



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

Processo nº 15586.001637/2009-01
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1101-000.077 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 10 de julho de 2013
Assunto Diligência
Recorrente ADM DO BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: 1) por voto de qualidade, REJEITAR as arguições de nulidade do lançamento por falta de compensação de prejuízos fiscais anteriores e de dedução de antecipações do próprio período, divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Júnior, Nara Cristina Takeda Taga e José Ricardo da Silva; 2) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento vinculada ao cálculo do adicional; 3) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento decorrente dos efeitos da postergação; 4) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento de glosa de juros, comissões e variações cambiais; 5) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade da decisão recorrida; 6) por maioria de votos, CONVERTER EM DILIGÊNCIA o julgamento, divergindo os Conselheiros Nara Cristina Takeda Taga e José Ricardo da Silva, que davam provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), José Ricardo da Silva (vice-presidente), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Mônica Sionara Schpallir Calijuri e Nara Cristina Takeda Taga.

RELATÓRIO

ADM DO BRASIL, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro/RJ-I que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento formalizado em 29/12/2009, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 797.002.605,17.

O procedimento fiscal foi motivado por demanda externa requisitória do Ministério Público Federal, objeto do Ofício 1890/2008-PR/ES/GAB/LFM, de 14/05/2008, reportando-se ao Ofício Decic/Gabin nº 2007/229, de 03/08/2007, no qual a autuada foi citada como uma das empresas que, *no período de 2003 a 2004, efetuaram remessas ao exterior em pagamento de margem de garantia em Bolsa de Mercadorias no Exterior (hedge), de valores muito relevantes e aparentemente incompatíveis com os volumes de suas operações comerciais, mesmo para empresas de seu porte*. Especificamente em relação a ela, constou do referido ofício o que segue:

d) O significativo incremento observado nas remessas de hedge em todo o País no 2º e 3º T/2004 (fl. 1078) se deu em razão de apenas 11 operações em nome da ADM do Brasil, correspondentes a US\$ 269,3 milhões em 05/2004 e US\$ 236 milhões em 07/2004. Esses valores são equivalentes respectivamente a 82% e 73% do total do País em cada trimestre. O total de remessas líquidas naquele título da empresa em 2004 (entradas de US\$ 70,5 milhões menos saídas de US\$ 555,9 milhões), no total de US\$ 485,4 milhões, correspondeu a 56% do total do País, e a 38% do total de suas exportações no mesmo ano (fls. 1081/2). [...]

Tais informações foram encaminhadas ao Presidente do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, *em cumprimento ao disposto no artigo 2º, § 6º da Lei Complementar 105, de 11.1.2001, e no artigo 11 do Decreto 2.799, de 08.10.1998*, tendo em conta que elas poderiam configurar, *em tese, indícios de cometimento de crime tipificado na Lei 9.613, de 3.3.1998*. Posteriormente, a Procuradoria da República no Espírito Santo encaminhou aquele documento à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Vitória/ES, requisitando procedimento fiscal para instrução do procedimento investigatório lá em curso.

Inicialmente, em 18/05/2009, intimou-se a contribuinte a apresentar, além de documentação fiscal em geral:

03 — Documentação comprobatória das operações de remessa de recursos ao exterior sob a forma de operações de Hedge, durante o ano-calendário de 2004;

04 — Contratos e demais documentos apresentados ao Banco Central para o registro das operações de remessa de Hedge no ano de 2004;

05 — Registros das operações de remessa de Hedge durante o ano de 2004, contabilizados nos Livros DIÁRIO e RAZÃO;

06 — Demonstrativo das operações comerciais protegidas pelas remessas de Hedge durante o ano de 2004;

07 - Contabilização das remessas de Hedge ao final do ano-calendário 2004;

08 — Demonstrativo das variações monetárias ativas e passivas, referentes ao ano-calendário 2004;

09 — Apresentar documentação comprobatória do retorno ao Brasil dos recursos remetidos ao exterior sob a forma de Hedge no ano de 2004;

Possivelmente pretendendo atender ao exigido, a contribuinte, depois de pedir e lhe ser concedida prorrogação de prazo, apresentou os elementos de fls. 16/822, por ela assim identificados:

02 — *Documentação comprobatória das operações de remessa de recursos ao exterior sob a forma de operações de remessa de Hedge, durante o ano de 2004;*

03 — *Registro na contabilidade das operações de remessa de Hedge durante o ano de 2004;*

04 — *Demonstrativo das operações comerciais protegidas pelas remessas de Hedge durante o ano de 2004;*

05 — *Demonstrativo de variações cambiais ativas e passivas referentes As operações de Hedge no ano de 2004;*

Com relação ao item 04 acima especificamente, cumpre esclarecer que o volume de documentos que comprovam o lastro da operação de Hedge é enorme, envolvendo Kardex de estoques de silos e fábricas. Neste sentido, disponibilizamos um exemplo desta documentação para fins explicativos e análise, permanecendo à inteira disposição para disponibilizar qualquer documentação suplementar, bem como para fornecer os esclarecimentos suplementares que V. Sa. entenda necessários sobre esse e qualquer outro ponto [...]

A referida documentação consiste em:

- cópias de 18 (dezoito) contratos de câmbio em favor de *ADM TRADING COMPANY, ADM INVESTOR SERVICES INC* ou *ARCHER DANIELS MIDLAND CO.*, mas todos declarando como operação *SERV DIV-OUT-OP BOLSA MERC EXT-LUCR/PREJ REALIZAD* (fls. 16/88);

- *resumo dos contratos de hedge e conversão para reais (R\$) para fins de contabilização*, no qual estão individualizadas operações, agrupadas mensalmente, que indicam o produto objeto do contrato, o valor líquido da operação e o valor da perda/ganho em US\$, a taxa de conversão e os valores correspondentes em reais, que, somados, equivaleriam aos valores contabilizados, com a apuração de pequenas diferenças mensais. Tais diferenças, ao final de 2004, representam R\$ 881.518,26, do total contabilizado de R\$ 885.841.836,15 (fls. 89/97);

- *relatório por contas (matriz e filiais) e fechamentos dos contratos de câmbio com as respectivas perdas/ganhos*, em língua estrangeira, aparentemente demonstrando as operações mensalmente realizadas por *Archer Daniels Midland Company*, em 2004. No primeiro sub-total do relatório de janeiro/2004, são comparados os montantes de 23,956,037.50 e 24,174,250.00, este último identificado, em anotação manuscrita, como *valor p/recompra*. A diferença entre eles, de 219,212.50 é identificada, também de forma manuscrita, como *valor perda/ganho* (fls. 98/678);

- transcrição dos registros no Razão da conta nº 128116-501 *ADM DECATUR EXERC FUTUROS*, sob diversos históricos, indicando registros de juros, variação cambial e comissões, e especialmente de operações denominadas *FUTUROS CLOSED* e *HEDGE CHICAGO*. O saldo inicial indicado é negativo, no valor de R\$ 40.501.120,44, mas segundo informação manuscrita estaria incorreto, pois deveria ser, também, negativo, no valor de R\$ 530.905.477,68. O saldo final indicado é negativo, no valor de R\$ 476.705.840,19, após lançamentos a débito de R\$ 2.769.028.066,62, e a crédito de R\$ 2.257.821.105,99. Seguem-se,

ainda, registros nas contas nº 423130 *CONTR.FUT.ENCERRADOS-HEDGE* e 423130-501/502 *AJUSTE P. HEDGE CONTR. FUT. FECH*, que juntamente com a anterior evidenciam lançamentos a débito de R\$ 4.202.856.551,44 e a crédito de R\$ 2.799.852.490,36 (fls. 679/708);

- *posição dos contratos de originação de grãos*, apontando mensalmente, para o “produto: soja”, montantes de inventário, que somados a compras em aberto, e reduzidos por vendas “em aberto MI”, “a fixar” e vendas “em aberto ME”, resultam em *posição líquida*, que é comparada com “*posição Chicago*” e evidencia valor denominado *exposição*, que oscila entre valores positivos e negativos. Acompanham esta consolidação outros demonstrativos em língua estrangeira, dos quais possivelmente foram extraídas as parcelas do demonstrativo inicial, relativamente ao mês de junho/2004, pois ali estão destacadas quantidades vinculadas a diferentes portos/entrepósitos, correspondentes às apontadas sob as rubricas antes citadas, para determinação do resultado *exposição*; (fls. 709/713);

- *posição de contratos de processamento*, expressa em demonstrativos em língua estrangeira, os quais iniciam com um consolidado de resultados mensais de janeiro/2004 a março/2005 relativamente a outros produtos, acompanhados por demonstrativos semelhantes individualizados por portos/entrepósitos. Tais planilhas apresentam evoluções por 15 (quinze) meses, em 12 (doze) conjuntos de documentos que se iniciam em cada um dos meses de 2004 (fls. 714/811);

- *demonstrativo das variações cambiais ativas e passivas referentes às operações de hedge no ano de 2004*, individualizando operações possivelmente liquidadas em uma mesma data, nas quais foi comparado o valor atualizado segundo a *taxa fech* com o valor atualizado segundo a *taxa pag/rec*, de forma a determinar o resultado de variação cambial, individual e total (fls. 812/822).

No Termo de Verificação de Infração, a autoridade fiscal assim se manifesta acerca destes documentos:

Após análise dos documentos apresentados, verificamos que os relatórios apresentam cálculos corretos dos valores das margens dos contratos futuros das operações de Hedge alegadas pelo contribuinte, porém os referidos documentos não comprovam a efetiva aplicação dos recursos remetidos ao exterior para cobertura das margens dos contratos futuros de commodities, ou seja, não demonstram a transferência dos recursos da ADM em nome da ADM do Brasil para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago.

Em 05/07/2009, a autoridade lançadora exigiu outros elementos:

01 — *Documentação comprobatória das coberturas das margens dos contratos futuros solicitadas pela Bolsa de Chicago (depósitos ou transferências bancárias, contratos, etc.) relativo ao ano-calendário de 2004 (ADM- EUA);*

02 — *Contrato(s) relativo(s) ao adiantamento financeiro para cobertura das margens dos contratos futuros, entre a ADM do Brasil e a ADM Holdings LCC (ADM-EUA), relativo(s) ao ano 2004;*

03 — *Detalhamento das seguintes contas e respectiva contabilidade do ano-calendário 2004:*

a) *Juros Ativos (R\$ 480.249.592,51);*

b) *Juros Passivos (R\$ 402.340.524,96) e;*

c) *Outras Despesas Financeiras (R\$ 82.605.598,21);*

04 — Demonstrativo de Cálculo dos Juros e da Variação Cambial escriturados na conta 128116- 501 — ADM DECATUR EXEC FUTUROS do Livro Razão;

Após pedir e lhe ser concedida prorrogação de prazo para atendimento a esta intimação, a contribuinte esclareceu que:

01 — Com relação ao item 01 do Termo de Início de Diligência em referência [...], em cumprimento ao requisitado por V. Sa., apresentamos cópias dos comprovantes de transferência bancária (denominados "swifts" conforme linguagem bancária) — (doc. 3), os quais comprovam a transferência dos recursos financeiros baseados nas posições contratuais da Intimada, resultantes das ordens eletrônicas inseridas em sistema de compras e vendas de posições contratuais de lotes-padrão as quais estão devidamente demonstradas nos extratos, mensais de transações do ano de 2004 já entregue a V. Sas. por ocasião do atendimento ao Termo de Início de Diligência nº 251/2009.

Além disso, cumpre esclarecer que as obrigações relativas as posições financeiras da Intimada com relação aos seus contratos de hedge são cobertas pela Archer Daniels Midland Company, principal empresa do grupo ADM no mundo, sediada na cidade de Decatur, Estado de Illinois, nos Estados Unidos da América e que, em última instância, detém todas as demais companhias do organograma societário.

02 — No que tange o item 02 do Termo de Início de Diligência em referência [...], esclarecemos que, conforme explicado no item 01 da presente manifestação, a Archer Daniels Midland Company e a Intimada convencionaram que a cobertura das posições financeiras da Intimada é feita pela Archer Daniels Midland Company.

O que ocorre é que, com base nos extratos mensais de transações de hedge, a Intimada contabiliza os montantes a pagar ou a receber (dependendo se houve perda ou ganho em suas operações de hedge, respectivamente), fazendo a liquidação financeira das operações conforme o melhor gerenciamento de caixa do grupo.

Tal fato pode ser comprovado através da análise da Contabilidade da Intimada e dos documentos apresentados.

03 — Sobre o item 03 do Termo de Início de Diligência em referência [...], cumpre-nos esclarecer que, conforme já discutido com V. Sa. em contato telefônico, os valores dos itens "a" e "b" acima (a saber, "Juros Ativos" e "Juros Passivos"), referem-se a Variações Cambiais Ativas e Variações Cambiais Passivas, respectivamente.

Sendo assim, conforme entendimento telefônico mantido com V.Sa e dado o imenso volume de documentos que suportam os valores acima., disponibilizamos em anexo o razão contábil das contas (doc. 4) nas quais estes valores foram registrados pela Intimada para que, a vosso critério, seja feita uma seleção dos valores dos quais V.Sa. deseja verificar o detalhamento.

Assim, tal como previamente combinado com V.Sa., uma vez nos sejam informados estes valores, providenciaremos a sua respectiva documentação suporte específica.

04 — Com relação ao item 04 do Termo de Início de Diligência em referência [...], apresentamos planilhas suporte (doc. 5) para o cálculo dos juros e da variação cambial desta conta, conforme requisitado.

Os mencionados "swifts" estão juntados às fls. 830/856, redigidos em língua estrangeira. Na seqüência, consta o referido *demonstrativo de cálculo dos juros e da variação cambial escriturados na conta 128116-501*, em sua maior parte em língua estrangeira, mas aparentemente detalhando a composição mensal da conta 15703 e os efeitos da variação da taxa de câmbio entre o mês anterior e o mês atual (fls. 857/860), acompanhado de um outro demonstrativo que faz referência à conta 15702.

Disse a autoridade fiscal ao elaborar o Termo de Verificação de Infração:

Considerando que os novos documentos apresentados pelo contribuinte também não comprovam a efetiva aplicação dos recursos remetidos ao exterior para cobertura das margens dos contratos futuros de hedge, assim como deixou de apresentar o contrato de adiantamento financeiro para pagamento das margens de garantia, emitimos o Termo de intimação Fiscal nº 295/2009, datado de 03/08/2009 [...]

Em 07/08/2009 a contribuinte é cientificada de duas intimações, que exigem a apresentação de:

01 — Documentação comprobatória dos pagamentos das margens de garantia na Bolsa de Chicago (depósitos ou transferências bancárias, contratos, etc.) relativos ao ano-calendário de 2004, efetuados pela Archer Daniel Midland Company para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago, em nome da ADM do Brasil Ltda;

02 — Contrato(s) relativo(s) ao adiantamento financeiro para pagamento das margens de garantia dos contratos futuros, entre a Archer Daniel Midland Company e a ADM do Brasil, para acerto posterior, relativo(s) ao ano 2004;

[...]

01 — Documentação relativa às compras dos contratos futuros de soja e derivados na Bolsa de Mercadoria & Futuros de Chicago, relativos ao ano-calendário de 2004, efetuados pela Archer Daniel Midland Company (em nome da ADM do Brasil Ltda) ou pela ADM do Brasil Ltda;

02 — Extratos da BM&F Chicago com as negociações (compras, vendas e depósitos de margens de garantia) dos contratos futuros em nome da ADM do Brasil, ano calendário 2004.

Esclareceu a fiscalizada que:

A liquidação das posições financeiras começa com a empresa que faz o papel de membro de compensação com a qual o Grupo ADM trabalha. Esta empresa é a ADM Investor Services, a qual determina os valores de margem positiva ou negativa relativos aos contratos de hedge para todas as empresas do Grupo ADM. Tal cálculo faz parte dos serviços de compensação e corretagem que a ADM Investor Services presta para todos os seus clientes, incluindo tanto empresas do Grupo ADM, como terceiros.

Aqui, faz-se importante entender a característica e o papel desempenhado por esta empresa.

A ADM Investor Services é um membro de compensação da Bolsa de Valores de Chicago (Chicago Mercantile Exchange — CME), da Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago (Chicago Board of Trade — CBOT) e de outras bolsas de valores pelo mundo. O papel da ADM Investor Services é similar ao papel de um membro de compensação na BM&FBovespa. Esta designação é importante porque, como um membro de compensação de uma Bolsa, esta é uma entidade financeira altamente regulada, sujeita a regulamentação e supervisão da Commodities Futures Exchange Commission — CFTC — que é um órgão regulador no que tange as Bolsas de Mercadorias e Futuros (commodities) nos Estados Unidos da América e, neste sentido, precisa ser autorizada e licenciada a operar, bem como precisa observar as normas e regulamentações das Bolsas nas quais opera.

Tal regulamentação e supervisão é, de uma maneira geral, mais extensa que as que se aplicariam a uma corretora. Isto porque, a exemplo do que ocorre no Brasil com as instituições financeiras que atuam como membros de compensação na BM&FBovespa,

como um membro de compensação, a ADM Investor Services mantém contas com corretoras e investidores em commodities, assegura que as transações são executadas e liquidadas de acordo com as regras da Bolsa, calcula e liquida as margens de garantia e emite reportes para pessoas físicas e jurídicas das quais ela mantém conta. Os membros de compensação são plenamente responsáveis pela liquidação das obrigações decorrentes de todas e quaisquer operações a eles atribuídas, bem como pelo recebimento, autenticidade e legitimidade de todos os ativos, garantias e valores a tais operações.

Assim, a responsabilidade da ADM Investor Services é de liquidar as operações de todos os seus clientes (sendo que mais de oitenta por cento deles são terceiros que não entidades do grupo ADM) e reportar para a Bolsa. A ADM Investor Services reporta operações de mercado, já que possui um sistema integrado com a Bolsa em tempo real, e paga comissões para a Bolsa com relação às operações de seus clientes.

Neste sentido, membros de compensação como a ADM Investor Services são encarregados pela Bolsa com a qual operam, da responsabilidade de executar e assegurar o cumprimento das regras da Bolsa e da CFTC para suas contas, especificamente com relação aos limites impostos, requerimentos de margem de cobertura, garantias, dentre outros.

As instruções de pagamento da/para a Archer Daniels Midland Company ou da/para a ADM Investor Services são baseadas nos extratos das operações de hedge já entregues a V. Sa. na resposta ao Termo de Início de Diligência n. 251/2009, os quais são a prova das posições contratuais para cada conta e das requisições de margem de cobertura a elas atreladas. As operações detalhadas nestes extratos são rigorosamente controlados e conferidos pela ADM Investor Services como parte de sua função de membro de compensação, pela Archer Daniels Midland Company e, obviamente, pela Intimada como parte de sua conferência para contabilização de suas operações e resultados de hedge, especificamente para garantir que os contratos de hedge estejam registrados corretamente e que se refiram aos ativos pelos quais as operações de hedge da Intimada estejam lastreados.

Os resultados nos extratos das operações acima mencionados são emitidos pela ADM Investor Services a fim de reportar todos os ganhos ou perdas nos contratos de hedge. Importante mencionar que as margens de cobertura iniciais para cada contrato são determinadas pela Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago (Chicago Board of Trade — CBOT). Tal determinação é aplicada pela ADM Investor Services para cada conta por ela gerenciada, a fim de calcular as margens de cobertura relacionadas a cada um dos contratos de hedge de seus clientes, de maneira similar ao que ocorre no Brasil com a Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&FBovespa).

Importante ressaltar que, assim como na BM&FBovespa no Brasil, é raro que investidores negociem diretamente na Bolsa e, desta forma, não fazem ou recebem pagamentos diretamente da Bolsa e sim por meio das entidades participantes ou dos membros de compensação. Consequentemente, os documentos comprobatórios pedidos por V. Sa. com relação aos pagamentos da Archer Daniels Midland Company para a Bolsa não existem. Quaisquer dos pagamentos relacionados com as operações de hedge contratadas, bem como as obrigações financeiras a elas relacionadas são determinados pelo membro de compensação e com ele devem ser adimplidos. No caso do Grupo ADM, este membro de compensação é a ADM Investor Services. Assim, os pagamentos são, em última instância, feitos para a ADM Investor Services, a qual, por sua vez, interage financeiramente com a Bolsa no seu papel de membro de compensação.

Tal resposta foi acompanhada de documentos em língua estrangeira, um deles relacionando várias instituições sob o título *Clearing Firms*, entre elas a ADM Investor

Services Inc., e outro que aparenta referir-se a um cadastro desta mesma empresa (fls. 869/871). Segue-se, então, reprodução parcial do *Regulamento da Câmara de Registro, Compensação e Liquidação de Operações de Derivativos BM&F* (fls. 873/891) e de material produzido por ABIOVE – Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais, denominado *Soja Verde para um Mercado Maduro*, dividido nos capítulos: *o sucesso da expansão de uma cultura, avanços tecnológicos e comerciais, eliminando riscos e responsabilidade das partes nos “contratos de soja verde”* (fls. 892/897).

Às fls. 898/927 consta *Relatório Anual 2004*, concernente às operações e resultados da autuada, seguido do *Relatório Anual 2008* (fls. 928/943). Na seqüência, constam cópias de publicações do *The Wall Street Journal* datadas de dezembro de 2004, e reproduções de informações extraídas da Internet no sítio www.cbot.com./cbot/pub/page (Chicago Board of Trade) aparentemente ao final de cada mês de 2004 (fls. 944/999).

A análise da autoridade fiscal acerca destes elementos foi assim expressa no Termo de Verificação de Infração:

Considerando que o contribuinte informou em sua resposta aos Termos de Intimação Fiscal nº 295/2009 e 296/2009, que "Quaisquer dos pagamentos relacionados com as operações de hedge contratadas, bem como as obrigações financeiras a elas relacionadas são determinados pelo membro de compensação e com ele deve adimplidos. No caso do Grupo ADM, este membro de compensação é a ADM Investor Services, emitimos o Termo de Intimação Fiscal nº 303/2009 [...]"

Segue-se nova intimação, lavrada em 25/08/2009, exigindo documentação semelhante às anteriormente lavradas, mas agora citando a operadora ADM Investor Services, e não mais a Archer Daniel Midland Company:

- 1. Documentação comprobatória dos pagamentos das margens de garantia na Bolsa de Chicago (depósitos ou transferências bancárias, contratos, etc.) relativos ao ano-calendário de 2004, efetuados pela ADM Investor Services para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago, em nome da ADM do Brasil Ltda;*
- 2. Documentação relativa às compras dos contratos futuros de soja e derivados na Bolsa de Mercadoria & Futuros de Chicago, relativos ao ano-calendário de 2004, efetuados pela ADM Investor Services, em nome da ADM do Brasil Ltda;*
- 3. Extratos da BM&F Chicago com as negociações (compras, vendas e depósitos de margens de garantia) dos contratos futuros em nome da ADM Investor Services ou ADM do Brasil, ano calendário 2004.*

Em resposta, disse a contribuinte:

[...] vem à presença de V. Sa., em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal em referência, informar que, com relação aos itens 1, 2 e 3 do referido Termo, apresenta correspondência elaborada pelo CME Group (o qual envolve a Bolsa de Valores de Chicago (Chicago Mercantile Exchange — CME), a Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago (Chicago Board of Trade — CBOT) e a Bolsa de Mercadorias e Futuros de Nova Iorque (New York Mercantile Exchange — NYMEX)), a qual:

i) esclarece que a Bolsa de Chicago (CME) não entrega nenhum tipo de extrato ou outro documento informativo diretamente aos titulares das contas gerenciadas pela ADM Investor Services, Inc. (sendo que isso é responsabilidade da própria ADM Investor Services, Inc. na sua função de membro de compensação), atestando a posição

de membro de compensação ("clearing member) licenciado e qualificado da ADM Investor Services, Inc.; e;

ii) atesta que a Bolsa de Chicago (CME) não recebe e não efetua pagamentos diretamente aos titulares de contas gerenciadas pela ADM Investor Services, Inc., referentes às transações efetuadas pela ADM Investor Services, Inc. por conta e ordem destes titulares.

Neste sentido, portanto, a Intimada apresenta os documentos abaixo relacionados a fim de comprovar os pagamentos/recebimentos efetuados pela ADM Investor Services, Inc. para a Bolsa de Chicago (CME).

Importante mencionar que, dado o imenso volume de documentos que suportam tais transações financeiras diariamente, a Intimada apresentará um conjunto de documentos exemplificativo da operação, o qual é composto por:

1) Extratos de dois dias úteis em sequência (a saber, 16/12/2004 e 17/12/2004), os quais contêm um sumário de todas as transações efetuadas pelas contas gerenciadas pela ADM Investor Services, Inc (os quais por sua vez incluem as contas da ADM do Brasil);

2) Extrato com o cálculo da variação de margem, emitido pela Bolsa de Chicago (CME), o qual contém o valor a ser pago ou recebido decorrente da variação de um dia para o outro;

3) Comprovantes das transferências bancárias feitas da Bolsa de Chicago (CME) e outras bolsas para a ADM Investor Services, relativas aos valores de variação de margem.

A Intimada esclarece que permanece à disposição de V. Sas. para o fornecimento de documentos relativos a quaisquer outras datas que sejam de interesse deste Órgão.

Além disso, tendo em vista o volume de documentos, a Intimada requer uma reunião com V. Sas. a fim de explicar a relação entre os documentos.

Às fls. 1009/1010 consta documento em língua estrangeira, em papel timbrado de *CME Group*, acompanhado de tradução juramentada que expressa termos semelhantes aos reproduzidos na resposta da contribuinte à intimação. Na seqüência, estão os demonstrativos de operações de 16 e 17/12/2004, referidos também na resposta (fls. 1011/1023).

O documento de fl. 1024 refere-se a um pedido de prorrogação de prazo que teria sido concedido *em nossa última reunião*. Segue-se, então, demonstrativo denominado *Pagamentos efetuados pela ADM Investor Services, Inc. para Bolsa de Chicago (Chicago Mercantile Exchange) relativos às operações do Grupo ADM no ano de 2004*, acompanhado de documentos individualizados para cada pagamento (fls. 1025/1483). Há, ainda, documentos que aparentam ser *print* de telas de sistema mantido por *Chicago Board of Trade*, com informações em diferentes datas de 2004 (fls. 1484/1495). Assevera a autoridade fiscal, no Termo de Verificação de Infração, que estes elementos foram apresentados em complemento ao Termo de Intimação Fiscal anterior.

Na seqüência, depois de solicitar em 07/12/2009 livros fiscais e demonstrações financeiras da autuada (fl. 1498/1499), juntados às fls. 1500/1604, o agente fiscal também anexou os elementos de fls. 1605/1937, que demonstram *fluxograma de pagamentos – Grupo ADM*, indicação da autuada em 5º lugar no ranking de desempenho de exportadores brasileiros em publicação não identificada, *resumo da movimentação financeira das operações de hedge no dia 17-12-2004*, seguido de documentos em língua estrangeira que teriam sido emitidos por *ADM TRADING COMPANY* e aparentam se reportar a operações de 16/12/2004 e 17/12/2004, semelhantes a alguns apresentados no conjunto de elementos que integram as fls. 98/678,

aplica os recursos nas Bolsas de Mercadorias (ADM Investor Services) são todas do grupo ADM, somado ao fato da não existência de contratos comerciais sobre adiantamento de margens de garantia entre estas empresas, nos remete a facilidade para manipulação de operações, relatórios e contabilidade das mesmas;

• O contribuinte criou em sua escrituração a conta 128116-501 - ADM DECATUR EXEC FUTUROS, que utiliza como uma conta corrente entre a ADM do Brasil e a ADM Company (ADM DECATUR), para acompanhamento do saldo devedor/credor da ADM do Brasil com a ADM Company, visto que a ADM Company adianta recursos para pagamento de margens de garantia para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago (fls. 679/708). O contribuinte informou que "com base nos extratos mensais de transações de hedge, a intimada contabiliza os montantes a pagar ou a receber (dependendo se houve perda ou ganho em suas operações de hedge, respectivamente), fazendo a liquidação financeira das operações conforme o melhor gerenciamento de caixa do grupo" (fls. 679/708 e 828);

• O contribuinte entregou uma enorme gama de documentos com o objetivo de comprovar a aplicação dos recursos em operações de hedge dos contratos futuros de soja e derivados (Contratos de Cambio, Relatório por contas dos fechamentos dos contratos de cambio com as respectivas perdas/ganhos, Livro Razão - Conta ADM DECATUR EXEC FUTUROS - Contabilidade dos adiantamentos das margens pela ADM Company e remessas de recursos, Posição dos Contratos de Originação de Grãos, Posição de Contratos de Processamento - Cálculo de Exposições, Comprovantes de transferência bancária - Swifts, Relatórios informando que a ADM Investor Services é membro de compensação da Bolsa de Valores de Chicago, Regulamento da Câmara de Registro, Compensação e Liquidação de Operações BM&F, Livreto da ABIOVE - Soja Verde para um Mercado Maduro, Relatório Anual 2004 - ADM Company - O Vínculo Essencial, Relatório Anual 2008 - ADM Company - Vital para o Mundo, Cotações de Soja e derivados - The Wall Street Journal, Chicago Board of Trade - Soja e Derivados, Extrato com o cálculo da variação de margem emitido pela Bolsa de Chicago, Relatório dos Pagamentos Efetuados pela ADM Investor Services Inc. para a Bolsa de Chicago e respectivas transferências, e Relatórios diários dos preços dos contratos futuros) porém nenhum destes documentos comprova a efetiva aplicação dos recursos transferidos ao exterior pela ADM do Brasil na operação de Hedge alegada pelo contribuinte, isto é, nenhum deles apresenta a transferência de recursos da ADM Investor Services, em nome da ADM do Brasil, para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago;

• O relatório dos pagamentos efetuados pela ADM Investor Services para a Bolsa de Chicago e seus respectivos comprovantes de transferência de recursos, referem-se conta NSEG CLR PB 905- ADM Investor Services (fls. 1025/1483), isto é, não identifica de que grupo de empresas ou empresa se refere à transferência, de forma que entendemos que estas transferências de margem se referem a todas as contas administradas pela ADM Investor Services, inclusive de terceiros que correspondem a mais de 80% de suas operações (conforme resposta do contribuinte aos termos 295 e 296/2009 - fls. 867);

• Abaixo apresentamos um quadro comparativo do faturamento, depósito de margens e índices sobre a ADM Investor Services, ADM Company (matriz - EUA) e ADM do Brasil:

	ADM Investor Services	ADM Company	ADM do Brasil
Faturamento (US\$ Mil)		36.151.394,00	1.962.367,00
Depósito de Margens (US\$ Mil)	2.266.122,70	453.224,54	485.402,68
Índice % (Dep. Marg./Fatur.)		1,25%	24,73%

Obs:

1) O faturamento da ADM Company foi retirado do Relatório Anual 2004 — O Vínculo Essencial (fls. 899);

2) A Receita Bruta (consideramos o faturamento) da ADM do Brasil foi de R\$ 5.739.728.506,82, conforme valores declarados em Balancete e DIPJ (fls. xx/xx), isto equivale a US\$ 1.962.367.433,70, considerando o dólar médio anual de 2,9249 (fonte BCB-DEPEC);

3) O depósito de Margens da ADM Investor Services foi retirado do relatório "Pagamentos efetuados pela ADM Investor Services para a Bolsa de Chicago - ano 2004". (fls. 1025/1030);

4) O Depósito de Margens da ADM Company foi considerado 20% do Depósito de Margens da ADM Investor Services (mais de 80% são das operações são de terceiros, conforme resposta do contribuinte aos termos 295 e 296/2009 — fls. 867);

5) O Depósito de Margens da ADM do Brasil foi considerado o somatório líquido das remessas/recebimentos de divisas enviados/recebidos pela ADM do Brasil ao exterior no ano de 2004, em virtude da cobertura de margens de contratos futuros de hedge (fls. 17/89).

• Conforme observamos no quadro acima, o contribuinte (ADM do Brasil), informa que remeteu ao exterior sob forma de contratos futuros de hedge, 24,73% do seu faturamento, enquanto que a ADM Company, empresa holding que atua no mesmo ramo de atividade, aplica apenas 1,25% do faturamento de suas empresas para cobertura de margens de garantia de hedge. Analisando os índices, verificamos uma grande divergência, corroborando para o entendimento de que não houve de fato a aplicação dos recursos nas operações de hedge alegadas pelo contribuinte.

• Durante análise da escrituração eletrônica da empresa ADM do Brasil, verificamos que a conta 128116 - ADM DECATUR EXEC FUTUROS, onde estão escrituradas a "conta-corrente" entre a ADM do Brasil e ADM Company (operações de adiantamento de Hedge) e operações de remessas/recebimentos de câmbio relativos ao Hedge, inicia o ano de 2004 com um saldo credor de R\$ 530.905.477,65 (Hedge relativos aos anos anteriores), restando um saldo credor final de R\$ 13.698.517,05 (anos posteriores). Diante destes dados, podemos concluir que a diferença entre os saldos, no valor de R\$ 517.206.960,60, não se refere ao ano calendário de 2004, não sendo apurados no resultado deste exercício (fls. 1940/1994);

• A ADM do Brasil escritura em seus livros as operações de hedge de contratos futuros como Custo de Mercadorias Vendidas (vide Livro Razão - conta "423130 - Ajuste Hedge Contr. Fut. Fech." - fls. 1995/2019) e a variação cambial, os juros e as comissões como despesas (entendemos como despesas acessórias as operações de Hedge). Estes custos e despesas serão glosados pois não houve sua efetiva comprovação, e conseqüentemente será levantada nova base de cálculo (Lucro Real) para apuração do Imposto de Renda e Contribuição Social.

A autoridade lançadora também fez ponderações específicas quanto à determinação dos valores lançados:

4. INFRAÇÕES APURADAS - OMISSÃO DE RECEITAS

4.1 - GLOSA DE CUSTOS

Verificamos na contabilidade eletrônica da empresa que os valores informados como pagamentos de margens de garantia de contratos futuros de Hedge fechados foram contabilizados na conta "423130 - Ajuste Hedge Contratos Futuros Fechados", levada como Custo da Mercadoria Vendida no encerramento do exercício.

Considerando a falta de comprovação da transferência de recursos em nome da ADM do Brasil para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago, estes custos serão glosados e será refeita a apuração do resultado do exercício.

O valor apurado como Custo de Mercadoria Vendida, relativo ao Hedge informado, é de R\$ 885.797.100,45 (oitocentos e oitenta e cinco milhões e setecentos e noventa e

sete mil, cem reais e quarenta e cinco centavos), conforme Livro Razão, conta 423130 e balancete as fls. 1530 e 1995/2019.

A glosa de custos tem sua fundamentação legal nos artigos 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 289, 290, inciso I, 292, 300 e 396 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99).

4.2 — GLOSA DE DESPESAS

As despesas acessórias com as operações de Hedge (variação cambial, juros e comissões), contabilizadas na conta "128116-501 — ADM DECATUR EXEC FUTUROS", foram utilizadas como deduções na demonstração do resultado do exercício.

Considerando a falta de comprovação da transferência de recursos em nome da ADM do Brasil para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago, isto é, que os pagamentos das margens de garantia dos contratos futuros de hedge fechados não foram comprovados (principal), conclui-se que as despesas acessórias (juros, variação cambial e comissões relativas a estas operações) também não foram comprovadas, de forma que estas despesas serão glosadas e será refeita a apuração do resultado do exercício.

O valor apurado como despesas acessórias com atividades de Hedge foi de R\$ 102.659.703,00 (cento e dois milhões, seiscentos e cinquenta e nove mil, setecentos e três reais), calculado da seguinte:

Histórico	Valor
Remessas de Divisas ao Exterior - Hedge — Vide Constatações	1.505.663.764,05
(-) Saldo Inicial da Conta 128116-501 — ADM DECATUR	530.905.477,65
(+) Saldo Final da Conta 128116-501 -ADM DECATUR	13.698.517,05
(-) Custos da Operação de Hedge — Conta 423130— item 4.1 do Termo	885.797.100,45
Total de Despesas Acessórias (variação cambial, juros e comissões)	102.659.703,00

Obs:

1) Vide cálculos apresentados pelo contribuinte (fls. 1939) que serviram como base, pois são valores bem próximos aos utilizados e utilizam a mesma regra de cálculo.

2) Utilizamos os valores declarados nos documentos entregues, livros fiscais e balancete (fls. 17/89, 1530, 1940/1994 e 1995/2019).

A glosa de despesas tem sua fundamentação legal nos artigos 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299, 300 e 396, do RIR/99.do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99).

5. FORMA DE TRIBUTAÇÃO, ALÍQUOTAS E BASE DE CALCULO.

No caso em questão, o contribuinte submete-se às regras de apuração do IRPJ e da CSL pelas regras do LUCRO REAL conforme sua declaração de IRPJ (fls. 2020/2079).

Conforme verificado no Demonstrativo do Resultado e Ajustes do Lucro Líquido (DIPJ e LALUR— fls. 2020/2079 e 1552/1599), verificamos que após as receitas e custos escriturados pelo contribuinte, o mesmo obteve Lucro Real ao final do exercício, Lucro este que após as glosas efetuadas pela fiscalização mencionadas no decorrer do relatório, será recalculado conforme abaixo demonstrado:

Demonstração do Resultado

<i>Discriminação</i>	<i>Valor apurado pelo contribuinte</i>	<i>Valor Apurado pela fiscalização (após glosas)</i>
<i>Receita Líquida da Atividade</i>	5.527.847.817,83	5.527.847.817,83
<i>(-) Custo das Mercadorias e Serviços Vendidos (1)</i>	-5.327.012.457,69	-4.441.215.357,24
<i>Lucro Bruto</i>	200.835.360,14	1.086.632.460,59
<i>(-) Despesas / (+) Receitas Operacionais (2)</i>	-242.285.581,20	-139.625.878,20
<i>Lucro Operacional</i>	-41.450.221,06	947.006.582,39
<i>(+) Receitas / (-) Despesas Não Operacionais</i>	174.563,51	174.563,51
<i>Resultado do Período</i>	-41.275.657,55	947.181.145,90
<i>(+) Adições / (-) Exclusões (3)</i>	207.804.771,90	207.804.771,90
<i>Lucro Real antes da Compensação de Prejuízos</i>	166.529.114,35	1.154.985.917,80
<i>(-) Compensação de Prejuízos</i>	-49.958.734,30	-49.958.734,30
<i>Lucro Real/Prejuízo Fiscal</i>	116.570.380,04	1.105.027.183,49

Obs:

(1) Os custos das mercadorias relativos aos contratos de hedge fechados, no valor de R\$ 885.797.100,45, foram glosados pela fiscalização;

(2) As despesas da variação cambial realizada, juros e comissões, relativas aos contratos de Hedge fechados, no valor de R\$ 102.659.703,00, foram glosadas pela fiscalização;

(3) As despesas de variação cambial não alteram as adições/exclusões, pois já foram realizadas quando do fechamento dos contratos de hedge;

Cientificada do lançamento em 29/12/2009, a contribuinte apresentou impugnação estruturada sob os seguintes tópicos:

- CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A IMPUGNANTE
- NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA NÃO OBSERVÂNCIA DA POSTERGACÃO DO PAGAMENTO DOS TRIBUTOS DECORRENTES DE OPERAÇÕES DE HEDGE REALIZADAS NO EXTERIOR
- NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA OBRIGATORIEDADE DE O D. AGENTE FISCAL CONSIDERAR AS ANTECIPAÇÕES DE IRPJ E CSLL REALIZADAS NO DECORRER DO ANO-CALENDÁRIO
- NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR CONTA DA INSUBSISTÊNCIA DA AUTUAÇÃO FISCAL – FALTA DE APURAÇÃO DO LUCRO REAL E DA BASE DE CÁLCULO DA CSLL
- NULIDADE DE PARTE DA AUTUAÇÃO FISCAL PELA FALTA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PARA A DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS COM JUROS E COMISSÕES, BEM COMO DAS VARIAÇÕES CAMBIAIS INCORRIDAS PELA IMPUGNANTE – NECESSIDADE, NORMALIDADE E USUALIDADE
- DO MÉRITO
 - 1 – DAS OPERAÇÕES DE HEDGE REALIZADAS PELA IMPUGNANTE
 - – DA INCONGRUÊNCIA DOS DADOS DO BACEN

- – DO QUADRO COMPARATIVO ELABORADO PELO D. AGENTE FISCAL
- – DA INSUBSISTÊNCIA DO OBJETO DA AUTUAÇÃO
- – DAS OPERAÇÕES DE HEDGE PRATICADAS PELA IMPUGNANTE
- 2 – DA DEDUÇÃO DE DESPESAS USUAIS E NECESSÁRIAS
- 3 – AD ARGUMENTANDUM – DA DEDUTIBILIDADE DAS PERDAS AUFERIDAS EM OPERAÇÕES DE HEDGE REALIZADAS NO EXTERIOR, AINDA QUE NÃO FOSSEM CONSIDERADAS OPERAÇÕES REALIZADAS EM BOLSA
- 4 – DA ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO:

A Turma julgadora rejeitou estes argumentos aduzindo que:

- A arguição de nulidade do lançamento não deve prosperar, porque *não se vislumbra, no presente caso, qualquer óbice que determine a precariedade dos lançamentos realizados pelo Fisco, uma vez que foram realizados nos moldes estabelecidos pelo Código Tributário Nacional, não se configurando qualquer violação ao que o mencionado diploma legal dispõe e, tampouco, ao artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972. Os Autos de Infração foram lavrados por autoridade administrativa plenamente vinculada, respeitando os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação, e com a correta identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, além do que a descrição dos fatos e as provas juntadas ao processo permitem esclarecer a causa das autuações, bem como toda a sistemática aplicável à constituição dos créditos tributários e, por sua vez, a argumentação desenvolvida pela interessada na peça impugnatória permite concluir que o motivo das autuações foi compreendido, tanto que contestado.*
- *Quanto às alegações da não observância do procedimento previsto no Parecer Normativo nº 02/1996 no tocante à postergação de pagamentos, da ausência de dedução dos recolhimentos efetuados pela interessada a título de antecipações no ano-calendário de 2004 na apuração da base tributável e de equívocos cometidos pelo D. Agente Fiscal na apuração dos tributos supostamente devidos esclareceu que elas seriam oportunamente abordadas, visto se tratarem de questão de mérito, não ensejando, deste modo, nulidade dos referidos lançamentos.*
- No mérito, embora reconhecendo que *a interessada entregou uma enorme gama de documentos com o objetivo de comprovar a aplicação dos recursos em operações de hedge dos contratos futuros de soja e derivados, observou que as glosas foram promovidas porque entendeu a fiscalização que nenhum deles comprovou a efetiva aplicação dos recursos transferidos ao exterior pela ADM do Brasil na operação de hedge alegada, para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago. E, tratando-se de matéria de prova, invocou o disposto nos art. 251, parágrafo único, 264 e 396, todos do RIR/99, no sentido de que os resultados líquidos de operações de cobertura em Bolsa no Exterior realizados diretamente pela empresa brasileira devem ser comprovadas por documentação hábil e idônea (incluindo a demonstração de que foram realizadas pela empresa brasileira).*

- Declarou impertinentes as *alegações relativas à dedutibilidade dos referidos custos tendo em vista a necessidade, usualidade e normalidade dos mesmos bem como das alegações relativas à dedutibilidade das perdas auferidas em operações de hedge realizadas no exterior, ainda que não fossem consideradas operações realizadas em Bolsa, e afastou a aplicação do Parecer Normativo nº 2/96 uma vez que não foi verificada inobservância de regime de competência na escrituração de receitas, custos ou despesas.*
- Centrando-se na *lide propriamente dita*, asseverou que a interessada não logrou comprovar, nem durante o procedimento de fiscalização, nem na impugnação, momento propício para contraditar, com documentos hábeis e idôneos, a transferência de recursos da ADM Investor Services, em nome da ADM do Brasil, para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago, e declarou válida a glosa promovida.
- Desmereceu a afirmação de que *"não é possível fazer a demonstração dos pagamentos feitos pela impugnante a Bolsa de Chicago"*, pois, em se tratando de custos, que têm o condão de reduzir o lucro líquido do exercício e, conseqüentemente, o crédito tributário devido, é seu o ônus de provar a sua existência. Citou doutrina neste sentido.
- Quanto à afirmação de que as operações estariam devidamente registradas na contabilidade, salientou que a credibilidade dos assentamentos contábeis não se operacionaliza pelo simples fato de tê-los apenas na conformidade da técnica mas, também, se funda nos Princípios e Convenções que norteiam a Ciência Contábil, especialmente os da Continuidade, Oportunidade, Competência e da Consistência, o que exige disponibilização da documentação hábil, idônea que resguarda a escrituração. Citou jurisprudência administrativa neste sentido e frisou o fato de o procedimento fiscal ter decorrido de demanda externa requisitória solicitada pelo Ministério Público Federal e Banco Central do Brasil, muito embora a infração tenha decorrido da falta de atendimento às intimações e reintimações feitas à empresa para que prestasse esclarecimentos acerca das remessas de divisas ao exterior em pagamento a cobertura de margens de contratos futuros de soja e seus derivados, solicitada pela Bolsa de Mercadorias de Chicago, em virtude das operações de hedge de commodities agrícolas.
- Quanto aos contratos de câmbio apresentados, destacou que *não obstante a afirmação de que a conta-corrente indicada para crédito nos contratos de câmbio (fl. 17/89) ser a mesma, tem-se como destinatários dos recursos a ADM Company e ADM Investor Services, conforme relatado no Termo de Verificação Fiscal*. Registrou que inconsistências no quadro elaborado pela Fiscalização não maculam o lançamento.
- E, quanto aos valores relativos à variação cambial, juros e comissões, ratifica-se correta a glosa dos mesmos, pois, como não restaram comprovados os pagamentos de margens de garantia de contratos futuros de hedge fechados, as despesas acessórias também não estão confirmadas, devendo receber necessariamente o mesmo tratamento tributário. Frisou tratar-se de interpretação sistemática das normas jurídicas disciplinadoras da dedutibilidade das despesas para efeitos fiscais.
- Declarou insuficientes as tabelas acostadas aos autos na impugnação intituladas *Doc. 10-a, Doc. 10-b e Doc. 10-c elaboradas pela própria*

interessada, sem a apresentação de sua escrituração fiscal/contábil (inclusive livro LALUR) e dos documentos pertinentes, para prova da alegada adição de parte das variações cambiais glosadas.

- Quanto à apuração dos tributos lançados, tendo em conta o que informado pela contribuinte em DIPJ, e o demonstrativo apresentado pela Fiscalização, assevera que *foi efetuado recálculo do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL relativos ao ano-calendário de 2004, sendo considerados como valor tributável somente a infração no valor de R\$ 988.456.803,45, que corresponde à diferença entre os valores apurados pela fiscalização e os valores informados pela interessada em sua DIPJ.* Acrescentou que não houve erro no cálculo do limite do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa de CSLL utilizados, pois segundo informações do Sistema SAPII/RFB (*Demonstrativo de Compensação de Prejuízos Fiscais — fl. 2681/2685*) e do Sistema SACS/RFB (*Demonstrativo da Base de Cálculo Negativa da CSLL — fl. 2686/2687*) e na DIPJ 2009/2008 (fl. 2735), os saldos existentes em 2004 foram integralmente utilizados em períodos subsequentes.
- Ainda, observou que não foi considerada a dedução do valor de R\$ 240.000,00 quando do cálculo do adicional de 10%, pois esse somente pode ser utilizado uma única vez. E, relativamente às antecipações de IRPJ e CSLL declaradas na DIPJ 2005/2004, constatou que seus valores foram utilizados para quitar o valor de IRPJ devido declarado de R\$ 29.118.595,02 e o saldo negativo apurado no valor de R\$ 108.620.949,89 foi objeto de diversas DCOMP, conforme Relatório do Sistema PER/DCOMP/SIEF/RFB (fl. 2688/2689); o mesmo ocorrendo com as antecipações de CSLL.
- Afastou a aplicação da Solução de Consulta Interna nº 23, de 21 de dezembro de 2006, vez que foi lançada, como já visto, a diferença entre os tributos apurados após as glosas e os declarados.
- Por fim, declarou válida a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Cientificada da decisão de primeira instância em 09/11/2010 (fl. 2765), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 08/12/2010 (fls. 2768/2848), acompanhado dos documentos de fls. (2847/2876), no qual reprisa os argumentos apresentados na impugnação.

Antes, porém, descreve o papel da recorrente em seu ramo de atividade, destacando que o grupo do qual faz parte (Archer Daniels Midland, com sede em Decatur, Estado de Illinois, EUA) ser *líder mundial no desenvolvimento responsável e sustentável da agricultura e bionergia*, atuando desde 1923 e contando com mais de 28.000 colaboradores em 60 países. A subsidiária no Brasil, por sua vez, é *responsável pela comercialização de mais de 9 milhões de toneladas de sementes de oleaginosas, milho e trigo por ano*, contando com 73 filiais e 3.000 funcionários, movimentando mais de 65% do total de soja produzido no Brasil, juntamente com outras três empresas (Bunge, Cargil e Dreyfus), processando 3,5 milhões de toneladas de soja por meio de suas quatro fábricas no Brasil, e atuando, também, *nos ramos de fabricação e comercialização de fertilizantes, biodiesel e álcool extraído de cana-de-açúcar.*

Reputa necessárias estas considerações para demonstrar o volume de commodities regularmente negociado pelo Grupo ADM, inclusive a Recorrente, bem como a necessidade de uma estrutura dedicada para operar o grande volume de operações de hedge.

Reitera a arguição de nulidade do lançamento porque (a) não foi observado o procedimento previsto no artigo 273 do Regulamento do Imposto sobre a Renda de 1999, no tocante à postergação de pagamentos; (b) na apuração da base tributável, não se procedeu à dedução dos recolhimentos efetuados pela Recorrente a título de antecipação no ano-calendário de 2004, em conformidade com Solução de Consulta Interna nº 23/06; e (c) foram cometidos diversos outros equívocos pelo D. Agente Fiscal na apuração dos tributos supostamente devidos.

Afirma a ocorrência de postergação em razão da tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil (art. 25 da Lei nº 9.249/95 e art. 21 da Medida Provisória nº 1.858/99), relativamente à qual inexistente qualquer restrição à compensação de prejuízos ou perdas em operações realizadas no exterior com lucros lá auferidos, como bem expressa o art. 7º, inciso II da Instrução Normativa SRF nº 633/2006, em consonância com o art. 76, §§ 4º e 5º da Lei nº 8.981/95. Em consequência, os resultados líquidos negativos apurados em operações realizadas no exterior, que não se enquadrem como operações de cobertura (hedge) realizadas diretamente em bolsa de valores, poderão ser utilizados para absorção de resultados líquidos positivos apurados em exercícios subsequentes.

Entende que ofende o conceito de renda e lucro não se permitir a utilização de prejuízos e perdas apuradas em operações realizadas no exterior em determinado ano-calendário para a absorção de resultados líquidos positivos apurados em exercícios posteriores, motivo pelo qual é inadmissível a exigência de tributos sobre a glosa de R\$ 885.797.100,45, uma vez que esse valor, ou ao menos parte dele, já foi oferecido à tributação, já no ano-calendário seguinte. Nos termos do art. 273 do RIR/99, quando o contribuinte computar na apuração do lucro real uma dedução que apenas poderia ocorrer em período-base futuro, aplica-se a regra relativa à postergação do pagamento.

Nulo é o lançamento em razão de erro no critério jurídico adotado, pois, nesses casos, o lançamento de eventual diferença deve ser feito pelo valor líquido, compensando-se o valor do pagamento realizado em outro exercício ao que o contribuinte tinha direito. Cita jurisprudência administrativa neste sentido.

Frisa que o lançamento foi formalizado porque no entendimento do D. Agente Fiscal, e que foi mantido pela decisão da DRJ/RJ, tal resultado negativo não poderia ter sido deduzido para fins de apuração do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2004, mas apenas e tão somente utilizado na absorção de resultado positivo apurado no ano-calendário subsequente (2005). Indica o documento nº 2, juntado à impugnação, como prova de que no ano-calendário subsequente (2005), embora a Recorrente tenha apurado resultado positivo em operações realizadas no exterior, ela não mais possuía nenhum resultado líquido negativo apurado em período anterior, de forma que não houve qualquer redução dos resultados positivos apurados no ano de 2005, bem como traz quadros comparativos, em seu recurso, para demonstrar os efeitos do pagamento postergado alegado.

Reporta-se aos documentos nº 3 e 4, juntados à impugnação, que provariam os pagamentos efetuados em 2005, e reafirma a aplicação do Parecer Normativo COSIT nº 2/96.

Esclarece que o erro no critério jurídico utilizado pela autoridade lançadora enseja a nulidade do lançamento, ao contrário de um simples erro de fato.

No que tange à nulidade decorrente da desconsideração das antecipações realizadas no ano-calendário 2004, destaca que a constituição da *obrigação tributária somente pode ser feita em estrita conformidade com o que está disposto em lei*, e esta prescreve que as antecipações devem ser deduzidas ao final do período de apuração correspondente, para fins de determinação do tributo devido. Afirma novamente que há erro de direito, ou erro no critério jurídico utilizado, pois a autoridade lançadora deixou de observar o que determina a lei para fins de apuração do *quantum debeatur* de IRPJ e CSLL na sistemática do lucro real anual.

Demonstra que, admitindo as antecipações de 2004, o IRPJ devido seria reduzido de R\$ 247.114.200,86 para R\$ 80.097.506,33, e a CSLL de R\$ 88.961.112,31 para R\$ 28.637.099,64. Especifica a forma de quitação das estimativas apontadas para aquele ano-calendário, e conclui que o lançamento carece de elemento essencial, qual seja, seu motivo.

Opõe-se à cogitação de que a *compensação das antecipações de IRPJ e de CSLL realizadas no decorrer do ano-calendário com os tributos apurados no final do período seriam mera faculdade conferida aos contribuintes*, invocando o entendimento firmado na Solução de Consulta Interna COSIT nº 23/2006 e discordando da interpretação que lhe foi dada na decisão recorrida. Defende que naquele ato determinou-se, para toda e qualquer constituição de ofício de IRPJ e CSLL, a dedução das retenções na fonte ou antecipações referentes às receitas compreendidas na apuração, entendimento também refletido no Ato Declaratório Normativo COSIT nº 58/94 e em acórdãos administrativos que cita.

Alerta que a manutenção da autuação fiscal, com redução, apenas, do montante exigido por meio da dedução de estimativas, consiste alteração no critério jurídico do lançamento, e é vedado pelo art. 146 do CTN.

Por fim, no que tange à nulidade decorrente da *falta de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL*, aduz que o lançamento exige prévio *levantamento e o exame completo de toda a documentação relativa à apuração* do IRPJ e da CSLL, ao passo que a autoridade lançadora optou por *proceder ao lançamento com base tão somente nos valores dos custos e despesas por eles glosados, sem apurar efetivamente o lucro real e a base de cálculo da CSLL*. Claro está nos autos de infração que os valores exigidos correspondem *exatamente à aplicação do percentual de 34% (25% de IRPJ e 9% de CSLL) sobre os custos e despesas glosados*, desconsiderando as antecipações, o limite de isenção do adicional do IRPJ e a possibilidade de maior compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL, ante o incremento das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Discorda da argumentação da autoridade julgadora de 1ª instância quanto à indisponibilidade das antecipações, já utilizadas em compensação, reafirmando o dever da autoridade fiscal de recalcular *todo o lucro real e toda a base de cálculo da CSLL da Recorrente*. Da mesma forma reporta-se à impossibilidade de compensação de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas aventada na decisão recorrida, acrescentando que *caso fosse o necessário, deveria a Fiscalização, posteriormente, autuar a Recorrente nos anos-calendário de 2005 e 2006 para a cobrança de IRPJ e CSLL devidos em razão da inexistência de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL*.

Ressalta, por fim, que não pode *esse Egrégio Conselho, tampouco a autoridade lançadora, realizar o cálculo correto dos tributos lavrados, a pretexto de corrigir o*

lançamento fiscal. Caso assim proceda, estará realizando a atividade de lançamento, o que é vedado pela legislação vigente. Cita jurisprudência administrativa neste sentido e conclui pedindo que seja declarada a nulidade dos autos de infração.

Ainda argüindo a nulidade do lançamento, mas agora apenas no que tange à glosa de juros, comissões e variações cambiais, discorda da conclusão fiscal de que tais despesas seriam acessórias às despesas de hedge e, portanto, indedutíveis, sem qualquer análise da aplicação da regra de dedutibilidade cabível. Cita o art. 299 do RIR/99 e o Parecer Normativo CST nº 32/81 para expressar o seu entendimento sobre o que é uma despesa necessária e usual, concluindo depois que só seria possível glosar a dedutibilidade de tais despesas para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da Recorrente, caso a Fiscalização comprovasse que elas não preenchem os requisitos previstos no artigo 299 do RIR/99, o que todavia, não foi feito.

Assevera que as operações e as margens de cobertura foram verificadas e atestadas pela própria Fiscalização, e a alegação de não terem sido efetuadas em bolsa não afeta a dedutibilidade dos demais encargos, especialmente em relação às variações cambiais que são despesas incorridas no País. Como eram necessárias as operações de cobertura, lícita é a dedução dos juros, comissões e variações cambiais.

Especialmente em relação às variações cambiais, destaca que a fiscalização valeu-se apenas da “acessoriedade” das despesas para a glosa, sem ter em conta o momentum da liquidação das operações de hedge praticadas, em consonância com o regime de caixa imposto pelo art. 30 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, para tributação destes valores. Acrescenta que adicionou ao lucro real e à base de cálculo da CSLL o montante de R\$ 38.561.164,02 do total de variações cambiais glosadas pela Fiscalização.

Finaliza seu pedido de declaração de nulidade do lançamento aduzindo:

Ora, se uma simples indagação à Recorrente no curso do processo de fiscalização ou, então, breve folheada no Livro de Apuração do Lucro Real seria suficiente para afastar a tributação das despesas com juros, comissões e variações cambiais incorridas pela Recorrente, não se pode afirmar, com consciência tranquila, que houve observância ao art. 142 do CTN e aos bons princípios da administração pública.

Pretende, também, a declaração de nulidade da decisão recorrida, uma vez que deixou de apreciar todas as razões de defesa suscitadas pela Recorrente. Relaciona os tópicos de sua defesa, aduz que os julgadores de 1ª instância limitaram-se a se manifestar, vagamente, sobre alguns pontos levantados na impugnação, e aponta, a título de exemplo, que ante a longa argumentação acerca da nulidade do auto de infração em razão da não observância da postergação do pagamento dos tributos decorrentes de operações de hedge realizadas no exterior, a autoridade julgadora não se manifestou acerca dos argumentos ventilados na defesa, tais como aplicabilidade do artigo 273 do RIR no presente caso, ocorrência de erro material, dentre outros.

No mérito, desde o início de sua defesa questiona a exigência de extrato emitido pela Bolsa de Chicago acerca de operações de hedge ali efetuada em nome da Recorrente, pois referido documento não existe e não pode ser obtido dada a sistemática de funcionamento daquela instituição. Destaca a apresentação de farta e robusta documentação plenamente hábil a comprovar que suas operações de hedge foram contratadas em bolsa no exterior, por ela assim resumidos:

- *Extratos das operações de hedge efetuadas pela Recorrente, que contém todas as informações das operações efetuadas (fls. 98 a 678);*
- *Razão contábil da conta ADM DECATUR EXEC FUTUROS mantida pela Recorrente, que atesta as movimentações das operações de hedge efetuadas (fls. 679 a 708);*
- *Contratos de câmbio comprobatórios das remessas e recebimentos relativas As operações de hedge da Recorrente (fls. 16 a 89);*
- *Relatório dos pagamentos efetuados pela ADM Financeira para a Bolsa de Chicago e respectivas transferências (fls. 1017 a 1030);*
- *Extrato diário com o cálculo da variação de margem emitido pela Bolsa de Chicago (fls. 1025 a 1483);*

Ademais, como a autoridade fiscal reconheceu que "os relatórios apresentam cálculos corretos dos valores das margens dos contratos futuros das operações de Hedge alegadas pelo contribuinte", claro está que o lançamento somente foi lavrado em razão da suposta falta de apresentação do já mencionado extrato emitido pela Bolsa de Chicago. Assevera que as operações de hedge representam verdadeiro imperativo às atividades desenvolvidas pela Recorrente, representando despesas absolutamente usuais e necessárias à consecução de seus objetivos sociais.

Mais à frente, acrescenta que as bolsas de mercadorias no Brasil não são capazes de absorver e conferir liquidez às transações realizadas pelo Grupo ADM, dado o volume das atividades comerciais – e por conseqüência, de operações de hedge – realizadas pela Recorrente. Transcreve artigo publicado na Revista Economia e Agronegócio atestando que a BM&F não possuía a liquidez necessária para garantir aos agentes de mercado de soja a efetividade buscada para seus instrumentos de hedge, havendo inclusive o risco dos agentes locais não serem capazes de fechar suas posições.

Exemplifica que realizou cerca de 139.000 contratos de hedge, dos quais apenas 2% poderiam ser absorvidos pela BM&F. Daí a imperatividade da realização das operações de hedge junto à Bolsa de Chicago, e a submissão da recorrente às normas regulatórias desta entidade e das autoridades competentes dos Estados Unidos da América.

Descreve o *fluxo operacional* de suas atividades, consistentes em realizar *negócios de compra com entrega física futura de soja com os produtores rurais ou exportadores ao redor do mundo e fechar contratos de venda dessa natureza com seus clientes locais ou internacionais*, de forma que as operações de hedge destinam-se a *reduzir os riscos das flutuações dos preços de soja entre a data da compra e/ou venda da soja e o seu recebimento e/ou entrega física*. Especifica que:

163. Para efetuar as operações de hedge, as subsidiárias do Grupo ADM ao redor do mundo inserem os dados de suas respectivas operações comerciais em um único sistema de computador, o qual é administrado pela ADM Trading Company ("ADM Trading"). Ao inserir os dados no referido sistema, as subsidiárias do Grupo ADM submetem à ADM Trading as correspondentes ordens de hedge ("Ordem"), que nada mais são do que as posições contrárias àquelas contratadas fisicamente com os produtores rurais ou cliente das empresas do Grupo ADM. Na colocação da Ordem, são informados o número da conta de controle da subsidiária, o tipo e quantidade de mercadoria a ser coberta pelo hedge, o tipo de operação (compra ou venda) e a data de opção da mercadoria na Bolsa de Chicago.

164. Cada Ordem configura um contrato, o que implica a obrigação de compra ou venda do tipo e quantidade de mercadoria estabelecidos na Ordem, na data de entrega ali prevista, **conforme precificação de mercado listada na Bolsa de Chicago.**

[...]

166. Em resumo, as Ordens são inseridas no sistema administrado pela ADM Trading, que centraliza e consolida as Ordens de todas as subsidiárias e, na sequência, transfere essas exposições a ADM Financeira, entidade financeira que executa tais Ordens junto à Bolsa de Chicago.

[...]

168. A centralização das Ordens de todas as subsidiárias, efetivada pelo sistema da ADM Trading, importa dizer, dentre outros fatores, **decorre da necessidade de melhor cumprir as regras do Grupo CME, controlador da Bolsa de Chicago e do órgão regulador norte-americano (i.e., the Commodity Futures Trading Commission ("CFTC"))**. Essas regras, como ditas anteriormente, não são aplicáveis a qualquer entidade que busque realizar operações de hedge na Bolsa de Chicago, mas apenas as empresas do porte do Grupo ADM, que operam volume imenso de transações e possuem inúmeras subsidiárias que precisam, ao mesmo tempo, ter acesso a Bolsa de Chicago.

169. A fim de comprovar o que consta no parágrafo anterior, a Recorrente anexa ao presente recuo carta preparada pelos Srs. Scott E. Early e Kathryn M. Trkla, ex-diretor jurídico e ex-vice-presidente da Bolsa de Chicago, respectivamente (doc. 03).

Passando à exposição do *fluxo de pagamentos* de suas atividades, a recorrente inicialmente destaca que a ADM Financeira é um membro de compensação qualificado do Grupo CME [que integra as Bolsas de Valores e de Mercadorias e Futuros de Chicago e de New York], o que a autoriza a atuar junto as bolsas de valores e mercadorias e futuros do Grupo CME, em nome do Grupo ADM e de outros clientes (terceiros não relacionados) na qualidade de instituição financeira, acrescentando que sua atividade é altamente regulada, dado atuar nas maiores Bolsas de mercadorias e futuros do mundo e influenciar nos investimentos realizados por milhões de investidores ao redor do mundo. Aponta, ainda, declaração à fl. 1010 que confirma a atuação da ADM Financeira como membro da Câmara de Compensação da Chicago Mercantile Exchange (CME).

Frisa, ainda, na referida declaração, o fato de a Bolsa de Chicago não emitir extratos diretamente ao Grupo ADM, a evidenciar que a falta de apresentação de tal documento, portanto, não decorre de um descuido, desídia ou falha por parte da Recorrente em "conservar em ordem, documentos e papéis que se refiram a atos e operações que modifiquem ou possam vir a modificar a sua situação patrimonial", como consignado na ementa da r. decisão recorrida, já que se trata de documento inexistente cuja obtenção é impossível!

Acrescenta que a liquidação das operações intermediadas pela ADM Financeira é feita mediante *pagamentos centralizados e consolidados à Bolsa de Chicago*, estando parcialmente correta a afirmação fiscal acerca destes pagamentos globais, com exceção de que as transferências à Bolsa de Chicago, por determinação das normas dos órgãos regulatórios norte-americanos, são feitas em dois grupos, para manter os recursos recebidos de seus clientes separadamente daqueles de titularidade das empresas do Grupo ADM. Esclarece,

assim, que a conta NSEC CLR PB 905 – ADM Investor Services consolida somente operações do Grupo ADM liquidadas pela ADM financeira.

Asseverando que os recursos necessários para os pagamentos à Bolsa de Chicago são adiantados à ADM Financeira pela ADM Co., descreve o fluxo de pagamentos nos seguintes termos:

- *Diariamente, a ADM Financeira realiza dois grupos de pagamentos das margens contratadas naquele dia, um grupo se refere às transações do Grupo ADM e outro relativo às operações de seus demais clientes.*
- *A entrega dos recursos para o pagamento efetuado pela ADM Financeira à Bolsa de Chicago é realizado pela ADM Co., gerenciadora de caixa do Grupo ADM.*
- *A ADM Co., por seu turno, é ressarcida dos pagamentos à ADM Financeira pelas subsidiárias do Grupo ADM, dentre elas a Recorrente.*
- *Vale notar que os hedges executados podem gerar ganhos ou perdas às subsidiárias do Grupo ADM, razão pela qual a ADM Co. pode receber ou realizar pagamentos em relação a cada uma das subsidiárias do Grupo ADM, dentre elas a Recorrente.*

Assim, na medida em que o mecanismo de contratação e liquidação das operações de hedge junto à Bolsa de Chicago envolve a centralização e consolidação do fluxo de pagamentos na ADM Financeira, impossível era a prova requerida pela Fiscalização. Acrescenta que a atuação da ADM Company é normal, pois seria praticamente impossível a realização de remessas internacionais diárias para a cobertura das margens à ADM Financeira, realizando-se adiantamentos e promovendo-se reembolsos mediante conta-corrente dentro do mesmo grupo econômico. Mais a frente reafirma que a conta-corrente indicada nos contratos de câmbio é sempre da ADM Company, embora a ADM Financeira também tenha sido indicada, pela Fiscalização, como destinatária dos recursos.

Conclui, diante deste contexto, que os documentos apresentados pela Recorrente ao longo do processo de fiscalização que atestam as remessas efetuadas à ADM Co. a título de ressarcimento das margens cobertas por tal entidade para a ADM Financeira (fls. 17/89), bem como os comprovantes dos pagamentos efetuados pela ADM Financeira à Bolsa de Chicago (fls. 1025/1043) são prova suficiente da realização das operações de hedge junto à Bolsa de Chicago. E aduz:

201. Adicionalmente, muito embora não seja possível fazer a demonstração dos pagamentos feitos pela Recorrente diretamente a Bolsa de Chicago em razão da regulação vigente nos Estados Unidos, é possível que se realize o confronto dos resultados auferidos pela Recorrente com as suas operações de hedge e se verifique que estes oscilam exatamente conforme as variações dos preços das mercadorias "hedgeadas" na Bolsa de Chicago. Este, fato, ressalte-se, foi expressamente reconhecido pelo D. Agente Fiscal. Ora, quer parecer à Recorrente que tal evidência constitui prova mais do que suficiente de que as operações foram realizadas em bolsa, o que as tornam dedutíveis tanto para fins de apuração do IRPJ, quanto para fins de apuração da CSLL. Sobre esse aspecto, no entanto, silenciou a r. decisão recorrida.

Aborda, também, a incongruência dos dados do BACEN, inicialmente mencionando que a decisão recorrida preferiu silenciar sobre estes argumentos, aduzindo que eles não se prestaram como fundamento da autuação. Procura esclarecer as afirmações contidas no Ofício (incremento de remessas e desproporção do montante de remessas), reportando-se a uma forte pressão sobre os preços internacionais da soja, verificada no início de 2004, e à

demanda crescente do produto por parte da China, o que enseja um incremento nas suas receitas de vendas de produto, mas também acarreta perdas equivalentes nos contratos de hedge, dada a assunção de obrigações substancialmente opostas. Ante as maiores perdas, maiores foram as remessas constatadas pelo BACEN, mas também maior foi o faturamento em razão do aumento dos preços de venda, e por conseguinte, a base de cálculo dos tributos devidos pela recorrente.

Quanto à constatação fiscal de que em 2004 foram realizadas remessas relativas a contratos de hedge liquidados em anos anteriores, aduz que:

215. Em planilha que seguiu anexa à impugnação apresentada, a Recorrente corrigiu as distorções das informações consignadas no Termo de Verificação Fiscal, já que pretendeu comparar valores das remessas realizadas pela Recorrente no ano de 2004 (fluxos de pagamento) com os registros contábeis das operações escriturados na conta 128116 - ADM DECATUR EXEC FUTUROS, que seguem o regime de competência. Do total dos recursos remetidos ao exterior pela Recorrente em 2004, US\$ 220.829.592,65 se referiam a perdas incorridas em contratos de hedge liquidados em anos anteriores (2001 a 2003).

216. Dado o grande volume de operações de hedge realizadas pela Recorrente, a liquidação financeira individualizada ou até mesmo diária de tais contratos via contrato de câmbio mostra-se praticamente impossível (em 2004 a Recorrente fechou aproximadamente 139.000 contratos de hedge, o que dá uma média diária por dia útil de 579,16 operações). Por essa razão, e considerando que os fluxos financeiros da Recorrente são geridos pela ADM Co., opta-se por liquidar, periodicamente, parte ou totalmente as posições financeiras com aquela empresa. Exatamente isso foi o que aconteceu em 2004.

Acrescenta que as informações do BACEN são imprecisas, pois ali não se informa o universo de operações adotado para as inferências feitas. Conclui, assim, que não há como o D. Agente Fiscal ou o BACEN afirmarem que as operações contratadas pela Recorrente são incompatíveis com as suas atividades.

Questiona, também, o quadro comparativo entre faturamento de depósito de margens elaborado pela Fiscalização, asseverando que: 1) o valor apontado como a totalidade das margens cobertas pela ADM Company está incorreto, pois já representa os pagamentos efetuados pela ADM Financeira em prol da ADM Company; 2) o faturamento da ADM Company refere-se ao ano fiscal que vai de 01/07/2003 a 30/06/2004, distinto da base de comparação; 3) o pagamento efetuado à ADM Financeira envolve todas as subsidiárias do Grupo e não pode ser comparado apenas com os resultados da recorrente; 4) a utilização, pela Fiscalização, da taxa média do dólar em 2004 causa distorções em razão do faturamento ter sido convertido, pela contribuinte, mensalmente em razão da taxa vigente.

Reiterando o controle ao qual é submetida a ADM Financeira, repudia a afirmação fiscal de *facilidade para manipulação de operações, relatórios e contabilidades*, incompatível com o reconhecimento, pela própria Fiscalização, de que a contribuinte apresentou *cálculos corretos dos valores das margens dos contratos futuros das operações de hedge*, e com a clareza dos documentos apresentados para demonstrar a efetividade das operações realizadas em bolsa.

Reprisa o conteúdo dos documentos apresentados à autoridade lançadora durante o procedimento fiscal, destaca novamente a compatibilidade destas informações com

os demais elementos apresentados à Fiscalização, como por ela reconhecido, e novamente manifesta sua inconformidade com a exigência de documento que não lhe é possível apresentar, sem que uma análise mais aprofundada de suas atividades fosse feita. Ressalta a relevância da exigência e o risco que ela causa à continuidade das atividades da recorrente, e pede a improcedência do lançamento.

Ainda, porque representativos de despesas usuais e necessárias, defende a dedutibilidade *dos resultados de operações de cobertura de riscos realizadas em outros mercados de futuro no exterior, além de bolsas, desde que admitidas pelo Conselho Monetário Nacional*, nos termos do art. 396, §1º do RIR/99 e da Resolução CMN nº 2.012/93. *Desde que se trate de operações de hedge vinculadas a operações reais e efetivas de revenda de soja e que sigam rigorosamente os parâmetros de mercado, como no caso presente, tais despesas deverão ser consideradas operacionais e dedutíveis independentemente se realizadas em bolsa ou fora dele.*

Descreve os *três grandes conjuntos de transações* que realiza (compra, hedge e revenda), esclarecendo que na primeira fase de compra, em regra no 2º semestre de cada ano, podem ocorrer adiantamentos ou financiamentos de produtores, verificando-se a entrega da soja somente a partir do 2º trimestre do ano seguinte, a exigir *precauções quanto às variações de preço até que o produto seja recebido e possa ser revendido*, o que compele a recorrente a *se valer do instrumento de hedge*.

Reporta-se a doutrina esclarecendo *que o hedge nada mais é que a aquisição de contratos em posição inversa aos contratos já firmados pela sociedade*, e acrescenta que *num contexto em que os preços dos produtos que comercializa oscilam ao sabor do mercado, deixar de realizar operações de hedge certamente evidenciará que a Recorrente é mal gerida ou possui grande atividade especulativa*. Citando as causas de variação de preços no mercado que atua, conclui que *o hedge é usual e necessário às atividades da Recorrente*.

Constrói exemplo numérico para aclarar tais afirmações, e destaca que *a soja, principal produto agropecuário negociado pela Recorrente, no ano de 2004, foi o segundo produto agropecuário brasileiro cujo preço apresentou maior volatilidade*. E complementa:

253. Dentro desse mecanismo, mesmo que o preço de mercado da soja suba quando da data de sua colheita e revenda, o valor que a Recorrente receber a mais do seu cliente no mercado externo será remetido ao exterior por força do hedge. De outro lado, caso o valor de mercado caia e, por consequência, o cliente externo da soja física pague menos à Recorrente, o hedge propiciará um resultado positivo equivalente ao valor pactuado no contrato e o valor de mercado para essa época.

254. Ao minimizar seus riscos pela contratação das operações de hedge, a Recorrente pode se concentrar em suas atividades principais: a compra, estocagem, distribuição, processamento e revenda de soja.

Traça a hipótese de incidência do IRPJ a partir da Constituição Federal para concluir que *em decorrência da premissa basilar e irredutível de que apenas podem ser submetidos ao IRPJ (e também CSLL) os acréscimos patrimoniais efetivos, os resultados das operações de hedge contratadas pela Recorrente não podem ser avaliados isoladamente das operações comerciais que pretendem cobrir e, destarte, tributados da forma efetuada pelo D. Agente Fiscal*. Novamente menciona que a adição dos prejuízos decorrentes de operações de *hedge* decorre da suposição de que *tais operações não teriam sido praticadas em bolsa*.

Apresenta mais exemplos numéricos dos resultados que seriam auferidos em caso de valor de mercado superior ou inferior ao preço de compra contratado, para concluir que *impedir a dedutibilidade das perdas auferidas nas operações de hedge significaria tributar os ganhos realizados nas operações comerciais da recorrente sem considerar os custos incorridos para a sua consecução, isto é, aqueles decorrentes das operações de hedge*. Reporta-se a jurisprudência administrativa contrária a este tipo de entendimento, em situações semelhantes como no caso de *despesas de juros incorridos em empréstimos repassados a outras empresas do mesmo grupo econômico*.

Discorda da interpretação que, a partir do disposto no art. 396 do RIR/99, considera indedutíveis os *pagamentos das operações de cobertura não realizadas em bolsas*, pois tal implicaria reconhecer que aquela norma *visa a locupletar o fisco de forma injustificada, na medida em que seriam tributadas as receitas de venda das mercadorias, mas não seria aceito um importante custo incorrido para que essas mesmas receitas fossem auferidas*.

Subsidiariamente invoca a aplicação do art. 71 da Lei nº 9.430/96, que em seu entendimento *houve por bem estender as demais operações realizadas em mercados de liquidação futura fora de Bolsa (balcão) o mesmo tratamento tributário conferido a tais operações realizadas em Bolsa, dentre as quais se incluem as operações de cobertura*. E, considerando o disposto nos arts. 17 e 28 daquela mesma lei, admitido está o *cômputo na determinação do lucro real, e da base de cálculo da CSLL, dos resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos em operações de cobertura (hedge) realizadas em mercados de liquidação futura, diretamente pela empresa brasileira, em Bolsas no exterior*.

Antecipa sua oposição à alegação de *que o referido dispositivo legal (art. 71), ao assegurar a dedutibilidade das perdas auferidas nas operações realizadas em mercado de liquidação futura fora de Bolsa, não teria explicitado que tal regra também seria aplicável às operações realizadas no exterior*. Segundo *Elide Palma Bifano e Luciana Aguiar*³² [³² "Anotações sobre Operações Internacionais com a Finalidade de Cobertura ("Hedge)", in "Revista de Direito Tributário Internacional nº 10", ed. Quartier Latin, p. 180.], *"à época da edição da L 9.430/96, vigorava o art. 63 da L 8.383/91, que, expressamente, autorizava esse tratamento. Esse fundamento de aplicação de tal regime vigorou até a edição da L 11.033/04, quando o art. 63, em referência, foi revogado. A partir de então, o art. 71 da L 9.430/96 passa a ser aplicado, também, a operações no exterior, com as alterações introduzidas pela L 10.833/03, em seu artigo 48, em seu §2º, autorizando o reconhecimento de perdas nas operações registradas nos termos da legislação vigente"*.

Finaliza defendendo a *ilegalidade da incidência de juros sobre a multa de ofício*, pois os juros decorrem da *utilização do capital alheio*, no caso o tributo, ao passo que a multa é pena pecuniária pelo inadimplemento de obrigação. *Se os juros remuneram o credor pela privação do uso de seu capital, eles devem incidir somente sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal, e não foi*.

Defende que não há previsão legal para incidência de juros sobre a multa, pois a expressão *débitos* do §3º do art. 61 da Lei nº 9.430/96 *diz respeito somente ao valor do principal relativo à obrigação tributária não paga no vencimento*, interpretação confirmada em razão do que expresso no art. 43 da mesma lei. Reporta-se a julgados do Primeiro Conselho de Contribuintes, e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, este editado em 09/11/2010, que adotam o entendimento por ela defendido.

Ao final, requer, ainda, o procedimento de diligência, na hipótese desse procedimento ser tido como necessário para o esclarecimento de qualquer dúvida acerca dos documentos juntados ao presente processo administrativo, bem como protesta pela produção de todas as provas em Direito admitidas, bem como pela oportuna sustentação oral de suas razões de defesa.

Em 22/02/2011 os autos do presente processo foram encaminhados em CARF, e em 21/10/2011 foram distribuídos, mediante sorteio, a esta Relatora. Contudo, em 16/03/2012 a recorrente peticionou nos autos, requerendo a juntada de novos elementos aos autos (fls. 3365/3375), especialmente os seguintes estudos e pareceres jurídicos:

- *Análises em relação aos melhores princípios e práticas de mercado que possibilitassem ao Grupo ADM efetuar operações de hedge na Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago (“Bolsa de Chicago”), promovidas por Professor Steven Thel, I. Maurice Wormser Professor de Direito da Universidade de Fordham em Nova Iorque, em que leciona sobre contratos, lei corporativa e regulamento de valores mobiliários;*
- *Análise das operações de Hedge efetuadas pela Requerente no exterior à luz do art. 396 do RIR/99, expressa em parecer do Professor Marco Aurélio Greco;*
- *Estudo dos vícios materiais que acarretam a nulidade dos autos de infração, proferido pelo Professor Eurico Marcos Diniz de Santi;*
- *Relatório da KPMG acerca da contabilização das operações e a conformidade dos Preços Praticados, com referência a Anexos numerados de 1 a 30, não juntados à petição;*

Digitalizada apenas a referida petição em 28/03/2012 (os estudos e pareceres acima mencionados acompanharam cópia desta petição apresentada a esta Relatora, mas não foram digitalizados no *E-processo*), os autos seguiram em 29/03/2012 para vistas da Procuradoria da Fazenda Nacional, que em 31/05/2012 devolveu os autos informando que apresentaria memoriais oportunamente e que realizaria sustentação oral por ocasião do julgamento (fl. 3376/3378). Os autos foram novamente distribuídos a esta Relatora em 12/06/2012, juntamente com os autos do processo administrativo nº 15586.001638/2010-81, que trata de exigência conexa, relativa ao ano-calendário 2006.

Em 10/08/2012 foi concluída a digitalização dos demais documentos apresentados pela recorrente em 16/03/2012, estruturados em 30 (trinta) anexos, os quais passaram a integrar as fls. 3379/7301 destes autos. Identificadas falhas na digitalização, esta Relatora requereu sua regularização em 03/10/2012, recebendo em 06/11/2012 os elementos faltantes.

Em 06/12/2012 a recorrente apresentou a esta Relatora petição protocolizada no CARF naquela data, requerendo a juntada de *Relatório de Comprovação do Hedge em Operações Futuros Realizadas pela Companhia no Ano-Base de 2004, emitido pela empresa de auditoria KPMG*, bem como de *Relatório de Auditoria Independente das Operações de Futuro e Opções de Commodities Realizadas pela Companhia, emitido pela empresa de auditoria Ernst & Young, acerca das controvérsias objeto de lançamento nestes autos*. Além

disso, na mesma data, requereu a juntada de parecer emitido pelo Professor Ary Oswaldo Mattos Filho, acerca da interpretação do art. 17 da Lei nº 9.430/96 em razão da forma de operação das Bolsas.

O relatório da Ernst & Young, acompanhado de diversos demonstrativos (todos em língua estrangeira), o relatório da KPMG e o parecer do Professor Ary Oswaldo Mattos Filho foram anexados à petição antes referida. Por ocasião de sua apresentação, a recorrente mencionou a existência de documentos que lhes dariam suporte, os quais seriam apresentados no CARF. Consulta ao *E-processo* evidenciou que a referida petição e os documentos que a instruíram ainda não haviam sido digitalizados até janeiro/2013, bem como que não havia registro da apresentação de outros elementos.

Em 12/09/2012, a Assessoria Técnica e Jurídica do CARF (ASTEJ) respondera a Ofício da Procuradoria da República no Espírito Santo, informando que solicitaria prioridade na tramitação do presente processo administrativo. Em 28/11/2012 o mesmo órgão requereu cópias do auto de infração e das decisões já proferidas nestes autos, as quais foram fornecidas pela Presidência desta 1ª Seção em 11/12/2012, acompanhadas da informação de que o presente processo seria incluído em pauta na sessão seguinte, em fevereiro de 2013.

O litígio não foi apreciado na reunião de julgamento de fevereiro/2013 em razão de pedido de adiamento apresentado pela recorrente. Ao final de fevereiro/2013, foram digitalizados 17 (dezesete) volumes de anexos a estes autos, cuja juntada definitiva ainda não foi promovida no *E-processo* em razão de o processo encontrar-se pautado para julgamento. Referidos documentos estão intitulados *Laudo KPMG – Relatório de comprovação do hedge em operações de futuros realizadas pela Companhia no ano-base de 2004* e reúnem Anexos entre os números 1 e 33, evidenciando tratar-se dos documentos de suporte do documento apresentado a esta Relatora em 06/12/2012, sob o título *Relatório de Comprovação do Hedge em Operações Futuros Realizadas pela Companhia no Ano-Base de 2004, emitido pela empresa de auditoria KPMG*.

VOTO

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

A recorrente argúi a nulidade do lançamento porque (a) não foi observado o procedimento previsto no artigo 273 do Regulamento do Imposto sobre a Renda de 1999, no tocante à postergação de pagamentos; (b) na apuração da base tributável, não se procedeu à dedução dos recolhimentos efetuados pela Recorrente a título de antecipação no ano-calendário de 2004, em conformidade com Solução de Consulta Interna nº 23/06; e (c) foram cometidos diversos outros equívocos pelo D. Agente Fiscal na apuração dos tributos supostamente devidos.

A nulidade dos atos administrativos de lançamento é regida pelo Decreto nº 70.235/72, que em seu art. 59, inciso I, prevê a hipótese de lavratura por pessoa incompetente, e em seu art. 10 traça os requisitos essenciais para a formalização do auto de infração. Tais dispositivos legais alinham-se ao art. 142 do CTN, que também estabelece a formalização do lançamento por autoridade administrativa competente, e exige, para sua validade, a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo.

Diante deste contexto, inexistente nulidade quando a autoridade lançadora deixa de deduzir, da base tributável, prejuízos e bases negativas acumulados em períodos anteriores, na medida em que esta compensação é uma faculdade do sujeito passivo, nos termos do que dispõe a Lei nº 9.065/95:

*Art. 15. O prejuízo fiscal apurado a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, **poderá ser compensado**, cumulativamente com os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, com o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação do imposto de renda, observado o limite máximo, para a compensação, de trinta por cento do referido lucro líquido ajustado.*

Parágrafo único. O disposto neste artigo somente se aplica às pessoas jurídicas que mantiverem os livros e documentos, exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios do montante do prejuízo fiscal utilizado para a compensação.

*Art. 16. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, quando negativa, apurada a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, **poderá ser compensada**, cumulativamente com a base de cálculo negativa apurada até 31 de dezembro de 1994, com o resultado do período de apuração ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação da referida contribuição social, determinado em anos-calendário subsequentes, observado o limite máximo de redução de trinta por cento, previsto no art. 58 da Lei nº 8.981, de 1995.*

Parágrafo único. O disposto neste artigo somente se aplica às pessoas jurídicas que mantiverem os livros e documentos, exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios da base de cálculo negativa utilizada para a compensação. (negrejou-se)

Inadmissível impor ao Fisco a averiguação de prejuízos e bases negativas acumulados em períodos anteriores, com vistas a promover, de ofício, a redução do lucro real ou da base de cálculo da CSLL apurados em razão das infrações constatadas, vinculando tais parcelas a uma exigência ainda passível de discussão no âmbito administrativo, e impedindo o sujeito passivo de dispor destes valores para redução das bases tributáveis que reconhece devidas. Da mesma forma, não é possível assim proceder, consumindo saldos de prejuízos e bases negativas em lançamento e caracterizando, como nova infração, a utilização futura destes

saldos, em momento no qual o sujeito passivo desconhecia os questionamentos que a Administração Tributária poderia produzir em relação a sua apuração original.

É certo, como diz o Professor Eurico Marcos Diniz de Santi no parecer fornecido à autuada, que a *regra de compensação dos prejuízos fiscais* integra o conjunto de regras denominado “*regra de apuração*”. Todavia, nos termos em que estabelecida na lei antes transcrita, esta compensação é um direito conferido ao sujeito passivo, que assim necessariamente integra a apuração por ele promovida, em observância ao art. 150 do CTN. A revisão deste procedimento pelo Fisco não lhe impõe o dever de integrar a vontade do sujeito passivo e promover compensação superior àquela por ele definida, eventualmente desconstituindo a livre decisão deste interessado de fazer uso daqueles saldos em outro período de apuração.

Como direito do sujeito passivo, esta compensação pode ser invocada em seus recursos administrativos, mas desde que provada a disponibilidade, naquele momento, de saldos de prejuízos fiscais e bases negativas passíveis de utilização. E, desta forma, tal argumentação passa a ter contornos de mérito, e não se mostra suficiente para ensejar a declaração de nulidade do lançamento.

Também não há que se falar em nulidade quando a autoridade lançadora deixa de considerar, na determinação do tributo a ser exigido, recolhimentos ou antecipações promovidos pelo sujeito passivo. Em que pese possa ser discutível a natureza da dedução das antecipações invocadas pela contribuinte, e o procedimento a ser adotado em face do sujeito passivo que já se valeu de eventual saldo negativo daí resultante para compensação de outros débitos, não é possível afirmar, como pretende a recorrente, que a descon sideração destes aspectos represente a ausência de elemento essencial ao lançamento tributário.

A verificação da *ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente*, a determinação da *matéria tributável*, o cálculo do *montante do tributo devido* e a identificação do *sujeito passivo*, nos termos do art. 142 do CTN, estão presentes quando a autoridade lançadora identifica a infração e recompõe a base tributável, determinando o tributo devido e promovendo o lançamento da parcela superior àquela inicialmente calculada pelo sujeito passivo. As deduções de recolhimentos e antecipações, a partir deste ponto, representam a extinção do crédito tributário, e a existência de parcela que surte tal efeito em relação ao valor exigido reveste a natureza de *fato extintivo do direito* do Fisco, que deve ser alegado pelo sujeito passivo em seus recursos administrativos.

Ressalte-se que, no presente caso, a autoridade lançadora observou a opção da contribuinte de apuração anual do lucro real, e por consequência da base de cálculo da CSLL, reconstituindo esta apuração para determinar o efeito da infração constatada, consoante determina o art. 24 da Lei nº 9.249/95. Logo, não há erro de direito na apuração do crédito tributário, podendo existir, apenas, erro de fato, se provada a existência de antecipações ou recolhimento que deveriam ter reduzido o imposto devido para fins de exigência.

Quanto à alegada burla ao prazo decadencial para confirmação de elementos determinantes do crédito tributário, ou alteração do critério jurídico do lançamento mediante admissibilidade daquelas deduções, tratam-se, também, de aspectos materiais a serem considerados no momento da apreciação da prova destas antecipações e recolhimentos pelo sujeito passivo, e não em âmbito preliminar de validade do lançamento. De fato, estando as antecipações e recolhimentos declarados, caberá ao julgador decidir se esta prova é suficiente

ou se outros questionamentos podem ser feitos acerca dos fatos extintivos do crédito tributário alegados pelo autuado.

Acrescente-se que, 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 pelos interessados, inclusive quanto à exatidão dos cálculos da exigência fiscal, cujo exame constitui matéria de mérito. A mudança do critério jurídico, nos termos do art. 146 do CTN, somente ocorreria quando a autoridade julgadora, ao analisar um lançamento completo e acabado, refaz sua materialidade e sua fundamentação. Eventual correção dos cálculos da exigência não acarreta qualquer alteração do critério jurídico, se mantida a motivação da glosa originalmente promovida e a forma de apuração (lucro real anual) adotada pela autoridade lançadora. Não fosse assim, e os julgamentos administrativos sempre resultariam em procedência ou improcedência do lançamento, e nunca em procedência parcial.

Com referência à arguição de nulidade em razão da desconsideração de parcela isenta para cálculo do adicional de IRPJ, trata-se de argumentação inclusive suprimida dos recursos administrativos apresentados no lançamento subsequente formalizado nos autos do processo administrativo nº 15586.001638/2010-81, e isto possivelmente porque não possuía base material, na medida em que a referida parcela isenta já havia sido consumida pelo sujeito passivo em sua apuração original, como bem observou a autoridade julgadora de 1ª instância. De fato, na medida em que a contribuinte havia declarado lucro real, no ano-calendário 2004, no montante de R\$ 116.570.380,05, a parcela de R\$ 240.000,00 já havia sido deduzida para determinação do adicional declarado de R\$ 11.633.038,01 (fl. 2022/verso).

Passando à apreciação da nulidade do lançamento em razão da inobservância dos efeitos da postergação, trata-se também de arguição suprimida nos recursos administrativos apresentados no lançamento subsequente formalizado nos autos do processo administrativo nº 15586.001638/2010-81. E, embora sua ocorrência pudesse representar insuficiente apuração da matéria tributável, a ensejar a improcedência total da exigência, ou mesmo sua nulidade para alguns intérpretes, o fato é que a recorrente não logrou demonstrar qual a razão de a glosa de perdas com hedge no exterior aqui veiculada repercutir em períodos de apuração subsequentes.

Reportando-se ao art. 25 da Lei nº 9.249/95, ao art. 21 da Medida Provisória nº 1.858/99, ao art. 7º, inciso II da Instrução Normativa SRF nº 633/2006 e ao art. 76, §§ 4º e 5º da Lei nº 8.981/95, a recorrente defendeu a inexistência de qualquer restrição à *compensação de prejuízos ou perdas em operações realizadas no exterior com lucros lá auferidos*. Em consequência, os valores aqui glosados porque não admitidos como resultantes de *operações de cobertura (hedge) realizadas diretamente em bolsa de valores*, poderiam ser utilizados para *absorção de resultados líquidos positivos apurados em exercícios subsequentes*.

Ocorre que o art. 25 da Lei nº 9.249/95, assim como o art. 21 da Medida Provisória nº 1.858/99 tratam da tributação de *lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior*, de modo que a possibilidade de compensação de *prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas* naquele artigo com resultados auferidos no exterior, implícita no §5º do art. 25 da Lei nº 9.249/95 depende, necessariamente, da existência de prejuízos e perdas **no exterior**, aspecto não comprovado pela fiscalizada e motivador do lançamento. Assim, caso a pretensão da recorrente seja defender a possibilidade da compensação de perdas decorrentes de operações de *hedge* no exterior com ganhos decorrentes

de operações desta mesma natureza, o fato em discussão, aqui, é a prova da existência daquelas perdas, e não simplesmente o momento de sua dedutibilidade.

O disposto na Instrução Normativa SRF nº 633/2006 também não socorre a autuada em sua argumentação de postergação. O art. 7º, depois de reproduzir em seu inciso I a autorização de cômputo, no lucro tributável, de *resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos em operações de cobertura (hedge)* no exterior, firma em seu inciso II que *os prejuízos e perdas decorrentes das demais operações realizadas no exterior somente poderão ser deduzidos até o limite dos ganhos auferidos no exterior, não podendo ser compensados com lucros e ganhos auferidos no Brasil*. Assim, também aqui a dedução de prejuízos com ganhos auferidos no exterior necessariamente depende da prova daqueles prejuízos, inexistindo qualquer irregularidade na tributação futura dos ganhos se esta prova inexistir.

Por fim, o mencionado art. 76 da Lei nº 8.981/95 trata, em seus §§ 4º e 5º, da dedução de perdas em razão de aplicações financeiras de renda fixa ou variável, permitindo, em algumas hipóteses, que ela seja feita até o limite dos ganhos auferidos em operações semelhantes. Logo, nenhum elemento novo traz para alterar as conclusões até aqui expressadas.

Imprópria, assim, a afirmação da recorrente de que a presente autuação teria impedido a *utilização de prejuízos e perdas apuradas em operações realizadas no exterior em determinado ano-calendário para a absorção de resultados líquidos positivos apurados em exercícios posteriores*. O motivo da glosa da parcela de R\$ 885.797.100,45 é a ausência de comprovação de que este valor decorra de operações de *hedge* realizadas no exterior, inexistindo qualquer acusação no sentido de que *resultado negativo não poderia ter sido deduzido para fins de apuração do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2004, mas apenas e tão somente utilizado na absorção de resultado positivo apurado no ano-calendário subsequente (2005)*.

Por fim, quanto à nulidade do lançamento relativamente à glosa de juros, comissões e variações cambiais, os argumentos da recorrente também se vinculam ao mérito da exigência, pois discorda da “*acessoriedade*” firmada pela Fiscalização, e entende que a glosa somente teria lugar se não observado o art. 299 do RIR/99. A autoridade lançadora expressou os motivos para a glosa realizada, e se eles são, eventualmente, insuficientes ou inadequados para a manutenção da exigência, isto resultará na improcedência do lançamento, e não na declaração de sua nulidade. O mesmo se diga acerca da eventual adição de variações cambiais em razão da opção pelo regime de caixa para sua dedutibilidade.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de REJEITAR as arguições de nulidade do lançamento.

A recorrente também pretende a declaração de nulidade da decisão recorrida, asseverando que os julgadores de 1ª instância *limitaram-se a se manifestar, vagamente, sobre alguns pontos levantados na impugnação*, e observando que ante a *longa argumentação acerca da nulidade do auto de infração em razão da não observância da postergação do pagamento dos tributos decorrentes de operações de hedge realizadas no exterior*, a autoridade julgadora *não se manifestou acerca dos argumentos ventilados na defesa, tais como aplicabilidade do artigo 273 do RIR no presente caso, ocorrência de erro material, dentre outros*.

A decisão recorrida afasta, de plano, as arguições de nulidade presentes na **impugnação por vislumbrar ali apenas aspectos de mérito a serem apreciados**. Declarou,

assim, a validade formal do lançamento e, na seqüência, apreciando seu mérito, firmou que o debate dos autos era matéria de prova, o que por si só já afasta a alegação de postergação. Na seqüência, admitindo a necessidade da prova exigida pela Fiscalização, convalidou a glosa promovida, inclusive das despesas consideradas acessórias. No mais, apreciou todos os argumentos da recorrente acerca da liquidação do crédito tributário lançado, de modo que sua defesa foi integralmente apreciada, devendo ser REJEITADA a arguição de nulidade da decisão recorrida.

Adentrando ao mérito, vê-se que a discussão, nestes autos, prende-se à qualidade da prova que deve ser produzida pelo sujeito passivo para fins de dedução de perdas na forma do *caput* do art. 396 do RIR/99:

Art. 396. Serão computados na determinação do lucro real os resultados líquidos, positivos ou negativos, obtidos em operações de cobertura (hedge) realizadas em mercados de liquidação futura, diretamente pela empresa brasileira, em bolsas no exterior (Lei nº 9.430, de 1996, art. 17).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, às operações de cobertura de riscos realizadas em outros mercados de futuros, no exterior, além de bolsas, desde que admitidas pelo Conselho Monetário Nacional e que sejam observadas as normas e condições por ele estabelecidas (Lei nº 8.383, de 1991, art. 63).

§ 2º No caso de operações que não se caracterizem como de cobertura, para efeito de apuração do lucro real, os lucros obtidos serão computados e os prejuízos não serão dedutíveis.

A partir do exame dos documentos e dos esclarecimentos apresentados pela contribuinte em razão do termo inicial de fiscalização, a autoridade lançadora reconheceu que *os relatórios apresentam cálculos corretos dos valores das margens dos contratos futuros das operações de Hedge alegadas pelo contribuinte, mas ressalvou que os referidos documentos não comprovam a efetiva aplicação dos recursos remetidos ao exterior para cobertura das margens dos contratos futuros de commodities, ou seja, não demonstram a transferência dos recursos da ADM em nome da ADM do Brasil para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago.*

Em conseqüência, por meio das intimações lavradas de 05/07/2009 a 25/08/2009, a Fiscalização buscou prova de que a contribuinte havia, de fato, realizado operações de *hedge* junto à Bolsa de Chicago, mediante demonstração do fluxo financeiro necessário para tanto em favor daquela entidade. Questionou, dentre outros aspectos, a existência de *contrato de adiantamento financeiro para pagamento das margens de garantia*, ante a alegação de que ADM Company, sediada nos EUA, promovera tais pagamentos.

Ao final, os esclarecimentos prestados pela contribuinte não foram suficientes para o convencimento do fiscal autuante, que em razão da possibilidade aventada pelo Banco Central do Brasil de que as operações da autuada poderiam *configurar, em tese, indícios de cometimento de crime tipificado na Lei 9.613/98*, do volume de remessas em favor de outras empresas do grupo (ADM Company e ADM Investor Services), da inexistência de contratos entre elas, e do registro das operações apenas em conta corrente contábil, concluiu que não havia prova da *efetiva aplicação dos recursos transferidos ao exterior pela ADM do Brasil na operação de Hedge alegada pelo contribuinte, isto é, nenhum deles apresenta a transferência de recursos da ADM Investor Services, em nome da ADM do Brasil, para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago.*

A contribuinte apresentara *relatório dos pagamentos efetuados pela ADM Investor Services para a Bolsa de Chicago e seus respectivos comprovantes de transferência de recursos*, mas o fiscal autuante não conseguiu determinar a que empresas se referiam estas transferências. Ainda, a partir do volume de operações da ADM Investor Services e dos depósitos de margens que teriam sido feitos pela ADM Company e pela ADM Brasil, a autoridade lançadora também vislumbrou indícios de que boa parte dos valores remetidos ao exterior pela ADM Brasil não teriam sido aplicados para cobertura de margens de garantia de *hedge*.

Diante deste contexto, releva inicialmente refutar a afirmação da recorrente de que a Fiscalização pautou suas requisições em providências impossíveis, de modo a justificar o lançamento na inexistência de comprovantes de pagamento, em nome da ADM do Brasil, para a Bolsa de Chicago. A Fiscalização permitiu à contribuinte demonstrar o fluxo financeiro de recursos em favor da Bolsa de Chicago, de modo a evidenciar que, mesmo com a atuação de intermediários, havia pagamentos à Bolsa de Chicago correspondentes às perdas contabilizadas. Todavia, os elementos apresentados revelaram discrepâncias significativas, que somadas a outros indícios, justificaram a glosa promovida. Logo, a prova necessária para desconstituição da exigência consiste na demonstração segura de que as perdas contabilizadas decorrem de operações de *hedge* junto à Bolsa de Chicago, o que se faz, na ausência de documento emitido por parte daquela entidade, mediante a demonstração do fluxo financeiro correspondente em seu favor.

Feita esta ressalva, passa-se à apreciação dos demais argumentos da recorrente.

Nos termos do art. 396 do RIR/99, o lucro real somente pode ser afetado por perdas decorrentes de *operações de cobertura (hedge) realizadas em mercados de liquidação futura*, se a empresa brasileira promover estas operações diretamente em bolsas no exterior. A recorrente se empenha em demonstrar que as operações de *hedge* foram realizadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago, mediante um complexo fluxo de operações que envolvia também outra empresa do grupo (ADM Trading), em razão das restrições da legislação estrangeira aplicável à ADM Investor Services e às que com ela operam, ao final liquidando financeiramente as operações de *hedge* com a intervenção da holding do grupo, ADM Company.

Primeiramente cumpre definir se o art. 396 do RIR/99, ao exigir que a empresa brasileira realize as operações de *hedge* diretamente em bolsas no exterior, pretende firmar a indedutibilidade das perdas em operações nas quais atuam intermediários, como os aqui apontados pela contribuinte: ADM Trading, ADM Investor Services ou Financeira e ADM Company. Em caso positivo, a glosa das perdas deveria ser mantida, pois a própria autuada reconhece que não realizou, e nem poderia realizar, tais operações diretamente na Bolsa de Chicago.

Todavia, esta não parece ser a melhor interpretação da norma. Ao exigir a realização das operações diretamente em bolsas no exterior, a lei fixa que a cobertura seja dada por uma bolsa no exterior, com a efetividade e a transparência que estas instituições conferem às operações nelas realizadas, em razão da regulação a que se sujeitam. A necessidade, usualidade e normalidade de despesas desta espécie seriam demonstradas pela prática mais segura e impessoal de garantia contra oscilações de preços: a cobertura mediante a realização da operação inversa à contratada pela empresa com seus clientes ou fornecedores, em Bolsa de Mercadorias e Futuros.

Assim, compartilha-se aqui da interpretação exteriorizada no parecer concedido à recorrente pelo Professor Marco Aurélio Greco, nos seguintes termos:

Da perspectiva brasileira, a razão fundamental dessa previsão é a mesma que embasa a quase totalidade das regras que disciplinam o funcionamento das bolsas em geral: pretende-se impedir a manipulação de resultados. No caso tributário, busca-se bloquear a geração de prejuízos fictícios redutores da base de cálculo de imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro.

O motivo do preceito é o de assegurar que o eventual resultado negativo seja fruto da assunção efetiva do risco inerente às operações no mercado de bolsa, pois, nesse ambiente, o resultado se apresenta confiável em função da minuciosa e rigorosa regulação a que as operações estão sujeitas.

Ou seja, a lei assegura ser dedutível o prejuízo que resultar de operação cercada de confiabilidade e submetida à regulação rigorosa, inerentes ao funcionamento da bolsa e não o prejuízo fruto de mera negociação entre particulares fora desse manto de controle.

A contratação destas operações de cobertura em Bolsa, por sua vez, devem ser realizadas segundo as normas da instituição, de modo que, se para tanto for necessária a intervenção de um corretor, a operação ainda assim será realizada diretamente em Bolsa, porque feita por um terceiro em nome ou por ordem do interessado. A recorrente demonstra que a Bolsa de Chicago somente admite operações por membros credenciados, mas estabelece controles da origem das demandas feitas a estes operadores, de modo a assegurar a estabilidade do mercado.

Extrai-se do parecer concedido pelo Professor Steven Scott Thel – apresentado em língua estrangeira e vertido em língua portuguesa por tradutor juramentado –, os seguintes esclarecimentos:

Nos Estados Unidos, os mercados de futuros de commodity são negociados nos mercados de câmbio organizados como a CBOT [Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago] que devem registrar-se na CFTC federal [Comissão de Negociação de Mercadorias Futuras, órgão fiscalizador federal dos Estados Unidos] como mercados de contrato designados. Comerciantes que efetuam operações para clientes nos mercados geralmente devem registrar-se como operadores da bolsa.

A negociação de mercados e futuros de commodity é intensamente regulada sob um estatuto federal dos Estados Unidos, a Commodity Exchange Act [Lei sobre o Mercado de Commodities]. Conforme a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou em uma de suas decisões mais importantes no campo, “a Commodity Exchange Act foi adequadamente caracterizada como ‘uma estrutura reguladora inclusive para supervisionar os mercados de futuros voláteis e complexos de negócios futuros privados’”¹ [Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Curran, 456 EUA 353, 355-56 (1982) (citação omitida, citação H.R. Rep. Nº 93.975, at 1 (1974))]. As bolsas de futuros de commodities são intensamente reguladas e são exigidas a supervisionar seus mercados, executar suas próprias regras e prevenir a manipulação. Semelhantemente, a Commodity Exchange Act e regulamentos de implementação exigem que os negociantes de comissão de mercados futuros, como a ADM IS [ADM Investor Services], registrem-se na CFTC pela Associação Nacional de Mercados de Futuros. Os corretores comissionados de mercados futuros devem realizar e manter registros extensos com respeito às suas próprias transações e posições bem como as de seus clientes. Eles devem produzir relatórios periódicos de situação financeira. Eles são responsáveis por informar todas as posições relatáveis de seus clientes. Eles devem

segregar os fundos e propriedade do cliente, e seus controles de fundos e propriedade de cliente são intensamente regulados. Eles estão sujeitos a vários regulamentos que visam proteger os clientes e os mercados, incluindo regras que lhes exigem dar prioridade a pedidos de cliente.

A ADM [Archer-Daniels-Midland Compant] e a ADM Trading também estão sujeitas a regulamentação das bolsas e da CFTC. A ADM, como a ADM IS, é membro da CBOT e outras bolsas, e está adequadamente sujeita a extensa regulamentação. Conforme indicado acima, as regulamentações de mercado governam todos os aspectos das atividades do mercado de seus membros. A ADM Trading é membro de bolsa para propósitos de execução das regras da CBOT como afiliada de membros ADM e ADM IS e pode ser disciplinada diretamente pela bolsa.²

Na nota de rodapé nº 2, acima indicada, o Professor Steven Scott Thel remete a consulta à CBOT Regra 400 e complementa: *O Conselho adotou Regras, e periodicamente adota emendas e complementos a tais Regras, para promover um mercado livre e aberto na Bolsa, manter a administração apropriada dos negócios e fornecer proteção para o público em seus procedimentos com a Bolsa e seus Membros. O Conselho criou comitês para os quais delegou responsabilidade pela investigação, audiência e imposição de multas para violações de Regulamentos de Mercado. O Conselho também delegou responsabilidade para a investigação e imposição de multas para violações de Regulamentos de Mercado para a Equipe de Bolsa conforme estabelecido nos Regulamentos. A delegação de tal responsabilidade e autoridade de nenhuma maneira limitará a autoridade do Conselho com respeito a todas as violações de Regulamento. Para propósitos do Capítulo 4, o termo “Membro” significará: 1) membros e membros de compensação da Bolsa; incluindo membros aposentados com privilégios de acesso ao pregão e indivíduos e entidades descritas na Regra 106; 2) pessoas associadas (“PAs”) e afiliadas de membros de compensação e empresas membros da Bolsa; 3) corretores de introdução garantidos de membros de compensação e empresas membros de Bolsa e seus PÁS; 4) titulares de licença de mercado/negociação e qualquer pessoa ou entidade que recebeu privilégios de negociação cruzados; 5) funcionários, representantes autorizados, contratados, e agentes de quaisquer das pessoas ou entidades anteriores, com respeito a atividades relacionadas à Bolsa de tais indivíduos; 6) empresas regulares; 7) indivíduos e entidades que concordaram via assinatura escrita ou eletrônica em obedecer aos Regulamentos da Bolsa; 8) membros de CME e outros indivíduos com acesso aos pregões combinados CBOT e CME. Considera-se que os membros sabem, consentem e estão ligados por todos os Regulamentos de Mercado. Os ex-membros estarão sujeitos à jurisdição contínua da Bolsa, incluindo, entre outros, a aplicação da Regra 432.L., com respeito a qualquer conduta que aconteceu enquanto membro.*

Prosseguindo, complementa o Professor Steven Scott Thel:

Além do regulamento como membros de mercado, o grupo de empresas ADM está sujeito a extensivos requisitos de manutenção de registros e relatório sob as regras da CFTC como participantes significativos no mercado. Pessoas que controlam certo nível de posições de mercados de futuros (uma posição relatável) em uma bolsa devem manter livros e registros apropriados demonstrando todos os detalhes relativos às posições e transações de commodity nas bolsas. Os titulares de posições relatáveis também devem manter registros demonstrando todos os detalhes de suas participações em mercados externos e também com relação a “todas as posições e transações no mercado à vista, seus produtos e subprodutos e todas as atividades comerciais que o comerciante faz uso do hedge”³[³ Consulte 17C.F.R. §18.05]. Todos esses registros devem ser disponibilizados à CFTC mediante seu pedido. Além de informar

mensalmente as posições de mercado à vista, a ADM deve informar a CFTC sobre os tipos de mercados futuros em que negocia, os tipos de negócios envolvidos e as identidades de suas afiliadas que são ativas nos mercados de futuros. Além disso, diariamente a ADM IS apresenta à CFTC relatórios de grande comerciante e as negociações que mostram todas as posições nas contas operacionais da ADM sobre liminares especificados que são realizados na ADM IS.

A ADM também é registrada na Chicago Mercantile Exchange (doravante denominada "CME") para uma isenção de limites de posição de hedge. Para assegurar e manter aquela isenção, a ADM deve demonstrar que suas posições e atividade são apropriadas às suas necessidades de administração de risco, devem cumprir regulamentações de mercado e iniciar e liquidar posições de uma maneira ordeira. O nível de escrutínio aumenta significativamente quando um mês de opção particular muda para o período de entrega, e a CFTC e a bolsa insistem que a expiração de contrato esteja em ordem, e que a realização ou recebimento da entrega estejam de acordo com as economias de mercado sólidas.

Estas informações estão alinhadas àquelas prestadas pela contribuinte durante o procedimento fiscal, em especial no documento de fls. 866/868, embora ali não se destaque a possibilidade de os órgãos federais norte-americanos fiscalizarem e exigirem declarações da ADM Company.

De toda sorte, o fato é que para operar junto à Bolsa de Chicago, a ADM Investor Services registrou-se na Comissão de Negociação de Mercadorias Futuras – CFTC, órgão fiscalizador federal dos Estados Unidos, submetendo-se a controle de suas transações e de seus clientes mediante relatórios periódicos. Seus clientes, especialmente o grupo do qual faz parte a autuada, controlador de um volume significativo de posições de mercados de futuros, também se sujeitam a fiscalização e controle dos órgãos federais e da Bolsa, devendo manter registros específicos e prestar informações àquelas entidades.

De outro lado, embora tais entidades possam exigir das empresas do grupo ADM as informações que se fizerem necessárias para assegurar a regularidade de suas operações, declaração do Presidente da *CME Group*, vertida em língua portuguesa por tradutor juramentado, e apresentada à Fiscalização (fl. 1010), nega a existência do fluxo inverso de informações, qual seja, a demonstração, pela Bolsa de Chicago, das demonstrações realizadas pelo grupo ADM:

Com base em sua solicitação, confirmamos que a ADM Investor Services, Inc. (ADMIS) é um membro da compensação da Camara de Compensação da Chicago Mercantile Exchange (CME) e tem sido um membro da compensação de boa reputação desde 1968 até o ano atual.

Esclarecemos também que a CME não oferece extratos ou quaisquer outros documentos informativos diretamente aos titulares das contas de ADMIS em relação a quaisquer transações registradas por esses titulares. Esses extratos são de responsabilidade da ADMIS conforme seu papel como um membro da compensação da CME.

Acrescentamos ainda que a CME não recebe nem realiza pagamentos diretamente de/para os titular das contas para transações registradas pelo ADMIS em seus nomes ou para suas contas.

Em tais circunstâncias, a validade dos fatos narrados somente poderia ser questionada mediante demonstração de vícios, não sendo possível presumir a má-fé da

contribuinte em simular prova em seu favor. Assim, o fato de inexistir documento que comprove a transferência de recursos em nome da autuada, para Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago, não pode representar obstáculo à dedução pretendida. É admissível a prova mediante demonstração da contratação das operações de cobertura com membro credenciado da Bolsa de Chicago.

É importante acrescentar, neste ponto, que em memoriais complementares apresentados pela recorrente após a exposição do presente voto na reunião de julgamento de março/2013, a recorrente anota que *parece contraditório que a Conselheira Relatora, num primeiro momento, manifeste a concordância com os procedimentos adotados pela Recorrente para a realização das operações na Bolsa de Chicago, e, num segundo momento faça as exigências que serão a seguir expostas*. Assim, releva frisar que a argumentação até aqui exposta enseja a conclusão, apenas, de que: 1) **as operações são consideradas como realizadas diretamente em Bolsa, ainda que feitas por um terceiro em nome ou por ordem do interessado**, e 2) **a inexistência de documento que comprove a transferência de recursos em nome da autuada, para Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago, não pode representar obstáculo à dedução pretendida**. Ou seja, somente estão afastados os óbices formais que poderiam dispensar a comprovação das operações realizadas, e ensejar a manutenção da exigência. Prossegue-se, assim, na abordagem da prova necessária para a dedutibilidade dos valores aqui glosados.

Neste sentido, a fiscalizada, em atendimento ao termo de início de fiscalização, apresentou *instruções de pagamento da/para a Archer Daniels Midland Company ou da/para a ADM Investor Services*, baseadas em *extratos das operações de hedge*. Contudo, o exame dos elementos apresentados pela contribuinte conduz à mesma conclusão da autoridade lançadora: não é possível assegurar que os recursos remetidos ao exterior destinaram-se efetivamente à cobertura das margens dos contratos futuros de hedge.

De fato, as remessas ao exterior (contratos de câmbio às fls. 18/89 e *swifts* às fls. 831/856) são decompostas nos demonstrativos de fls. 812/822, que apontam a origem dos ganhos/perdas liquidados nas datas das remessas. Estes ganhos/perdas, por sua vez, são detalhados por contas representativas de diferentes produtos (fls. 99/678) e resultam em um valor líquido de ganho ou perda por conta (fls. 91/97), registrado contabilmente sob histórico *CLOSED* ou *FUTUROS CLOSED* na conta contábil *ADM DECATUR EXEC FUTUROS* (conta nº 128116-501), representativa das obrigações da contribuinte com sua controladora ADM Company (fls. 679/708). A soma mensal destes ganhos/perdas, embora com algumas variações, aparentam ser aquelas posteriormente remetidas ao exterior.

A título de exemplo, é possível traçar o percurso do que seria a perda com o produto soja controlado na conta 6370, relativamente ao mês de janeiro/2004. O relatório de fls. 99/126 detalha as operações que resultariam em perda de US\$ 6.407.150,00, equivalente a R\$ 18.642.787,44, contabilizado na conta *ADM DECATUR EXEC FUTUROS* (nº 128116-501) à fl. 680, e integrado ao demonstrativo de fl. 91 para apuração da perda líquida total, em janeiro/2004, de R\$ 37.478.526,70 (US\$ 12.743.897,00). Esta perda líquida de janeiro/2004 está apresentada no demonstrativo de fl. 814, por seu valor original e atualizado de R\$ 40.077.007,29, como integrante da remessa de R\$ 304.313.183,09, promovida em 28/05/2004. Tal remessa, equivalente a US\$ 96.767.103,50 está apontada no contrato de câmbio às fls. 30/33 e no *swift* de fls. 845/846.

Como se vê, a conexão das remessas ao exterior com a perda originalmente apurada é feita mediante demonstrativos que consolidam diversas operações, a exigir a verificação de todas estas para se confirmar a conexão alegada. Demais disso, a apuração da perda é feita por meio do relatório de operações sujeitas a variação de preço, a exigir, também, a confirmação de todas estas operações para admissibilidade da perda alegada, e de que corresponderia a operação de cobertura, e não operação exposta. Por fim, nenhum destes elementos evidenciam que a operação de cobertura foi realizada em bolsa, e apenas indicam que a ADM Company poderia ter sido ressarcida pelas operações de cobertura que ensejariam tais perdas.

Os demais documentos apresentados em conjunto com os acima referidos (*posição dos contratos de originação de grãos* às fls. 709/713 e *posição de contratos de processamento* às fls. 714/811) não auxiliam na sua compreensão, na medida em que, além de redigidos em língua estrangeira, apenas refletem consolidações de quantidades possivelmente negociadas, ao passo que os demais relatórios dão ênfase às variações de preço, em especial os demonstrativos de fls. 98/678, sem trazer totalização das quantidades que estariam associadas a estas variações.

No mais, a contribuinte não logrou apresentar qualquer outro documento, durante o procedimento fiscal, que pudesse afastar estas dúvidas. Em resposta às demais intimações da Fiscalização, sempre no sentido de que fosse comprovado o pagamento das alegadas perdas em operações de *hedge* junto à Bolsa de Chicago, a contribuinte concentrou-se em demonstrar a forma de operação da Bolsa de Chicago. Assim procedeu, inclusive, na resposta à intimação de 25/08/2009, quando buscou exemplificar as operações da ADM Investor Services, na medida em que não distinguiu operações próprias, mas sim transações globais daquela empresa que incluem contas da ADM Brasil. Também globais foram as informações juntadas às fls. 1025/1483, que reportam a *Pagamentos efetuados pela ADM Investor Services, Inc. para Bolsa de Chicago (Chicago Mercantile Exchange) relativos às operações do Grupo ADM no ano de 2004*, mas somente demonstram o que possivelmente sejam as transferências bancárias em favor da Bolsa de Chicago, sem qualquer esclarecimento acerca da composição dos pagamentos.

Ainda, ao apresentar *planilhas suporte (doc. 5) para o cálculo dos juros e da variação cambial* da conta contábil 128116-501 (fls. 857/861), a contribuinte informou valores devidos em razão de operações de futuros fechadas nos meses de 2004 incompatíveis com a *transcrição dos extratos CBOT (hedge)* de fls. 91/97, que dariam suporte às perdas contabilizadas, como antes demonstrado. Em janeiro/2004, por exemplo, o que parece ser a dívida da empresa brasileira em razão das operações do mês, tem seu valor acrescido por possíveis perdas no valor, aparentemente em dólares americanos, de 6.336.747,00, ao passo que a perda líquida contabilizada naquele mês foi de R\$ 37.478.526,69, equivalente a US\$ 12.743.897,00 (ao dólar de R\$ 2,9409, informado naquele mesmo demonstrativo), conforme fl. 91. Recorde-se que, como também demonstrado, a perda líquida de R\$ 37.478.526,69 integra o valor remetido ao exterior em 28/05/2004.

Ressalte-se, ainda, que não se trata de exigir a *realização de remessas internacionais diárias para a cobertura das margens à ADM Financeira*, mas sim que as remessas se refiram a pagamentos que a ADM Company efetivamente teria de realizar em nome da ADM Brasil, em favor da ADM Investor Services, por conta da cobertura de margens em operações de *hedge* contratadas junto à Bolsa de Chicago.

Irrelevante, desta forma, se o confronto dos resultados auferidos pela Recorrente com as suas operações de hedge permite verificar que estes oscilam exatamente conforme as variações dos preços das mercadorias "hedgeadas" na Bolsa de Chicago, como diz a recorrente, reportando-se a reconhecimento expresso neste sentido pela Fiscalização. É indispensável a comprovação documental de que a operação de hedge foi efetivamente realizada em Bolsa, como também exigiu a Fiscalização, sem a qual subsiste a dúvida de qual mecanismo foi utilizado pela empresa, voluntariamente ou por restrição de legislação estrangeira, para evitar prejuízos com a variação do preço das commodities com as quais opera.

Somente com a apresentação das petições após o recurso voluntário a contribuinte agregou elementos que se prestaram a demonstrar, efetivamente, o fluxo operacional e financeiro das atividades questionadas pela Fiscalização. Antes, porém, cabe observar que apenas na impugnação a contribuinte passou a mencionar a atuação da ADM Trading em seu fluxo operacional, assim esclarecendo:

- *De forma geral, as subsidiárias do Grupo ADM no mundo fecham negócios de compra com entrega física futura de soja com os produtores rurais ou exportadores ao redor do mundo, bem como contratos de venda dessa natureza com seus clientes locais ou internacionais. A fim de reduzir os riscos das flutuações dos preços de mercado recorrem, necessariamente, às operações de hedge. Dessa forma, submetem as ordens (compras e vendas de mercadorias em mercado futuro) de hedge, concomitantemente à realização de suas operações comerciais de compra e exportação de soja, em sistema de computador, o qual é administrado pela ADM Trading Company ("ADM Trading"), subsidiária da ADM CO. ("Ordem"). Na colocação da Ordem, são informados o número da conta de controle da subsidiária, o tipo e quantidade de mercadoria a ser coberta pelo hedge, o tipo de operação (compra ou venda) e a data de opção da mercadoria na Bolsa de Chicago.*
- *Cada Ordem configura um contrato, o que implica a obrigação de compra/venda do tipo e quantidade de mercadoria estabelecidos na Ordem, na data de entrega ali prevista, avaliada conforme precificação de mercado listada na Bolsa de Chicago; e*
- *As Ordens são inseridas no sistema administrado pela ADM Trading, o qual as consolida e as submete para a ADM Financeira, entidade financeira do Grupo ADM, a qual executa tais Ordens junto à Bolsa de Chicago.*

Até então, a contribuinte limitara-se a dizer que a ADM Investor Services (Financeira) concentrava as operações de cobertura para o Grupo ADM, e que a liquidação financeira destas operações era centralizada pela ADM Company (vide fluxogramas à fl. 1605). Havia referências à ADM Trading nas remessas feitas pela autuada, bem como esta denominação figurava no cabeçalho de alguns relatórios, mas nada constou nos autos acerca de sua atuação como mediadora das necessidades do Grupo ADM antes da contratação das operações de cobertura pela ADM Investor Services. Aliás, a respeito do fato de a ADM Company nem sempre figurar nos contratos de câmbio relativos às remessas questionadas pela Fiscalização, disse a recorrente, em suas defesas, que a conta-corrente indicada nos contratos de câmbio é sempre da ADM Company, o que desmerece até mesmo as referências à ADM Trading naqueles documentos.

Diz a recorrente que a atuação da ADM Trading decorre da necessidade de *melhor cumprir as regras do Grupo CME, controlador da Bolsa de Chicago e do órgão*

regulador norte-americano (i.e., the Commodity Futures Trading Commission ("CFTC")), aplicáveis a empresas do porte do Grupo ADM, que operam volume imenso de transações e possuem inúmeras subsidiárias que precisam, ao mesmo tempo, ter acesso a Bolsa de Chicago. Reporta-se a carta preparada pelos Srs. Scott E. Early e Kathryn M. Trkla, ex-diretor jurídico e ex-vice-presidente da Bolsa de Chicago, respectivamente (doc. 03), mas referido documento está redigido em língua estrangeira e desacompanhado de tradução juramentada, ou mesmo livre (fls. 2858/2860).

De toda sorte, a matéria é também tratada no parecer do Professor Steven Scott Thel, aqui já mencionado, do qual extrai-se:

Um propósito primário do regulamento de mercado de negociação de futuros nos Estados Unidos, talvez o propósito primário, é prevenir a manipulação pelos participantes do mercado. Para esta finalidade, as leis proibem várias práticas de negociação. Uma destas é a transação fictícia. A Commodity Exchange Act torna ilícito “para qualquer pessoa participar de uma transação que... for, do caráter de, ou geralmente for conhecida do comércio como uma ‘transação fictícia.’”⁴ [Consulte a Commodity Exchange Act § 4c(a)(2), 7 U.S.C. § 6 c(a)(2) (...)].

A Lei de Mercados de Capitais e Commodities dos Estados Unidos há muito tempo proibiu transações fictícias, em que uma pessoa ou grupo efetua pedidos para comprar e vender substancialmente a mesma quantidade de um valor mobiliário ou commodity em substancialmente o mesmo tempo e preço.⁵ [Consulte também a Lei de Mercado de Capitais §9(a)(1), 15 U.S.C §78i(a)(1)]. As transações fictícias são proibidas por várias razões. Na medida em que o comerciante não assumir risco econômico – desde que as negociações sejam compensadas – as transações fictícias são consideradas inerentemente enganosas e os preços nos quais acontecem são considerados falsos. Transações fictícias também criam uma impressão enganosa de volume de negócio que pode, por sua vez, mudar preços de mercado. A hostilidade reguladora para transações fictícias foi resumida durante os debates sobre a promulgação da Commodity Exchange Act: “Todos que estiverem familiarizados com os mercados sabem exatamente co que é uma ‘transação fictícia’. É uma pura, não adulterada fraude.”⁶ [80 Cong. Rec. 7905-06 (26 de maio de 1936) declaração do Senador Smith].

A Commodity Exchange Act não define o termo “transação fictícia”. Falando em termos gerais, uma transação fictícia é a execução de uma compra e venda que se compensam. Um tratado principal explica: “O termo transação fictícia não está definido na [Commodity Exchange] Act ou nos Regulamentos... mas geralmente tem sido interpretado como a compra e venda do mesmo contrato de futuros de commodity para o mesmo contratante sob o qual ambos os lados da negociação ‘se desgastam’ e, em efeito prático, o contratante não ganha propriedade de qualquer novo contrato.”⁷ [2Phillip McBride Johnson & Tomas Lee Hazen, Regulamento de Derivativas §3.10 [8] em 775 (2004); consulte também Charles R.P. Pouncy, The Scienfer Requirement and Wash Trading in Commodity Futures, the Knowledge Lost in Knowing, 16 Cardozo L. Rev. 1625, 1625 (1995) (“negociação fictícia, que é proibida pela seção 4c da Commodity Exchange Act. ... consiste na compra e venda simultânea do mesmo número de contratos de futuros no mesmo preço ou preço semelhante.”). Como caso criminal freqüentemente citado explica, “As decisões administrativas fornecem uma definição consistente para o termo ‘transação fictícia’ [As acusações na denúncia] indicam que os mesmos indivíduos compraram e venderam os mesmos contratos de futuros nas mesmas quantidades pelo mesmo preço. Isso é tradicionalmente o tipo de conduta associado ao termo ‘transação fictícia.’”⁸ [Estados Unidos v. Siegel, 472 F. Supp. 440, 443 (N.D. III. 1979), consulte também Wilson v. CFTC, 322 F.3d 555, 559 (8º Cir. 2003) (...)]

Um comerciante que efetua compensação de compra e venda de um determinado contrato futuro de commodity pode argumentar que suas negociações não constituem uma transação fictícia porque ele não negociou com intenção inadequada. Enquanto os tribunais e administradores considerarem que aquela intenção inadequada é um elemento de delito, não fica claro qual a intenção é requerida. A confusão sobre o requisito intenção pode surgir porque em ações contra corretores agindo para clientes, não fica sempre claro quanto os corretores sabiam dos planos de seus clientes.⁹ [⁹ Consulte, por exemplo, Wilson v. CFTC, 322 F.d 555 (8º Cir. 2003)]. Em casos contra um cliente, a CFTC sustentou que a questão é se o cliente, quando negociou, planejou as negociações correspondentes para eliminar o risco de preço.¹⁰ [¹⁰ In re San Diego Gas x Elec. Co., [Atual] Comm. Fut. L. Rep. (CCH) 31.549, 2010 WL 1638992 (CFTC 22 de abril de 2010)]. Sob esse padrão, negociações simétricas podem ser suficientes apenas para estabelecer ilegalidade.¹¹ [¹¹ Consulte Elliott v. CFTC, 202 F.3d 926 (7º Cir. 2000) ...]. Em todo caso, fica claro que as transações fictícias são ilícitas mesmo se não forem realizadas com intenção de manipulação e mesmo se forem para propósitos legítimos.¹² [¹² Consulte In re San Diego Gas x Elec. Co., [Atual] Comm. Fut. L. Rep. (CCH) 31.549, 2010 WL 1638992 (CFTC 22 de abril de 2010); consulte também In re Elliott , [1997-199 Pasta de Transferência] Comm. Fut. L. Rep. 27.243 (CFTC 3 de fevereiro de 1998) ...]

Daí a conclusão do referido parecerista, no sentido de que, *se a ADM e suas subsidiárias efetuassem todas as suas compras e vendas de futuros de commodity diretamente com bolsas de mercadorias (em vez de primeiro consolidar internamente as negociações) elas enfrentariam um risco significativo de violar a proibição de transações fictícias*, de modo que resta-lhe claro que *o mecanismo que a ADM e suas afiliadas utilizam para consolidar suas negociações foi projetado exatamente para evitar esta possibilidade*. Acrescenta que, *mesmo se a ADM e suas afiliadas estivessem dispostas a arriscar a violação da proibição de transação fictícia, arriscariam violar os limites de posição se inserissem todas as suas operações diretamente na bolsa*.

Como já antes dito, o Grupo ADM deteria a referida isenção de limites mas, no entender do Professor Steven Scott Thell, como esta isenção é concedida pela CFTC com base na boa-fé, se o grupo elevasse exponencialmente suas posições, levantaria *a questão se essas posições seriam consideradas de boa fé com a finalidade de determinar limites de posição, e exceder os limites de especulação é uma violação séria*. Citando caso semelhante já apreciado pelos Tribunais, o parecerista conclui que *o caso demonstra que a ADM e suas afiliadas não podem evitar as proscricções da Commodity Exchange Act discutindo que são entidades separadas*.

Infere-se, de todo o exposto, que operações de cobertura exigidas em razão de contratações da ADM no Brasil não poderiam ser promovidas na Bolsa de Chicago caso outra empresa do Grupo ADM necessitasse de cobertura para contratação oposta por ela realizada em outro país. Assim, a empresa brasileira definiria sua exposição e ordenaria a contratação da operação de cobertura, apurando os posteriores ganhos ou perdas em razão desta solicitação. Mas a ADM Trading, atuando como o que se denominou *hedge center*, faria o cruzamento destas contratações antes de definir quais coberturas poderiam ser promovidas junto à Bolsa de Chicago, possivelmente deixando de realizar aquelas compensadas com exposições opostas, apresentadas por outra empresa do Grupo.

Surge, assim, um segundo aspecto a ser apreciado acerca do alcance do art. 396 do RIR/99: a dedutibilidade de perdas em razão de operações de *hedge* que seriam necessárias, **mas não são contratadas em Bolsa, em razão de impedimentos legais**.

O tema foi submetido à apreciação do Professor Marco Aurélio Greco, cujo parecer destinou-se a responder, dentre outras, às seguintes questões:

- 1) *Em sua opinião, a utilização do hedge center pelo Grupo ADM, a fim de evitar a prática de wash sales, conforme determinado pela legislação norte-americana, deve ser observada na aplicação da norma contida no artigo 17 da Lei nº 9.430/96?*
- 2) *Poderia o aplicador da norma contida no aludido artigo 17, condicionar a dedutibilidade de um custo/despesa à prática, pela ADM do Brasil, de ato tido por ilícito pela legislação norte-americana (wash sales)?*
- 3) *Em sua opinião, utilização de um hedge center pela ADM do Brasil, visando a evitar a prática de wash sales, violaria a regra do artigo 17 da Lei nº 9.430/96? Nesse sentido, pode-se afirmar que a utilização de hedge center está abrangida pela expressa “bolsa no exterior” utilizada pelo legislador no aludido dispositivo legal?*
- 4) *Nesse cenário, é correto afirmar que as operações efetuadas pela ADM do Brasil foram diretamente em bolsa no exterior?*

O Professor Marco Aurélio Greco inicialmente aborda, em seu parecer, o problema representado pelo fato de, uma pessoa, numa mesma operação, comparecer em Bolsa como comprador e vendedor, assim observando:

Neste caso, desde reunidos outros elementos, pode configurar-se aquilo que, no jargão do mercado, é conhecido como operação “Zé com Zé”, pois a mesma pessoa estará nas duas pontas da operação e isto pode ser o instrumento para o cometimento de uma infração, por interferir na formação de preços, volumes, demanda, etc.

Nas palavras de ILENE PATRÍCIA DE NORONHA, dentre os principais tipos de irregularidades que podem vir a ser cometidos no mercado bursátil brasileiro, incluem-se as “operações conhecidas pela denominação Zé com Zé” da qual essa Autora dá um exemplo:

*“Para induzir os participantes do mercado à compra, **a empresa “B” começa a COMPRAR E VENDER, em Bolsa, PARA SI MESMA**, as ações de emissão da companhia “A”, operações essas conhecidas como “Zé com Zé”, de forma a dar a falsa aparência de que o papel era bastante negociado e que tinha preço atrativo. Portanto, criação de condições de demanda, oferta e preço, porque tudo era falso.”¹⁴ [14 No seu texto, “Poder de polícia da CVM”, disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/VOL15-8.htm>, acessado em 13.10.2011. Grifei, realcei e coloquei em maiúsculas]*

E prossegue acentuando o caráter de “meio hábil” de que elas podem se revestir:

*“**As operações “Zé com Zé” configuram criação de condições artificiais de demanda, oferta e preço**, pois nelas tudo é falso, fictício, tratando-se de operações simuladas, **que geram o MEIO PARA manipular o mercado** induzindo seus participantes a comprar ações. E não se pode deixar de lembrar que todo o conjunto consiste numa fraude.”¹⁵ [15 Op. loc. cit., grifei, realcei e coloquei em maiúsculas]*

[...]

Destacando que *comprar e vender para si mesmo determinado valor mobiliário é um meio hábil para manipular o mercado*, o Professor Marco Aurélio Greco define, a partir do item 5 de seu parecer, o que significa realizar “diretamente” a operação em Bolsa, asseverando que o requisito expresso no art. 396 do RIR/99 consiste na *emissão pela empresa*

brasileira de uma ordem de venda ou de compra a ser executada NA bolsa no exterior, ordem esta que se submeterá à disciplina normativa estrangeira que regula o funcionamento da bolsa em questão, pois é ela que irá determinar o meio e o modo de executar essa ordem de compra ou de venda, assim como é a disciplina da bolsa que imporá restrições e limites à sua execução.

A partir daí, sob o pressuposto de que a *ADM Services* visualiza todas as ordens da *Consulente* destinadas a serem executadas na *Bolsa de Chicago*, conclui o professor que se estaria diante de atuação direta em bolsa. Recordando, porém, que as operações “Zé com Zé” (ou *wash sale*) são interpretadas como meios hábeis para manipular o mercado, e que o simples fato de uma pessoa jurídica pertencente a um Grupo que possui outras empresas em que também emitem ordens a serem executadas na mesma bolsa, já é, em si mesmo, o meio hábil para a prática de uma infração punível, assevera que consolidar as ordens de todas as integrantes do Grupo é uma exigência que resulta da proibição mencionada e das circunstâncias de ser um Grupo. Deste modo:

... tão logo emitida a ordem pela Consulente, ela já se encontra alcançada pela legislação que regula o funcionamento da bolsa e deve seguir seus ditames. Portanto, daí por diante, a compra ou a venda estará sendo realizada no âmbito e segundo as regras pertinentes àquela bolsa.

Defende que a finalidade e a função da norma brasileira é assegurar o adequado tratamento tributário às operações realizadas pelas empresas brasileiras resultantes da sua inserção numa economia globalizada, não se podendo olvidar que a lei estrangeira impõe realizar uma compensação de ordens das diversas empresas no âmbito do grupo para que a ordem final seja o saldo dessa prévia confrontação. Acrescenta que ainda que se enxergue apenas o resultado consolidado, mesmo assim a ordem emitida pela *Consulente* dele faz parte, de modo que, se em determinado momento não existir qualquer outra ordem de empresa do Grupo, esta será a ordem executada na *Bolsa*.

Nas palavras do Professor Marco Aurélio Greco:

Sublinhe-se que o “saldo” apurado no âmbito do hedging center do Grupo que consolida as ordens é fruto de cada um das ordens individuais emitidas, portanto comunga da sua natureza.

Diante disso, minha conclusão é que, neste caso, a subsidiária brasileira está realizando operações diretamente na bolsa no exterior, pois emitiu ordens para serem nela executadas e o fato de a legislação de regência impor este modo de executar a ordem para assegurar a plena legalidade da sua conduta não lhe retira o caráter de determinar uma operação a ser realizada na bolsa.

Sua interpretação, portanto, é no sentido de que a lei brasileira não poderia condicionar a dedutibilidade à prática de uma operação ilícita em outro País, de modo que a utilização de um *hedge center* não representa violação ao art. 17 da Lei nº 9.430/96 (matriz legal do *caput* do art. 396 do RIR/99), mas sim sua exata aplicação ao enxergar o seu uso como necessário para a realização de operações em bolsa.

Inicialmente cumpre observar que, mesmo admitindo-se esta argumentação, necessária seria a comprovação de que as ordens foram, de fato, enviadas à *ADM Trading*, a qual, depois de realizar as compensações impostas pela legislação estrangeira, solicitou à *ADM Investor Services* a operação de *hedge* correspondente ao saldo líquido. E isto porque, como

antes destacado, não há evidências de que a atuação intermediária da ADM Trading tenha sido reportada à Fiscalização, mas somente alegada em defesa administrativa.

Ademais, embora não seja exigível, da contribuinte, um extrato de suas aplicações emitido pela Bolsa de Chicago, houve falhas por parte da recorrente no cumprimento de seu dever de *conservar em ordem, documentos e papéis que se refiram a atos e operações que modifiquem ou possam vir a modificar a sua situação patrimonial*. De fato, seus registros contábeis deveriam estar suportados por controles internos diários de suas posições e de suas ordens enviadas à ADM Trading, bem como de sua confrontação permanente com as variações de mercado a que se sujeitavam suas operações de *hedge*, não bastando, para tanto, a existência de sistemas informatizados que agregassem estes dados.

Neste sentido, não só durante o procedimento fiscal, como também em sua primeira manifestação complementar ao recurso voluntário (petição de 16/03/2012), a contribuinte buscou demonstrar a compatibilidade de seus registros contábeis com *os preços praticados nas operações de hedge no exterior*, mediante a apresentação de estudos realizados por KPMG Advisors Ltda, no que foi denominado *1ª fase dos serviços previstos*. Este exame, embora necessário e relevante, exigiria complementação acerca da confirmação de que as operações foram efetivamente realizadas, aspecto não abordado nos primeiros elementos apresentados, já digitalizados e integrados aos autos como Anexos 1 a 30 daquela petição.

De fato, nesta *1ª fase dos serviços*, inicialmente a contratada atestou que a contribuinte utilizou corretamente suas contas contábeis para registro de operações de derivativos financeiros, conforme sistemática por ela descrita no documento de fls. 3782/3784 (Anexo 8), gerando contrapartidas em resultado de R\$ 884.814.749,14, diferindo em R\$ 982.351,31 do valor lançado em conta de resultado apurado pela Fiscalização (R\$ 885.797.100,45). Para tanto, valeu-se da acusação fiscal (Anexo 1, fl. 3379/3408) e do balancete de verificação de 2004 (Anexo 2, fl. 3409/3506), confrontando seus resultados com os registros em lotes contábeis de lançamentos (Anexos 3 e 4, fls. 3507/3669), registros na conta 128116-501 (Anexo 5 e 6, fls. 3670/3682), e registros dos Livros Diário e Razão de 2003 e 2004 (Anexo 7, fls. 3683/3781).

Na seqüência, tendo em conta documentos semelhantes aos de fls. 96/678, aqui denominados *extratos disponibilizados emitidos pela Archer Daniels Midland Company* (Anexo 9, fls. 3785/4211), e a informação de que *as contas de hedge na bolsa de mercadoria e futuro (trading accounts) numeradas 6302, 6311, 6312, 6313, 6321, 6331, 6341, 6361, e 6370, foram aquelas utilizadas pela ADM do Brasil Ltda durante o ano calendário de 2004* (Anexo 10, fl. 4212), a contratada fez a conciliação das informações do “Anexo 9” com os resultados mensais contabilizados consolidados no “Anexo 6” (fls. 3681/3682), demonstrando-a no “Anexo 11” (fl. 4213/4217), o qual também reuniu a conciliação dos resultados mensais obtidos em operações com opções, aferidos a partir do “Anexo 12” (fls. 4218/4330), na medida em que estes resultados tiveram como contrapartida a mesma conta de resultado (423130 “Ajuste P. Hedge Contr. Fut. Enc.”). As conversões de dólares para reais foram demonstradas no “Anexo 13” (fl. 4331/4332) e as taxas utilizadas no “Anexo 14” (fls. 4333/4345). O resultado de *operações com futuros* foi de R\$ 891.111.833,32, que reduzido pelos ganhos com opções de R\$ 4.462.247,99, totalizou R\$ 886.649.585,33, apresentando variação de R\$ 1.834.836,19 (0,21%) em relação aos valores contabilizados. A tributação do ganho das operações com opções foi demonstrada no “Anexo 30” (fls. 7059/7301).

A partir daí, a contratada demonstrou a compatibilidade das informações do “Anexo 9” – origem da contabilização de perdas aqui questionadas – com as oscilações de preço da Bolsa de Chicago, assim atestando:

A partir dos extratos disponibilizados pela Companhia (anexo 9) [fls. 3785/4211] e das informações constantes do sítio eletrônico da Bloomberg (anexo 15) [fls. 4346/6590], confrontamos os preços (price) de cada posição de compra e venda de todas as operações de futuro de soja, óleo de soja e farelo de soja, realizadas pela ADM do Brasil no período compreendido entre 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2004, com os preços das operações de futuros das referidas commodities praticados na Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago (CBOT), para o mesmo período.

Para a conversão dos valores dos extratos em dólar para reais, nos valem das taxas de conversão de dólar para real demonstradas nos controles extra-contábil (anexo 13)[fl. 4331/4332].

Essas operações, expurgados os contratos de boardcrush e rollover, corresponderam à negociação de 914.484 contratos (de um total de 983.836 contratos - 92,95%) e resultaram em uma perda da ordem de R\$ 835.804.754,20 (de um total de R\$ 891.111.833,32 - 93,79%).[Anexo 16, à fl. 6591, demonstra a correlação mensal entre o resultado total e a quantidade de contratos]

Do confronto efetuado, constatamos que os preços praticados em 633.416 contratos de futuros (64,38% do total de contratos), que corresponderam a uma perda de R\$ 708.316.097,73 (79,49% do total da perda), estavam entre o mínimo e o máximo dos preços dos contratos negociados na CBOT naquela mesma data em que firmados os contratos de futuros e em relação ao mesmo tipo de operação, conforme informações do sítio da Bloomberg. Entenda-se como o mesmo tipo de operação aquele em que o produto (soja, óleo de soja e farelo de soja) e o termo/vencimento são iguais.

Para os 281.068 contratos de futuros restantes (28,57% do total de contratos), que corresponderam a uma perda de R\$ 127.488.656,47 (14,31% do total da perda), verificamos que os preços praticados pela ADM do Brasil, muito embora não estivessem entre o preço mínimo e o máximo dos contratos negociados na CBOT, foram em grande parte satisfatoriamente esclarecidos e justificados pela Companhia. [Os esclarecimentos evidenciariam que as operações foram praticadas antes do início do pregão da bolsa, adotavam parâmetros de dias próximos ou vinculados a contratação prévia, foram estornados, ou apresentavam outras particularidades. Documentos acerca destas ocorrências integram os Anexos 17 a 22, fls. 6590/6643].

A contratada esclarece nos anexos 26 a 28 (fl. 7052/7056) as características das operações de “rolagem” (*rollover*) – decorrente de alteração nas *datas de entrega física ou de esmagamento* –, e no “Anexo 29” (fl. 7058) das operações de “board crush” – decorrente da *venda interna* da divisão *Originação* (grãos) para a divisão *Esmagamento*, com uma nova data de entrega de óleo ou farelo. Nos “Anexo 25” e “Anexo 25.1” (fls. 6975/6978) demonstra que apenas 36,71% dos contratos atrelados às operações de rolagem o valor dos *spreads* apresentou-se dentro dos limites esperados. No “Anexo 28” (fl. 7057) apresenta o resultado da análise das operações de “board crush”, observando que o preço praticado em uma das posições não estava dentro dos limites esperados.

Com estes elementos, a contribuinte apenas evidencia o método adotado para contabilização das operações de *hedge*, mas ainda não demonstra a efetividade das operações. Em especial, não estabelece correlação entre os *extratos disponibilizados emitidos pela Archer Daniels Midland Company* (Anexo 9, fls. 3785/4211), e as operações de *hedge* realizadas junto à Bolsa de Chicago.

Somente na petição apresentada em 06/12/2012 a recorrente traz elementos que podem dar suporte às suas alegações acerca do fluxo operacional das operações de *hedge* aqui questionadas. Menciona que as empresas do Grupo ADM *inserem os dados de suas respectivas operações comerciais em um único sistema de computador denominado Sistema VAX, o qual é administrado pela ADM Trading Compay (“ADM Trading”), submetendo a esta as correspondentes ordens de hedge, que nada mais são do que as posições contrárias àquelas contratadas fisicamente com os produtos rurais ou clientes das empresas do Grupo ADM.*

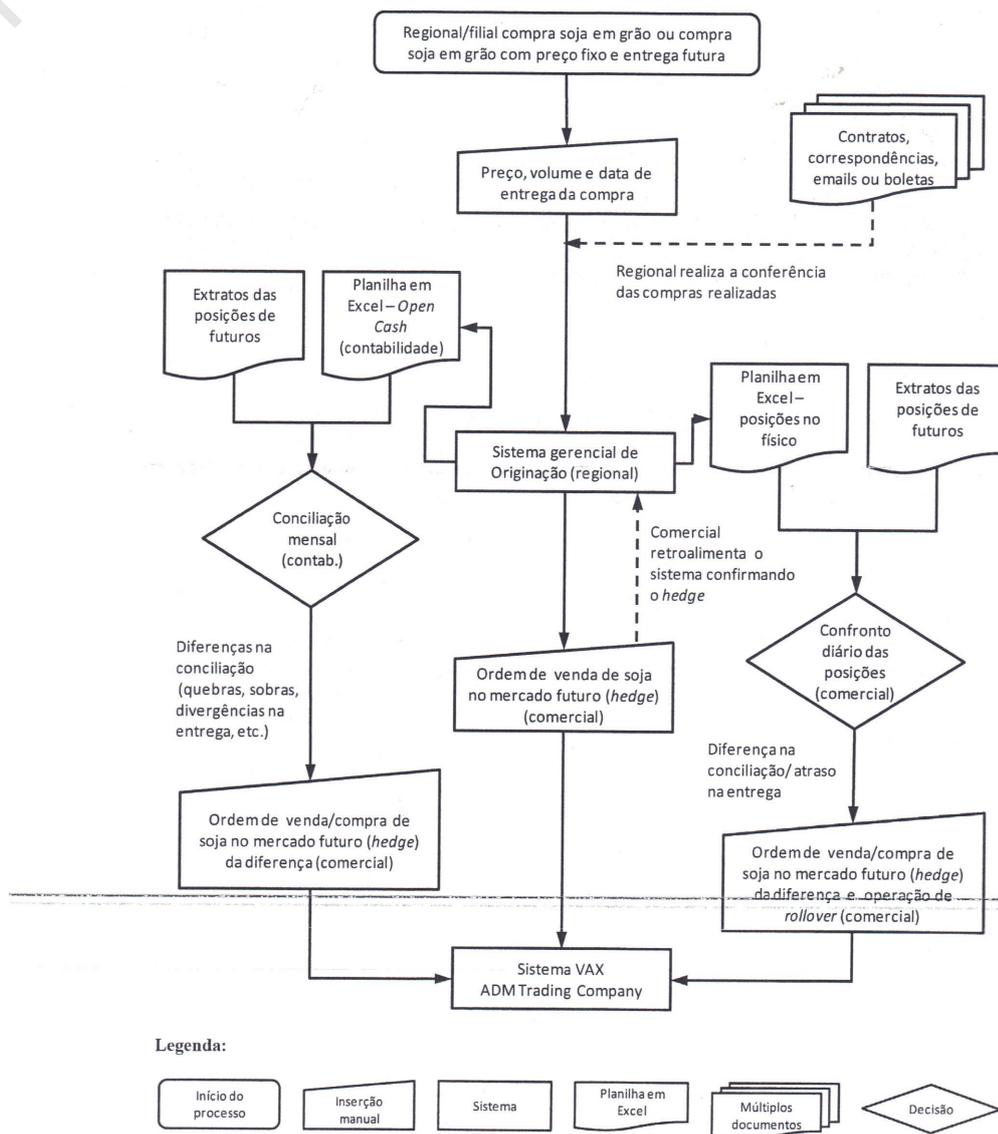
Diz que *cada ordem de hedge configura um contrato, o que implica a obrigação de compra ou venda do tipo e quantidade de mercadoria estabelecidos nessa ordem, na data de entrega ali prevista, conforme precificação de mercado listada na Bolsa de Chicago.* E neste sentido apresenta relatório do fluxo operacional no Brasil, elaborado por KPMG Tax Advisors Ltda (Relatório da *comprovação do hedge em operações de futuros realizadas pela companhia no ano-base de 2004*), bem como relatório do fluxo operacional no exterior, elaborado por Ernst & Young LLP (*Relatório de auditoria independente das operações de futuro e opções de commodities realizadas pela companhia*), este último juntado apenas em língua estrangeira, mas com tradução juramentada já produzida, e apresentada por cópia a esta Relatora depois da apresentação deste voto na reunião de julgamento de março/2013.

O relatório elaborado por KPMG Tax Advisors Ltda busca evidenciar a *operacionalização do hedge localmente, bem como a demonstrar que as operações de futuros realizadas pela Companhia, no ano-calendário de 2004, tiveram por finalidade proteger suas operações de compra e venda de soja em grão, óleo e farelo de soja contra as oscilações de preço dessas commodities (objetivo de hedge), de modo a estabelecer a correspondência inversa entre os saldos mensais no mercado físico (estoque + compras – vendas) e os saldos mensais no mercado futuro (compras – vendas) das referidas commodities em quantidade, no decorrer do ano-calendário de 2004.*

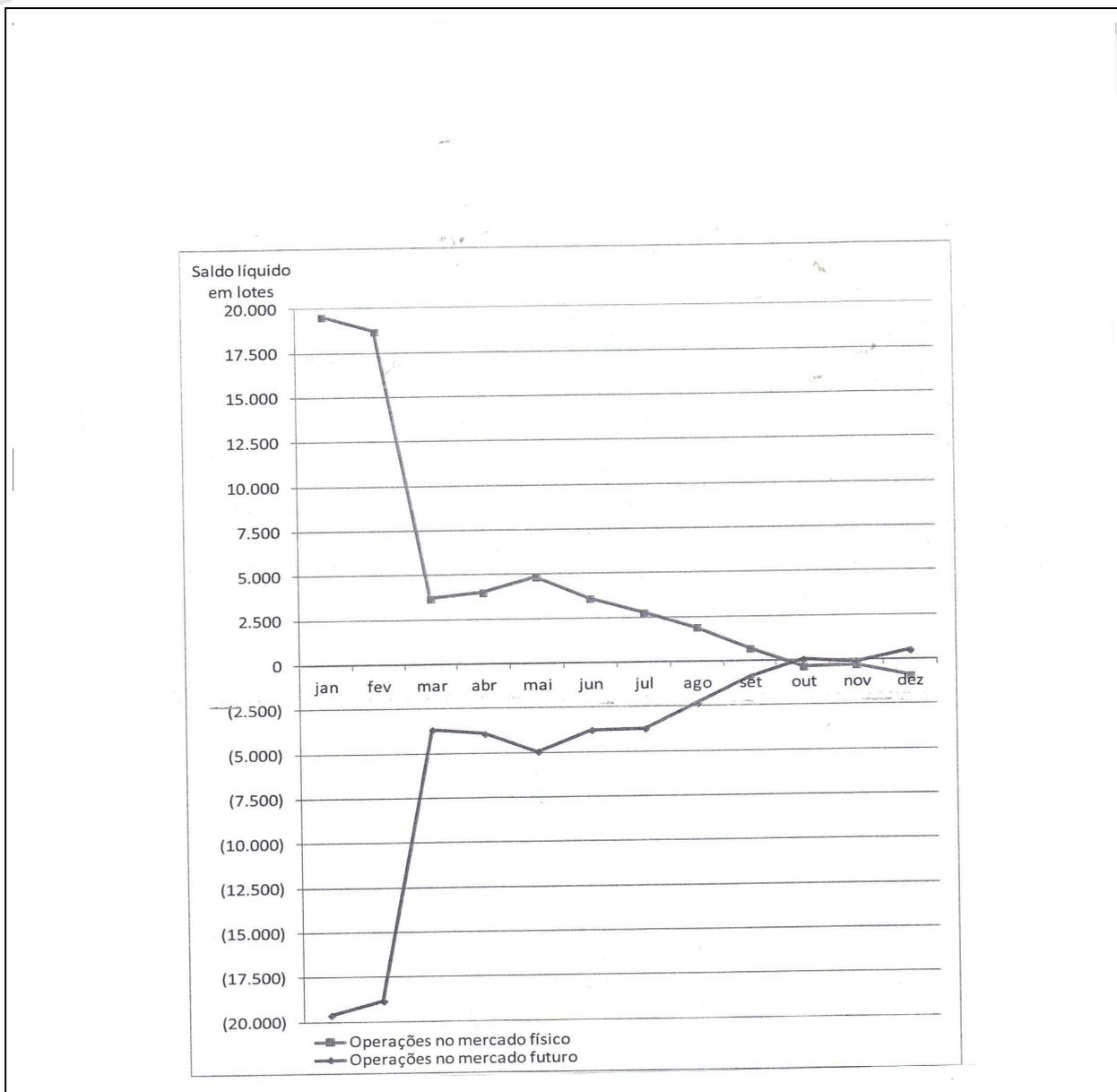
Quanto à operacionalização do hedge, a contratada descreve a atuação dos setores da companhia responsáveis pela compra e venda das mercadorias, bem como pelo seu processamento, os quais demandam o setor comercial para *realização de operações inversas no mercado de futuro a fim de proteger suas posições, no mercado físico, contra as oscilações de preço (hedge).* As ordens de *hedge* são inseridas no sistema VAX de propriedade da Archer Daniels Midland Company, responsável pelo registro e controle das operações de futuros da companhia, o qual é usado no Brasil, *meramente, para inserção das ordens de hedge à ADM Trading.* Há confrontos diários entre a posição líquida em aberto no mercado físico e no mercado futuro, e diferenças são ajustadas mediante novas ordens de *hedge*, ou suscitam operações de “rolagem” ou de “board cruch” (semanal). Ao final do mês, há nova conciliação das posições existentes no mercado físico e futuro, podendo ser verificadas diferenças especialmente em razão de ocorrências ligadas ao estoque físico, ou de ordens não efetivadas em função de encerramento do expediente ou fechamento do pregão.

O demonstrativo abaixo exemplifica as análises feitas pela KPMG acerca da operacionalização da compra da soja em grão até a realização do *hedge*. Outros fluxogramas foram produzidos para as operações de *venda de soja em grão, realocação da soja em grão da Divisão de Originação para a Divisão de Processamento, compra de farelo e óleo de soja, venda de farelo e óleo de soja.*

CÓPIA



Para demonstrar que as operações de futuros realizadas pela Companhia, no ano-calendário de 2004, tiveram por finalidade proteger suas operações de compra e venda de soja em grão, óleo e farelo de soja contra as oscilações de preço dessas commodities (objetivo de hedge), a contratada apurou o saldo líquido de compras/vendas em aberto ao final de cada mês a partir de planilhas e de controles de estoque, e testou por amostragem estas informações. De outro lado, extraiu do sistema VAX a informação dos saldos líquidos ao final de cada mês, confrontando-os com o saldo físico convertido em lotes negociáveis, apurando divergências, mas constatando que na maior parte dos meses a posição no mercado futuro era oposta à posição no mercado físico. Ao final, considerando as justificativas apresentadas pela contribuinte, apresentou gráficos por commodity para evidenciar que as posições no mercado futuro tendem a seguir inversamente as posições no mercado físico. Reproduz-se, a título de exemplo, o gráfico referente às operações com soja em grão:



Ao final, a contratada reproduz conciliação semelhante à antes feita entre o “Anexo 9” (extratos disponibilizados emitidos pela Archer Daniels Midland Company, fls. 3785/4211) e os resultados mensais contabilizados consolidados no “Anexo 6” (fls.

3681/3682), mas agora reportando-se a informações do Sistema VAX, do qual possivelmente originam-se os extratos antes juntados no “Anexo 9”.

O relatório elaborado por KPMG Tax Advisors Ltda faz referência a outros Anexos, numerados de 1 a 33 e organizados em 17 (dezessete) volumes, os quais, como relatado, somente foram digitalizados em fevereiro/2013 e estão pendentes de juntada aos autos em razão de eles estarem pautados para julgamento.

Quanto ao relatório elaborado por Ernst & Young LLP, aduz a recorrente em sua petição de 06/12/2012 que as planilhas que o seguem resultam de *aprofundada auditoria do fluxo operacional no exterior das suas operações de hedge, especificamente para atestar, numericamente (contratos e valores), o referido fluxo*. Esclarece que os demonstrativos que acompanham a petição apresentam a reconciliação da consolidação dos contratos de hedge do Grupo ADM, a transferência destas informações da ADM Trading para a ADM Financeira e a sua liquidação junto à Bolsa de Chicago.

O exame dos referidos demonstrativos coincide com algumas informações aqui já expostas, a título de exemplo, relativamente ao registro de perda em janeiro/2004 com o produto soja controlado na conta 6370. Segundo o relatório de fls. 99/126, estas operações teriam resultado em perda de US\$ 6.407.150,00, a qual integraria a perda líquida total, em janeiro/2004, de R\$ 37.478.526,70 (US\$ 12.743.897,00), conforme demonstrativo de fl. 91 e relatório das remessas ao exterior à fl. 814. Estes mesmos valores foram demonstrados pela Ernst & Young LLP em planilhas que detalham as operações da conta 6370 e sua consolidação com as demais contas utilizadas pela empresa brasileira, formuladas a partir de registros da ADM Trading (*Schedule III*, campos em verde e lilás). Segundo esclarecimentos contidos na tradução juramentada do relatório elaborado por Ernst & Young LLP (apresentado a esta Relatora após a exposição deste voto na reunião de julgamento de março/2013), referido demonstrativo, ali denominado *Anexo III – Reconciliação das Demonstrações da ADMIS, das Demonstrações de Negociação da ADM e dos Resultados de Hedge da ADM do Brasil no Razão Geral dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2004, 2006 e 2007*, apresenta em sua primeira parte a *origem das informações financeiras* presentes nas contas de Nível D, expondo os *resultados realizados em contratos finalizados*.

Todavia, há divergências quando comparadas estas informações com os registros da ADM Investor Services, os quais apontam a perda de US\$ 14.312.725, em razão de operações fechadas em janeiro/2004 (*Schedule III*, campos em amarelo). Neste mesmo sentido, a planilha que consolida mensalmente as perdas em razão das contas operadas pela empresa brasileira, totaliza em US\$ 14.320.470,50 este valor para janeiro/2004, o qual é integrado por perda de US\$ 5.187.464,00 decorrente da conta 6370 (*Schedule II*).

Esta última planilha (*Schedule II*) – nomeada *Anexo II – Resumo dos valores de Liquidação Líquidos no Encerramento do Mês por Conta de Nível D dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2004, 2006 e 2007*, na tradução juramentada antes referida – também evidencia que as perdas realizadas em janeiro/2004, quando somadas às perdas não realizadas da empresa brasileira no valor de US\$ 153.834.408,50, totalizam US\$ 168.154.879,00, que confrontados com ganhos decorrentes de contas “D” não operadas pela empresa brasileira, no montante de US\$ 255.214.015,85, resultam no ganho acumulado de US\$ 87.059.136,85, até janeiro/2004. Este valor é conciliado com o resultado apurado nas contas “A” em janeiro/2004 (US\$ 87.071.544,58) na planilha denominada *Schedule I* (nomeada *Anexo I – Reconciliação*

dos Valores de Liquidação Líquidos no Encerramento do Mês entre as Contas de Nível D e Nível A dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2004, 2006 e 2007).

Como se vê, os Anexos I e II fazem referência a *valores de liquidação líquidos*, ao passo que o Anexo III trata de *resultados realizados em contratos finalizados*. Assim, eventualmente a diferença entre as perdas US\$ 6.407.150,00 e US\$ 5.187.464,00, relativamente ao produto soja, na conta 6370, em janeiro/2004 pode se esclarecida pela consolidação que não reporta à ADM Investor Services as operações contrárias praticadas pelo Grupo. Este aspecto, porém, precisa ser melhor investigado.

Para além disso, convém notar que a recorrente reporta-se a análises da empresa contratada acerca do fluxo operacional após a consolidação de operações pela ADM Trading, acerca das quais não havia evidências nos demonstrativos juntados à petição de 06/12/2012. Especificamente diz a recorrente:

26. Pois bem, após a consolidação dos contratos de hedge do Grupo ADM, inclusive da Requerente, a ADM Trading transfere à ADM Financeira todas as exposições em aberto, não consolidadas nesse procedimento. As exposições em aberto dão surgimento às contas de liquidação "A" ("Contas de Nível A"): nº 5000, nº 5031, nº 5032, nº 5033, nº 5034, nº 5035, e nº 5036. As "Contas de Nível A" agrupam todas as exposições em aberto e as Bolsas de Valores de liquidação. Assim, no caso concreto, pela natureza das operações físicas realizadas pela Requerente (compra e venda de soja, farelo de soja e óleo de soja), as exportações não consolidadas foram liquidadas através da Conta de Nível A, nº 5032 (conta correspondente às operações realizadas na Bolsa de Chicago).

27. Portanto, o Relatório da EY reconciliou e atestou o procedimento de consolidação, realizado dentro dos parâmetros da Bolsa de Chicago, bem como da transferência das posições em aberto da ADM Trading para a ADM Financeira, e a sua liquidação, junto à Bolsa de Chicago, mediante o respectivo fluxo de caixa entre a ADM Financeira e a Bolsa de Chicago.

Esta última demonstração acerca do fluxo de caixa entre a ADM Investor Services e a Bolsa de Chicago aparenta corresponder à planilha denominada *Schedule IV* (nomeada *Anexo IV – Reconciliação entre a Variação no Patrimônio Líquido Total e o Caixa Pago nas Transações Cambiais nos exercícios findos em 31 de dezembro de 2004, 2006 e 2007*, na tradução juramentada antes referida), apresentada com as informações do fluxo nos dias de dezembro de 2004. No mais, aparentemente não foram juntados, à petição de 06/12/2012 os demonstrativos que evidenciaram as exposições efetivamente levadas à Bolsa de Chicago.

Por fim, na tradução juramentada antes mencionada, há referência, também, ao *Anexo V – Resumo dos Valores de Liquidação Líquidos do Encerramento do Mês da Conta de Nível A*, o qual apontaria, em 31 de dezembro de 2004, 2006 e 2007 que *o valor de liquidação líquido da conta de Nível A no mês findo está de acordo com o Valor de Mercado da Conta total, conforme indicado no Anexo I.*

Antes da presente sessão, a interessada apresentou memoriais elaborados em 27/02/2013 que aparentemente abordam referido fluxo. A partir de exemplos referentes à conta de nível D nº 6321, a contribuinte busca demonstrar a consolidação das operações advindas desta sua planta operacional (Fábrica de Campo Grande/MS) em outubro/2004, das quais resultam as exposições que ensejam o registro contábil das operações de hedge, agrupadas em *conta de nível A na ADM Trading*. Para tanto, junta exemplo das seguintes demonstrações: 1)

relatório de operações inseridas no Sistema referente à Conta de Nível D nº 6321, relativo ao período de outubro de 2004; 2) relatório emitido pela ADM Trading para o período de outubro de 2004, que refletiria as mesmas operações; 3) relatório emitido pela ADM Financeira com agrupamento dos contratos colocados no Sistema; 4) planilhas da ADM Financeira nas quais constariam os montantes liquidados a partir da conciliação de todas as Contas de Nível D, bem como os montantes liquidados a partir da conciliação de todas as Contas de Nível A; 5) relatório da ADM Financeira que indicaria as exposições não consolidadas agrupadas por meio da Conta de Nível A nº 5032, a serem colocadas na Bolsa de Chicago. Todavia, são elementos correspondentes a apenas uma espécie de registro de um dos meses autuados.

Registre-se, por oportuno, que o parecer elaborado pelo Professor Ary Oswaldo Mattos Filho, apresentado com a petição de 06/12/2012, ao fazer menção à atuação da ADM Investor Services como membro de compensação, parece cogitar que referida instituição promoveria a compensação, também, *para com terceiros clientes sem qualquer vínculo com a ADM IS*, talvez considerando que haja *liquidações externas ao pregão da CBOT*, promovidas pela ADM Investor Services, entre ordens de hedge do Grupo ADM com ordens de hedge de terceiros. Todavia, não há alegação da contribuinte, nem qualquer outra evidência nos elementos por ela apresentados, naquele sentido. Assim, supõe-se que as posições líquidas, após a consolidação feita pela ADM Trading, são comunicadas à ADM Investor Services que necessariamente as apresenta à Bolsa de Chicago, sendo este o fluxo que a recorrente pretende provar por meio dos elementos apresentados.

De toda sorte, as alegações da recorrente são suficientes para demonstrar seu empenho em reunir elementos para convencer este órgão julgador da legitimidade de seus registros contábeis. Ideal seria que dossiês diários fossem mantidos para demonstração da equivalência entre os registros contábeis e as operações da empresa junto ao mencionado *Sistema VAX*. Mas os elementos trazidos pela recorrente são evidências fortes de que estes registros existiam e obedeciam a um fluxo operacional sujeito a conciliações periódicas, de modo a assegurar a cobertura de suas operações físicas com *commodities*. Apenas que, a precariedade da guarda documental destas demonstrações não permitiu que a empresa as apresentasse à Fiscalização e convencesse a autoridade lançadora da regularidade de seus registros contábeis.

Diante deste contexto, já seria justificável a conversão do julgamento em diligência para que a autoridade lançadora confirmasse a validade dos critérios de auditoria adotados pelas empresas contratadas, e por conseqüência a admissibilidade de seus relatórios para demonstração da regularidade dos valores contabilizados pela contribuinte, apontando divergências que deste exame resultem e quantificando sua repercussão no crédito tributário lançado.

Antes porém, é necessário observar que a alegada *compensação de ordens das diversas empresas no âmbito do grupo* pode ser interpretada, também, como evidência da desnecessidade da operação de *hedge*, na medida em que a cobertura é dada por outra operação comercial do próprio grupo. O exemplo construído no parecer exarado pelo Professor Marco Aurélio Greco deixa transparecer este aspecto:

Realmente, se, por hipótese, a ADM do Brasil vender soja para o Japão e der uma ordem de compra³¹ [³¹ Ordem inversa à operação física emitida com a finalidade de cobertura (hedge).] a ser executada na Bolsa de Chicago, a ADM do Japão que está importando soja, poderá estar, ao mesmo tempo, emitindo uma ordem de venda a ser executada na mesma Bolsa.

Se o objetivo das normas estrangeiras é assegurar *uma livre e verdadeira formação de preço junto ao mercado comprador e vendedor de contratos futuros*, e esta condição é necessária para tornar dedutíveis as perdas de *hedge* na forma do art. 17 da Lei nº 9.430/96 (matriz legal do *caput* do art. 396 do RIR/99), como diz o Professor Ary Oswaldo Mattos Filho em seu parecer, a vedação à prática de operações opostas e simultâneas por um mesmo grupo empresarial pode ser perfeitamente interpretada como restrição a uma prática desnecessária, que pode prejudicar a *livre e verdadeira formação de preços*.

A prática descrita pela recorrente, em verdade, afirma a existência de uma operação de cobertura junto à Bolsa de Chicago que não foi formalizada, e assim enseja o reconhecimento contábil de um resultado decorrente de uma operação que efetivamente não existiu. Assim, não basta reputar como *método aceitável* para admissibilidade de perdas em *hedge* aquele que *demonstre em tempo real a formação de preço, e que permita que as compras e vendas sejam liquidadas por valores praticados livremente pelo mercado secundário*, como dito pelo Professor Ary Oswaldo Mattos Filho em seu parecer apresentado pela recorrente com a petição de 06/12/2012. É necessário que a cobertura resulte de uma operação realizada em bolsa para que tenha efetividade, não bastando que ela adote os parâmetros daquele mercado regulado.

Veja-se, ainda, que a prática da recorrente permite a remessa de valores a título de pagamento de margens que não eram devidas à Bolsa de Chicago, mas sim a outra empresa do Grupo ADM.

Este aspecto, inclusive, poderia justificar as disparidades apontadas pela Fiscalização, acerca da representatividade dos depósitos totais de margens remetidos ao exterior pela autuada, quando comparado com seu faturamento (24,73%), que destoa do percentual de 1,25%, inferido a partir dos depósitos de margens promovidos pela ADM Investor Services em favor de todo o Grupo ADM, considerando o faturamento global deste. É certo que a recorrente contesta as premissas destas inferências, especialmente o período ao qual se refere faturamento global do Grupo e a utilização do dólar médio para conversões. Contudo, no mais, os depósitos de margem promovidos pela ADM Investor Services em 2004, e a informação de que 80% de suas operações corresponderiam a terceiros estranhos ao Grupo ADM, são informações apresentadas pela contribuinte à Fiscalização. Ademais, são apenas inferências, que somente ganham relevo ante os demais fatos não esclarecidos adequadamente pela contribuinte.

Irrelevante, assim, se a bolsa de mercadorias brasileira não tem capacidade para acolher os negócios da recorrente, estando ela obrigada a recorrer à Bolsa de Chicago e submeter-se às suas regras. O fato de as leis estrangeiras visualizarem as empresas do Grupo ADM como um ente único, e impedir-lhes de requerer cobertura para operações simultâneas e opostas, autoriza a interpretação de que a *hedge* é desnecessária e, por conseqüência, sua perda, indedutível nos termos do art. 396, *caput*, do RIR/99.

Observe-se que, ao contrário do que diz a recorrente em memorial complementar formulado após a apresentação deste voto na reunião de julgamento de março/2013, não se trata, aqui, de questionar a natureza de proteção das operações de *hedge*, mas sim de apurar como esta proteção se efetivou dentro do grupo empresarial, e se houve a necessidade, e conseqüente efetivação de *hedge* em bolsa. Há evidências de proteção contra oscilações de preços mediante contratação de operações físicas opostas por outras empresas do grupo, as quais não podem ser interpretadas como operações de *hedge* em bolsa.

Recorde-se, ainda, que nada neste sentido teria sido argüido durante a Fiscalização, na medida em que a contribuinte, ao longo do procedimento fiscal, asseverou que as perdas deduzidas decorreriam de operações de *hedge* contratadas em Bolsa, e não logrou provar este fato. Ademais, não apontou em seus esclarecimentos a atuação da ADM Trading, de modo a suscitar dúvida na Fiscalização acerca deste outro aspecto subsidiário, mas que passa a ser determinante para aferição da dedutibilidade a partir do momento em que se busca trazer aos autos a prova das operações realizadas. Assim, tais aspectos não representam a *abertura de uma nova discussão*, mas sim considerações acerca da prova necessária para dedutibilidade dos valores contabilizados.

A recorrente também invoca, subsidiariamente, a aplicação do §1º do art. 396 do RIR/99 ou do art. 71 da Lei nº 9.430/96, com vistas a legitimar perdas decorrentes de operações de *hedge* realizadas fora de Bolsa.

O § 1º do art. 396 do RIR/99 reflete o cenário legal anterior à alteração introduzida pelo art. 17 da Lei nº 9.430/96, base legal do *caput* daquele artigo regimental. O referido §1º tem fundamento no art. 63 da Lei nº 8.383/91 que, reportando-se ao art. 6º do Decreto-lei nº 2.397/87, assim dispunham até o final de 2004 (art. 24 da Lei nº 11.033/2004 revogou o art. 63 da Lei nº 8.383/91 a partir de 01/01/2005):

Decreto-lei nº 2.397, de 1987:

Art. 6º Serão computados na determinação do lucro real da pessoa jurídica os resultados líquidos obtidos em operações de cobertura realizadas nos mercados de futuros, em bolsas no exterior, iniciadas a partir de 1º de janeiro de 1988.

1º No caso de operações que não se caracterizem como de cobertura, para efeito de apuração do lucro real os lucros obtidos serão computados e os prejuízos não serão dedutíveis.

2º O Poder Executivo expedirá instruções para a apuração do resultado líquido, sobre a movimentação de divisas relacionadas com essas operações, e outras que se fizerem necessárias à execução do disposto neste artigo.

Lei nº 8.383, de 1991

Art. 63. O tratamento tributário previsto no art. 6º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, aplica-se, também, às operações de cobertura de riscos realizadas em outros mercados de futuros, no exterior, além de bolsas, desde que admitidas pelo Conselho Monetário Nacional e desde que sejam observadas as normas e condições por ele estabelecidas.

Segundo a recorrente, a Resolução CMN nº 2.012/93 autorizaria a dedução de perdas desde *que se trate de operações de hedge vinculadas a operações reais e efetivas de revenda de soja e que sigam rigorosamente os parâmetros de mercado*. Referida Resolução, revogada a partir de 19/09/2005 pela Resolução CMN nº 3.312/2005, assim dispunha:

*Art. 1º. Permitir que as entidades do setor privado realizem, no exterior, com **instituições financeiras ou em bolsas**, operações destinadas a proteção ("hedge") contra o risco de variações de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, no mercado internacional.*

Parágrafo 1º. As operações de que se trata pautar-se-ão pelos parâmetros vigentes no mercado internacional, podendo o Banco Central do Brasil, a seu exclusivo critério, exigir compensação cambial suficiente para elidir os efeitos das operações que se mostrarem dissonantes do objetivo previsto ou celebradas fora daqueles parâmetros,

Documento assinado digitalmente *co sem prejuízo da aplicação das sanções porventura cabíveis.*

Parágrafo 2º. As operações que se vinculem a direitos e obrigações registradas, ou sujeitas a registro, no Banco Central do Brasil/Departamento De Capitais Estrangeiros (FIRCE) estarão igualmente sujeitas a registro, o qual poderá ser efetuado após a respectiva contratação.

[...]

Art. 3º. Observado o disposto no art. 1º, parágrafo 1º, desta resolução, fica reduzido em 100% (cem por cento) o valor do imposto de renda que incida sobre remessas ao exterior, desde que, comprovadamente, se caracterizem como necessárias, usuais e normais, inclusive quanto ao seu valor, à realização da cobertura de riscos de variações, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridades entre moedas e de preços de mercadorias, e/ou delas decorram, obedecida a regulamentação pertinente.

Art. 4º. Fica delegada competência ao Banco Central do Brasil para adotar as medidas e baixar as normas necessárias à execução do disposto nesta resolução.

Art. 5º. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Ficam revogadas as resoluções nºs 272, de 17.12.73, 1.203, de 30.10.86, e 1.921, de 30.04.92. (negrejou-se)

Como se vê, as operações de *hedge* cogitadas na Resolução CMN nº 2.012/93 seriam aquelas realizadas junto a instituições financeiras, circunstância aqui não verificada. Imprópria, assim, a alegação da recorrente.

Quanto ao art. 71 da Lei nº 9.430/96, há que se ter em conta sua redação na forma da Lei nº 10.833/2003:

Art.71. Sem prejuízo do disposto no art. 74 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, os ganhos auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, nas demais operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, serão tributados de acordo com as normas aplicáveis aos ganhos líquidos auferidos em operações de natureza semelhante realizadas em bolsa.

§1º Não se aplica aos ganhos auferidos nas operações de que trata este artigo o disposto no §1º do art. 81 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

§ 2º Somente será admitido o reconhecimento de perdas nas operações registradas nos termos da legislação vigente. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003) (negrejou-se)

Assim, não bastasse a oposição que a recorrente se antecipa a questionar – de que o referido dispositivo legal (art. 71), ao assegurar a dedutibilidade das perdas auferidas nas operações realizadas em mercado de liquidação futura fora de Bolsa, não teria explicitado que tal regra também seria aplicável às operações realizadas no exterior –, bem como o fato de o referido dispositivo legal apenas se prestar a equivaler a tributação de ganhos auferidos dentro ou fora da bolsa, vê-se que, de toda sorte, somente seriam dedutíveis *perdas nas operações registradas nos termos da legislação vigente*, quais sejam, operações em bolsa ou em instituições financeiras como antes exposto.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de CONVERTER o julgamento em diligência, para que a autoridade lançadora:

- Sob a premissa inicial de que todas as operações contabilizadas como sendo de *hedge* seriam necessárias e dedutíveis: 1) **analise** os elementos trazidos pela recorrente como evidências de que os registros junto ao mencionado *Sistema VAX* existiam e obedeciam a um fluxo operacional sujeito a

conciliações periódicas, de modo a assegurar a cobertura de suas operações físicas com *commodities*; 2) **informe** a validade dos critérios de auditoria adotados pelas empresas contratadas, e por conseqüência a admissibilidade de seus relatórios para demonstração da regularidade dos valores contabilizados pela contribuinte, ou apure esta regularidade por outros meios que entender e justificar suficientes; 3) **aponte** divergências que deste exame resultem, identificando as perdas que restarem sem comprovação, e quantificando sua repercussão no crédito tributário lançado;

- Sob a premissa final de que somente as operações de *hedge* realizadas em bolsa ensejam perdas dedutíveis, **promova** as verificações acima requeridas, mas **identifique** as perdas correspondentes a operações de *hedge* efetivamente contratadas junto à Bolsa de Chicago, sem antes terem sido compensadas com posições opostas apresentadas no mesmo período por outra empresa do Grupo ADM.

Ao final dos trabalhos a contribuinte deverá ser cientificada de relatório circunstanciado da diligência fiscal, com reabertura de prazo de 30 (trinta) dias para sua manifestação, antes da devolução dos autos a este Conselho.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora