



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.001637/2009-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.263 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2020
Recorrente ADM DO BRASIL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2004

PROCESSUAL ADMINISTRATIVO - NULIDADES - ART. 59 DO DECRETO 70.235

No âmbito do processo tributário administrativo, somente se reconhece a nulidade de atos e decisões nas hipóteses taxativas contempladas pelo art. 59, incisos I e II, do Decreto 70.235/72. Eventuais erros de apuração que não importem em erro de identificação da matéria tributável (e, portanto, em desrespeito à ampla defesa) devem ser discutidos como mérito e, acaso acolhidos, resultarão, tão só, da procedência parcial das alegações da parte insurgente.

GLOSA DE CUSTOS E DESPESAS - PERDAS EM CONTRATOS DE HEDGE - ART. 396 DO RIR/99 - APLICAÇÃO EM BOLSA

Para fins do art. 396 do antigo RIR (aprovado pelo Decreto 3.000/99), as operações de *hedge* contratadas mediante emprego de intermediários, notadamente, os chamados prestadores de serviços de compensação e liquidação, adotando-se procedimentos para consolidar (compensar) posições diversas e opostas de variadas empresas, dentro destas câmaras de compensação, ainda serão consideradas realizadas “*em bolsa*”.

GLOSA DE CUSTOS E DESPESAS - PERDAS E CONTRATO DE HEDGE - PROVA - DEDUTIBILIDADE

Comprovada a efetiva contratação de operações para cobertura de riscos com a variação de preços de *commodities* fixados pelo mercado de valores, há que se reconhecer a dedutibilidade dos respectivos custos e das despesas que lhes são acessórias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade da decisão recorrida e da autuação e, no mérito, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Marcelo José Luz de Macedo (suplente convocado) e Gustavo Guimarães da Fonseca. Ausente o conselheiro Breno do Carmo Moreira Vieira, substituído pelo conselheiro Marcelo José Luz de Macedo

Relatório

Cuida o feito de autos de infração lavrados para exigir do recorrente créditos tributários relativos ao IRPJ e a CSLL, apurados no ano-calendário de 2004 (conforme Termo de Verificação Fiscal e Autos de Infração constantes do volume 11 deste processo eletrônico, o primeiro juntado à e-fls. 2.140/2.154 e os demais à e-fls. 2.158/2.161 – IRPJ - e 2.164/2.165 – CSLL). Cumpre destacar que também foram lavrados autos de infração lastreados na mesmíssima matéria de fato e de direito, quanto aos anos calendários de 2006 e 2007 os quais, contudo, foram consolidados no PA de n.º 15586.001638/2010-81.

De acordo com o relato da lavra da D. Auditoria, após o exame das explicações e documentos apresentados, foram constatadas duas infrações, a saber: i) a apropriação indevida de custos de produção (glosa de custos) apontados a partir da identificação de remessas ao exterior motivadas, pretensamente, pelo pagamento de adiantamentos para cobertura de margens (garantias) de contratos de *hedge*, alegadamente formalizados perante a Bolsa de Valores e Mercadorias e Futuros de Chicago – BM&F Chicago; ii) a dedução indevida de despesas concernentes ao juros, variações cambiais e comissões de corretagem, intrinsecamente vinculadas aos custos (contratos de *hedge*) tratados na primeira infração.

A Autuação alça a monta de R\$ 586.031.327,33, quanto ao IRPJ, e R\$ 210.971.277,84, relativos à CSLL, e foi fundamentada a partir das disposições dos artigos 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299, 300 e 396, todos do antigo RIR – Regulamento do Imposto de Renda – aprovado pelo então vigente Decreto 3.000/99.

Pelo que se extrai, particularmente da página 1 (de 15) do TVF (e-fl .2.140), a ação fiscal teria sido “impulsionada” por um ofício de n.º 1890.2008-PR/ES/GAB/LFM de 14/05/2008, constante de e-fls. 6/7, encaminhado à Receita Federal do Brasil pelo Ministério Público Federal, dando conta de informações prestadas pelo Banco Central do Brasil em que noticia a existência de movimentações suspeitas por parte da recorrente. Segundo relato da Autarquia Federal, o volume de contratos de *hedge* realizados pela empresa ADM seria incompatível com o seu faturamento e, outrossim, representariam percentuais relevantes quando comparados com a média nacional.

Ante as interjeições do órgão Ministerial e do BACEN, a D. Auditoria Fiscal deu início às investigações que culminaram com as autuações em exame, centrando os trabalhos nas

operações de *hedge* registradas, contabilmente, nas contas do Razão de n.ºs 128116501 (*ADM DECATUR EXERC FUTUROS*), 423130 (*CONTR.FUT.ENCERRADOSHEDGE*) e 423130501/502 (*AJUSTE P. HEDGE CONTR. FUT. FECH*).

Para esmiuçar as informações ali destacadas, além dos próprios livros (razão e diário), a Autoridade Lançadora instou o contribuinte a trazer, ao feito, uma grande gama de documentos, destacando-se, dentre eles, os contratos de câmbio e respectivos relatórios de fechamento por contas da Matriz e filiais (consignando-se, nestes, as eventuais perdas e ganhos), relatórios dos quais constem a posição dos contratos dos produtos vendidos ou revendidos pela empresa, assegurados pelas operações de *hedge*. Pediu, ainda, a exibição de demonstrativos das variações cambiais ativas e passivas relativas às preditas operações e, em especial, os comprovantes de transferência de valores entre a “corretora”, responsável pela apresentação das respectivas ordens, e a Bolsa de Valores de Chicago (denominados *swifts*).

Pois bem. Tentando tornar clara e resumida uma questão substancialmente complexa, e partindo-se dos esclarecimentos prestados pelo contribuinte à própria Fiscalização e, também, por meio das peças processuais juntadas ao feito, tem-se no caso a seguinte situação: a recorrente, ADM do Brasil Ltda., faz parte de um conglomerado mundial capitaneado pela empresa ADM Company (Acher Daniels Midland Co, uma *holding*), esta última sediada na cidade de Decatur, Illinois, EUA. Pelo que expôs a empresa, o predito Grupo Multinacional desenvolve atividades de compra, venda e revenda de *commodities*, mormente soja e derivados, cujos preços são fixados pelo mercado financeiro.

A priori, e pelo que se extrai dos prospectos trazidos à e-fls. 501 e ss, o aludido Grupo movimenta quantidades relevantes de produtos agrícolas no mercado mundial (US\$ 36 milhões, aproximadamente, em 2004 – e-fl. 503) e, nesta esteira se sujeita às riscos próprios de operações de compra e venda de *commodities*. O uso dos contratos de *hedge* lhe seria necessário, como sustenta, justamente para reduzir estes riscos, notadamente porque boa parte de suas operações são realizadas em contratos para entrega futura de mercadorias (tanto na compra, como na venda); assim, entre a data do fechamento destes contratos e aquela em que se verificará a entrega física dos produtos, observar-se-ão possíveis oscilações dos preços fixados pelo mercado. A compra de posições opostas, pois, via bolsa de valores, mediante contratação de operações de *hedge* serviria para neutralizar, ao menos em parte, os efeitos de tais oscilações.

De acordo com as alegações da empresa, dado o volume de operações que pratica, e, ainda, o fato do Grupo Econômico possuir empresas espalhadas por todo o mundo, as suas operações não seriam comportadas por Bolsas de Valores de menor capacidade (como a BOVESPA), obrigando-o a se utilizar da Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago e de regras regulatórias específicas daquele País. Dentre tais, a contribuinte destaca uma que vedaria a prática de operações denominadas *wash sales* que, resumidamente, seriam um conjunto de ordens emanadas de uma mesma empresa ou grupo empresarial, de mesma natureza, mas posição oposta, efetuadas, potencialmente, com o intuito de manipular o preço de mercadorias negociadas na Bolsa. E essa regra seria, em princípio, o problema que de fato culminou com a atuação.

Isto porque, para não afrontar a imposição regulatória acima mencionada, a recorrente teve que adotar uma estrutura mais complexa que a comumente utilizada para operar em bolsas de mercadorias e futuros. Isto é, ao invés de se socorrer, exclusivamente, de uma corretora, a contribuinte, juntamente com todas as demais empresas do Grupo ADM (ou assim

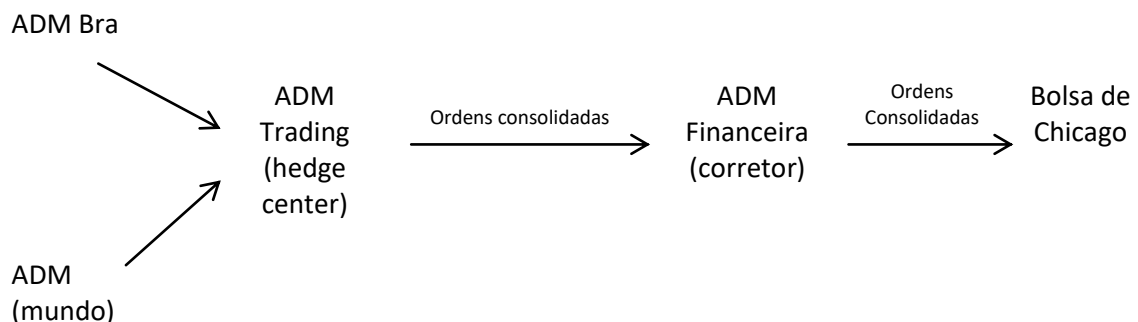
afirma a insurgente), envia as suas ordens para um sistema pertencente à ADM Co, gerenciado, por sua vez, por outra empresa denominada ADM Trading (mencionada pela autuada apenas quando da interposição de seu recurso administrativo – nem a Autoridade Lançadora e nem tampouco a DRJ sabiam de sua existência).

Por meio deste sistema, denominado VAX, as diversas ordens enviadas pelas várias empresas do grupo são condensadas, tratadas e compensadas (mormente aquelas que sejam “*mutuamente excludentes*” nas palavras da própria recorrente em memoriais entregues a este relator), evitando-se, assim, a caracterização de possíveis operações atentatórias ao regime legal norte-americano. Feitas as preditas compensações, as ordens “líquidas” (ou consolidadas) são repassadas, desta vez, à outra empresa pertencente ao grupo, a ADM Investor Services Inc. (ou ADM Financeira, considerada membro de compensação da Bolsa de Chicago, pelo que afirmara a recorrente em resposta aos termos de intimação de n.ºs 295 e 296, ambos de 2009, juntada à e-fls.473/476 e documento de e-fl. 477).

Objetivamente a ADM Financeira, ao receber os “extratos” das ordens consolidadas, alhures referidas, as aloca em contas específicas do Grupo ADM (já que esta “corretora” também atende a clientes diversos, fora do grupo).

Com base nas margens de cobertura iniciais informadas pela Bolsa de Chicago, a citada empresa calcula os respectivos valores para cada contrato de *hedge* havido por seus clientes (como afirma a insurgente na resposta aos termos de intimação mencionada no parágrafo anterior), enviando estas informações à ADM Co para que esta efetue a transferências daqueles montantes à própria ADM Financeira que, por fim, os transfere para a Bolsa de Chicago.

Numa petição juntada à e-fls. 3.365 e ss, a contribuinte apresenta um cronograma bem mais simplificado (e-fl. 3.367) que explica o fluxo de informações e de recursos até aqui descrito. Reproduzo, a seguir, o predito “gráfico” demonstrativo:



Ainda que nem todas as informações acima constem, efetivamente, do TVF, como afirmado no início deste relatório, este Conselheiro optou por antecipar parte das alegações da recorrente, prestadas ao longo do feito por meio de diversas manifestações, e assim consolidar toda a matéria fática necessária à compreensão das operações que, ao fim e cabo, deram ensejo à autuação em análise.

O fato é que a estrutura operacional, tal como demonstrada até aqui, é que gerou, efetivamente, as críticas fiscais, mormente porque, tal como erigida, traz as dificuldades

mencionadas no TVF para se identificar, e comprovar, o efetivo fluxo financeiro, desde a autuada, até a Bolsa de Chicago. E estas dificuldades, diga-se, aumentam na medida em que, objetivamente, a ADM Brasil remete apenas uma pequena parte à Bolsa de Chicago.

Os valores tratados pela conta contábil de nº 128116501 (*ADM DECATUR EXERC FUTUROS*), registra, como declinado no relatório fiscal, as importâncias antecipadas pela holding norte-americana para cobrir as margens (garantias) exigidas pela Bolsa de Chicago, sendo ela, ADM Co, quem, via de regra, remete os respectivos recursos à ADM Financeira para os transferir à Bolsa de Chicago. Esta conta, diga-se, além de registrar as “dívidas” detidas pela ADM Co em relação à recorrente (em razão das preditas antecipações), contempla, também, as taxas, juros e comissões pagas pela própria ADM Co como despesas acessórias dos contratos de *hedge* firmados, por conta e ordem da ADM Brasil, pela ADM Financeira.

Daí porque, quando instada pela D. Auditoria Fiscal a trazer ao feito os “*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*”, a contribuinte afirmou, deles, não dispor, precisamente por não existirem semelhantes documentos (a BM&F Chicago, pelo que afirma a empresa, não emite tais documentos por não receber das, ou pagar às, contratantes quaisquer valores – v. resposta ao termos de intimação de nºs 295 e 296, já tratada linhas acima).

Outrossim, e inclusive, a Autoridade lançadora questiona a própria remessa de recursos pela ADM Brasil à ADM Co., já que pelos registros constantes da aludida conta, parte substancial teria sido remetida diretamente à ADM Financeira, contrariando, pois, a versão acima descrita (mais adiante, a empresa sustenta a existência de erros em tais registros, afirmando que os contratos de câmbio juntados ao processo demonstrariam que todas importâncias ali descritas teriam sido remetidas exclusivamente à ADM Co.).

A par da miríade de documentos apresentados, a D. Fiscalização entendeu não comprovadas as remessas de valores por parte da ADM Brasil à BM&F e, por conseguinte, considerou não demonstrada a própria pactuação dos contratos de *hedge*, cujos resultados eram controlados nas contas contábeis de nºs 128116501 (*ADM DECATUR EXERC FUTUROS*), 423130 (*CONTR.FUT.ENCERRADOSHEDGE*) e 423130501/502 (*AJUSTE P. HEDGE CONTR. FUT. FECH*), também já referenciadas anteriormente, lavrando-se, pois, os autos de infração objetos deste processo.

Devidamente cientificada dos lançamentos ora polemizados, a recorrente opôs a sua impugnação administrativa suscitando diversas nulidades segundo ela divisáveis nos autos de infração e afirmando, mais, no mérito, após expor parte dos fatos já tratados neste relatório, a improcedência da autuação.

O feito foi distribuído à DRJ do Rio de Janeiro que, por meio do Acórdão de e-fls. 3.000 e ss, após afastar as preliminares invocadas, houve por bem julgar improcedente a impugnação apresentada. Os respectivos fundamentos foram sumarizados na ementa cujo teor transcrevo abaixo:

ARGUIÇÃO DE NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO.

Ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa da interessada. Descabe a alegação de nulidade quando

inexistirem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observa os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária.

CUSTOS. COMPROVAÇÃO. DEDUTIBILIDADE.

Os custos não comprovados documentalmente sujeitam-se à glosa correspondente, visto que a pessoa jurídica é obrigada, por lei, a conservar em ordem, documentos e papéis que se refiram a atos e operações que modifiquem ou possam vir a modificar a sua situação patrimonial.

VARIAÇÃO CAMBIAL, JUROS E COMISSÕES. DESPESAS ACESSÓRIAS. DEDUTIBILIDADE. DECORRÊNCIA.

Uma vez considerados não comprovados os custos, restam também não comprovadas, por decorrência, as despesas financeiras acessórias relativas às comissões, aos juros e às variações monetárias a eles correspondentes.

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o Imposto de Renda, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

A contribuinte foi intimada do resultado do julgamento supra em 09 de novembro de 2010 (AR de e-fl. 3.028), tendo interposto o seu recurso voluntário em 08 de dezembro daquele mesmo ano (carimbo de e-fl. 3.032), em que, de início, reprisa as preliminares de mérito já deduzidas em sua impugnação. Tais preliminares, resumidamente, seriam as seguintes:

- a) nulidade do auto de infração por violação à regra encartada no art. 273 do antigo RIR (aprovado pelo revogado Decreto 3.000/99), ante a ocorrência de postergação de pagamento dos tributos decorrentes de operações de *hedge* realizadas no exterior;
- b) nulidade da autuação por, pretensamente, ter deixado de considerar, no recálculo dos tributos devidos, as estimativas pagas ao longo do ano-calendário de 2004;
- c) nulidade dos lançamentos por ter, a Autoridade Fiscal, procedido ao cálculo do imposto e da contribuição a partir, tão só, dos valores glosados, não tendo, por isso, recomposto o lucro real da empresa. Neste tópico, afirma, ainda, que a fiscalização teria apurado as importâncias cobradas nos autos de infração, mormente quanto ao IRPJ, a partir da aplicação do adicional de 10% sobre o valor total dos montantes do crédito tributário apurado (e não apenas sobre o valor que ultrapassara o limite de R\$ 240.000,00), além de não se ter utilizado dos valores de prejuízo fiscal informados no período em valores reajustados a partir do próprio resultado da autuação (objetivamente, com a autuação, o limite de 30% para compensação de prejuízos restara majorado, justamente pelo aumento do próprio valor do imposto devido no ano-calendário de 2004);
- d) nulidade do auto de infração por falta de comprovação da ausência dos requisitos de usualidade e necessidade das despesas glosadas.

Além destas preliminares, a insurgente sustentou, ainda, a nulidade do próprio acórdão recorrido, notadamente por entender que a Turma *a quo* teria deixado de apreciar todos os argumentos deduzidos na impugnação, concernentes às nulidades acima apontadas.

Quanto ao mérito, reafirmou a lisura de suas operações e a demonstração efetiva de sua concretização, premendo pelo cancelamento das autuações.

Por fim, e sucessivamente, alegou, ainda, a ilegitimidade do cômputo dos juros moratórios sobre a multa de ofício aplicada no caso.

Juntamente com a peça recursal, vale destacar, além de todos os documentos até então acostados aos autos, a insurgente apresentou, também, uma Carta destinada à ADM Co., da lavra de um escritório de advocacia de Chicago (e-fls. 3.130/3.132) e uma cópia de norma regulamentar que comprovaria a existência, de fato, da regra proibitória da prática das chamadas *wash sales* (documento de e-fls. 3.134/3.135). Tais documentos, diga-se, estão redigidos em língua estrangeira.

Trouxe, ainda, diversos extratos, também em língua inglesa, que aparentemente demonstrariam as ordens de compra enviadas às ADM Investor.

Originariamente, este processo foi distribuído à Conselheira Edeli Pereira Bessa. Antes, contudo, do respectivo julgamento, a então relatora noticia a juntada de documentos pelo contribuinte os quais, todavia, não teriam sido digitalizados pela Unidade Preparadora. Estes documentos, diga-se, somente foram devidamente juntados ao feito posteriormente, mediante requisição daquela Julgadora, consistindo, em especial:

- a) num laudo da Lavra da KPMG que, em tese, demonstraria a realização efetiva das operações de *hedge* aqui tratadas (juntado por meio de 13 anexos, distribuídos entre as e-fls. 7.365 e 12.285);
- b) um parecer do Professor Ary Oswaldo Mattos Filho, acerca dos temas divisados neste feito (e-fls. 12.600/12.645);
- c) um parecer de auditores independentes (Ernst & Young), tendente a demonstrar que “*a atividade de negociação da ADM do Brasil na bolsa de commodities para os exercícios findos em 31 de dezembro de 2004, 2005 e 2007, apresentados de acordo com os critérios definidos no Relatório da Administração da Atividade do Negociação*” (e-fls. 12.288/12.481).

A empresa noticia, ainda, a juntada de outros dois estudos, um de autoria do Professor Marco Aurélio Greco e outro do Professor Eurico Marcos Diniz de Santi. Todavia, não os localizei nos autos, não obstante os ter recebido em mãos, por meio de memoriais apresentados pela empresa em audiência realizada recentemente.

Pois bem. A luz da complexidade da matéria, e dos novos elementos trazidos ao processo, minha antecessora, por meio da Resolução de e-fls. 7.307/7.362, houve por bem converter o julgamento em diligência. Objetivamente, e após afastar as preliminares de mérito, além de tecer considerações sobre a natureza das operações de compensação das ordens inseridas

no sistema VAX, a mencionada Conselheira elaborou os seguintes quesitos a serem respondidos pela Autoridade Fiscal:

. 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 consequência 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.

À e-fls. 18.014/18.027 foi apresentado o relatório final de diligência em que a D. Auditoria Fiscal, respondendo os quesitos acima, asseverou que: i) a ADM Trading se valia, “*em tese*” de um sistema informatizado para realizar a consolidação das ordens de compra, mediante contratação de *hedge*; ii) que seria “temerário” validar os critérios utilizados pela KPMG e pela Ernst&Young sem que fosse realizada uma “perícia” por auditores independentes; iii) a partir das informações do contribuinte, teriam sido identificadas perdas no valor de R\$ 680.567.224,45, sem efetiva comprovação.

Vale dizer, aqui, que antes de apresentar tais respostas, a Autoridade Fiscal teria afirmado inexistirem provas sobre as aplicações do contribuinte em contratos de *hedge*.

Retornado os autos a este Conselho, e ainda sob a relatoria da Conselheira Edeli, após discorrer sobre as conclusões exaradas no relatório de diligência supra, constatou-se que a D. Auditoria Fiscal teria promovido a redução, em parte, dos valores concernentes às glosas das despesas acessórias, registradas na já mencionada conta de nº 128116501, sem que fossem apresentados os critérios para este recálculo. A então relatora propôs nova resolução (e-fls. 18.064/18.096), desta feita, para que “*a autoridade fiscal justifique as alterações assim promovidas na base tributável*”.

Em atendimento a esta nova solicitação, a Unidade de Origem apresentou novo relatório (e-fls. 18.100/18.107), que, de forma bastante objetiva, assim se pronunciou:

De acordo com o relatório da diligência anterior, esta fiscalização entende que não restam comprovadas as aplicações em *hedge* informados pelo contribuinte.

Apresentou-se os cálculos da Recomposição das Demonstrações de Resultado levando-se em consideração as informações prestadas pelo contribuinte, porém não aceitas por esta fiscalização, **com o objetivo único de proporcionar novo cálculo para um eventual julgamento do CARF a favor do contribuinte.**

Sobre esta nova incursão fiscal, a recorrente se manifestou à e-fls. 18.180 e ss, sustentando que a primeira diligência realizada já teria atestado a regularidade de suas operações e, por conseguinte, a improcedência da autuação.

Os autos retornaram à Conselheira Edeli, mais uma vez. E novamente, diga-se, optou-se por reinstruir o feito (conforme decisão de e-fls. 18.398/18.463). Peço vênua, para transcrever o seguinte trecho deste último acórdão que aclara os motivos pelos quais se entendeu por fazer uma nova diligência:

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.

Vale destacar que após concordar, em parte, com a tese da recorrente quanto a tipificação da hipótese descrita no art. 396 do antigo RIR, mesmo num caso em que os valores despendidos na contratação das operações *hedge* não tenha se dado diretamente pela sua aplicação na bolsa (mas por intermédio de três outras empresas do Grupo ADM, ainda que por conta e ordem da contribuinte), a Conselheira Edeli, referindo-se à parecer da lavra do Professor Marco Aurélio Greco, passa a abordar a natureza da própria operação de compensação realizada por intermédio do sistema VAX. Isto é, mesmo que não tenha exercido um juízo de valor específico, ela manifesta, ainda que timidamente, uma dúvida sobre a dedutibilidade das perdas verificadas no curso desta consolidação (toda ela realizada, apenas, e tão somente, insista-se, dentro do sistema informatizado do Grupo).

E, assim, partindo de uma premissa hipotética, de que tais perdas seriam dedutíveis, e fazendo a análise dos pareceres da KPMG e da E&Y, aquela relatora cravou que *“as alegações da recorrente foram suficientes para demonstrar seu empenho em reunir elementos para convencer esta Relatora da legitimidade de seus registros contábeis”* e que, outrossim, *“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”*.

Pondera, todavia, que não obstante as evidências demonstrarem a pactuação *“de proteção contra oscilações de preços mediante contratação de operações físicas opostas por outras empresas do grupo”* estas não poderiam *“ser interpretadas como operações de hedge em bolsa”*, contrapondo-se, neste passo, a premissa inicialmente considerada, sobre a sua dedutibilidade nas circunstâncias ora postas. Para ela, portanto, *“somente seriam dedutíveis perdas nas operações registradas nos termos da legislação vigente, quais sejam, operações em bolsa ou em instituições financeiras [i.e., fora da bolsa] como antes exposto”*.

Notem que a par de tais considerações, que poderiam, em princípio, permitir uma decisão definitiva ao menos quanto as importâncias consolidadas, apenas, dentro do sistema VAX, a Relatora optou por promover uma nova e mais completa instrução. E assim, propôs:

Por todo o exposto, o presente voto é no sentido de novamente CONVERTER o julgamento em diligência para que a autoridade fiscal competente apure a regularidade dos valores contabilizados, ainda que por amostragem devidamente justificada, mediante: 1) identificação das operações que demandaram cobertura no período fiscalizado; 2) avaliação do fluxo operacional para concretização das operações de *hedge* em Bolsa de modo a confirmar se as perdas registradas guardam correspondência com a variação de preços ali verificadas; 3) seleção, dentre as perdas vinculadas às operações de *hedge* demandadas pela contribuinte, das que resultam de operações de *hedge* efetivamente levadas à Bolsa, identificadas a partir dos relatórios que detalham as transferências financeiras devidas e pagas à instituição com a qual foram contratadas as operações de *hedge*; 4) quantificação do valor das perdas decorrentes do total de operações de *hedge* ordenadas pela contribuinte e do valor das perdas vinculadas a operações efetivamente levadas à Bolsa; e 5) definição da repercussão desta classificação de perdas nos registros acessórios de variação cambial, comissões e juros.

A respectiva informação fiscal foi apresentada à e-fls. 18.544/18.555 e, reprisando, sempre, a impossibilidade de se promover uma “auditoria” do, por vezes mencionado sistema VAX, a Autoridade Fiscal sustentou ser impossível responder, conclusivamente, aos novos quesitos apresentados. Apenas quanto as despesas acessórias, afirmou que, dada a inviabilidade de se fazer a efetiva vinculação entre as informações constantes do predito sistema e os dados registrados na escrita contábil da recorrente, partindo, exclusivamente, das informações declinadas pela empresa (sem juízo crítico sobre elas), promoveu um cálculo proporcional “*entre as despesas principal e acessórias*”, respondendo, neste ponto, inclusive, ao pedido deduzido na Resolução de e-fls. 18.064/18.096.

Considerando-se a saída da Conselheira Edeli dos quadros do CARF (tendo retornado a este órgão apenas recentemente), o feito foi redistribuído, desta vez, para este Colegiado, fixando-se a relatoria nos ombros do então Conselheiro Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa que, por meio do acórdão de e-fls. 19.001/19.063, votou pela realização de uma nova e derradeira diligência, por meio da qual instou a Fiscalização a responder aos seguintes questionamentos:

- 1) Identificação das operações que demandaram cobertura no período fiscalizado;
- 2) Avaliação do fluxo operacional para concretização das operações de *hedge* em Bolsa a confirmar se as perdas registradas guardam correspondência com a variação de preços ali verificadas;
- 3) Seleção, dentre as perdas vinculadas às operações de *hedge* demandadas pela contribuinte, das que resultam de operações de *hedge* efetivamente levadas à Bolsa, identificadas a partir dos relatórios que detalham as transferências financeiras devidas e pagas à instituição com a qual foram contratadas as operações de *hedge*;
- 4) Quantificação do valor das perdas decorrentes do total de operações de *hedge* ordenadas pela contribuinte e do valor das perdas vinculadas a operações efetivamente levadas à Bolsa;
- 5) Definição da repercussão desta classificação de perdas nos registros acessórios de variação cambial, comissões e juros.

Finalmente, e aparentemente vencido pelo cansaço, o AFRFB responsável pelo atendimento aos termos da resolução supra, e analisando os pareceres da KPMG e da E&Y, respondeu ao primeiro quesito acima asseverando que *“esta fiscalização entende que foram corretamente identificadas as operações que demandaram cobertura no período fiscalizado”* esclarecendo, mais que *“as perdas/ganhos das operações de Hedge encontram-se escrituradas na contabilidade, na conta n.º 128116-501 (fls. 3670/3682)”*.

No que tange ao segundo quesito transcrito anteriormente, a Autoridade Fiscal afirmou que *“o fluxo operacional para concretização das operações de hedge em Bolsa e as perdas registradas guardam correspondência com a variação de preços ali verificadas”*, ressaltando, todavia, a existência de dúvidas objetivas quanto ao procedimento de consolidação das posições no sistema VAX e que, para tanto, seria necessária a apresentação de documentos que atestassem, por exemplo, os valores e quantidades das mercadorias demandadas pelas demais empresas do grupo e que abasteceriam o mencionado sistema. E sobre isso, diga-se, apesar de intimada, a empresa recorrente sustentou não dispor de quaisquer dados ou relatórios, os quais, alega, estariam sob a guarda e responsabilidade da ADM Investor e da Bolsa de Chicago.

Pelo que se deduz de sua resposta final, e ao que me parece, a empresa entenderia que a obtenção dos aludidos documentos e informações seria de responsabilidade da Receita Federal. Veja-se:

Assim, reitera a Intimada que não se opõe à solicitação de informações diretamente à Bolsa de Chicago e demais órgãos de Controle dos Estados Unidos, por meio da previsão contida no Decreto n.º 8.506/2015 (transcrição retirada do termo de diligência fiscal em comento).

Assim, quanto a este quesito, concluiu ser *“no mínimo temerário esta fiscalização avaliar a conciliação do hedge entre as operações dos diversos países pelo Sistema VAX para se chegar a um valor de hedge para aplicação na BM&F Chicago”*.

Quanto ao terceiro quesito, a partir do exame dos documentos denominados *“Pagamentos Efetuados pela ADM Investor Services para a Bolsa de Mercadorias de Chicago”* (fls. 662/668), *“Extratos dos pagamentos diários realizados pela ADM Investor Services para a Bolsa de Mercadorias de Chicago”* (fls. 669/1121), e *“Relatório de Apuração das Perdas e Ganhos mensais”*, concluiu que a recorrente teria, efetivamente, levado à BM&F de Chicago os valores de R\$ 226.550.672,00, em 2004, R\$ 20.130.746,00, em 2006 e R\$ 135.639.242,00, em 2007, reprisando esta informação para atender ao questionamento declinado no quesito de número 4.

Finalmente, quanto ao quesito de n.º 5º, reinterpreta o cálculo proporcionalizado das despesas incorridas com os contratos de *hedge* considerados diretamente contratados perante a BM&F (apontados na resposta aos quesitos de números 3 e 4), consoante planilha a seguir reproduzida:

Ano	Ganhos/Perdas Despesas Acessórias Efetivamente levados a Bolsa de Chicago	Ganhos/Perdas Despesas Acessória "Compensado com posições opostas"	Despesas Acessórias Total
2004	26.075.700,11	77.603.658,24	103.679.358,35
2006	511.128,45	859.769,39	1.370.897,84
2007	-5.345.628,40	6.319.335,44	-11.664.963,84

Vale destacar que à e-fls. 18.976 e ss, a D. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – apresentou a suas contrarrazões ao Recurso Voluntário, por meio da qual, após apresentar um relato sobre os fatos do processo e, principalmente, sobre o resultado das três primeiras diligências realizadas, discordou do contribuinte quanto tese que considera como realizadas em Bolsa as compensações e consolidações efetivadas dentro do Sistema VAX e encampou as conclusões fiscais sobre a falta de comprovação efetiva das operações em exame (vale lembrar que esta manifestação é anterior à última diligência realizada nestes autos e, portanto, não contempla as conclusões mencionadas acima, notadamente, em resposta aos já citados quesitos de n^{os} 3 e 4).

O Conselheiro Marcos Nepomuceno, como é de conhecimento de todos, deixou este Colegiado de sorte que o feito foi, novamente redistribuído, incumbindo, agora, a este Conselheiro, o mister de desenrolar tão complexo e importante imbróglio...

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

A admissibilidade do recurso em exame já foi declarada e afirmada por quatro vezes, por ocasião das Resoluções tratadas no relatório que precede este voto. Desnecessárias, neste passo, novas ilações sobre o tema, cabendo, apenas, consignar-se que todos os pressupostos processuais foram preenchidos pelo recurso, razão, pela qual, dele tomo conhecimento.

I DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

A irresignação do recorrente, aqui, centra-se na análise feita pela r. decisão de primeira instância quanto as preliminares de mérito deduzidas na impugnação.

Objetivamente a contribuinte sustentou a ocorrência de três vícios que, a seu ver, resultariam na “anulação” dos autos de infração. Seriam eles:

- a) o não reconhecimento da ocorrência de postergação do pagamento do tributo, por desobediência à competência relativa à escrituração de custos e despesas, na forma do art. 273, do antigo RIR (aprovado pelo Decreto 3.000/99) e do Parecer Normativo de nº 02/96;
- b) a pretensa falta de consideração, pela Autoridade Fiscal, dos valores antecipados pela empresa ao longo do período de apuração (estimativas e

IRFonte) e, ainda, o cálculo do adicional do IRPJ incidente sobre o valor total do crédito lançado (e não, apenas, sobre o limite de R\$ 240.000,00);

- c) a constituição do crédito tributário sem que se tivesse recomposto o lucro real e o lucro líquido da insurgente, aplicando-se as respectivas alíquotas diretamente sobre os montantes tidos e havidos como glosados, além de não se ter promovido, nesta oportunidade, o recálculo dos limites dos prejuízos fiscais utilizáveis para compensar com o resultado da autuação;
- d) falta de demonstração, pela Autoridade Fiscal, da inexistência de usualidade, normalidade e necessidade das despesas glosadas.

Como se depreende, contudo, do Título 2 do aresto ora combatido, mesmo que de forma econômica, diga-se, a Turma *a quo* foi absolutamente clara ao afirmar que as preditas alegações, acaso acolhidas, não encerrariam o reconhecimento de violação à ampla defesa (isto após cravar que os atos aqui discutidos foram praticados por autoridade competente). Nesta esteira, como as hipóteses de nulidade, no âmbito do processo administrativo federal, estão adstritas àquelas prescritas pelo art. 59, incisos I e II, do Decreto 70.235/72, afastou, apenas, a imprestabilidade formal dos autos de infração, tal como apontada pelo recorrente, **mas, objetivamente, e individualizadamente, as analisou como questões de mérito.**

De fato, como se extrai da passagem aposta na e-fls. 3.016, a DRJ sustentou, de forma muito concisa, é verdade, a inoportunidade de postergação preconizada pelo art. 273 do já citado RIR/99.

Outrossim, quanto aos demais temas, notadamente em relação ao aproveitamento das parcelas antecipadas e, ainda, no tocante ao limite para aplicação do adicional (IRPJ), a decisão *a quo* explicitamente se manifestou à e-fls. 3.020 e 3.021, deixando extirpadas de dúvidas que, a seu ver, não só as bases de cálculo foram recompostas, como o crédito afeito ao IR não teria incidido sobre o valor de R\$ 240.000,00, já que a empresa havia apurado imposto a pagar no período em análise (este valor, portanto, já teria sido “abatido” do cômputo da exação considerada devida).

Também quanto ao problema dos saldos de prejuízo de base de cálculo negativa, o aresto ora examinado expôs o entendimento de que seria descabida a pretensão da insurgente, já que os valores compensados pela Autoridade Fiscal foram extraídos do SAPLI e do SACS e que os mesmos foram efetivamente compensados pela empresa nos anos-calendários subsequentes, não restando saldo para aproveitamento do tributo... certo ou errado, a questão foi, devidamente, analisada.

Por fim, em relação ao pretense vício de motivação, por não comprovação da ausência dos pressupostos preconizados pelo art. 299 do antigo RIR, para justificar a glosa das despesas acessórias aos contratos de *hedge*, vê-se, mais uma vez, que a decisão recorrida, sobre elas, se reportou à e-fl. 3.016. Se a recorrente não concorda com os fundamentos ali deduzidos, semelhante questão deverá ser apreciada, eventualmente, como razões de mérito.

Cumpra, apenas, registrar, particularmente quanto ao problema da “postergação” que, acaso esta tenha, de fato, ocorrido, conseqüentemente ter-se-ia que reconhecer a nulidade do lançamento já que o mesmo teria que restar calcado em outro dispositivo legal que não os

invocados pela D. Auditoria, importando, neste passo, na alteração do próprio critério jurídico aplicável à espécie.

Notem, de toda sorte, que a alegação de nulidade finca-se na falta de análise dos argumentos e isto, como apontado anteriormente, não ocorreu... a DRJ se debruçou, sim, sobre cada um dos argumentos da empresa; o erro na sua apreciação, todavia, revelaria, quando muito, *error in iudicando*, e não *error in procedendo*, o que, por sua vez, se identificado, culminaria apenas com a reforma da decisão recorrida e não com a sua anulação.

Dito isto, é de afastar a preliminar de nulidade do acórdão recorrido.

II DAS PRELIMINARES DE NULIDADE RESPEITANTES AOS AUTOS DE INFRAÇÃO.

II.1 Pretensa postergação.

Invocando, em especial, os preceitos do art. 76, §§ 4º e 5º da Lei 8.981/95, a empresa sustenta que os eventuais prejuízos apurados no exterior que não sejam integralmente absorvidos (uma vez que limitados aos ganhos de mesma natureza eventualmente observados) poderão ser “*carregado[s] para os anos subseqüentes e deduzido[s] do lucro real, até a diferença positiva apurada em cada ano, entre os ganhos e perdas decorrentes das operações realizadas*” (trecho extraído recurso voluntário a e-fl. 3.041).

A partir daí, a insurgente constrói uma complexa e criativa linha de argumentação a fim de afirmar que, como no ano de 2005 ela teria apurado valores positivos em suas aplicações em contratos de *hedge*, os valores negativos deduzidos no ano de 2004 (objeto deste lançamento) não poderiam, a luz dos preceitos do art. 273 do RIR, ser cobrados, devendo, outrossim, compor o resultado daquele ano subsequente.

É preciso todavia, frisar que:

- a) como pontuado pela DRJ, não se está tratando, aqui, de “*inexatidão quanto ao período de apuração de escrituração de (...) custos ou dedução*”, mas, objetivamente, de glosa de tais custos e deduções em razão da ausência de comprovação, precisamente, das perdas que a empresa, sustenta, ter suportado;
- b) o ano de 2005 não é objeto de apuração fiscal e, nesta esteira, se o contribuinte entende que faria jus ao abatimento de parte do resultado ali apurado, deveria alterar (retificar) as suas declarações e, assim, lançar mão do competente procedimento de compensação administrativa (tal como já decidido por este Colegiado quando do julgamento, v.g., do PA de n.º 10480.722.277/2009-31, cujo acórdão de n.º 1302-002.704, foi publicado no DJe de 26/04/2018¹).

¹ DESPESAS NÃO APROPRIADAS DENTRO DA COMPETÊNCIA EM QUE INCORRIDAS INTELIGÊNCIA DO ART. 247, § 2º, DO RIR

Ainda que franqueado pela lei societária o ajuste do lucro líquido pela inclusão de despesas/receitas incorridas em exercícios anteriores, a alocação destas grandezas deve ser feita o período competente; se deste procedimento decorrer indébito tributário, cabe ao contribuinte socorrer-se dos meios explicitamente previstos na legislação para garantir o seu direito.

O princípio da eventualidade, não obstante comportar ao mesmo tempo um direito e um dever das partes, deve ser aplicado pelos postulantes dentro uma racionalidade mínima; de se lembrar, inclusive, que os pedidos deduzidos que não guardem, entre si, a necessária compatibilidade, resultarão, inadvertidamente, no seu não conhecimento, na forma do art. 327, § 1º, inciso I, do CPC.

É óbvio, ululante mesmo, que ao deduzir pedidos sucessivos (mesmo que de natureza distinta) a parte deve ter o necessário cuidado de verificar se o acolhimento de um não torna impossível a análise do outro (incompatibilidade). Objetivamente, vejam bem, ao sustentar a ocorrência de postergação, no caso presente, a recorrente, de forma temerária, atenta contra a própria tese de mérito, já que o pressuposto fático de suas alegações é de que tais perdas concretamente ocorreram no ano de 2004.

Nesta senda, viu de se ver, considerando-se que o art. 273 somente se aplica quanto a “inexatidão quanto ao período de apuração”, o acolhimento desta preliminar, por certo, e como já dito, culminaria com a anulação dos autos de infração; todavia, resultaria, com consequência lógica, no reconhecimento de que a empresa não observou, no ano-calendário de 2004, as perdas que formaram o seu resultado líquido, contrapondo-se, pois, a tudo o que afirmara no mérito de seu apelo.

Seja como for, todavia, tal como exposto anteriormente, o problema neste feito não diz respeito à competência em que tais perdas teriam ocorrido mas à prova de sua efetiva ocorrência, sendo irrelevante, neste ponto, as assertivas concernentes ao § 5º do art. 76 da Lei 8.981/95, dado que ainda assim, e mesmo para se levar os preditos resultados negativos à períodos subsequentes (2005, v.g.), este resultado careceria de prova.

E é aí, inclusive, que se vê o sofisma da tese deduzida pela empresa quando ela apresenta as planilhas de e-fl. 3.047, veiculadas em seu recurso voluntário. Isto porque, os resultados ali apontados (que descrevem uma redução do resultado tributável em 2005, acaso consideradas as perdas ora glosadas), partem da premissa, equivocada, de que as aludidas perdas estariam automaticamente comprovadas; como dito e repisado, o problema centra-se, exatamente, na comprovação destas perdas, sejam elas deduzidas no ano-calendário de 2004, sejam elas consideradas postergadas para o período de 2005.

Não houve, no caso vertente, postergação de custo/despesa/receita; houve glosa por falta de comprovação, não sendo de se cogitar, pois, de nulidade ou mesmo de improcedência da autuação a luz destas razões.

II.2 Dos alegados erros de cálculo pretensamente incorridos pela D. Autoridade Fiscal. Dos problemas das antecipações, do cálculo do adicional do imposto de renda, do recálculo dos prejuízos e bases de cálculo e do problema da recomposição das bases de cálculo.

De antemão, afirme-se que, como bem decidido pela Turma *a quo*, mesmo que se divisem erros no cálculo do IRPJ e da CSLL, seja por falta de abatimento das antecipações (estimativas e IRRF), seja por equívoco do cálculo do adicional do IRPJ e seja, ainda, por equívocos quanto à recomposição do lucro real e/ou do lucro líquido e dos prejuízos fiscais e bases de cálculo negativa, a consequência daí, aferível, seria a improcedência parcial do lançamento, e não a sua anulação.

Isto porque a retificação de tais valores, diferentemente do que se veria acaso constatada a postergação tratada no tópico anterior, não importaria, como sustentado pela Recorrente, na modificação dos critérios *jurídicos* da autuação, mas, apenas, nos cálculos engendrados (perfeitamente liquidáveis, diga-se). Ainda, portanto, que acolhidas tais pretensões, a parte remanescente do lançamento ainda restaria embasada nos preceitos dos arts. 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299, 300 e 396, todos do antigo RIR – Regulamento do Imposto de Renda – aprovado pelo então vigente Decreto 3.000/99.

Em outras palavras, os erros apontados pela insurgente culminarão, no máximo, com a redução parcial do crédito tributário, sem se alterar os fundamentos de direito utilizados para justificar o lançamento.

Não se observando, assim, qualquer vício que possa, eventualmente, aviltar a garantia da ampla defesa da empresa (justamente por não se visualizar, mesmo que acolhidas as teses trazidas pela empresa nos tópicos II.2 e II.3), e assim, impor a aplicação ao feito da regra contida no art. 59, II, do Decreto 70.235/72, há que se afastar estas preliminares.

Esclareço, todavia, que as alegações do contribuinte serão, se necessário, oportunamente apreciadas, todavia, como matéria afeita ao mérito da demanda.

II.3 Do problema do pretense vício de fundamentação concernente aos requisitos de usualidade e necessidade das despesas glosadas.

Mais uma vez, aqui, estamos diante de uma hipótese de improcedência do auto de infração e não, propriamente, de nulidade; a falta de elementos de prova a justificar a glosa, por certo, não culmina com a violação ao direito de ampla defesa da empresa mas, objetivamente, com a improcedência, propriamente, da autuação (notadamente à luz dos preceitos do art. 142 do CTN).

Mais que isso, entretanto, é preciso alertar que o fundamento para a glosa de tais despesas não foi a normalidade ou necessidade destas, mas, sim, a sua efetiva comprovação, conforme se extrai da seguinte passagem do TVF, extraída de e-fl. 2.152:

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.

É inegável, vejam bem, que se porventura for constada a comprovação do pagamento destes dispêndios pela empresa recorrente, a usualidade, normalidade e necessidade não poderão ser invocadas como motivos para a manutenção da glosa, justamente por falta de demonstração, pela Autoridade Fiscal, deste óbice. Até lá, contudo, notem, a premissa invocada no TVF para justificar a imposição fiscal está corretamente embasada nos elementos dos autos lembrando, neste particular, que o pressuposto em questão finca-se na ideia de que, se o custo não foi comprovado, as despesas que lhe são vinculadas também não o seriam. Nulidade, portanto, não há... se, todavia, houve erro quanto a eleição da premissa, isto será abordado, como já dito, em momento oportuno.

III MÉRITO

III.1 A glosa dos custos.

III.1.1 O direito aplicável ao caso e a interpretação das regras legais pertinentes.

De acordo com o voto condutor do acórdão recorrido, ao considerar que a autuação fora justificada na falta de demonstração da efetiva aplicação dos valores registrados, principalmente, nas contas de n.ºs 423130 (*CONTR.FUT.ENCERRADOSHEDGE*) e 423130501/502 (*AJUSTE P. HEDGE CONTR. FUT. FECH*) diretamente na Bolsa de Chicago, a matéria aqui tratada estaria reduzida às provas produzidas no curso do feito.

Venia concessa, e apesar de não negar a importância do conjunto probatório, o caso vai um pouco além das premissas eminentemente fáticas adotadas, tanto pela DRJ, como pela própria Autoridade Lançadora. Isto porque a compreensão exata dos preceitos do art. 396 do antigo RIR não se exaure, por certo, numa análise descontextualizada de seu sentido semântico... Peça licença, aqui para reproduzir os ditames desta regra legal, *verbis*:

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.

§ 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.

§ 2 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.

Notem que o citado artigo traz inúmeras “figuras” que não são próprias do direito; há ali menção a institutos próprios de outros sistemas que não o jurídico, em especial, os ditos mercados de liquidação futura, bolsa de valores e, com algum destaque, “*outros mercados de futuros*”.

Diga-se, é perfeitamente possível que não se necessite desconsiderar eventuais significâncias comuns ou ordinárias das palavras ali consignadas ou se utilizar de métodos hermenêuticos que objetivem o descortinamento de um possível sentido intrínseco dos ditames normativos em exame. Para tanto, todavia, é preciso, primeiro, apreender conceitos, regras e todas as particularidades próprias do *habitat* em que o citado preceptivo legal atua: o mercado de valores.

III.1.1.1 O “contrato” de *hedge* e os possíveis conceitos dos institutos tratados pelo art. 396 do antigo RIR.

Curiosamente, e não obstante ser de uso absolutamente comum (não por outra razão mereceu um tratamento específico pela legislação tributária federal), as operações de cobertura denominadas *hedge* não encontram, no sistema legal, qualquer conceituação. Caio Mário da Silva Pereira afirma, inclusive, que o uso da expressão “contrato de *hedging*” seria tecnicamente imprópria, mormente porque, segundo este autor, esse negócio não deteria

tipicidade e características próprias suficientes a lhe emprestar uma autonomia e individualização inerentes às figuras “típicas” descritas na legislação civilista. Caio Mário afirma, neste passo, que o *hedge* seria “*uma modalidade de operação de bolsa, com caráter aleatório, tendo por objeto a comercialização de mercadorias a termo*”².

Outrossim, Celso Ribeiro Bastos busca definir o *hedge* a partir de sua finalidade, sustentando que este tipo de negócio tenderia à proteção de “*alguém de eventuais perdas resultantes de aumento do valor de seus bens*”³, enquanto Waldirio Bulgarelli, complementando as considerações retro, traz a mencionada finalidade para dentro da seara em que o *hedge* efetivamente exerce o seu papel instrumental, considerando-o, pois, como uma “*operação que economicamente consiste numa cobertura contra os riscos das variações e oscilações dos preços*”⁴.

No plano normativo, vejamos bem, é possível identificar-se uma conceituação a partir de regras *infralegais*, em especial, as editadas pelo Banco Central do Brasil. Em particular, se invoca, aqui, o texto contido no art. 1º da Resolução 3.312, de 31 de agosto de 2005, cujo conteúdo reproduzo a seguir:

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 31 de agosto de 2005, com base nos artigos 4º, incisos V e XXXI, e 57 da referida Lei,

RESOLVEU:

Art. 1º Estabelecer que as transferências financeiras do e para o exterior, decorrentes de operações destinadas à proteção (*hedge*) de direitos ou obrigações de natureza comercial ou financeira, sujeitos a riscos de variação, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridades entre moedas estrangeiras ou de preços de mercadorias, podem ser realizadas por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, em bancos autorizados a operar no mercado de câmbio, observado o disposto na presente Resolução.

Além de trazer uma conceituação próxima àquela concebida pelos autores acima citados, a predita norma define, ainda, que tipos de bens (materiais e imateriais) poderiam ser objeto do instrumento de proteção, bem como quais riscos estariam cobertos por ele, notadamente, as variações cambiais, as variações de índices financeiros (juros) e, e ao que efetivamente importa ao caso vertente, as flutuações de preços de mercadorias.

Já o § 1º do predito artigo traz mais uma importante contribuição para a conceituação do *hedge* ao estabelecer que “*observados os riscos de variação previstos no caput, pode ser utilizada qualquer modalidade de hedge regularmente praticada no mercado internacional, negociada, no exterior, em bolsas ou em mercado de balcão com instituições financeiras*”. Este preceptivo regulamentar, vejamos bem, reforça aquilo já contemplado no próprio art. 396 do RIR/99, destacadamente em seu § 1º, ao considerar dedutíveis os custos inerentes às operações de *hedge* concretizadas em “*em outros mercados de futuros*”.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 389).

³ BASTOS, Celso Ribeiro e KISS, Eduardo A. Gurgel. Contratos Internacionais. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 165.

⁴ BULGARELLI, Waldirio. Contratos Mercantis. 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 269.

Lembrando-se, neste particular, que a teor do art. 2º da Instrução CVM de nº 461, de 23 de outubro de 2007, “*os mercados regulamentados de valores mobiliários compreendem os mercados organizados de bolsa e balcão e o mercados de balcão não-organizados*”, e, mais que nos termos do art. 59 deste mesmo diploma, é “*vedada a negociação, fora de mercado organizado, de valores mobiliários nele admitidos*”, fica claro que a expressão “outros mercados” contida no aludido art. 396 do RIR/99 está restrita aos mercados de balcão (além da própria Bolsa).

Assim, e ainda que os conceitos doutrinários invocados alhures não façam menção ao ambiente em que as operações de *hedge* sejam pactuadas, as normas infralegais emitidas pelos órgãos competentes para a regulação de semelhantes negócios deixa, extreme de dúvidas, que o local próprio à sua concretização componha a definição desta modalidade de aplicação/proteção. Será considerado, portanto, *hedge*, inclusive para os fins do art. 396, as “*operações destinadas à proteção (hedge) de direitos ou obrigações de natureza comercial ou financeira, sujeitos a riscos de variação, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridades entre moedas estrangeiras ou de preços de mercadorias*” (art.1º, caput, da Resolução BACEN) contratadas em “*Bolsa de Valores ou em mercado de balcão*” (conforme previsão contida no § 1º deste mesmo preceptivo).

III.1.1.2 Operadores do mercado organizado (de valores ou de balcão).

É relevante, ainda, pontuar quais são as entidades autorizadas a operar em bolsa ou mercados de balcão, entidades componentes do chamado “mercados organizados de valores mobiliários”, consoante definição extraível do art. 2º da já mencionada Instrução CVM de nº 461. Isto porque, um dos problemas aventados no caso presente seria a interposição de pessoas nas operações realizadas pela recorrente, notadamente a ADM Co e a ADM Financeira (v. considerações constantes da página 10 do TVF).

Particularmente, a própria Conselheira Edeli se posicionou sobre a importância desta discussão, mormente ao considerar as ponderações do Professor Marco Aurélio Greco em parecer trazido pelo recorrente:

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*.

A então relatora não chegou, propriamente, a expor o seu efetivo entendimento sobre o tema, limitando-se a concordar com o insigne professor sobre a possibilidade da interposição de pessoas na consecução das aplicações em mercados futuros (isto é, admite que as ordens sejam efetiva e concretamente transmitidas por terceiros à bolsa, a mando do contratante real, mas não se posiciona, de forma definitiva, sobre as compensações realizadas pela ADM dentro do sistema VAX, administrado pela ADM Trading e detido pela ADM Co).

Vale relembrar, como exposto no relatório que precede este voto, que dadas as particularidades do grupo AMD, e em razão do volume de negócios realizados, a recorrente se utilizou de uma estrutura específica para pactuar as coberturas necessárias a proteção de seus contratos de compra ou venda para entrega futura, enviando, em parte, à *holding* norte americana

os recursos necessários à cobertura de suas margens e ao sistema VAX as ordens relativas às suas posições, para fins de contratação dos *hedges*.

Neste particular, e rememorando-se as definições propostas no subtópico anterior, o que é preciso definir é se o uso, particularmente, do VAX (ou da empresa que executa as ordens após a compensação realizada neste sistema) afastaria, das operações da insurgente, a natureza de *hedge* e, ato contínuo, a aplicação dos preceitos do art. 396 do RIR.

Notem que de acordo com o parecer mencionado pela Conselheira Edeli, a conclusão de que as operações realizadas por meio de um sistema de compensação seriam, de todo modo, consideradas como ocorridas em Bolsa, decorre de uma construção argumentativa erigida pelo D. Parecerista, calcado na premissa de que seria absurda a análise literal das disposições do art. 396, condicionando-se, pois, a dedutibilidade das perdas porventura verificadas “à prática de uma operação ilícita em outro país”. Ou seja, para o Professor Marco Aurélio Greco, a solução do caso passa por um processo hermenêutico que vai além do sentido semântico-gramatical da norma em exame.

Como o disse, todavia, linhas acima, a compreensão dos ditames do citado art. 396 não revolve, *a priori*, outra interpretação que não a gramatical, principalmente se desvelarmos a realidade do mercado de valores e suas especificidades. E aqui peço vênias, mais uma vez, para invocar a já tratada Instrução CVM 465, mais especificamente os preceitos de seus artigos 11 e 12.

O primeiro, frise-se, visa regular a atividade das entidades autorizadas a operar em bolsas e em mercados de balcão, estabelecendo, textualmente, em seu parágrafo único o que se segue:

Parágrafo único A atuação de que trata o caput pode se dar, nas hipóteses e condições definidas pela entidade administradora de mercado organizado:

I – por intermediários, em nome próprio e de terceiro;

II – por operadores especiais, em nome próprio ou de intermediário;

III – em nome próprio, por outras pessoas jurídicas, ou fundos de investimento, diretamente e sem a necessidade da intervenção de intermediário.

Em linhas gerais, o uso de intermediários é franqueado de forma explícita pela norma regulamentar do Órgão responsável pela fiscalização e controle da atividade dos mercados organizados de valores mobiliários, inclusive por meio de “operadores especiais”, sendo que o art. 13, de seu turno, elenca, ainda, dentre as atividades destas entidades, a gestão de “*sistemas de compensação, liquidação e custódia de valores mobiliários, desde que tenham obtido autorizações específicas da CVM ou do Banco Central do Brasil*” (inciso I).

Atentem, agora, para o que dispõe o art. 2º da Lei 10.214, de 27 de março de 2001, que “*dispõe sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro, e dá outras providências*”. O aludido preceptivo preconiza que o “*sistema de pagamentos brasileiro de que trata esta Lei compreende as entidades, os sistemas e os procedimentos relacionados com a transferência de fundos e de outros ativos financeiros, ou com o processamento, a compensação e a liquidação*”

de pagamentos em qualquer de suas formas”, ao passo que seu parágrafo único e inciso IV reza, por sua vez, *verbis*:

Parágrafo único. Integram o sistema de pagamentos brasileiro, além do serviço de compensação de cheques e outros papéis, os seguintes sistemas, na forma de autorização concedida às respectivas câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação, pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários, em suas áreas de competência:

[...]

IV - de compensação e de liquidação de operações realizadas em bolsas de mercadorias e de futuros [...].

E a lei, sublinhe-se, trata especificamente da hipótese descrita no inciso IV supra, estipulando em seu art. 3º ser admitida “*a compensação multilateral de obrigações no âmbito de uma mesma câmara ou prestador de serviços de compensação e de liquidação*”, entendida esta compensação multilateral, na forma de parágrafo único, como “*o procedimento destinado à apuração da soma dos resultados bilaterais devedores e credores de cada participante em relação aos demais*”. É claro, a não mais poder, que este preceito está tratando precisamente da estrutura da qual se socorreu a recorrente para efetuar as suas operações de *hedge*. E para que não haja dúvidas, vejamos agora, o que diz o art. 4º desta mesma lei:

Art. 4º Nos sistemas **em que o volume e a natureza dos negócios**, a critério do Banco Central do Brasil, **forem capazes de oferecer risco à solidez e ao normal funcionamento do sistema financeiro**, as câmaras e **os prestadores de serviços de compensação e de liquidação assumirão**, sem prejuízo de obrigações decorrentes de lei, regulamento ou contrato, **em relação a cada participante, a posição de parte contratante, para fins de liquidação das obrigações**, realizada por intermédio da câmara ou prestador de serviços.

Ora, os prestadores de serviços de compensação, viu-se acima, são entidades autorizadas a operar em bolsa; as suas atividades, portanto, se desenvolvem, diretamente, no ambiente destes “mercados organizados” e as suas operações, incluindo-se “*a compensação multilateral de obrigações*” mediante “*soma dos resultados bilaterais devedores e credores de cada participante em relação aos demais*”, ocorrem, para além de dúvidas razoáveis, em bolsa. Estas atividades, portanto, são típicas e próprias do ambiente das bolsas de valores ou, no caso concreto, da Bolsa de Mercadorias e Futuros, considerando-se os respectivos prestadores, frise-se, **como contratantes das operações.**

É por isso que a PGFN incorre em erro, *venia concessa*, ao sustentar que “*se as operações assim levadas a efeito no exterior podem caracterizar um ilícito em uma determinada jurisdição, isto não está ao alcance do legislador brasileiro saber*”; como demonstrado acima, a questão não só é relevante para o sistema jurídico brasileiro, como o legislador, dela, tem conhecimento e autorizou, expressamente, o uso de instrumento idêntico àquele por meio do qual se socorreu a recorrente.

As operações realizadas dentro do VAX e cujos resultados são apropriados e encaminhados à BM&F de Chicago nada mais são que o alardeado procedimento de “*compensação multilateral de obrigações*” previsto pelo art. 4º da Lei 10.214 alhures referido e, nesta esteira, e sem a necessidade de um exercício hermenêutico complexo, afeiçoam-se à operações realizadas diretamente em bolsa.

Conclui-se, assim, que o único óbice eminentemente **jurídico** ao reconhecimento da dedutibilidade das perdas incorridas pela empresa em contratos de *hedge* (e, por conseguinte, quanto as próprias despesas acessórias também glosadas neste feito) se encontra, a toda evidência, superado.

A se comprovar, destarte, a efetiva remessa de valores à ADM Investor (ainda que por intermédio da ADM Co) e a compatibilidade de tais importâncias com as oscilações dos preços das *commodities* comercializadas pela insurgente a fim de demonstrar coerência dos valores dos ganhos/perdas observados por ela, regulamente escriturados, concluir-se-á pela improcedência da autuação, sendo, diga-se, absolutamente irrelevante considerar-se, para tanto, a segregação feita no sentido de se atestar quais valores teriam sido compensados dentro do VAX e quais foram diretamente transferidos à BM&F. Como exposto acima, todos estes valores tipificam a hipótese legal contida no art. 396 do RIR/99.

III.1.2 A força *probandi* dos elementos e documentos até aqui trazidos.

Como destacado no relatório, o esclarecimento das questões fáticas inerentes à celeuma demandou a realização de 4 diligências, cada uma com resultados diferentes. Lembrem-se, todavia, que a premissa central adotada pela fiscalização era de que, não obstante estarem corretos os valores das margens iniciais dos contratos de *hedge*, apresentados pelo contribuinte, não havia provas de que a empresa tivesse, efetiva e concretamente, transferido os respectivos recursos à BM&F de Chicago. Veja-se, neste sentido, a seguinte passagem do TVF, extraída de e-fl. 2.142:

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 comodites (*sic*), ou seja, não demonstram a transferência dos recursos da ADM em nome da ADM do Brasil para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago.

Vale repisar, no entanto, o que foi demonstrado no tópico III.1.1.2, acima: a comprovação da transferência de recursos da ADM Brasil, diretamente, para BM&F não só, via de regra, não ocorre (já que estes valores são, efetivamente, remetidos pela ADM Investor), como, também é irrelevante, bastando, neste passo, tal qual já alertado, comprovar-se a remessa de valores da ADM Co, como antecipação das importâncias concernentes às preditas margens, à ADM Investor, **após a compensação realizada via VAX.**

Notem que não tratei, até aqui, das críticas contidas no TVF particularmente quanto ao saldo da conta de 128116-501 (e-fl. 2.151) em que a empresa controlava a sua dívida para com a *holding* norte-americana em decorrência dos citados adiantamentos para cobertura das margens iniciais dos contratos de *hedge* (além dos valores concernentes às despesas acessórias à estas operações). No caso, a D. Auditoria teria afirmado que, pela evolução dos registros ali observados, parte substancial das operações não se referiria ao ano-calendário de 2004.

Todavia (e sobre isso me reportarei novamente), por ocasião da última diligência realizada neste feito a Fiscalização explicitamente afirmou que “*foram corretamente identificadas as operações que demandaram cobertura no período fiscalizado*” e, outrossim, que

“as perdas/ganhos das operações de Hedge encontram-se escrituradas na contabilidade, na conta n.º 128116-501 (fls. 3670/3682)”. Foi, portanto, a própria Autoridade Lançadora quem desconstruiu o óbice acima aventado.

Dando prosseguimento à análise dos elementos constantes do feito, o resultado da primeira diligência realizada no caso foi absolutamente improfícuo... a fiscalização, neste passo, se recusou peremptoriamente em analisar, principalmente, os estudos elaborados pela KPMG e pela E&Y, além de ter reprisado a inexistência de transferência de valores da ADM Brasil para a BM&F de Chicago. Aqui, cumpre anotar que, diferentemente do que alega o contribuinte, a D. Auditoria não reconheceu absolutamente nada, em especial, quanto aos valores que teriam sido ou não efetivamente contratados junto à predita bolsa... O relatório, em questão, meramente faz referência à valores elaborados pela própria recorrente e, como esclarecido na segunda diligência realizada, tão só para subsidiar este Conselho, acaso se pretendesse derrubar, em parte ou no todo, a autuação.

Noutro giro, por ocasião da resposta à terceira resolução proposta, observa-se, pelas informações constantes do respectivo relatório, alguns fatos relevantes, a se destacar:

- a) pelo documento de e-fl. 647 (e tradução juntada à e-fl. 648), a Bolsa de Chicago se manifestou, explicitamente, sobre a regularidade cadastral da ADM Investor e da sua natureza de Câmara de Compensação, além de afirmar, também textualmente, que não disponibiliza de quaisquer dados ou extratos “*diretamente aos titulares das contas de ADMIS em relação a quaisquer transações registradas por esses titulares*”, afirmando, mais, que “*esses extratos são de responsabilidade da ADMIS conforme seu papel como um membro da compensação da CME*”;
- b) a empresa de fato apresentou documentos suficientes a demonstrar o fluxo financeiro necessário à contratação das coberturas; a conferência da correção dos valores que foram empregados, todavia, não foi criticada pela Auditoria Fiscal porque, entendeu, não teria como fazê-lo a partir dos relatórios emitidos pelo Sistema VAX.

Afora estas poucas constatações, mais uma vez a Fiscalização se recusou a responder aos quesitos formulados por ocasião da Resolução de e-fls. 18.398 e ss.

Finalmente, após a quarta conversão do julgamento em diligência, desta feita proposta conforme voto da lavra do então Conselheiro Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, foi apresentado o relatório de e-fls. 19.243 e ss.

E, diferentemente dos demais trabalhos realizados ao longo deste complexo processo, a D. Auditoria formulou respostas objetivas e, diga-se, conclusivas, ao menos em relação à parte dos quesitos erigidos por este CARF. Vale lembrar, por hora, os questionamentos contidos na resolução retro referida e que nortearam esta última incursão fiscal:

- 1) Identificação das operações que demandaram cobertura no período fiscalizado;

- 2) Avaliação do fluxo operacional para concretização das operações de hedge em Bolsa a confirmar se as perdas registradas guardam correspondência com a variação de preços ali verificadas;
- 3) Seleção, dentre as perdas vinculadas às operações de hedge demandadas pela contribuinte, das que resultam de operações de hedge efetivamente levadas à Bolsa, identificadas a partir dos relatórios que detalham as transferências financeiras devidas e pagas à instituição com a qual foram contratadas as operações de hedge;
- 4) Quantificação do valor das perdas decorrentes do total de operações de hedge ordenadas pela contribuinte e do valor das perdas vinculadas a operações efetivamente levadas à Bolsa;
- 5) Definição da repercussão desta classificação de perdas nos registros acessórios de variação cambial, comissões e juros.

A luz das premissas fincadas no tópico III.2, e reafirmando o que foi dito ao final daquele capítulo, era de curial importância, para o deslinde do caso, que fosse comprovada a remessa de recursos à ADM Co, como pagamento pelas antecipações feitas por esta última para cobertura das margens dos contratos futuros, e desta para a ADM Financeira.

Esta questão, diga-se, foi abordada apenas pelo TVF que, não obstante não criticar os valores em si, sustentou que uma parcela considerável teria sido remetida pela recorrente diretamente à ADM Investors. Ou seja, o problema aí identificado não se centraria na compatibilidade das remessas com os valores despendidos na contratação das coberturas ou mesmo com as perdas escrituradas pela contribuinte, mas, objetivamente, no fato de que, parte destes recursos, contrariando as informações até então prestadas pela empresa, teriam sido entregues à outra empresa que não *holding* norte americana.

Dos contratos de câmbio juntados no volume I deste processo, a partir de e-fls. 24 e ss, vê-se, de fato, que em boa parte deles há a identificação da ADM Investor como destinatária daqueles recursos (e não a ADM Co). Sobre isso a recorrente esclareceu, desde a sua impugnação, que *“a conta-corrente indicada em todos os contratos de câmbio é sempre a mesma (00021792), de titularidade da ADM Co., informação essa que pode ser facilmente verificada pelo exame dos contratos de câmbio acostados às fls. 17/89”*.

Bem, analisando-se os preditos contratos, extrai-se que a menção à citada conta de nº 00021792 ocorre, apenas, nos contratos em que o destinatário é a empresa ADM Financeira. Todas as transferências realizadas diretamente à ADM Co ou a sua subsidiária ADM Trading, estão consignadas em contratos que não descrevem qualquer número de conta bancária... neste passo, a alegação do recorrente não se sustenta já que, pelos elementos constantes dos autos, a análise feita pela D. Auditoria sobre os percentuais dos valores remetidos ao exterior está correta.

Todavia, vale destacar, se parte da remessa se deu à ADM Co e também à ADM Investor, é perfeitamente justificável. Lembremo-nos que a ADM Investor é a corretora de valores do grupo e que, de outra sorte, a própria Auditoria Fiscal, nesta última diligência, reconheceu que uma fatia relevante dos valores aplicados pela recorrente foram direcionados, diretamente, para Bolsa de Chicago, o que justificaria, neste particular, a existência de contratos de câmbio tendo como destinatário dos recursos, exatamente, a ADM Financeira (responsável, ao fim e ao cabo, pela remessa de recursos para a BM&F de Chicago).

E, notem, que os valores remetidos exclusivamente à ADM Co perfazem a monta de R\$ 724.163.604,31, valor que se aproxima das importâncias controladas pela recorrente na conta contábil de nº 128116-501. Dai, inclusive, as conclusões adotadas pela Conselheira Edeli, quando da prolação da primeira resolução já referida alhures:

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 128116501) 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.**

De seu turno, as respostas apresentadas pela D. Auditoria aos quesitos de nºs 1 e 2 seriam suficientes para se solucionar, em definitivo, o caso.

Vejam que ao afirmar que as posições que demandaram a cobertura por meio dos contratos de *hedge* estavam suficientemente identificadas e escrituradas, a Fiscalização pode, também, aí, responder ao questionamento deduzido no quesito 2, qual seja, “*se as perdas registradas guardam correspondência com a variação de preços ali verificadas*”. E a resposta dada, frise-se, foi de que “*o fluxo operacional para concretização das operações de hedge em Bolsa e as perdas registradas guardam correspondência com a variação de preços ali verificadas*”, sustentando, mais, que a partir de “*análises por amostragem, verifica-se que estão de acordo com os relatórios apresentados pela fiscalizada (KPMG e Ernest & Young - fls. 12499/12537)*”.

Ora, para identificar as operações que demandavam cobertura a D. Auditoria se viu forçada a verificar as variações de preços das mercadorias por elas tratadas, justamente para poder afirmar que semelhantes operações se sujeitavam aos riscos do mercado.

As operações em questão estão, todas, vinculadas (por que a fiscalização não disse que não estavam) aos registros contidos na conta de nº 128116501 que, por sua vez, continham informações sobre os valores remetidos pela empresa ao exterior para cobertura de suas margens (as contrapartidas destes lançamentos são realizadas nas contas de nºs 423130 - *CONTR.FUT.ENCERRADOSHEDGE* - e 423130501/502 - *AJUSTE P. HEDGE CONTR. FUT. FECH*). Neste caso, se se confirma que os fluxos operacionais (remessas para a ADM Co e ADM Financeira) e as perdas registradas “*guardam correspondência com a variação de preços ali verificada*” conclui-se, por indução lógica, que os montantes transferidos pela recorrente às empresas componentes daqueles fluxos o foram, exclusivamente, para cobrir as margens iniciais dos contratos de *hedge* tratados neste feito.

Não há, é verdade, provas *diretas* acerca da acuidade dos valores consolidados por meio do VAX; a Fiscalização, destaque-se, chegou a intimar a contribuinte a apresentar relatórios que atestassem as posições das demais empresas do grupo a fim de contrapô-las às posições físicas da própria insurgente. Esta prova, todavia, pertence a terceiros e não a recorrente... ainda que ela faça parte do grupo econômico, as demais ADMs espalhadas mundo a fora são empresas autônomas que dividem com a ADM Brasil, apenas, a capitania do Grupo

(centrada na ADM Co). Em que pese a resposta apresentada pela recorrente, neste ponto, ser até antipática, ela, de fato, não deixa de ter razão porque, realmente, não era obrigada a dispor das informações então pretendidas.

Nada obstante, diga-se, e como já me antecipei, a comprovação reconhecida pela Fiscalização e a coerência mantida entre os valores das operações que demandavam cobertura com os montantes enviados ao exterior e, principalmente, com as variações dos preços das *commodities* comercializadas pela contribuinte, fazem prova, substancial e suficiente, à afastar:

- a) as desconfianças retratadas no ofício de n.º 1890.2008-PR/ES/GAB/LFM de 14/05/2008 (expedidos pela PGR) e assim, a tipificação de um aventado crime de lavagem de dinheiro (tratado pela Lei 9.613/98);
- b) desconstruir as glosas intentadas a partir da suscitada falta de prova de aplicação dos recursos destinados à contratação de operações de *hedge* diretamente em bolsa .

É importante, também, sublinhar que em resposta aos quesitos de n.ºs 3 e 4, a Autoridade diligenciante igualmente foi taxativa:

Portanto os valores de hedge da ADM do Brasil efetivamente levados à Bolsa para os anos de 2004, 2006 e 2007 foram, respectivamente R\$ 226.550.672,00, R\$ 20.130.746,00 e R\$ 135.639.242,00.

Cabe ressaltar que na contabilidade, em sua conta 128116-501, as despesas totais com hedge (Resultado dos Contratos Fechados) são de R\$ 885.797.100,45 para o ano de 2004, R\$ 53.778.588,62 para o ano de 2006 e R\$ 299.337.808,53 para o ano de 2007 (vide planilhas apresentadas em resposta ao Termo de Diligência n.º 3, datada de 24/01/2019).

Em linhas gerais, a diligência reconhece, explicitamente, que uma parte dos custos glosados resultaram de aplicações realizadas **diretamente** na bolsa, não tendo, neste particular, passado pela consolidação por meio do chamado “*hedge center*” (ou câmara de compensação). A insurgente até questiona estes valores, mormente porque, na primeira diligência, a D. Auditoria teria apontado valores (levados diretamente à bolsa) superiores aos constantes da conclusão acima reproduzida.

No entanto, inclusive pelo que decidi no tópico III.1.1.2, tanto as importâncias descritas como “levados à Bolsa” como aqueles apontados nas planilhas apresentada à página 16 do relatório ora examinado como “compensado com posições opostas” são, segundo as premissas até aqui propostas, operações realizadas em bolsas.

Em resumo, pelo conjunto de provas produzidas, e, em especial, a partir das conclusões exaradas na informação fiscal concernente à Resolução de e-fl. 19.001 e ss, é de se reconhecer, na íntegra, a procedência das alegações da recorrente, provendo-se, neste ponto, o seu recurso voluntário.

III.2 Da glosa de despesas.

Aqui, vejam bem, vale retranscrever o fundamento de fato para a glosa do valor de R\$ 102 milhões a título de despesas acessórias com juros, variações cambiais e comissões, apontado no TVF a e-fls. 2.152:

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.

Vejam que, a despeito dos protestos da recorrente, os requisitos de usualidade e necessidade nunca foram apontados pela Autoridade Lançadora como motivos determinantes para as glosas das despesas ora tratadas. Também não houve críticas ao efetivo dispêndio de recursos na realização destas despesas; isto é, em momento alguma a fiscalização afirmou não ter havido pagamento, por parte da empresa, dos valores mencionados neste tópico.

O fundamento da glosa, diga-se, restou calcado, exclusivamente, na “acessorialidade” (desculpem-me pelo neologismo) em relação aos custos que lhes deram causa (as perdas apontadas no tópico III.1 supra).

Ou seja, ainda que até entenda que o fundamento adotado pela fiscalização seja insuficiente e carecesse, talvez, de uma instrução mais completa, o fato é que a premissa efetivamente adotada pela TVF cai por terra quando se reconhece que os valores remetidos ao exterior foram, efetivamente, aplicados em contratos de *hedge* pactuados perante a BM&F de Chicago (ainda que por intermédio do prestador de serviço de compensação – ADM Investor).

Neste diapasão, a glosa das despesas acessórias deve seguir a mesma sorte da glosa dos custos à que estão vinculadas, sendo, também aqui, de se prover o apelo voluntário.

III.3 Demais pedidos sucessivos (originariamente declinados como preliminares de mérito).

Como consequência do que foi decidido nos subtópicos anteriores, considero prejudicadas as demais questões sucessivas discutidas pela recorrente, em especial, uma possível improcedência do lançamento ante a desconsideração das estimativas pagas e do IRRF.

E, assim, adiante, a luz da planilha contida à e-fls. 2.153 que a empresa teria razão porque, efetivamente, a fiscalização recompôs o lucro real até a ficha 09, linha 48 da DIPJ, “esquecendo”, contudo, de, de abater do imposto apurado as importâncias antecipadas.

Como dito, isto não resultaria, propriamente, na anulação do lançamento, mas, por certo, culminará, acaso o voto proferido por este relator não seja acatado pela maioria de meus pares, com a redução do crédito tributário.

A mesma situação se observa quanto ao cálculo do adicional do IRPJ.

De fato, o que fez a fiscalização foi abater da importância apurada na tabela já mencionada acima (e-fls. 2.153) o valor originariamente calculado pelo recorrente (R\$

1.105.027.183,50 – R\$ 116.570.380,04 = R\$ 988.456.803,46) e aplicar sobre este resultado uma alíquota de 25% (calculando, assim, um imposto no montante de R\$ 247.114200,865 – e-fl. 2.155)... ou seja, para o cálculo do adicional de 10%, a D. Auditoria Considerou o valor cheio da base de cálculo, sem o reduzir pelo valor limite de R\$ 240.000,00.

Já as demais questões suscitadas, mesmo que prejudicadas, não procedem; a própria tabela mencionada acima comprova que a Autoridade Lançadora efetivamente recompôs o lucro real da empresa (o auto de infração quando da descrição das infrações declina, à e-fls. 2.160, como valores tributáveis, as importâncias glosadas; como dito, todavia, o crédito foi calculado a partir do lucro real recomposto).

Quanto aos prejuízos e bases de cálculo negativas, a fiscalização se utilizou dos montantes informados pelo próprio contribuinte em sua DIPJ. Se, como resultado da autuação os limites para compensação aumentarem, os seus valores poderão e deverão ser modificados nos anos subsequentes para serem, assim, aproveitados... não cabe, todavia, à autoridade fiscal, *sponte própria*, alterar os valores considerados pelo próprio contribuinte (que poderia, sim, optar por se utilizar destes saldos em outros exercícios).

Por fim, quanto a alegada ilegalidade da incidência de juros sobre multa, aplicar-se-ia ao caso os preceitos da Sumula/CARF de 108.

A par de tudo isso, insista-se e reprise-se, o provimento do apelo quanto ao mérito torna despicienda a análise destes temas.

IV CONCLUSÃO.

A luz do exposto, voto por rejeitar as preliminares e por DAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca