina somente podem ser tributados na Argentina; que o art. VII da Convenção Brasil-Argentina é uma norma de reconhecimento da competência exclusiva do Estado em que se encontra domiciliada a sociedade controlada, como resulta da expressão “só são tributáveis”;*

*e) que o Brasil somente poderia tributar o lucro apurado por empresa controlada sediada na Argentina no caso dessa empresa possuir um estabelecimento permanente no Brasil, e limitado ao lucro gerado por esse estabelecimento permanente, o que não ocorre no presente caso; que o art. V, § 6º, da Convenção não deixa dúvidas de que uma controlada deve ser tratada independentemente de sua controladora, não havendo, para efeitos da convenção, qualquer integração entre elas; que o art. VII, § 1o, da Convenção apenas faculta que o Estado onde reside a ALL Argentina tribute os lucros por esta auferidos, impedindo que o Brasil aplique sua lei interna para fins de imposição tributária sobre os referidos rendimentos;*

*f) que o agente fiscal equivocadamente entendeu que o art. VII da Convenção não seria aplicável em face de a ALL Argentina não ser estabelecimento permanente da Impugnante; na verdade, a aplicação do referido artigo é confirmada da simples interpretação literal do dispositivo: “Os lucros de uma empresa (ALL Argentina) de um Estado Contratante (Argentina) só são tributáveis nesse Estado (Argentina)”;* que o art. IX mencionado pela Autoridade fiscal para justificar a tributação no Brasil somente se aplica diante de relações comerciais (compra e venda de mercadorias, por exemplo) e financeiras (como o pagamento de juros) entre empresas associadas, não tendo qualquer relação com a matéria de lucros das empresas, objeto do art. VII;

*g) que são desprovidas de lógica e de técnica as ilações do agente fiscal, que desconhece que, ao tratar-se de tributação de lucros nas convenções para evitar a dupla tributação, necessariamente se estará falando da aplicação do art. VII (lucros das empresas) ou do art. X (dividendos), na hipótese de os lucros terem sido efetivamente distribuídos; que, consoante o art. VII da Convenção Brasil-Argentina, foi a Argentina que*

*reservou para si a competência exclusiva para tributar os lucros de ALL Argentina; que a lei interna brasileira não é aplicável à situação de fato, sendo desnecessário que se analise o disposto no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, porquanto inaplicável ao caso;*

*h) ainda que se admitisse que os lucros auferidos pela ALL Argentina e tributados pela Autoridade fiscal devessem ser qualificados no art. X da convenção (dividendos), e não no art. VII, também não seria possível falar em competência brasileira para tributar os referidos rendimentos; que, mesmo que se entenda que a Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, deve ser considerada como norma de transparência fiscal internacional, esta não poderia ser aplicada em face de o art. X (dividendos) da Convenção Brasil-Argentina fazer referência a dividendos efetivamente pagos, e não a dividendos presumidamente imputados aos sócios ou acionistas; que, de qualquer forma, analisando-se o referido dispositivo, é possível notar que o art. X da Convenção atribui competência cumulativa ao Estado da Fonte e ao Estado da Residência para a tributação dos dividendos;*

*i) que não se pode analisar o acordo em questão sem verificar o conteúdo de seu art. XXIII, o qual trata da aplicação dos métodos para evitar a dupla tributação, cujo § 2º determina que os dividendos pagos por uma sociedade Argentina a uma sociedade brasileira que detenha mais de 10% do seu capital social, e que sejam tributáveis na Argentina de acordo com as disposições do acordo, estarão isentos da tributação no Brasil;*

*j) com relação à tributação dos lucros auferidos pela controlada uruguaia, faz uma breve análise da evolução da legislação quanto à tributação dos lucros auferidos no exterior por empresas controladas ou coligadas; relata que com a edição da Lei nº 9.249, de 1995, art. 25, surgiu no sistema jurídico brasileiro o princípio da tributação em bases universais, em substituição ao princípio da territorialidade, antes vigente; por estar tal norma em total desconformidade com o art. 43 do CTN, que prevê a incidência do IRPJ apenas quando houver a efetiva disponibilização econômica ou jurídica da renda, ou de proventos de qualquer natureza, a Secretaria da Receita Federal do Brasil expediu a IN SRF nº 38, de 1996, que determinou que os lucros auferidos pelas sociedades controladas ou coligadas só seriam tributados quando fossem considerados disponibilizados ou distribuídos, trazendo, ainda, as hipóteses em que a disponibilização, ou a distribuição dos lucros, ocorreriam;*

*k) em razão da impropriedade do veículo normativo utilizado, pois a instrução normativa não é o veículo normativo hábil para instituir, retirar, majorar ou reduzir tributos, as disposições contidas na referida Instrução Normativa foram incluídas na Medida Provisória nº 1.602, de 1997, a qual foi posteriormente convertida na Lei nº 9.532, de 1997, prevendo expressamente quando o lucro seria considerado disponibilizado; argüi que,*

posteriormente, foi editada a Lei Complementar nº 104, de 2001, que alterou diversos dispositivos do Código Tributário Nacional, dentre os quais a inclusão dos §§ 1º e 2º no seu art. 43; que o § 2º apenas complementa, mas não excepciona a definição do fato gerador do imposto, contida no caput do mesmo dispositivo, ou seja, compete à lei ordinária apenas estabelecer as condições e o momento em que serão considerados disponibilizados ou distribuídos os lucros auferidos de sociedades coligadas e controladas sediadas no exterior;

l) que, sob o pretexto de regulamentar o § 2º do art. 43 do CTN foi editada a Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, tributando os lucros não disponibilizados pelas sociedades controladas ou coligadas sediadas no exterior; que a mera apuração do lucro líquido pela empresa coligada ou controlada sediada no exterior não acarreta, obviamente, a imediata possibilidade, para a empresa coligada ou controladora situada no Brasil, de dispor da renda (ou do lucro) de forma efetiva e atual; que a disponibilidade econômica ou jurídica ocorre, por exemplo, nas hipóteses previstas na Lei nº 9.532, de 1997 (pagamento ou crédito), mas nunca pela mera apuração do lucro líquido;

m) requer a aplicação dos princípios constitucionais que norteiam a tributação (capacidade contributiva, não-confisco etc.) e determinam o conceito constitucional de renda e lucro, bem como que seja aplicada adequadamente a totalidade do ordenamento jurídico, reconhecendo-se a supremacia da Constituição, que em hipótese alguma pode ser afastada; que esta Turma Julgadora que não se abstenha de analisar as irregularidades relacionadas pela Impugnante, sob o pretexto de não ser competente à declaração de inconstitucionalidade de lei; que, caso se entenda que o dispositivo trazido pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, não se coaduna com dispositivos constitucionais vigentes à época de sua edição, deixe de aplicá-lo, ou seja, retire a sua eficácia, para aplicar o dispositivo constitucional;

n) argumenta que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, ao pretender tributar pelo IRPJ e pela CSLL algo que não representa efetivo acréscimo patrimonial, afronta tanto o conceito de renda, previsto no art. 43 do CTN, quanto o conceito de lucro, insculpido no art. 195 da Constituição Federal; que caso semelhante já foi levado à discussão do Poder Judiciário quando o Supremo Tribunal Federal entendeu que, enquanto o lucro não for efetivamente distribuído para o sócio ou acionista, não há que se falar em “fato gerador” do IRPJ;

o) que a mera apuração do lucro líquido pela empresa coligada ou controlada sediada no exterior não acarreta, obviamente, a imediata possibilidade, para a empresa coligada ou controladora, situada no Brasil, de dispor da renda de forma efetiva e atual; que a coligada e a controlada são pessoas jurídicas distintas da empresa que possui participação em seus capitais, ou seja, o lucro apurado pertence ao patrimônio da coligada ou controlada enquanto não houver deliberação da

*Assembléia Geral determinando a remessa desse lucro à coligada ou controladora no Brasil; que, como os acionistas e investidores possuem apenas a expectativa de direito de receber as suas participações nos lucros, conclui-se que enquanto não houver a efetiva disponibilidade (jurídica ou econômica), não haverá acréscimo patrimonial, e conseqüentemente, a incidência do imposto sobre a renda;*

*p) que, consoante o princípio da segurança jurídica, o tributo só pode ser validamente exigido quando um fato ajusta-se rigorosamente à hipótese de incidência tributária, não se podendo considerar ocorrido o fato imponível por mera ficção ou presunção; como consequência da ficção criada pelo art. 74, § 1º, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, nota-se que tal dispositivo ofende os princípios da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da Constituição Federal) e da não exigência de tributo como confisco (art. 150, IV da Constituição Federal);*

*q) acrescenta que, conforme dispõem o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, e o parágrafo único do art. 21 da Medida Provisória nº 1.858-11, de 1999, a pessoa jurídica poderá compensar o imposto incidente no exterior sobre lucros, até o limite do IRPJ e da CSLL incidentes, no Brasil, mas esse crédito não foi considerado pelo agente fiscal no momento da autuação; que, a ALL Argentina efetivamente pagou imposto na Argentina (impuesto a las ganancias) no ano de 2006, sobre os lucros que estão sendo objeto de tributação nos autos, razão pela qual o auto de infração deve ser considerado nulo.*

*13. Contesta a exigência da multa de ofício isolada, ao argumento de que:*

*a) após a edição da Lei nº 8.383, de 1991, o IRPJ e a CSLL passaram a ser apurados em sistema de “bases correntes”, ou seja, na medida em que os fatos econômicos integrantes do fato gerador ocorrem, quantifica-se as bases de cálculo naquele mesmo mês e o contribuinte efetua o pagamento mensalmente desses tributos;*

*b) sendo lavrado o auto de infração após o encerramento do ano-base, como ocorreu no caso dos autos de infração, eventuais insuficiências de recolhimento do IRPJ e da CSLL serão punidas somente com a aplicação da multa de ofício prevista no inciso I do art. 44, da Lei nº 9.430/96, e não mais pela exigência da multa isolada, conforme já decidiu reiteradas vezes o antigo Conselho de Contribuintes;*

*c) ainda que a Impugnante tivesse recolhido valor a menor de IRPJ e CSLL por estimativa, não pode haver, sobre a mesma base de cálculo, a cumulação da multa isolada com qualquer outra penalidade, ao contrário do pretendido pelo agente fiscal; que, recentemente a Câmara Superior de Recursos Fiscais pacificou o entendimento a respeito da matéria, decidindo pela impossibilidade de aplicação da multa isolada nos casos em que esta tenha incidido sobre a mesma base de cálculo da multa de ofício;*

d) o agente fiscal cometeu equívocos ao calcular tal penalidade, posto não ter deduzido da base de cálculo das estimativas mensais ajustadas os prejuízos acumulados e o saldo da base de cálculo negativa da CSLL, exigindo multa isolada que excede em R\$ 13.891.225,06 o valor que seria, em princípio, devido;

e) deve-se ainda ter em conta que, no mês de dezembro/2007, o agente fiscal apurou multa isolada, relativamente ao IRPJ e à CSLL, no valor total de R\$ 58.503.760,13, a qual é indevida, uma vez que não se pode falar em recolhimento insuficiente de estimativa no mês em que se encerra a apuração do exercício;

f) é importante que se tenha em conta os equívocos incorridos pelo agente fiscal ao aplicar a multa isolada, que demonstram de forma ainda mais cabal a necessidade do cancelamento, por esta Turma Julgadora, da aplicação de tal penalidade perpetrada nos autos de infração objeto do presente processo administrativo.

14. Com relação à compensação indevida de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa de CSLL, assevera:

a) que entendeu a Autoridade fiscal que, no ano-calendário de 2008, a Impugnante teria indevidamente compensado prejuízos fiscais de R\$ 10.746.018,00 e base de cálculo negativa da CSLL de R\$ 10.692.798,00;

b) que, contudo, as alegadas compensações indevidas são mero reflexo das autuações fiscais procedidas, as quais, por todas as razões que foram expostas ao longo da presente impugnação, devem ser canceladas.

15. No que diz respeito à cobrança de juros sobre a multa de ofício, alega:

a) que, ainda que se entenda pela manutenção das autuações em análise, é certo que os juros calculados com base na taxa SELIC não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por absoluta ausência de previsão legal;

b) que o art. 13 da Lei 9.065, de 1995, que prevê a cobrança dos juros de mora com base na taxa Selic, remete ao art. 84 da Lei 8.981, de 1995, que, por sua vez, estabelece a cobrança de tais acréscimos apenas sobre tributos;

c) que não se pode confundir os conceitos de tributo e de multa, pois multa é penalidade pecuniária, não é tributo, conforme definição contida nos arts. 3º e 113, § 1º, do CTN;

d) que a atividade administrativa é subalterna à lei, ou seja, a Autoridade fiscal não poderá fazer qualquer exigência, salvo se embasada em expressa disposição legal; que, ao exigir os juros calculados à taxa Selic sobre a multa de ofício lançada nos autos de infração originários do presente processo, a Autoridade fiscal agiu em evidente afronta ao princípio constitucional da legalidade, o que não pode ser admitido.

*16. Ao final protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, além dos documentos anexados à presente, e requer sejam acolhidas as razões aqui expostas, com decretação da improcedência integral da presente autuação.*

A 1ª Turma da DRJ Curitiba, por unanimidade, não acatou as preliminares e, no mérito, julgou procedentes em parte os lançamentos, por meio de Acórdão que recebeu a seguinte ementa, fls. 1122-1125:

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008*

*NULIDADE.*

*Além de não se enquadrar nas causas enumeradas no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, e não se tratar de caso de inobservância dos pressupostos legais para lavratura do auto de infração, é incabível falar em nulidade do lançamento quando não houve transgressão alguma ao devido processo legal.*

*INEXATIDÃO DOS CÁLCULOS DA EXIGÊNCIA. EXAME NA FASE LITIGIOSA DO PROCEDIMENTO FISCAL. MATÉRIA DE MÉRITO.*

*Uma vez instaurada a fase litigiosa do procedimento fiscal, cabe à autoridade julgadora analisar a procedência ou não do lançamento fiscal, mediante apreciação das alegações de defesa apresentadas pela impugnante, inclusive quanto à exatidão dos cálculos da exigência fiscal, cujo exame constitui matéria de mérito.*

*ATOS SOCIETÁRIOS OCORRIDOS EM PERÍODO DE APURAÇÃO JÁ DECAÍDO. REFLEXOS TRIBUTÁRIOS EM PERÍODOS NÃO ALCANÇADOS PELA DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO NO LANÇAMENTO FISCAL.*

*Considerando que os efeitos tributários contestados pela autoridade fiscal ocorreram em período não alcançado pelo prazo decadencial de cinco anos, por ocasião da ciência do lançamento fiscal, descabe a alegação de impossibilidade de questionamento da legalidade de atos societários ocorridos em período já decaídos e cujos reflexos tributários estão agora repercutindo; acrescente-se que é dever da contribuinte manter e exibir os documentos que apóiam seus registros contábeis, ainda que tenha como origem um fato anterior ocorrido em período de apuração fiscal já decaído, inclusive quando praticado pela empresa incorporada, haja vista a pessoa jurídica dever conservar os documentos de sua escrituração relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, enquanto não ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.*

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ**

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008*

**AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO INTERNO. FUNDAMENTO ECONÔMICO EM EXPECTATIVA DE RENTABILIDADE FUTURA DE EMPRESA CONTROLADA. TRANSAÇÃO DOS SÓCIOS COM ELES MESMOS. AUSÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.**

*É descabida a amortização pela contribuinte de ágio interno, com fundamento econômico em expectativa de rentabilidade futura de empresa controlada, pois não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, haja vista a ausência de substância econômica na operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.*

**ENCARGOS FINANCEIROS DE EMPRÉSTIMOS OBTIDOS. RECURSOS CAPTADOS NÃO APLICADOS NOS INVESTIMENTOS AOS QUAIS SE DESTINAVAM. DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS E NÃO USUAIS OU NORMAIS ÀS ATIVIDADES EXPLORADAS PELA EMPRESA.**

*Considerando que são necessárias as despesas pagas ou incorridas para realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, atendidos também os critérios da usualidade e normalidade no tipo de transação, operação ou atividades desenvolvidas pela empresa, não há como se acatar a dedutibilidade dos encargos financeiros de empréstimos obtidos cujos recursos captados acabaram sendo aplicados no mercado financeiro, ao invés de serem direcionados aos investimentos aos quais se destinavam.*

**PERDAS APURADAS EM OPERAÇÕES DE SWAP COM FINALIDADE DE HEDGE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE SER DESPESAS NECESSÁRIA, USUAL OU NORMAL ÀS ATIVIDADES EXPLORADAS PELA EMPRESA.**

*A dedução das perdas apuradas em operações de swap com finalidade de hedge operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas depende da comprovação de ser despesa necessária, usual ou normal às atividades exploradas pela empresa.*

**LUCROS DISPONIBILIZADOS POR EMPRESA CONTROLADA LOCALIZADA NA ARGENTINA. CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.**

*A convenção internacional para evitar a dupla tributação firmada com a Argentina impede que o Brasil exija tributos da empresa controlada/coligada localizada na Argentina, mas não veda a tributação dos lucros distribuídos ou postos à disposição do acionista domiciliado no Brasil, em função de sua*

*participação societária naquela, que tem natureza de dividendos; o fato de a controladora no Brasil deter mais de 10% do capital da controlada/coligada na Argentina não torna o lucro por esta disponibilizado isento do imposto de renda no Brasil, haja vista o imposto pago na Argentina referir-se ao “Impuesto a Las Ganancias”, que incide sobre o lucro apurado, e não sobre os dividendos por ela disponibilizados.*

**GANHO DE CAPITAL. INTEGRALIZAÇÃO DE AUMENTO DO CAPITAL SOCIAL MEDIANTE CONFERÊNCIA DAS AÇÕES DE EMPRESA CONTROLADA. VALOR DE INTEGRALIZAÇÃO NÃO DETERMINADO COM FUNDAMENTO ECONÔMICO EM RENTABILIDADE FUTURA.**

*A integralização pela contribuinte do aumento do capital social de investida mediante conferência das ações de controlada, cujo valor não foi nessa operação determinado com fundamento econômico em expectativa de rentabilidade futura, exige apuração do eventual ganho de capital, considerando-se como valor de alienação o do aumento do capital constante da alteração contratual, pois não se trata de mera substituição de ativos, mas da materialização da transmissão onerosa da propriedade da participação societária, fato que configura ato jurídico correspondente a espécie do gênero alienação.*

**GANHO DE CAPITAL. CUSTO DE AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA AVALIADA PELO PATRIMÔNIO LÍQUIDO. ÁGIO CONSTITUÍDO NA AQUISIÇÃO COM FUNDAMENTO ECONÔMICO EM RENTABILIDADE FUTURA. POSTERIOR CONTABILIZAÇÃO DE DESPESAS ADICIONAIS APURADAS PELA INVESTIDA E RELATIVAS A PERÍODOS ANTERIORES À AQUISIÇÃO PELA INVESTIDORA. RECONHECIMENTO INDEVIDO NA INVESTIDORA A TÍTULO DE COMPLEMENTO DO ÁGIO.**

*O valor do ágio constituído com fundamento econômico em rentabilidade futura, sobre participação societária adquirida de terceiros, deve ser*

*apurado pela investidora mediante desdobramento do custo de aquisição, por ocasião da aquisição do investimento avaliado pelo patrimônio líquido; as despesas adicionais apuradas pela investida, com base em novas verificações efetuadas em procedimento de auditoria, acarretam diminuição do patrimônio líquido (ou aumento do patrimônio líquido negativo) da investida, cujo reflexo deve ser sido reconhecido pela investidora (controladora) mediante equivalência patrimonial e não pode alterar o valor do ágio originalmente constituído; assim, o valor contabilizado como complemento de ágio não deve ser considerado na apuração do custo contábil dessa participação societária para efeito de apuração do ganho de capital.*

**GANHO DE CAPITAL. VALOR CONTÁBIL DE INVESTIMENTO AVALIADO PELO PATRIMÔNIO LÍQUIDO.**

*O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido corresponde à soma algébrica dos seguintes valores: I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte; II - ágio ou deságio na aquisição do investimento; III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real.*

**COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS EM VALOR SUPERIOR AO DO SALDO COMPENSÁVEL DE EXERCÍCIOS ANTERIORES.**

*A compensação de prejuízos fiscais, observado o limite de 30% do lucro líquido ajustado, fica limitada ao saldo compensável de exercícios anteriores, cujo valor foi, no presente processo, absorvido pelo valor tributável das demais infrações apuradas nos autos.*

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

*Ano-calendário: 2006, 2007, 2008*

**MULTA DE OFÍCIO ISOLADA. FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO MENSAL DEVIDO POR ESTIMATIVA.**

*A falta ou insuficiência de recolhimento do imposto mensal devido por estimativa, por pessoa jurídica que optou pela tributação com base no lucro real anual, enseja a aplicação da multa de ofício isolada de 50%.*

**MULTA ISOLADA. CONCOMITÂNCIA COM MULTA DE OFÍCIO INCIDENTE SOBRE O TRIBUTO APURADO COM BASE NO LUCRO REAL ANUAL. COMPATIBILIDADE.**

*Tratando-se de infrações distintas, é perfeitamente possível a exigência concomitante da multa de ofício isolada sobre estimativa obrigatória não recolhida ou recolhida a menor com a multa de ofício incidente sobre o tributo apurado, ao final do ano-calendário, com base no lucro real anual.*

**DECORRÊNCIA. CSLL.**

*Tratando-se de tributação reflexa de irregularidades descritas e analisadas no lançamento de IRPJ, constantes do mesmo processo, e dada à relação de causa e efeito, aplica-se o mesmo entendimento à CSLL.*

**DESPESAS DESNECESSÁRIAS.**

*Inexiste na legislação aplicável à CSLL determinação para adição à base de cálculo do valor das despesas desnecessárias e não usuais ou normais para realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.*

*CSLL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. INAPLICABILIDADE.*

*As disposições contidas na Convenção firmada pelo Brasil com a Argentina, para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, não se aplicam à CSLL por esta ter sido instituída posteriormente, ser uma contribuição com fim específico e não se enquadrar na definição de imposto idêntico ou substancialmente semelhante ao imposto de renda.*

*Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte*

*Crédito Tributário Mantido em Parte*

A parcela exonerada do crédito tributário foi submetida à análise deste Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por força do disposto no artigo 34, I, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo artigo 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.

Cientificada do referido Acórdão em 14/11/2011 (fls. 1211), a contribuinte apresentou em 12/12/2011 o recurso voluntário de fls. 1212-1364, basicamente reiterando os argumentos apresentados na fase impugnatória.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos - Relator

Os recursos atendem aos requisitos legais, razão pela qual devem ser conhecidos.

### Recurso de ofício

#### IRPJ

#### **Ganho de capital na integralização de capital da JPESPE**

A decisão de piso cancelou parcialmente a exigência fiscal referente ao ganho de capital apurado na integralização de capital da pessoa jurídica JPESPE Empreendimentos e Participações Ltda. (CNPJ nº 09.085.491/000195), ocorrida em 03/12/2007, mediante conferência das ações das controladas Brasil Ferrovias S/A (CNPJ nº 02.457.269/000127) e Novoeste Brasil S/A (CNPJ nº 09.085.491/000195).

Os elementos constantes dos autos demonstram que as ações da Brasil Ferrovias e da Novoeste Brasil haviam sido recebidas pela contribuinte na integralização do aumento de R\$ 1.405.032.936,88 do seu capital social, integralização esta efetuada pela Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI, Fundação dos Economistas Federais - FUNCEF, BNDES Participações S/A – BNDESPAR e acionistas minoritários, conforme Assembleia Geral Extraordinária da ALL – América Latina Logística S/A realizada em 16/06/2006 (fls. 233243), com emissão de 20.890.846 novas ações ordinárias e 35.563.384 novas ações preferenciais a serem entregues aos novos sócios.

Considerando que a Brasil Ferrovias e a Novoeste Brasil possuíam em 16/06/2006 patrimônios líquidos negativos de R\$ 677.704.514,81 e R\$ 27.417.438,41, respectivamente, a contribuinte apurou ágio no montante de R\$ 2.109.010.166,54 na aquisição desses investimentos – sendo R\$ 1.990.650.491,42 contabilizado na conta 13.10.325 - Ágio Brasil Ferrovias (fl. 252) e R\$ 118.359.675,12 na conta 13.10.326 – Ágio Novoeste Brasil (fl. 252) –, correspondentes à diferença entre o valor dos patrimônios líquidos negativos e o custo de aquisição das participação societária.

Posteriormente, a contribuinte contabilizou nas contas 13.10.325 – Ágio Brasil Ferrovias e 13.10.326 – Ágio Novoeste Brasil, complementos de ágio nos montantes de R\$ 381.664.270,21 e R\$ 13.236.847,12, respectivamente, além de custos de aquisição adicionais de R\$ 11.972.039,66 e de R\$ 829.252,75 dessas controladas e das amortizações mensais desses ágios (adicionou R\$ 2.246.443,19 e R\$ 1.208.118,49 ao Lalur a título de amortização dos ágios da Brasil Ferrovias e Novoeste Brasil, às fls. 120153), de modo que tais contas passaram a totalizar R\$ 2.512.083.079,53 de ágio em 03/12/2007, sendo R\$ 2.380.865.423,04 referentes à Brasil Ferrovias e R\$ 131.217.656,49 referentes à Novoeste Brasil.

Em 03/12/2007 a contribuinte (ALL – América Latina Logística S/A) e a ALL – América Latina Logística Participações Ltda. adquiriram de Adriana Vechies Salvini e

Linéia Mathias a totalidade das quotas do capital da JPESPE Empreendimentos e Participações Ltda. (CNPJ nº 09.085.491/000195), a qual foi constituída em 06/09/2007 com capital social de R\$ 500,00, cuja parcela de R\$ 499,00 passou a ser detida pela interessada, conforme consta do item 1 da 1ª Alteração do Contrato Social da investida (fls. 306323).

Nessa mesma data, conforme item 2 dessa alteração contratual, a interessada integralizou R\$ 2.512.083.080,00 de aumentou do capital social da JPESPE Empreendimentos e Participações, mediante conferência da totalidade das ações representativas do capital social da Brasil Ferrovias e da Novoeste Brasil, cujos valores foram avaliados com base no saldo das contas 13.10.325- Ágio Brasil Ferrovias e 13.10.326 – Ágio Novoeste, conforme Laudo de Avaliação elaborado pela APSIS Consultoria Empresarial Ltda. em 12/11/2007 (fls. 256-279).

A JPESPE Empreendimentos e Participações Ltda. efetuou a 2ª Alteração do Contrato Social em 07/02/2008 (fls. 324336), por meio da qual retificou a 1ª alteração contratual para corrigir de R\$ 2.512.083.080,00 para R\$ 2.186.474.845,00 o valor do aumento do seu capital social, haja vista a interessada ter deixado de considerar na avaliação das ações da Brasil Ferrovias e da Novoeste Brasil os saldos das contas 22.42.108 – Provisão para passivo descoberto Brasil Ferrovias (R\$ 236.196.670,00) e 22.42.109 – Provisão para passivo descoberto Novoeste Brasil (R\$ 89.412.065,00), no montante de R\$ 325.608.735,00, conforme Laudo de Avaliação também elaborado pela APSIS, em 09/04/2008 (fls. 280-305).

Contudo, a autoridade fiscal entendeu que os complementos de ágio e os custos adicionais de aquisição não poderiam compor o custo contábil das ações da Brasil Ferrovias e da Novoeste Brasil para fins de apuração do ganho de capital, conforme determinam os artigos 418, § 1º, e 426 do RIR de 1999, em face de terem sido contabilizados a partir de setembro/2006, três meses depois de as investidas estarem sob o comando da ALL (itens 160 a 162 do Termo de Verificação).

Embora tenha constatado que as sociedades investidas estavam com patrimônio líquido negativo, a Fiscalização deixou de considerar tais valores em face de: a) não ter localizado nenhuma provisão para perdas em investimentos apropriada na contabilidade da ALL (item 169 do Termo de Verificação); b) a ALL não ter contabilizado nas contas 13.10.343 – Participação JPESPE (no ano-calendário de 2007) e 12.20.102.0001041 – JPESPE (no ano-calendário de 2008) a redução de R\$ 325.608.735,00 na integralização do capital social (itens 177 e 178 do Termo de Verificação); c) o laudo revisor da APSIS que deu base à 2ª Alteração do Contrato Social da JPESPE Empreendimentos e Participações somente ter sido assinado em 09/04/2008, dois meses após essa alteração contratual (item 179 do Termo de Verificação).

Por conseguinte, a fiscalização tributou um ganho de capital de R\$ 403.072.912,49 ao considerar como valor de alienação das ações da Brasil Ferrovias e da Novoeste Brasil o da integralização de R\$ 2.512.083.079,53 do aumento do capital social da JPESPE Empreendimentos e Participações Ltda., em 03/12/2007, e como custo contábil o valor do ágio inicial de R\$ 2.109.010.167,04 apurado na aquisição dessas participações societárias.

Uma vez constatado que a Brasil Ferrovias e a Novoeste Brasil possuíam patrimônios líquidos negativos de R\$ 677.704.514,81 e R\$ 27.417.438,41, respectivamente, em 16/06/2006 (data da aquisição pela interessada), o colegiado julgador *a quo*, com fundamento no item 20.1.9 do Ofício –Circular/CVM/SNC/SEP nº 001/2006, considerou correta a contabilização de tais valores nas contas 22.42.108 - Provisão para passivo descoberto - Brasil Ferrovias (fl. 252) e 22.42.109 – Provisão para passivo descoberto - Novoeste Brasil (fls. 252-253), bem como o registro dos ágios correspondentes à diferença entre esses patrimônios

líquidos negativos e os valores de aquisição – de R\$ 1.990.650.491,42 e R\$ 118.359.675,12 nas contas 13.10.325 - Ágio Brasil Ferrovias (fl. 252) e 13.10.326 – Ágio Novoeste Brasil (fl. 252).

Além disso, o colegiado julgador *a quo* também considerou que, para fins de apuração do ganho de capital, deveria ser considerada a integralização de R\$ 2.186.474.845,00 para aumento do capital da JPESPE Empreendimentos e Participações Ltda. constante da 2ª Alteração do Contrato Social desta (fls. 324336), de 07/02/2008, porquanto o valor de integralização informado na 1ª alteração contratual (R\$ 2.512.083.080,00) foi retificado e não correspondente à operação realizada em 03/12/2007.

Inteiramente corretos estes dois entendimentos adotados pela decisão de piso, razão pela qual considero que o presente recurso de ofício não merece ser provido.

### **Glosa de despesas com perdas em operações de hedge**

A presente parcela da autuação refere-se a perdas apuradas em operações de *swap* com finalidade de *hedge* contratadas para proteção de investimentos e obrigações, as quais foram excluídas do lucro real no mês da liquidação das operações (artigo 32 da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004), conforme descrito no item “b” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404-459).

O colegiado recorrido cancelou as exigências relativas às perdas em operações de *hedge* pertinentes às operações realizadas com Pactual e Boswells, no ano-calendário de 2006, bem como aos dois contratos firmados com o Santander no ano-calendário de 2007.

As razões do cancelamentos destas parcelas da exigência foram assim expostas pela decisão recorrida, fls. 1166:

*84. Ressalte-se que, inobstante solicitado reiteradas vezes, a ALL deixou de apresentar os contratos de hedge firmados com a Boswells (empresa do grupo sediada no Uruguai) e o Banco Pactual, com demonstração das operações cuja proteção teria sido contratada. Tendo em vista que a análise da dedutibilidade de uma despesa exige o atendimento de uma condição prévia, qual seja, a de que tal despesa esteja devidamente comprovada, pois somente assim será possível analisar sua necessidade, normalidade ou usualidade, a falta de apresentação da documentação comprobatória com detalhamento das operações de hedge contratadas com a Boswells e o Banco Pactual inviabiliza tal verificação, de modo que o lançamento deveria estar fundamentado na falta de comprovação das perdas nessas operações de hedge.*

*85. Também não há como se considerar desnecessárias as perdas nas operações de hedge contratadas com o Banco Santander no ano-calendário de 2007 em face de inexistir nos autos a correspondente glosa de encargos financeiros desnecessários de empréstimos contratados nesse período (a glosa tratada no item “c” do termo de verificação refere-se a empréstimos liquidados no ano-calendário de 2006). Ainda que as operações de hedge contratadas com a Santander se*

*referissem a proteção de investimentos, não restou caracterizado nos autos o motivo pelo qual as perdas apuradas seriam desnecessárias e não usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da interessada.*

Ao meu ver, andou bem o colegiado julgador recorrido.

De fato, a glosa de perdas apuradas nas contratações realizadas junto a Boswells e ao Banco Pactual somente poderia ter sido fundamentada na falta ou ausência de comprovação destas despesas, tendo em vista que a ausência, nos autos, *da documentação comprobatória com detalhamento das operações de hedge contratadas com a Boswells e o Banco Pactual inviabiliza a verificação* da sua necessidade.

De igual modo, não procede a glosa das operações realizadas junto ao Banco Santander no ano-calendário de 2007, posto que inexistente nos autos a correspondente glosa de encargos financeiros desnecessários de empréstimos contratados nesse período. Conforme bem apontado no voto condutor da decisão de piso, as únicas glosas no Termo de Verificação Fiscal (item “c”) refere-se a empréstimos liquidados no ano-calendário de 2006

Diante do exposto, também em relação a este tema, considero que o presente recurso de ofício não merece provimento.

### **CSLL**

Ante a íntima relação de causa e efeito entre os lançamentos de IRPJ e CSLL, o colegiado julgador *a quo* também cancelou parte da exigência de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, correspondente às mesmas parcelas canceladas do lançamento matriz de IRPJ.

Além disso, a decisão de piso também cancelou outras duas parcelas do lançamento referente a esta contribuição, pelo fato de a legislação de regência não prever a adição à base de cálculo da CSLL do valor correspondente às despesas desnecessárias ou não usuais.

Sobre o tema, assim se manifestou a decisão de piso, fls. 1194:

*184. [...] como inexistente no artigo 13 da Lei nº 9.249, de 1995, e nos demais diplomas legais citados qualquer determinação para adição à base de cálculo da CSLL do valor das despesas desnecessárias e não usuais ou normais para realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, não há como se manter a glosa das perdas em operações de hedge e das despesas financeiras não necessárias tratadas nos itens “b” e “c” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459).*

Considero inteiramente correto o entendimento adotado pelo colegiado julgador *a quo*, razão pela também em relação à CSLL considero que o presente recurso de ofício merece ser indeferido.

### **Recurso voluntário**

#### **Preliminares**

Documento assinado digitalmente conforme Lei nº 11.343/2006 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 14/09/2015 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 14/09/2015

5 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 15/09/2015 por ANTONIO BEZERRA NETO, Assinado

digitalmente em 15/09/2015 por FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS

Impresso em 16/09/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

### **Arguição de nulidade por suposta iliquidez e incerteza da exigência**

A recorrente, repetindo o que fizera na fase impugnatória, arguiu a nulidade do lançamento fiscal, sob a alegação de iliquidez e incerteza da exigência em decorrência de erro na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL devidos sobre a glosa de perdas em operações de *swap* (face à desconsideração dos ganhos apurados nessas operações) e sobre os lucros auferidos pela controlada ALL Argentina (face à ausência de compensação do imposto pago na Argentina, o *impuesto a las ganancias*).

Não assiste razão à recorrente.

Tais alegações foram corretamente enfrentadas pela decisão de piso, fls. 1147, razão pela qual adoto e transcrevo as suas razões de decidir:

24. [...] *depreende-se que são duas as causas processuais para invalidar o auto de infração e, por via de consequência, o lançamento nele consignado: a incompetência do autuante e a inobservância dos pressupostos legais para a sua lavratura. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio (art. 60 do Decreto nº 70.235, de 1972).*

25. *No presente caso, o auto de infração de IRPJ e lançamentos reflexos em exame foram lavrados por auditor-fiscal em pleno exercício de suas funções e contêm todos os requisitos indispensáveis a sua validade, não havendo que se cogitar, assim, na sua nulidade. Na fase litigiosa do procedimento foram observadas as normas e os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa, sendo que o enfrentamento das questões pela impugnante denota perfeita compreensão da infração apurada de ofício.*

26. *Quanto à alegação de erro na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, cabe destacar ser totalmente descabida tal arguição, porquanto, uma vez instaurada a fase litigiosa do procedimento fiscal, cabe à autoridade julgadora analisar a procedência ou não do lançamento fiscal, mediante apreciação das alegações de defesa apresentadas pela impugnante, inclusive quanto à exatidão dos cálculos da exigência fiscal, cujo exame constitui matéria de mérito.*

Diante do exposto, voto pela rejeição da presente preliminar de nulidade.

### **Arguição de impossibilidade de questionamento dos atos societários que ensejaram a amortização do ágio**

Mais uma vez repetindo o que alegou na fase impugnatória, a recorrente sustentou que o Fisco não poderia mais questionar, por meio de auto de infração lavrado em 04/08/2011, a legalidade e eficácia tributária dos atos societários de incorporação de participações societárias que culminaram com o surgimento do ágio amortizado, tendo em vista o transcurso do quinquênio decadencial/preclusivo.

Não assiste razão à recorrente.

O termo inicial do prazo decadencial para a constituição de ofício do crédito tributário é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN.

No caso em apreço, o ágio de R\$ 142.260.488,01 foi constituído em 31/12/2003, quando a ALL América Latina Logística S/A integralizou aumento de capital da LOGIPAR Logística e Participações S/A com utilização de créditos que ela detinha contra essa companhia.

No entanto, os efeitos tributários contestados pelo Fisco somente ocorreram por ocasião da incorporação dessa subsidiária integral pela contribuinte, ocorrida em 29/09/2006. Tal período, obviamente, não havia sido alcançado pelo prazo decadencial por ocasião da ciência dos lançamentos constantes do presente processo.

Diante do exposto, também voto pela rejeição da presente preliminar.

### **Mérito**

### **IRPJ**

### **Amortização de ágio**

O quadro a seguir resume os fatos relevantes que deram origem à presente amortização de ágio:

05/05/1999	A ALL América Latina Logística S/A (ALL Holding, então denominada Piuma Participações S/A) adquiriu de Poconé Participações S/A, Judori Administração, Empreendimentos e Participações S/A, Emerging Markets Capital Investments, Interfêrrea S/A Serviços Ferroviários e Intermodais e GP Capital Partners II a totalidade das ações da Ralph Inversiones S/A (atual “ALL Argentina”), sob condição suspensiva de aprovação pelas autoridades argentinas e brasileiras, conforme Contrato de Compra e Venda de Ações Sob Condição Suspensiva e Outras Avenças de fls. 9921002;
06/05/1999	Os mesmos vendedores alienaram as ações que detinham da Ferrocarril Mesopotâmico General Urquiza S/A (“ALL Mesopotâmica”) e da Buenos Aires Al Pacifico San Martin S/A (“ALL Central”) para a Ralph Inversiones S/A (“ALL Argentina”), sob condição suspensiva de aprovação pelas autoridades argentinas, conforme Contrato de Compra e Venda de Ações de fls. 10141020;
06/05/1999	Os vendedores também constituíram usufruto das ações da Ralph Inversiones S/A em favor da Piuma Participações S/A (“ALL”), pelo prazo de 20 anos, conforme Contrato de Constituição de Usufruto e Transferência de Ações de fls. 10221025;
01/12/2001	A ALL Holding cedeu à LOGIPAR Logística e Participações S/A todos os direitos e obrigações sob o Contrato de Usufruto e o Contrato de Compra e Venda das ações da Ralph Inversiones S/A, bem como os direitos de conversão de adiantamento para futuros aumentos de capital (AFAC) pelo preço total de R\$ 253.311.427,56, a ser pago em até três anos, sendo R\$ 16.675.575,80 em contraprestação aos direitos relativos ao Contrato de Usufruto e R\$ 236.635.851,76 correspondentes aos direitos relativos aos AFACs, conforme Contrato de Cessão de Direitos e Outras Avenças de fls. 10271034;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 14/09/2015 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 14/09/2015

5 por ANDRE MENDES DE MOURA, Assinado digitalmente em 15/09/2015 por ANTONIO BEZERRA NETO, Assinado

digitalmente em 15/09/2015 por FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS

Impresso em 16/09/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

01/12/2001	A ALL Holding se compromete a repassar à LOGPAR a importância de R\$ 61.271.000,00 em face de as partes terem apurado uma deficiência de recursos na Ralph Inversiones S/A e em suas controladas argentinas Buenos Aires Al Pacifico San Martin S/A e Ferrocarril Mesopotâmico General Urquiza S/A, conforme Contrato Regulador de Direitos e Obrigações Vinculadas a Operações Futuras de fls. 10361037;
01/12/2003	A ALL Holding integraliza aumento do capital da LOGISPAR Logística e Participações S/A (nova razão social da LOGPAR) utilizando créditos, que detinha contra essa companhia, decorrentes do Contrato de Cessão de Direitos e Outras Avenças, firmado em 01/12/2001 e respectivos aditivos, e do Instrumento Particular de Consolidação de Dívida e Outras Avenças, firmado em 30/06/2003 e respectivos aditivos, totalizando um aumento de capital de R\$ 355.888.447,41; nesse momento a ALL registra um ágio de R\$ 142.260.488,01 com fundamento na rentabilidade futura da LOGISPAR, justificada pelo investimento desta na ALL Argentina, com base no Laudo de Avaliação de fls. 10391047 (versão traduzida às fls. 10481056) ;
01/01/2004 a 30/09/2006	A ALL amortiza mensalmente o encargo de R\$ 605.363,78 na conta 41.42.109 - Amortização Ágio, correspondente a 1/235 do ágio de R\$ 142.260.488,01 pelo prazo da concessão usufruída pela ALL Argentina (19,5 anos), cujo valor foi adicionado ao Lalur (fls. 88103)
9/09/2006	A ALL incorpora a LOGISPAR, conforme Protocolo e Justificação de Incorporação da LOGISPAR Logística e Participações S/A pela ALL América Latina Logística S/A (fls. 10611066), com base em laudo de avaliação contábil elaborado pela APSIS Consultoria Empresarial Ltda. (fls. 10671076) ; tal operação não resultou em aumento de capital da ALL Holding em face de a LOGISPAR ser sua subsidiária integral;
1/10/2006	A ALL Holding continua a amortizar mensalmente o encargo correspondente a 1/235 do ágio de R\$ 142.260.488,01 (parcela de R\$ 605.363,78), mas deixa de adicioná-lo na determinação do lucro real; também passa a excluir mensalmente o encargo adicional de R\$ 98.896,06, correspondente a 1/202 dos valores adicionados anteriormente à data da incorporação (R\$ 605.363,78 x 33 meses = R\$ 19.977.004,74, à fl. 111), do lucro real dos anos calendário de 2006 (fls. 105109) e 2007 (fls. 121143).

A recorrente alegou, inicialmente, que a autoridade fiscal, ao desconsiderar a amortização do ágio constituído sobre o patrimônio líquido da LOGISPAR, em transações que supostamente não se revestiam de substância econômica, estaria incorrendo em “confusão” entre conceitos da Ciência Contábil e do Direito Contábil.

Não assiste razão à recorrente.

Compulsando os autos, verifico que, na verdade, o Fisco aplicou corretamente a legislação de regência, procedendo a apuração do lucro líquido de acordo com as regras do direito que determinam a aplicação dos instrumentos e princípios da contabilidade e, depois, verificando se o procedimento extracontábil de apuração do lucro real foi efetuado de acordo com os preceitos da legislação tributária.

Trata-se de matéria já amplamente debatida no âmbito deste colegiado, que de maneira uniforme tem decidido que o reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico.

Em linhas gerais, tem prevalecido o entendimento de que não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com

eles mesmos, em incorporação de ações de subsidiária integral, tendo em vista: a) a ausência de substância econômica na operação; b) o fato de a citada operação não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.

Sobre o tema, pronunciou-se com muita clareza o acórdão de piso, razão pela qual adoto e transcrevo parcialmente as suas razões de decidir, fls. 1152- :

42. A autoridade fiscal constatou que em 31/12/2003 a ALL Holding integralizou aumento de capital de R\$ 355.888.447,41 na LOGISPAR, utilizando créditos que ela detinha contra esta sociedade, e registrou um ágio de R\$ 142.260.488,01 com fundamento econômico em rentabilidade futura justificada pelo investimento da LOGISPAR na ALL Argentina, com base no Laudo de Avaliação de fls. 1039-1047 (versão traduzida às fls. 10481056). Os créditos que a ALL Holding detinha eram oriundos da cessão, em 01/12/2001, dos direitos e obrigações sob o Contrato de Usufruto e o Contrato de Compra e Venda das ações da ALL Argentina, bem como dos direitos de conversão de adiantamento para futuros aumentos de capital (AFAC), conforme Contrato de Cessão de Direitos e Outras Avenças de fls. 1027-1034.

43. A amortização do ágio de R\$ 142.260.488,01 passou a ser contabilizada pela interessada na conta 41.42.109 – Amortização Ágio, à razão de 1/235 ao mês, com parcela de R\$ 605.363,78, nos termos do § 2º do artigo 14 da Instrução CVM nº 247/96, com redação da Instrução CVM nº 285/98. Considerando que a amortização do ágio só é relevante para fins fiscais no momento da alienação ou baixa de investimento adquirido com pagamento de ágio (artigo 385 do RIR de 1999) ou a partir da incorporação, fusão ou cisão de sociedade na qual detenha participação adquirida com ágio (artigo 386), o valor das amortizações mensais foi adicionado na parte “A” do LALUR e controlado na sua parte “B”.

44. Alegou a impugnante que a legislação argentina determinava que os investimentos na ALL Argentina fossem registrados na holding e não em sua controlada (LOGISPAR), razão pela qual incorporou a LOGISPAR em 29/09/2006. Em consequência, deixou de adicionar ao LALUR o valor das amortizações mensais contabilizadas na conta 41.42.109 – Amortização Ágio e passou a excluir os valores adicionados anteriormente à data da incorporação.

45. Segundo Sérgio de Iudícibus e outros (in Manual de Contabilidade, S. Paulo, Ed. Atlas, 2003, p.180), “o conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações, e ocorre quando adotado o método da equivalência patrimonial”.

46. Dispõem os artigos 385 e 391 do RIR de 1999 que na avaliação de investimento pelo patrimônio líquido, o custo de aquisição da participação em sociedade coligada ou controlada

*deve ser desdobrado em valor do patrimônio líquido correspondente à participação societária adquirida e em ágio ou deságio porventura observado, sendo as contrapartidas da amortização desse ágio ou deságio não computadas na determinação do lucro real:*

[...]

*47. No entanto, na hipótese de a pessoa jurídica absorver o patrimônio de outra sociedade, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, dispõe o artigo 386, III, do RIR de 1999 que poderá ser amortizado o ágio com fundamento no valor de rentabilidade futura:*

[...]

*48. Como o artigo 391 do RIR de 1999 não autoriza a dedução da amortização do ágio decorrente da aquisição de investimentos avaliados pelo patrimônio líquido, ressalvada a hipótese do disposto no seu artigo 426 (valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo patrimônio líquido), a possibilidade de deduzir a amortização do ágio na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL restringe-se à hipótese prevista no artigo 386, III, do RIR de 1999, qual seja, em que a pessoa jurídica absorve o patrimônio de outra em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, ou em que a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária (controladora), com fundamento em rentabilidade futura.*

*49. Acrescente-se que na hipótese em que o fundamento do ágio for a rentabilidade futura da investida, subjaz no evento que o investidor terá o retorno do capital aplicado na forma de lucros produzidos nas operações sociais da investida, enquanto a despesa de amortização do ágio representa sua alocação ao longo do período em que ele será recuperado, em obediência ao princípio da competência.*

*50. Entretanto, o reconhecimento de um ágio gerado dentro de um mesmo grupo econômico não encontra respaldo na contabilidade, ou seja, não é possível reconhecer uma mais-valia de um investimento quando originado de transação dos sócios com eles mesmos, em incorporação de ações de subsidiária integral, haja vista a ausência de substância econômica na operação e de não resultar de um processo imparcial de valoração, num ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias.*

*51. Esse impedimento decorre da Ciência Contábil e foi consagrado pelo Conselho Federal de Contabilidade que o enunciou, expressamente, como consequência do Princípio do Registro pelo Valor Original, consoante artigo 7º da Resolução*

*CFC nº 750/1993, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos em análise:*

**“SEÇÃO IV**

**O PRINCÍPIO DO REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL**

*Art. 7º. Os componentes do patrimônio devem ser registrados pelos valores originais das transações com o mundo exterior, expressos a valor presente na moeda do País, que serão mantidos na avaliação das variações patrimoniais posteriores, inclusive quando configurarem agregações ou decomposições no interior da ENTIDADE.*

*Parágrafo único. Do Princípio do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL resulta:*

*I – a avaliação dos componentes patrimoniais deve ser feita com base nos valores de entrada, considerando-se como tais os resultantes do consenso com os agentes externos ou da imposição destes;*

*II – uma vez integrado no patrimônio, o bem, direito ou obrigação não poderão ter alterados seus valores intrínsecos, admitindo-se, tão-somente, sua decomposição em elementos e/ou sua agregação, parcial ou integral, a outros elementos patrimoniais;*

*III – o valor original será mantido enquanto o componente permanecer como parte do patrimônio, inclusive quando da saída deste;*

*IV – os Princípios da ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA e do REGISTRO PELO VALOR ORIGINAL são compatíveis entre si e complementares, dado que o primeiro apenas atualiza e mantém atualizado o valor de entrada;*

*V – o uso da moeda do País na tradução do valor dos componentes patrimoniais constitui imperativo de homogeneização quantitativa dos mesmos.” (Grifouse)*

*52. O Conselho Federal de Contabilidade editou, ainda, a Resolução CFC nº 1.110/2007 que, em seu item 120, assim determina:*

***“O reconhecimento de ágio decorrente de rentabilidade futura gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado.” (Grifou-se)***

*53. Se os atos expedidos pelo CFC vinculam os contabilistas, uma vez que sua inobservância pode caracterizar infração no exercício da profissão, a mesma sorte acompanha as pessoas jurídicas, cujas demonstrações financeiras são elaboradas por tais profissionais.*

54. Neste sentido caminha o parecer dos professores Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Junior (“A Incorporação Reversa com ágio gerado internamente: Consequências da Elisão Fiscal sobre a Contabilidade”), citado pela impugnante, consoante excerto que se transcreve:

“2. Contabilização do Ágio: Como fazê-la à luz da Teoria Contábil?

(...)

*Em síntese, o ágio (ou, por vezes, o deságio) surge do confronto entre o valor justo (fair value) de uma dada entidade (valor de saída), precificado por intermédio de uma transação envolvendo terceiros independentes, e o valor contábil (valor de entrada) do patrimônio líquido dessa mesma entidade (considerando, é claro, a participação acionária adquirida).*

*Logo, em termos de Teoria da Contabilidade, a rigor, em uma transação admite-se tão-só a figura do ágio, que vem a ser um resultado econômico obtido em um processo de compra e venda de ativos líquidos (net assets), quando estiverem envolvidas partes independentes não relacionadas. Enfim, quando o ágio for resultado de um processo de barganha negocial não viciado, que concorra para a formação de um preço justo dos ativos líquidos em apreço.*

(...)

*Resta justificado, dessa forma, pelo exposto, que definitivamente, à luz da Teoria da Contabilidade, é inadmissível o surgimento de ágio em uma operação realizada dentro de um mesmo grupo econômico. Não é permitido contabilmente o reconhecimento de ágio gerado internamente, tampouco o lucro resultante.*

(...)” (Grifou-se)

55. A impugnante destaca que esse mesmo parecer conclui pela validade do “ágio interno” para fins tributários:

*“Questiona-se, desse modo, a racionalidade econômica do artigo 36 da Lei nº 10.637/02, pelo lado do ente tributante, que permite que grupos econômicos, em operações de combinação de negócios, criem, artificialmente, ágios internamente, por intermédio da constituição de ‘sociedades veículos’, que surgem e são extintas em curto lapso temporal, ou pela utilização de sociedades de participação denominadas ‘casca’, com finalidade meramente elisiva.”*

*Do ponto de vista tributário, à luz do artigo 36, e dependendo da forma pela qual a operação é realizada, a Fazenda Pública perde porque permite a dedutibilidade da quota de ágio amortizada para fins de IRPJ e base de cálculo da CSLL, mas deixa de tributar ‘ganho de capital’ registrado pela companhia que subscreve e integraliza aumento de capital em ‘sociedade*

veículo' ou de participação 'casca', a ser em seguida incorporada.

(...)

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócio, realizadas dentro de um grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabidamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamento – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira. A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio.” (Grifou-se)

56. Cabe salientar que tal conclusão encontrava-se fundamentado no artigo 36 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, dispositivo este revogado pelo artigo 133 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, a partir de 01/01/2006:

[...]

57. No entanto, o artigo 36 da Lei nº 10.637, de 2002, trata de matéria estranha ao litígio, haja vista prever o diferimento da tributação do ganho de capital correspondente à diferença entre o valor pelo qual o investimento em participações societárias de uma pessoa jurídica foi integralizado no capital de uma outra pessoa jurídica e o valor contábil desse mesmo investimento. Por exemplo, a companhia “A” possui participação societária na companhia “B” e resolve constituir a companhia “C”, subscrevendo e integralizando o capital desta com a participação societária em “B” avaliada economicamente (valor de mercado), situação na qual o lucro (ganho de capital) apurado por “A” na integralização das ações subscritas de “C” não seria tributado de imediato, para fins de IRPJ e CSLL, mas apenas quando “A” alienar, liquidar ou baixar, a qualquer título, sua participação societária em “C”, ou quando “C” alienar, liquidar, integralizar subscrição de ações de outra pessoa jurídica, ou baixar a qualquer título sua participação societária em “B”.

58. O caso em tela trata de situação diversa, qual seja, da amortização pela interessada do ágio com fundamento em perspectiva de rentabilidade futura constituído sobre o patrimônio líquido da ALL Argentina.

59. Ademais, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, autarquia federal responsável pela fiscalização e regulação do

mercado de valores mobiliários, também condena o reconhecimento de ágio em operações realizadas dentro mesmo grupo econômico. O Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, de 14 de fevereiro de 2007, em conformidade com outros atos anteriores, expressa esse entendimento:

*“20.1.7 ‘Ágio’ Gerado em Operações Internas*

*A CVM tem observado que determinadas operações de reestruturação societária de grupos econômicos (incorporação de empresas ou incorporação de ações) resultam na geração artificial de ‘ágio’.*

*Uma das formas que essas operações vêm sendo realizadas inicia-se com a avaliação econômica dos investimentos em controladas ou coligadas e, ato contínuo, utilizar-se do resultado constante do laudo oriundo desse processo como referência para subscrever o capital numa nova empresa. Essas operações podem, ainda, serem seguidas de uma incorporação.*

*Outra forma observada de realizar tal operação é a incorporação de ações a valor de mercado de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.*

*Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil é preciso esclarecer que o ágio surge, única e exclusivamente, quando o preço (custo) pago pela aquisição ou subscrição de um investimento a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.*

*Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizada entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como arm’s length.*

*Portanto, é nosso entendimento que essas transações não se revestem de substância econômica e da indispensável independência entre as partes, para que seja passível de registro, mensuração e evidenciação pela contabilidade.”*

(Grifouse)

60. Quando a CVM afirma que “ainda que essas operações atendam integralmente os requisitos societários”, não está admitindo que as operações de reestruturação societária que geram ágio interno têm cobertura legal, como faz crer a impugnante. A CVM ressalva que essas operações podem até ter sido efetuadas de acordo com o procedimento previsto na lei societária, isto é, precedidas de protocolo e justificação de incorporação, avaliação e assembléias das companhias envolvidas, formalidades que, todavia, não alteram o fato de que elas não se revestem de substância econômica passível de registro pela contabilidade. A CVM observa que a mera observância das formalidades previstas na lei societária não é condição suficiente para reconhecer o ágio surgido em uma determinada operação, sendo necessário observar, também, requisitos materiais, como existência de substância econômica, independência das partes, pagamento e um efetivo ambiente concorrencial.

61. Portanto, em consonância com o princípio contábil do registro pelo valor original, somente uma transação entre agentes independentes daria respaldo ao reconhecimento de um ágio. Ainda que a ALL Holding tivesse efetuado uma transação de compra das ações da ALL Argentina, acompanhada de pagamento, a falta de um ambiente de livre mercado e de independência entre as duas companhias também impediria o reconhecimento do ágio. Considerando que a ALL Argentina era subsidiária integral da ALL Holding, não há como se admitir o ágio interno gerado em decorrência de transação dos acionistas com eles próprios, num processo fora do ambiente de livre mercado e sem independência entre as duas companhias.

62. O ágio na aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial foi tratado nos artigos 13 a 15 da Instrução CVM nº 247, de 27 de março de 1996, sendo que o artigo 14, em seu § 2º, alínea “a”, com a redação dada pelo Instrução CVM nº 285, de 31 de julho de 1998, dispõe acerca da obrigatoriedade de contabilização do ágio ou deságio e, em relação ao apurado com base na expectativa de resultado futuro, faz referência apenas ao decorrente da diferença entre o valor pago na aquisição do investimento e o valor de mercado dos ativos e passivos da coligada ou controlada, o que não é o caso em tela, cujo ágio não resulta de pagamento pela aquisição de participações societárias.

63. Em consonância com os princípios contábeis e com as leis comerciais, é dirigida para aquelas hipóteses em que o ágio formado decorreu de aquisição de participação societária de terceiros, numa operação chancelada pelo mercado, uma vez que a autarquia, conforme anteriormente mencionado, não aceita o registro de ágio gerado intragrupo. Essas instruções têm como objetivo evitar que o ágio, regularmente gerado mediante aquisição societária entre partes independentes, seja reconhecido em duplicidade e, ainda, preservar o fluxo de

*dividendos futuros, na medida que a reversão da provisão anula o efeito redutor da amortização do ágio sobre o resultado da pessoa jurídica.*

64. *Dessa forma, como o ágio interno de R\$ 142.260.488,01 registrado na contabilidade da interessada, com base em expectativa de rentabilidade futura, é indedutível para fins fiscais, em razão da ausência de substância econômica para sua constituição e da indispensável independência entre as partes, voto por manter integralmente a exigência sobre a amortização desse ágio.*

Pelas razões expostas, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, no tocante a esta matéria.

### **Glosa de despesas com perdas em operações de hedge**

A presente parcela da autuação refere-se a perdas apuradas em operações de *swap* com finalidade de *hedge* contratadas para proteção de investimentos e obrigações, as quais foram excluídas do lucro real no mês da liquidação das operações (artigo 32 da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004), conforme descrito no item “b” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404-459).

O colegiado recorrido cancelou as exigências relativas às perdas em operações de *hedge* pertinentes às operações realizadas com Pactual e Boswells, no ano-calendário de 2006, bem como aos dois contratos firmados com o Santander no ano-calendário de 2007.

Assim sendo, apenas remanesceram as exigências relativas às perdas no montante de R\$ 15.375.303,88, apuradas nas operações de *hedge* contratadas com os bancos ABN Amro e Unibanco, no ano-calendário de 2006.

A autoridade fiscal glosou tais despesas por considerá-las desnecessárias e não usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Em sua peça recursal, a contribuinte reiterou os argumentos apresentados na fase impugnatória, os quais foram assim resumidos pelo acórdão de piso, fls. 1159-1160:

66. *Inicialmente a impugnante alegou que o contrato de hedge firmado com o Banco Santander tinha finalidade de proteção dos investimentos na ALL Argentina, enquanto o contrato do Unibanco (fl. 976) destinava-se à proteção do empréstimo para cobertura de caixa até a liberação da 6ª emissão de debêntures. Também esclareceu que apesar de o empréstimo contratado com o ABN AMRO ter sua taxa pactuada em reais, houve uma contratação de operação de hedge para proteção da variação da taxa de juros prefixada para pós-fixada (fl. 188).*

67. *Tendo os recursos captados por meio dos empréstimos tratados no item “c” do Termo de Verificação sido aplicados no mercado financeiro, ao invés de serem direcionados aos investimentos aos quais se destinavam, a autoridade fiscal considerou desnecessários tanto os encargos financeiros correspondentes com juros e variação cambial, cuja análise será*

*efetuada no tópico subsequente do presente voto, como as perdas apuradas nas operações de hedge contratadas para proteção dos empréstimos.*

68. *Em sua impugnação a contribuinte alegou que celebrou contratos de swap com diversas instituições financeiras com a finalidade de proteção de determinados investimentos e obrigações; após discorrer acerca dos conceitos de swap e de hedge, argumenta que, conforme estabelece o artigo 77 da Lei nº 8.981, de 1995, e a IN SRF nº 25, de 2001, os critérios para que uma operação seja considerada de cobertura (hedge) são: (i) a operação estar relacionada com as atividades operacionais da pessoa jurídica; ou (ii) destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica; que alguns dos contratos de swap celebrados pela impugnante tinham por finalidade a proteção de investimentos na Argentina e de empréstimos contra perdas decorrentes de variação cambial e de taxas de juros, mas sempre intrinsecamente relacionados a suas atividades operacionais.*

69. *Acrescenta que a legislação em nenhum momento busca avaliar a essencialidade ou necessidade dos direitos ou obrigações que são objeto da cobertura contratada; que não poderia a autoridade fiscal utilizar-se de conceito definido no artigo 299 do RIR de 1999, porquanto se trata de norma geral de dedutibilidade que não pode se sobrepor à norma específica prevista no artigo 77 da Lei nº 8.981, de 1995, e no artigo 35 da IN SRF nº 25, de 2001; que o agente fiscal não poderia simplesmente glosar as perdas incorridas nessas operações sem deduzir os ganhos apurados nessas mesmas operações; que deveria ter sido aplicada, por coerência lógica, a regra de dedutibilidade prevista no artigo 76, § 4º da Lei nº 8.981, de 1995, e no artigo 33, § 7º da IN SRF nº 25, de 2001, ou seja, as perdas em operações de swap são dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos nessa modalidade.*

Tais alegações foram corretamente enfrentadas pela decisão de piso, razão pela qual adoto e transcrevo as suas razões de decidir, fls. 1165-1166:

80. *Com relação à alegação de que não poderia a autoridade fiscal utilizar-se de conceito definido no artigo 299 do RIR de 1999 em face de trata-se de norma geral de dedutibilidade que não pode se sobrepor à norma específica prevista no artigo 77 da Lei nº 8.981, de 1995, e no artigo 35 da IN SRF nº 25, de 2001, cabe destacar que a alegada norma específica apenas estabelece que para fins de tributação das operações financeiras consideram-se de cobertura (hedge) as operações de swap destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preços ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica ou destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.*

81. *Logo, a alegada norma específica de dedutibilidade apenas define o conceito de operação de hedge para fins de tributação das operações financeiras, mas não tem o condão de tornar*

*inaplicáveis a regra de dedutibilidade prevista no artigo 299 do RIR de 1999.*

82. *Sendo a operação de swap com finalidade de hedge um contrato derivativo no qual as partes trocam indexadores de operações ativas e passivas, sem trocar o principal, o ganho apurado na operação de swap contratada para proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas deve ser acrescido ao lucro real, mas a dedução das perdas na apuração do resultado tributável depende da comprovação de ser despesa necessária, usual e normal à atividade explorada pela empresa.*

[...]

83. *Por conseguinte, das operações de swap, com finalidade de hedge, em análise verifica-se que apenas as contratadas com os bancos ABN Amro e Unibanco tiveram comprovadamente finalidade de proteção, contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, de empréstimos cujos recursos captados foram aplicados no mercado financeiro, ao invés de serem direcionados aos investimentos aos quais se destinavam, conforme descrito no item “c” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404459) e será analisado no tópico subsequente.*

[...]

86. *Dessa forma, é de se manter a glosa das despesas desnecessárias com perdas no montante de R\$ 15.375.303,88 apuradas nas operações de hedge contratadas com os bancos ABN Amro e Unibanco no ano-calendário de 2006.*

Diante do exposto, em relação a este tema, meu voto é no sentido de negar provimento ao presente recurso voluntário.

### **Glosa de encargos financeiros desnecessários**

O Fisco glosou despesas financeiras consideradas desnecessárias, com juros e variações monetárias calculados sobre empréstimos em moeda nacional e estrangeira, conforme descrito no item “c” do Termo de Verificação e Encerramento Parcial de Procedimento Fiscal (fls. 404-459).

Os juros sobre financiamentos em moeda estrangeira, contabilizados na conta 40.91.102 – Juros Financiamento Moeda Estrangeira, decorrem, basicamente, de dois empréstimos, captados em 12/05/2006, junto aos Bancos ABN AMRO REAL e UNIBANCO, nos montantes de R\$ 140.050.000,00 e R\$ 186.650.000,02, respectivamente. Segundo a contribuinte, estes recursos teriam sido captados com a finalidade de garantir a 5ª emissão de debêntures.

A autoridade fiscal, contudo, considerou tais despesas desnecessárias, pelo fato de os recursos captados terem sido imediata e integralmente aplicados no mercado financeiro, tendo tais aplicações sido mantidas até o vencimento dos empréstimos.

Em sua peça recursal, repetindo o que alegara na fase impugnatória, a contribuinte argumentou que: a) não houve qualquer prejuízo ao Fisco no presente caso, seja quanto à despesa de variação cambial, seja quanto às despesas de juros, pois auferiu resultado líquido positivo de variação cambial no exercício de 2006 e também auferiu receitas financeiras decorrentes dessas operações; b) que tomou empréstimos junto a instituições financeiras nacionais com a finalidade precípua de garantir recursos para a aquisição da Brasil Ferrovias, enquanto aguardava a concretização da operação da 6ª emissão de debêntures; que a atividade desenvolvida pela Impugnante, por si só, exige elevados níveis de caixa para a manutenção de sua capacidade de investimento e que, de modo providente, adiantou-se em buscar recursos junto a instituições financeiras, com custos e condições favoráveis de captação; que aplicou em operações financeiras diversas os valores captados por meio de empréstimos, enquanto não se concretizam os investimentos por ela previstos.

No entender da recorrente, tal circunstância não retira o caráter de necessidade, normalidade e usualidade, pois se deve tomar como “anormal”, ou “não usual”, justamente deixar de empregar tais valores em aplicações financeiras, o que denotaria, certamente, uma gestão pouco eficiente dos recursos disponíveis, incompatível com as boas práticas administrativas.

Não assiste razão à recorrente.

Em relação a este tema, mais uma vez concordo com os argumentos utilizados pela decisão de piso, os quais, por economia processual, adoto e transcrevo parcialmente, fls. 1168-1169:

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

*97. Acerca da dedutibilidade de despesas operacionais, assim o artigo 299 do RIR de 1999:*

*“Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).*

*§ 1º. São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 1º).*

*§ 2º. As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, § 2º).(…)”  
(Grifou-se)*

*98. Assim, considerando que são necessárias as despesas pagas ou incorridas para realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, atendidos também os critérios da usualidade e normalidade no tipo de transação, operação ou atividades desenvolvidas pela empresa, caberia à interessada o ônus de comprovar que as despesas com os encargos financeiros por ela escriturados atendem a tais condições.*

99. Em sua impugnação, a contribuinte alegou que adotou a política de manter sempre um nível de caixa compatível com suas atividades, pois não podia correr o risco de deixar de fazer investimentos ou cumprir suas obrigações em virtude da escassez ou do elevado custo de captação de recursos. Contudo, é fato inegável que os recursos captados nesses empréstimos em moeda estrangeira acabaram não sendo aplicados na atividade da empresa, haja vista terem sido imediata e integralmente utilizados em aplicações financeiras até a data de vencimentos dos correspondentes empréstimos.

100. É verdade que cabe apenas à contribuinte avaliar os elementos subjetivos relacionados à política de gestão de seu caixa, contudo, para fins tributários, a dedução dos encargos financeiros apropriados sobre esses empréstimos em moeda estrangeira fica subordinada à comprovação de serem despesas necessárias, usuais e normais à atividade da empresa, conforme exigido pelo artigo 299 do RIR de 1999, o que no presente caso não ocorreu.

101. Dessa forma, considerando que inexistem nos autos comprovação de que os encargos financeiros glosados eram despesas necessárias, usuais e normais à atividade da empresa, voto por manter a exigência correspondente.

Pelas razões acima expostas, também em relação a este tema nego provimento ao recurso voluntário.

### **Tributação de lucros disponibilizados no exterior**

O Fisco apurou que a contribuinte deixou de tributar o lucro auferido no ano-calendário de 2006 pelas controladas no exterior ALL Argentina (R\$ 9.970.792,19) e Boswells (R\$ 8.667,10).

Com relação ao lucro da controlada situada na Argentina, a autoridade fiscal considerou inaplicável ao caso a previsão para não tributação dos lucros prevista no artigo VII do Decreto nº 87.976, de 22 de dezembro de 1982, porquanto a ALL Argentina não é uma filial, mas uma empresa controlada e, nos termos do artigo IX desse tratado, os lucros gerados por essa controlada estão sujeitos à tributação no Brasil.

Em sua peça recursal, a contribuinte alegou que o artigo VII da Convenção Brasil-Argentina, impede a tributação no Brasil dos lucros auferidos por sua controlada sediada na Argentina. Afirmou, outrossim, que o Fisco se equivocou ao considerar que o artigo VII da Convenção não seria aplicável em face de a ALL Argentina não ser estabelecimento permanente da Impugnante e que o artigo IX somente se aplica diante de relações comerciais (compra e venda de mercadorias, por exemplo) e financeiras (como o pagamento de juros) entre empresas associadas.

No entender da recorrente, a tributação de lucros foi tratada nos arts. VII (lucros das empresas) e X (dividendos). Mesmo considerando-se que a Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, deva ser considerada como norma de transparência fiscal internacional, esta não poderia ser aplicada em face de o artigo X (dividendos) da Convenção Brasil-Argentina fazer referência a dividendos efetivamente pagos, e não a dividendos presumidamente

imputados aos sócios ou acionistas. Acrescentou que o artigo X da Convenção atribui competência cumulativa ao Estado da Fonte e ao Estado da Residência para a tributação dos dividendos; que § 2º do artigo XXIII determina que os dividendos pagos por uma sociedade Argentina a uma sociedade brasileira que detenha mais de 10% do seu capital social, e que sejam tributáveis na Argentina de acordo com as disposições do acordo, estarão isentos da tributação no Brasil.

De fato, o art. 98 do CTN dispõe que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. Conseqüentemente, em relação aos lucros auferidos pela ALL Argentina, em tese devem ser aplicadas, no que couber, as disposições do Decreto nº 87.976, de 22 de dezembro de 1982.

Não obstante este fato, no caso concreto não se verifica nenhuma hipótese de aplicação da aludida Convenção Brasil-Argentina, pelas bem expostas razões elencadas pela decisão de piso, fls. 1176-1177:

*118. Contudo, não há que se falar em tributação dos lucros auferidos pela controlada ou coligada no exterior, e sim na tributação da repercussão da situação econômica desta no patrimônio da controladora ou coligada brasileira, com o respectivo oferecimento à tributação dos valores dos lucros disponibilizados, a teor do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001.*

*119. O artigo VII da Convenção Brasil e Argentina estabelece a competência exclusiva ao país de residência da pessoa jurídica para tributar o lucro apurado nas atividades exercidas nesse país, vedando a tributação pelo outro país ao estabelecer que “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro Estado, mas unicamente à medida em que sejam atribuíveis a esse estabelecimento permanente”.*

*120. Assim, os lucros de uma empresa situada no Brasil só são tributáveis no Brasil e os de uma empresa situada na Argentina só são tributáveis na Argentina, excetuando-se os casos em que a empresa também exerça atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado.*

*121. No entanto, o lançamento não exige nenhum tributo da empresa sediada a Argentina, mas apenas da sociedade brasileira sediada no Brasil e na proporção de sua participação (100%) no capital da empresa argentina. A convenção internacional impede que o Brasil exija tributos da empresa ALL Argentina, mas não veda a tributação dos lucros distribuídos ou postos à disposição do acionista domiciliado no Brasil, em função de sua participação societária, que tem natureza de dividendos.*

122. O artigo X da Convenção permite a tributação no Brasil dos dividendos pagos por uma sociedade localizada na Argentina, enquanto o parágrafo 2 do artigo XXIII determina que “os dividendos pagos por uma sociedade residente da Argentina a uma sociedade residente do Brasil detentora de mais de 10 por cento do capital da sociedade pagadora, que sejam tributáveis na Argentina de acordo com as disposições da presente Convenção, estarão isentos do imposto no Brasil”.

123. Inobstante a interessada seja realmente detentora de mais de 10% do capital da ALL Argentina, não há como se considerar o lucro disponibilizado isento do imposto de renda no Brasil em face de o imposto pago na Argentina, cujos comprovantes foram juntados aos autos pela impugnante às fls. 1086-1095 dos autos, inclusive com tradução efetuada por tradutora juramentada, referir-se ao “Impuesto a Las Ganancias”, que incidiu sobre o lucro apurado pela ALL Argentina, e não sobre os dividendos por ela disponibilizados.

124. Dessa forma, uma vez definido que o objeto de tributação do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, tem natureza de dividendos, haja vista tratar do lucro no exterior disponibilizado para a controladora ou coligada no Brasil, voto por manter integralmente a exigência sobre o lucro de R\$ 9.970.792,19 considerado distribuído pela controlada ALL Argentina.

### **Ganho de capital**

Em sua peça recursal, dentre diversas outras alegações, a contribuinte arguiu uma evidente contradição entre a alegação de ganho de capital no presente caso e a de invalidade do “ágio interno” no caso da aquisição das ações da LOGISPAR.

Sopesando os argumentos empregados pelo Fisco e pela recorrente, considero que a razão está ao lado do Fisco.

Não é correto o entendimento da recorrente, no sentido de que as duas acusações fiscais (impossibilidade de amortização de ágio e ganho de capital) estariam baseadas em fundamentos antagônicos.

Em verdade, a confirmação de uma acusação fiscal (impossibilidade de geração de ágio interno) não produz nenhuma implicação relativa à segunda infração (apuração de ganho de capital sobre o ágio na venda).

Como conseqüência, entendo que a presente parcela do lançamento merece ser mantida, razão pela qual, em relação a este tema, considero que o recurso voluntário não merece ser provido.

### **Compensação indevida de prejuízos fiscais**

Em relação ao presente tema, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, apenas para ajustar a compensação de 30% (trinta por cento) do valor remanescente da base de cálculo apurada após o julgamento.

### **Multa de ofício isolada sobre estimativas de IRPJ e CSLL**

A recorrente protestou contra aplicação concomitante da multa de ofício isolada de 50% com a multa de ofício de 75%, que entende terem sido aplicadas sobre as mesmas infrações.

Assiste parcial razão à recorrente.

Em relação ao ano-calendário de 2006, deve-se observar o disposto na Súmula CARF nº 105, *verbis*:

*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.*

Somente é possível a aplicação concomitante da multa isolada por estimativa e da multa de ofício, após a edição da Medida Provisória 351/2007, publicada no DOU em 22 de janeiro de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.488/2007.

Diante do exposto, em relação a este tema, dou provimento parcial ao recurso voluntário, apenas para cancelar a exigência da multa isolada sobre estimativas não pagas em relação ao ano-calendário de 2006.

### **Juros sobre multa de ofício**

Conforme bem apontado pela decisão recorrida, não há que se pronunciar sobre tal alegação, posto que inexistente exigência a esse título nos autos de infração de IRPJ (fls. 356-377) e de CSLL (fls. 378-392 e fls. 393-403) objeto dos presentes autos.

### **CSLL**

Considerando a íntima relação de causa e efeito, adoto em relação à exigência de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido o mesmo entendimento adotado em relação ao lançamento matriz de IRPJ.

Questões particulares relativas ao lançamento de CSLL já foram tratadas no tópico específico do presente voto, por ocasião da análise do recurso de ofício.

### **Conclusão**

Diante de todo o exposto, voto no sentido de:

- a) negar provimento ao recurso de ofício;
- b) rejeitar as preliminares de nulidade e de impossibilidade de questionamento de atos societários ocorridos em período de apuração já decaído e cujos reflexos tributários repercutem nos períodos alcançados pela presente ação fiscal;

c) dar provimento parcial ao recurso voluntário, apenas para ajustar a compensação de 30% (trinta por cento) do valor remanescente da base de cálculo apurada após o julgamento e para cancelar a multa isolada incidente sobre estimativas não pagas relativas ao ano-calendário de 2006.

É como voto.

*(assinado digitalmente)*

Fernando Luiz Gomes de Mattos

## **Voto Vencedor**

Conselheiro André Mendes de Moura, Redator para Formalização do Voto.

Em face da necessidade de formalização da decisão proferida nos presentes autos, e tendo em vista que a redatora designada Karem Jureidini Dias não mais integra o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, encontro-me na posição de Redator, nos termos dos arts. 17 e 18, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 (RICARF).

Informo que, na condição de Redator, não me encontro vinculado: (1) ao relato dos fatos apresentado; (2) a nenhum dos fundamentos adotados para a apreciação das matérias em discussão; e (3) a nenhuma das conclusões da decisão incluindo-se a parte dispositiva e a ementa.

A seguir, a reprodução do voto.

Conforme Ata do Julgamento, o voto vencedor abrange apenas o cancelamento da glosa de despesas remanescentes de hedge e o cancelamento da glosa de encargos financeiros com juros e variação cambial pagos sobre empréstimos em moeda nacional e estrangeira. Isto porque, quanto aos demais itens de lançamento, o resultado corresponde exatamente àquele constante do voto do Relator. Por oportuno, transcreve-se a seguir o resultado do julgamento publicado:

*“ATA DA REUNIÃO DE JULGAMENTO PERÍODO 03/03 a 05/03/2015*

*Relator(a): FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS*

*Processo: 10980.724003/2011-61*

*Recorrente: ALL - AMERICA LATINA LOGISTICA S.A. e  
Recorrida: FAZENDA NACIONAL*

*Acórdão 1401-001.396*

*Decisão: Por unanimidade de votos, NEGARAM provimento ao recurso de ofício. Por unanimidade de votos, REJEITARAM as preliminares de nulidade e, no mérito, DERAM provimento PARCIAL ao recurso, nos seguintes termos: 1) Por unanimidade de votos, NEGARAM provimento em relação à falta de contabilização do ganho de capital apurado na integralização do*

*aumento de capital da JPESPE; 2) Por unanimidade de votos, NEGARAM provimento em relação ao ágio interno na Logispar; 3) Por maioria de votos, DERAM provimento em relação as operações remanescentes de Hedge. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz Gomes de Mattos (Relator) e Antonio Bezerra Neto; 4) Por maioria de votos, DERAM provimento em relação à glosa de encargos financeiros, relativos a juros e variação cambial pagos sobre empréstimos em moedas nacional e estrangeira. Vencidos os Conselheiros Fernando Luiz de Mattos (Relator) e Antonio Bezerra Neto; 5) Pelo voto de qualidade, NEGARAM provimento em relação à tributação dos lucros disponibilizados pelas controladas no exterior ALL Argentina e Boswells (Uruguai). Vencidos os Conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro e Karem Jureidini Dias; 6) Por unanimidade de votos, DERAM provimento PARCIAL para ajustar a compensação 30% (trinta por cento) do valor remanescente da base de cálculo apurada após o julgamento; 7) Por unanimidade de votos, DERAM provimento PARCIAL para cancelar a estimativas não pagas em relação ao ano-calendário de 2006; 8) Pelo voto de qualidade, NEGARAM provimento em relação a estimativas não pagas em relação ao ano-calendário de 2007. Vencidos os Conselheiros Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, Maurício Pereira Faro e Karem Jureidini Dias; 9) Por unanimidade de votos, NEGARAM provimento em relação aos juros sobre a multa de ofício; 10) Por unanimidade de votos, NEGARAM provimento em relação às demais matérias. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Karem Jureidini Dias. Sustentação oral proferida em nome da recorrente pela Dr<sup>a</sup> Ana Paula Lui - OAB/SP Nº 176.658 e pela Fazenda Nacional os procuradores Dr. Marco Aurélio Zortea Marques e Dr. Moisés de Sousa Carvalho Pereira.*

*Vencido(s) na votação: MAURICIO PEREIRA FARO*

*ANTONIO BEZERRA NETO*

*FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS*

*ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA*

*Redator designado: KAREM JUREIDINI DIAS*

*Questionamento: RECURSO VOLUNTARIO*

*Resultado: Recurso Voluntário Negado” (destaquei)*

Passa-se, então, a expor as razões da Turma para dar provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte na parte que diz respeito às glosas de despesas com operações de hedge e encargos financeiros referentes a juros e variação cambial pagos sobre empréstimos em moedas nacional e estrangeira.

O voto vencido, adotando por completo a fundamentação do acórdão recorrido, entendeu pela glosa das despesas financeiras de empréstimos realizados pelo Contribuinte, por não serem necessários ou usuais para a atividade da empresa, uma vez que

esses empréstimos teriam sido aplicados no mercado financeiro e não nas operações para as quais os contratos foram originalmente contratados.

O Contribuinte alegou que tais empréstimos seriam utilizados como recursos para a aquisição da Brasil Ferrovias, mas, enquanto aguardava a operação de emissão de Debêntures, aplicou tais recursos em investimentos, o que, inclusive, não teria gerado perda alguma ao Erário Público, uma vez que esses investimentos geraram receitas financeiras para a Recorrente, as quais se submeter a tributação. Asseverou, ainda, que no seu ramo de atividade é necessário manter elevados níveis de caixa para a manutenção da capacidade de investimento e, também por isso, a Requerente se adiantou em aplicar tais recursos junto às instituições financeiras, enquanto não se concretizavam os investimentos previstos.

A Turma entendeu que a assunção de empréstimos é operação necessária e usual às atividades da empresa, nos termos do art. 299 do Decreto nº 3000/99, uma vez que em sua atividade (64.62-0-00 - Holdings de instituições não-financeiras e 52.50-8-04 - Organização logística do transporte de carga, conforme extrato do sítio da Receita Federal do Brasil), não existindo argumento eficaz pela sua desnecessidade, tampouco havendo presunção legal, nesse caso, para a glosa de despesa. Ainda, em relação aos empréstimos em questão, a Turma entendeu que a Recorrente demonstrou que os recursos tinham por objeto a compra da Brasil Ferrovias e a mera aplicação dos valores antes da aquisição do investimento não descaracteriza a normalidade e usualidade dos empréstimos para a atividade da empresa, mormente porque não tomados para repasse a terceiros.

Quanto às despesas com operações de *hedge*, o voto vencido, neste ponto, adotou *ipsis litteris* os fundamentos do acórdão recorrido, que deu provimento parcial à Impugnação do contribuinte, cancelando parte da glosa sob o fundamento de que: (i) para os contratos firmados com o Banco Pactual e Boswel, datados de 2006, o contribuinte não apresentou os documentos necessários para se comprovar a existência da contratação das operações, por isso, o crédito fiscal foi erroneamente lançado, devendo estar fundamentado na falta de comprovação das perdas nessas operações de *hedge*; e (ii) para os dois contratos firmados com o Banco Santander, datados de 2007, a fiscalização não demonstrou o motivo pelo qual as perdas apuradas seriam desnecessárias ou não usuais.

Em relação à outra parte da glosa de despesas com operações de *hedge*, o voto vencido, assim como o acórdão recorrido, entendeu que para a dedução das perdas com as demais operações de *hedge*, é necessário que tais operações sejam consideradas necessárias e usuais. Como tais operações foram realizadas para a proteção contra oscilações de taxas e preço de contratos de empréstimos, cujos recursos foram aplicados no mercado financeiro antes de serem utilizados para os investimentos aos quais os empréstimos se destinavam, tais operações não seriam consideradas necessárias ou usuais para a atividade do contribuinte.

O Contribuinte, por sua vez, argumentou que tais operações foram realizadas para proteger seus investimentos na Argentina e para proteger empréstimos contra perdas decorrentes de variação cambial e de taxas de juros e que ambas as operações estão intrinsecamente relacionados às suas atividades operacionais.

A Turma entendeu que a dedutibilidade de despesas com operações de *hedge* é regida pelo artigo 77, da Lei nº 8.981/95, *in verbis*:

*“Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos: (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)*

*I - em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, inclusive sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil; (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)*

*III - nas operações de renda variável realizadas em bolsa, no mercado de balcão organizado, autorizado pelo órgão competente, ou através de fundos de investimento, para a carteira própria das entidades citadas no inciso I; (Redação dada pela Lei nº 9.249, de 26.12.1995)*

*IV - na alienação de participações societárias permanentes em sociedades coligadas e controladas, e de participações societárias que permaneceram no ativo da pessoa jurídica até o término do ano-calendário seguinte ao de suas aquisições;*

*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.” (destaquei)*

Assim, conforme o dispositivo acima, as operações de hedge devem estar relacionadas com as atividades operacionais da pessoa jurídica ou destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica para ser possível a dedutibilidade de suas despesas para fins de apuração do Lucro Real.

Com efeito, se a Turma entendeu pela regularidade do empréstimo, pela mesma razão, está comprovada que a operação de cobertura fora realizada, seja para proteger os direitos, seja para proteger as obrigações da empresa, uma vez que o primeiro se refere a seus investimentos na Argentina e o segundo se refere a empréstimos.

Por tais razões, a Turma votou por dar provimento ao Recurso Voluntário do Contribuinte, apenas quanto à glosa remanescente de despesas com operações de *hegde* e quanto à glosa de despesas com encargos financeiros relativos a juros e a variação cambial pagos sobre empréstimos em moedas nacional e estrangeira.

**André Mendes de Moura - Redator para Formalização do Voto**

Processo nº 10980.724003/2011-61  
Acórdão n.º **1401-001.396**

**S1-C4T1**  
Fl. 59

---

CÓPIA