RESOLUÇÃO GERADA NO PGD-CARF PROCESSO 15586.001638/2010-81

COPIA

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

| | |
|---|---|
| **Processo nº** | 15586.001638/2010-81 |
| **Recurso nº** | Voluntário |
| **Resolução nº** | **1101-000.078 – 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 argüições 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 argüição de nulidade do lançamento de glosa de juros, comissões e variações cambiais; 3) por unanimidade de votos, REJEITAR a argüição de nulidade da decisão recorrida; 4) 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

## 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 10/01/2011, exigindo crédito tributário no valor total de R$ 175.840.067,86.

Esta Relatora requereu e lhe foi deferida a distribuição deste processo em razão de sua conexão com o processo administrativo nº 15586.001637/2009-01, no qual foi veiculada exigência semelhante, mas pertinente ao ano-calendário 2004.

Aquele procedimento fiscal foi motivado por demanda externa requisitória do Ministério Público Federal, em razão de a autuada figurar 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*. Tais informações também foram encaminhadas ao Presidente do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, *em cumprimento ao disposto no artigo 2°, § 6° 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*.

Já nestes autos, não há referência a qualquer representação externa. Todavia, o procedimento fiscal também *se baseou na verificação de 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 comodities agrícolas*, nos anos-calendário de 2005 a 2007.

Por meio de intimações lavradas entre 07/06/2010 e 12/08/2010, a autoridade lançadora exigiu a apresentação dos mesmos elementos requeridos no procedimento fiscal anterior, com vistas à comprovação da *efetiva aplicação dos recursos remetidos ao exterior para cobertura das margens dos contratos futuros de commodities*, mediante *transferência dos recursos da ADM em nome da ADM do Brasil para a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago*. Especialmente na resposta apresentada em 27/08/2010, a contribuinte insistiu que os elementos apresentados provavam os fatos questionados, ressaltando que *as obrigações relativas às posições financeiras da intimada com relação aos seus contratos de hedge são cobertas pela Archer Daniels Midland Company (ADM Company), principal empresa do grupo ADM no mundo*, conforme entre elas convencionado, promovendo-se a contabilização dos *montantes a pagar ou a receber (dependendo se houve perda ou ganho em suas operações de hedge, respectivamente)*com base em extratos mensais de transações de *hedge*, e liquidando estas *operações conforme o melhor gerenciamento de caixa do grupo*. Disse, ainda, que *os contratos de liquidação futura são as ordens eletrônicas contidas nos extratos já apresentados*, e que a Bolsa de Mercadorias & Futuros de Chicago não emite extrato de suas operações, incumbindo esta responsabilidade à ADM Investor Services.

A autoridade lançadora conciliou os registros contábeis com os contratos de câmbio apresentados pela contribuinte, identificando divergências que, questionadas, foram esclarecidas pela fiscalizada (fls. 1524/1635). Também verificou o resultado de operações de *hedge* realizadas no Brasil, junto à Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F), analisando resumo das aplicações, extratos da corretora e documentos de transferências de recursos (fls.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

1636/1741) e concluindo que estas operações resultaram em receitas contabilizadas em 2006 e 2007.

Quanto às operações de *hedge* no exterior, observou que o resultado positivo apurado em 2005 foi regularmente contabilizado como receita. Já em 2006 e 2007 constatou que houve despesas nos montantes de R$ 53.778.588,62 e R$ 299.337.808,53, vinculadas a remessas por contrato de câmbio e a pagamentos mediante conta-corrente mantida no exterior (de acordo com a Lei nº 11.371/2006), acerca das quais se manifestou de forma semelhante ao que apontado no procedimento fiscal anterior:

> *• A ADM do Brasil enviou recursos para o exterior e transferências do próprio exterior, para a ADM Investor Services (empresa de investimentos do grupo ADM), para que esta realizasse o pagamento das coberturas de margens de hedge solicitadas pela BM&F Chicago. Considerando que a empresa remetente dos recursos (ADM do Brasil), a empresa Matriz nos EUA (ADM Company) e a empresa recebedora e aplicadora dos recursos (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 em resposta ao Termo de Intimação Fiscal nº 55/2010 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. 83/127 e 1519/1520);*
>
> *• 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, Relatórios informando que a ADM Investor Services é membro de compensação da Bolsa de Valores de Chicago <u>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</u>;*

Detalhando os valores contabilizados pela fiscalizada, a autoridade lançadora conclui que *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. 1594/1622) 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*, isto é, a comprovação das transferências de recursos da ADM do Brasil, ADM Investor Services ou ADM Holding para a BM&F-Chicago.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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$ 55.151.492,46 (...) para o ano de 2006 e R$ 294.716.460,55 (...)*
>
> *A glosa de custos tem sua fundamentação legal nos artigos 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 289, 290, inciso I, 292, 299, 300 e 396 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. 1742/1798).*
>
> *Conforme verificado no Demonstrativo do Resultado e Ajustes do Lucro Liquido (DRE, DIPJ e LALUR— fls. 26/82 e 1742/1798), 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 – Ano-Calendário 2006*

| *Discriminação* | *Valor apurado pelo contribuinte* | *Valor Apurado pela fiscalização (após glosas)* |
|---|---|---|
| ***Receita Liquida da Atividade*** | *3.641.984.063,21* | *3.641.984.063,21* |
| *(-) Custo das Mercadorias e Serviços Vendidos (1)* | *3.278.357.868,92* | ***3.223.206.376,46*** |
| ***Lucro Bruto*** | ***363.626.194,29*** | ***418.777.686,75*** |
| *(-) Despesas / (+) Receitas Operacionais* | *471.484.238,87* | ***471.484.238,87*** |
| ***Lucro Operacional*** | ***-107.858.044,58*** | ***-52.706.552,12*** |
| *(+) Receitas / (-) Despesas Não Operacionais* | *4.233.259,97* | *4.233.259,97* |
| ***Resultado do Período*** | ***-103.624.784,61*** | ***-48.473.292,15*** |
| *(+) Adições / (-) Exclusões (2)* | *218.107.496,86* | *218.107.496,86* |
| ***Lucro Real antes da Compensação de Prejuízos*** | ***114.482.712,25*** | ***169.634.204,71*** |
| *(-) Compensação de Prejuizos* | *34.344.813,68* | *34.344.813,68* |
| ***Lucro Real/ Prejuízo Fiscal*** | ***80.137.898,58*** | ***135.289.391,03*** |
| ***BC dos Tributos (Glosas)*** | | ***55.151.492,45*** |

> *Demonstração do Resultado – Ano-Calendário 2007*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

| *Discriminação* | *Valor apurado pelo contribuinte* | *Valor Apurado pela fiscalização (após glosas)* |
|---|---|---|
| ***Receita Liquida da Atividade*** | *4.961.027.816,19* | *4.961.027.816,19* |
| *(-) Custo das Mercadorias e Serviços Vendidos (1)* | *4.612.263.190,30* | *4.317.546.729,75* |
| ***Lucro Bruto*** | ***348.764.625,89*** | ***643.481.086,25*** |
| *(-) Despesas / (+) Receitas Operacionais* | *202.871.216,99* | *202.871.216,99* |
| ***Lucro Operacional*** | ***145.893.408,90*** | ***440.609.869,45*** |
| *(+) Receitas / (-) Despesas Não Operacionais* | *457.774,69* | *457.774,69* |
| ***Resultado do Período*** | ***146.351.183,59*** | ***441.067.644,14*** |
| *(+) Adições / (-) Exclusões (2)* | *-236.796.028,02* | *-236.796.028,02* |
| ***Lucro Real antes da Compensação de Prejuízos*** | ***-90.444.844,43*** | ***204.271.616,12*** |
| *(-) Compensação de Prejuizos* | *0,00* | *0,00* |
| ***Lucro Real/ Prejuízo Fiscal*** | ***-90.444.844,43*** | ***204.271.616,12*** |
| ***BC dos Tributos (Glosas)*** | | ***204.271.616,12*** |

*Obs:*

*(1) Glosa dos custos das mercadorias e despesas acessórias relativos aos contratos de hedge fechados nos exterior, no valor de R$ 55.151.492,45 para o ano de 2006 e R$ 294.716.460,55 para o ano de 2007;*

*(2) 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 10/01/2011, a contribuinte apresentou impugnação estruturada sob os seguintes tópicos:

- *CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A IMPUGNANTE*
- *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*
- *DO MÉRITO:*
  - *1 – DAS OPERAÇÕES DE HEDGE REALIZADAS PELA INTERESSADA:*
    - *1.1 – DA REALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE HEDGE E DA PROVA IMPOSSÍVEL EXIGIDA*
  - *2 – DA DEDUÇÃO DE DESPESAS USUAIS E NECESSÁRIAS – A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 396 DO RIR*
  - *3 – DA FALTA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PARA A DEDUTIBILIDADE DAS DESPESAS COM JUROS E COMISSÕES, BEM COMO DAS VARIAÇÕES CAMBIAIS INCORRIDAS PELA INTERESSADA – NECESSIDADE, NORMALIDADE E USUALIDADE*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- *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 n° 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.*

- A juntada de provas, pela qual a impugnante protestou, deve ser feita por ocasião da impugnação, inexistindo razão para realização de diligência, *ante a verificação de que constam nos autos todos os elementos para a formulação da livre convicção do julgador*.

- 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.*

- 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.

- Contestou documentos citados na impugnação por *emitidos por empresa do grupo ADM* ou por não *individualizar e discriminar as operações*. Disse, também, que *ps contratos de Câmbio atestam a remessa de numerário para a ADM Co./ADM Investor Services Inc.*.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

- 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 liquido 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.

- Com referência *aos valores relativos à variação cambial, juros e comissões*, atribui-lhes a mesma conseqüência das demais glosas, porque *tidas como acessórias*, declarando desnecessário *analisar os demais requisitos de dedutibilidade das despesas, quais sejam, necessidade, usualidade ou normalidade*. Acrescentou que na ausência de documentos e livros fiscais, apenas a tabela de fl. 1949/1951 não se prestaria a atestar que houve adições relativas a despesas de juros, comissões ou variação cambial, e destacou que a variação cambial, na verdade, reduziu os valores lançados.

- 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 recalculo do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL relativos aos anos-calendário de 2006 e 2007, sendo considerados como valores tributáveis somente as infração apuradas.* 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 SAPLI/RFB (Demonstrativo de Compensação de Prejuízos Fiscais — fl. 3064/3066)* e do *Sistema SACS/RFB (Demonstrativo da Base de Cálculo Negativa da CSLL — fl. 3072)*, os saldos existentes em 2005 foram integralmente utilizados em períodos subseqüentes.

- 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 nas DIPJ 2006/2007 e 2007/2008, constatou que seus valores *foram utilizados para quitar o valor de IRPJ devido declarado,* e o saldo negativo apurado *foi objeto de diversas DCOMP, conforme Relatório do Sistema PER/DCOMP/SIEF/RFB* (fls. 3075/3076); o mesmo ocorrendo com as antecipações de CSLL (fls. 3077/3078).

- Por fim, declarou válida a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Cientificada da decisão de primeira instância em 23/01/2012 (fl. 3153), a contribuinte interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 17/02/2012 (fls. 3204/3269), acompanhado dos documentos de fls. (3270/3422), 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 nos EUA) ser um

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013
por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

dos maiores *dedicados à comercialização de produtos agrícolas*, 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 7,7 milhões de toneladas de soja em grãos por ano, tanto no mercado nacional, quanto no exterior.*

Inicialmente observa que em suas atividades com *commodities* pratica operações de compra, *hedge* e venda, sendo que o *hedge* é necessário como proteção das transações nas quais o preço que será pago ao produtor é definido no momento de aquisição, bem como nos acordos de venda que podem sofrer oscilações até a data da entrega física ou embarque da mercadoria. Acrescenta que o *imenso volume de commodities regularmente negociado pelo Grupo ADM* lhe impõe a necessidade de operar junto à Bolsa de Mercadorias e Futuros de Chicago, de modo que as operações de *hedge* por ela contratadas submetem-se ao art. 396 do RIR/99.

Reitera a arguição de nulidade do lançamento porque *(a) na apuração da base tributável, não se procedeu à dedução dos recolhimentos efetuados pela Recorrente a titulo de antecipação nos anos-calendário de 2006 e 2007, em conformidade com Solução de Consulta Interna n° 23/06; (b) o I. Agente Fiscal não efetuou a recomposição das apurações do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL; e (c) foram cometidos diversos outros equívocos pelo D. Agente Fiscal na apuração dos tributos supostamente devidos.*

Argúi a nulidade do lançamento em razão da desconsideração das antecipações realizadas nos anos-calendário 2006 e 2007, 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 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, o IRPJ em 2006 seria negativo e o valor apurado em 2007 seria reduzido a R$ 2.645.777,67. Não reproduz esta demonstração para a CSLL, mas especifica a forma de quitação das estimativas de ambos os tributos, apontadas para aqueles anos-calendário, e conclui que o lançamento carece de elemento essencial, qual seja, seu motivo.

Opõe-se à cogitação de que *as deduções e antecipações de IRPJ e CSLL tiveram por efeito a formação de saldos negativos que foram utilizados pela Recorrente em Declarações de Compensação*, ressaltando ser *dever da Fiscalização apurar corretamente os tributos devidos* e invocando o entendimento firmado na Solução de Consulta Interna COSIT nº 23/2006. 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. Assevera que *os saldos negativos de IRPJ e CSLL somente são passíveis de restituição e compensação* quando constituem *legítimos pagamentos a maior do tributo*, de modo que uma revisão fiscal da apuração não autoriza que se fale em pagamento a maior de tributo.

> *52. Ora, a formalização posterior de Declarações de Compensação pela Recorrente em nada altera o dever de ofício do D. Agente Fiscal de, efetivamente, apurar o IRPJ e a*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*CSLL devidos ao final do período, considerando as antecipações regularmente quitadas nos anos-calendário de 2006 e 2007.*

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 a título de IRPJ correspondem *exatamente à aplicação do percentual de 25% (15% mais adicional de 10%) sobre os custos e despesas glosados*, desconsiderando as antecipações e a possibilidade de maior compensação de prejuízos fiscais. Observa que *relativamente à CSLL, sequer houve detalhamento da apuração*, mas, de toda sorte, haveria possibilidade de compensação de bases de cálculo negativas de períodos anteriores, bem como suas antecipações deveriam ter sido consideradas.

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.

Questiona *o procedimento adotado pela DRJ, que lastreou suas conclusões com base na utilização dos saldos de prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL constantes dos sistemas SAPLI e SACS da RFB em detrimento dos valores constantes na Parte B* do LALUR e nas DIPJ dos anos-calendário 2006 e 2007. Defende a prevalência dos valores informados em seu LALUR, até porque *não houve procedimento por parte da Autoridade Fiscal visando à retificação de tais saldos*. Cita jurisprudência administrativa favorável ao seu entendimento.

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*.

Questiona a afirmação da autoridade julgadora de 1ª instância de que *constitui ônus da interessada a instrução de sua impugnação com todos os documentos que entenda necessários à prova pretendida*, para ver afastada a preclusão de seu direito de apresentar documentos após a impugnação, invocando o princípio da verdade material, e afirmando a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa caso seja negado este direito, com conseqüente declaração de nulidade da decisão, como inclusive firmado em decisão recente da Câmara Superior de Recursos Fiscais nos autos do processo administrativo nº 10814.017735/96-77.

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*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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. 404/1508);*
>
> *• Razão contábil da conta ADM DECATUR EXEC FUTUROS mantida pela Recorrente, que atesta as movimentações das operações de hedge efetuadas (fls. 83/127);*
>
> *• Contratos de câmbio comprobatórios das remessas e recebimentos relativas às operações de hedge da Recorrente (fls. 128/403, fls. 1627 a 1629 e fls. 1630 a 1632).*

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 inaceitável exigência 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 *reduzida liquidez da bolsa brasileira não apenas impede a absorção de um volume grande de operações, mas envolve até mesmo o risco de os agentes locais não serem capazes de fechar suas posições*.

Ilustra que realizou cerca de 116.000 e 130.000 contratos de hedge em 2006 e 2007, respectivamente, *volume bastante superior àquele negociado na BM&F no período*. 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:

> *120. Para efetuar as operações de hedge acima mencionadas, as subsidiárias do Grupo ADM localizadas em mais de 60 países 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 clientes das empresas do Grupo ADM.*
>
> *121. 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*[18].[[18] *Como*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*já salientado, o pareamento dos preços estabelecidos nas Ordens colocadas pela Recorrente com os preços praticados na Bolsa de Chicago foi expressamente confirmado pela própria D. Autoridade Fiscal e é matéria incontroversa nos presentes autos*]

*122. 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.*

*123. 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.*

[...]

*125. A centralização das Ordens de todas as subsidiárias por meio do sistema da ADM Trading, decorre, dentre outros fatores,* ***da necessidade de melhor cumprir as regras da CFTC e também do Grupo CME, controlador da Bolsa de Chicago.***

*126. Essas regras são aplicáveis a qualquer entidade que busque realizar operações de hedge na Bolsa de Chicago e devem ser especialmente observadas pelas 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 quanto ora afirmado, a Recorrente anexa ao presente recurso documento firmado pelos Srs. Scott E. Early e Kathryn M. Trkla, ex-diretor jurídico e ex-vice-presidente da Bolsa de Chicago, respectivamente (doc. 04).*

Cita, também, parecer solicitado *ao Professor Steve Thel, experiente especialista norte-americano que, como Advogado-Consultor, integrou o escritório do Consultor Jurídico Geral da Securities and Exchange Comission - "SEC", órgão americano correspondente à Comissão de Valores Mobiliários – "CVM" brasileira (doc. 05)*. Ali são abordadas *as regras emitidas pela CFTC e a necessidade de que suas operações fossem formatadas nos termos em que aqui relatados,* de modo a demonstrar que configuraria infração um mesmo grupo de empresas *efetuar pedidos para comprar e vender substancialmente a mesma quantidade de um valor mobiliário ou commodity em substancialmente o mesmo tempo e preço* ("wash sales"). Daí a atuação da ADM Trading, *confrontando e depurando todas as Ordens colocadas pelas subsidiárias do Grupo ADM ao redor do mundo, de modo que a posição consolidada do Grupo seja contratada junto à Bolsa de Chicago*.

Passando à exposição do *fluxo de pagamentos* de suas atividades, a recorrente inicialmente destaca que *a ADM Financeira é um membro de compensação qualificado da Bolsa de Chicago e está sujeita a diversas normas de regulação e controle, dentre as quais aquelas emitidas pela CFTC, o que por si só desqualifica a incomprovada suspeita lançada contr a ADM Financeira nos presentes autos em razão da vinculação ao Grupo ADM.* Observa que a ADM Financeira não se responsabiliza apenas pela intermediação, *mas pela efetiva liquidação financeira das operações conduzidas por todos os seus clientes junto às bolsas*, e aponta declaração à fl. 1521/1522 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, reportando-se à exigência fiscal de prova de realização das operações *diretamente* em bolsas no exterior, e ao requisito expresso na decisão recorrida

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

de comprovante *em nome da ADM do Brasil*. Entende evidenciado, assim, que *a falta de apresentação de tal documento, portanto, não decorre de um descuido, desídia ou falha por parte da Recorrente em conservar seus documentos em ordem, já que se trata de documento inexistente.*

Acrescenta que a liquidação das operações intermediadas pela ADM Financeira é feita mediante *pagamentos centralizados e consolidados à Bolsa de Chicago*, inexistindo *pagamentos realizados para aquela Bolsa em nome do comitente, já que as clearing houses realizam as compensações multilaterais das posições que intermediam*. Menciona que também no Brasil esta sistemática é adotada em algumas operações, de modo que *a depender do objeto negociado, o documento exigido da Recorrente no caso presente não poderia ser obtido ainda que as operações de hedge tivessem sido contratadas no Brasil*.

Descreve o fluxo de pagamentos nos seguintes termos:

> *(i) 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.*
>
> *(ii) 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.*
>
> *(iii) A ADM Co., por seu turno, é ressarcida dos pagamentos à ADM Financeira pelas subsidiárias do Grupo ADM, dentre elas a Recorrente.*
>
> *(iv) 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.*

Relaciona os documentos acostados aos autos (fls. 404/1508, 83/127, 128/403, 1627/1629, 1630/1632, 1511/1512, 1513/1515), descrevendo seu conteúdo e concluindo, diante deste contexto, que *os documentos apresentados pela Recorrente ao longo do processo de fiscalização que atestam as remessas efetuadas à ADM Co. a titulo de ressarcimento das margens cobertas por tal entidade para a ADM Financeira (fls. 128/403, fls. 1627 a 1629 e fls. 1630 a 1632) são prova suficiente da realização das operações de hedge junto à Bolsa de Chicago.* E aduz:

> *167. 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 conforme as variações dos preços das mercadorias "hedgeadas" na Bolsa de Chicago. Este, fato, ressalte-se, foi expressamente reconhecido pelo D. Agente Fiscal.***
>
> *168. Ora, quer parecer à Recorrente que se trata de prova mais do que suficiente quanto à realização dessas operações em bolsa, o que as tornam dedutíveis tanto para fins de apuração do IRPJ, quanto para fins de apuração da CSLL.*

Aborda *a correta interpretação do artigo 396 do RIR*, defendendo sua observância no presente caso na medida em que *as operações foram realizadas em bolsa e sempre estiveram sob o controle do órgão regulador norte-americano*. Em seu entendimento, o *que importa é que o eventual resultado negativo da operação de hedge seja fruto de assunção*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*efetiva do risco das operações de bolsa e que tal resultado negativo esteja sujeito ao controle do órgão regulador estrangeiro*.

Defende que *a operação de hedge no exterior alcançada pelo artigo 396 do RIR deve ser visualizada* sob os prismas do *conteúdo* e do *modo de execução*, afirmando incontroverso *o conteúdo das Ordens realizadas pela recorrente*, centrando-se a discussão no *modo de execução dessas Ordens*, sem atentar que este se *sujeita às regras estrangeiras*. Na medida em que *a ADM Financeira visualiza todas as Ordens da Recorrente destinadas a serem executadas na Bolsa de Chicago e as identifica como verdadeiras Ordens de compra ou de venda com a finalidade de hedge, fica evidente tratar-se de atuação direta em bolsa para fins de aplicação do artigo 396 do RIR*. O termo "diretamente", presente na lei, *deve ser interpretado segundo as regras do ordenamento jurídico dos EUA, da Bolsa de Chicago e o princípio da legalidade*, afastando-se o *sentido mais literal e formal deste termo*. E o termo "bolsa" deve ser concebido como *ambiente e sistemas organizados e regulados em que se realizam operações de mercado*, e não apenas "pessoa jurídica Bolsa".

Ainda, porque representativos de despesas usuais e necessárias, defende a dedutibilidade *dos resultados de operações de cobertura. 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 de qualquer discussão sobre o modo de execução das operações.*

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 evidenciaria 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 complementa:

> *194. 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 conseqüência, 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.*

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.*

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.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.*

Questiona, também, a glosa de juros, comissões e variações cambiais *com base na "acessoriedade" das despesas*. Caberia à Fiscalização averiguar sua efetiva ocorrência, bem como a necessidade, usualidade e normalidade dos gastos, para demonstrar que eles não atenderiam ao art. 299 do RIR/99. Ressalta, ainda, que *as operações e margens de cobertura foram verificadas e atestadas pela própria Fiscalização*, de modo que restrições contidas no art. 396 do RIR/99 se limitam às perdas com hedge, não havendo motivo para glosa das demais despesas. E acrescenta que as variações cambiais observam regime de caixa para sua dedutibilidade, não avaliado pela Fiscalização, restando patente a *superficialidade da investigação*. Afirma que promoveu adições, neste sentido, em 2007, no valor de R$ 19.511.352,94.

Finaliza defendendo a *ilegalidade da incidência de juros sobre a multa de ofício*, pois os juros prestam-se a indenizar *o prejuízo do credor com a privação do capital*, ao passo que a multa é pena pecuniária pelo inadimplemento de obrigação. Em seu entendimento, *os juros não podem incidir sobre a multa, já que esta penalidade não retrata obrigação principal, mas sim encargo que se agrega ao valor da dívida, como forma de punir o contribuinte*.

Argumenta que *a aplicação de tal percentual, de forma ilimitada, sobre o principal e sobre a multa, acarreta verdadeira afronta ao princípio do não-confisco, bem como viola o direito de propriedade, já que faz incidir juros exorbitante sobre o imposto devido e, ainda, sobre a multa aplicada*. Cita jurisprudência neste sentido, e invoca posicionamento da Câmara Superior de Recursos Fiscais no processo administrativo nº 10680.002472/2007-23.

Ao final, requer, ainda, seja determinada a conversão do julgamento em *diligência, na hipótese de este 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.* Ainda, *os procuradores da Recorrente declaram ser autênticas as cópias simples anexas ao presente Recurso Voluntário, nos termos do artigo 365, IV do Código de Processo Civil*.

Em 28/02/2012 os autos do presente processo foram encaminhados em CARF, e em 12/06/2012 distribuídos a esta Relatora, em razão de sua conexão com o processo administrativo nº 15586.001637/2009-01 (fl. 3426).

Em 06/12/2012 a recorrente apresentou a esta Relatora petição protocolizada no CARF naquela data, requerendo a juntada dos seguintes estudos e pareceres jurídicos:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

- 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;

- Interpretação do art. 17 da Lei nº 9.430/96 em razão da forma de operação das Bolsas, em parecer do Professor Ary Oswaldo Mattos Filho.

- *Relatório de Comprovação do Hedge em Operações Futuros Realizadas pela Companhia nos Anos-Base de 2006 e 2007* e *Relatório de Verificação das Operações de Futuros (Hedge) Realizadas pela Companhia nos Anos-Base de 2006 e 2007*, ambos emitidos *pela empresa de auditoria* KPMG;

- *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.

O relatório da Ernst & Young, acompanhado de diversos demonstrativos (todos em língua estrangeira), o relatório da KPMG e os pareceres antes mencionados acompanharam a referida petição. 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 processo administrativo nº 15586.001637/2009-01, conexo a este. Em 28/11/2012 o mesmo órgão requereu cópias do auto de infração e das decisões já proferidas naqueles autos, as quais foram fornecidas pela Presidência desta 1ª Seção em 11/12/2012, acompanhadas da informação de que o processo administrativo nº 15586.001637/2009-01 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 dois conjuntos de documentos anexos a estes autos, um com 34 (trinta e quatro) volumes e outro com 13 (treze) volumes, cuja juntada definitiva ainda não foi promovida no *E-processo* em razão de o processo encontrar-se pautado para julgamento.

O conjunto de documentos composto de 13 (treze) volumes está intitulado *Laudo KPMG – Relatório de verificação das operações de futuros (hedge) realizadas pela Companhia nos anos-base de 2006 a 2007*. Reportam-se a anexos numerados de 1 a 28, os quais guardam relação com o relatório de mesmo título, apresentado a esta Relatora em 06/12/2012.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O conjunto de documentos composto de 34 (trinta e quatro) volumes está intitulado *Laudo KPMG – Relatório de comprovação do hedge em operações de futuros realizadas pela Companhia nos ano-base de 2006 e 2007* e reúne anexos entre os números 1 e 38, evidenciando tratar-se dos documentos de suporte do relatório de mesmo título, apresentado a esta Relatora também em 06/12/2012.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

## VOTO

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

A recorrente argúi a nulidade do lançamento porquê: *(a) na apuração da base tributável, não se procedeu à dedução dos recolhimentos efetuados pela Recorrente a titulo de antecipação nos anos-calendário de 2006 e 2007, em conformidade com Solução de Consulta Interna n° 23/06; (b) o I. Agente Fiscal não efetuou a recomposição das apurações do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL; 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, inexiste 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 subseqüentes, 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 sua livre decisão 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 desconsideração 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 conseqüência 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 recolhimentos que deveriam ter reduzido o imposto devido para fins de lançamento.

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 pela defesa.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

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 do regime de caixa para sua dedutibilidade.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de REJEITAR as argüições 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*.

A decisão recorrida afasta, de plano, as argüições 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, 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, possui os mesmos contornos daquela travada nos autos do processo administrativo nº 15586.001637/2009-01. Ali, tendo em conta a interpretação atribuída ao art. 396 do RIR/99; os esclarecimentos trazidos, apenas em defesa, acerca da atuação da ADM Trading na contratação das operações de *hedge* que ensejaram as perdas glosadas; e os elementos reunidos em auditorias contratadas pela recorrente, acerca de seu fluxo operacional e financeiro direcionado à contratação e liquidação daquelas operações, concluiu-se pela necessidade de conversão do julgamento em diligência.

Nestes autos, como relatado, a recorrente reportou-se, por ocasião da petição apresentada a esta Relatora em 06/12/2012, aos mesmos pareceres juntados aos autos do processo administrativo nº 15586.001637/2009-01, bem como indicou a elaboração de relatórios por KPMG Tax Advisors Ltda e Ernst & Young LLP, com vistas à comprovação das operações de *hedge* contabilizadas nos anos-calendário 2006 e 2007, aqui questionadas.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 dois conjuntos de documentos anexos a estes autos, um com 34 (trinta e quatro) volumes e outro com 13 (treze) volumes, cuja juntada definitiva ainda não foi promovida no *E-processo* em razão de o processo encontrar-se pautado para julgamento. Os documentos de suporte dos relatórios emitidos por KPMG Tax Advisors Ltda, como relatado, estão distribuídos em dois conjuntos de 13 (treze) e 34 (trinta e quatro) volumes e, embora digitalizados, estão pendentes de juntada em razão de o processo ter sido pautado para julgamento.

Assim, cabem aqui as mesmas considerações tecidas no voto que integrou a Resolução nº 1101-000.077, em favor da conversão deste julgamento em diligência:

> *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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

> 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 Exchance 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 Exchance Act foi adequadamente caracterizada como 'uma estrutura reguladora inclusive para supervisionar os mercados de futuros voláteis e complexos de negócios futuros privados'"[1][*[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 Excchange 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> 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,*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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 j*unto 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 fluxogravam 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 proíbem 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] *[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] *[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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 promultação 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] *[[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] *[[7] 2Phillip McBride Johnson & Tomas Lee Hazen, Regulamento de Derivativas §3.10 [8] em 775 (2004); consulte também Charles R.P. Pouncy, The Scienter 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] *[[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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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 proscrições 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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 1° 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 valemos 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*"board crush", observando que o preço praticado em uma das oposições 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.*

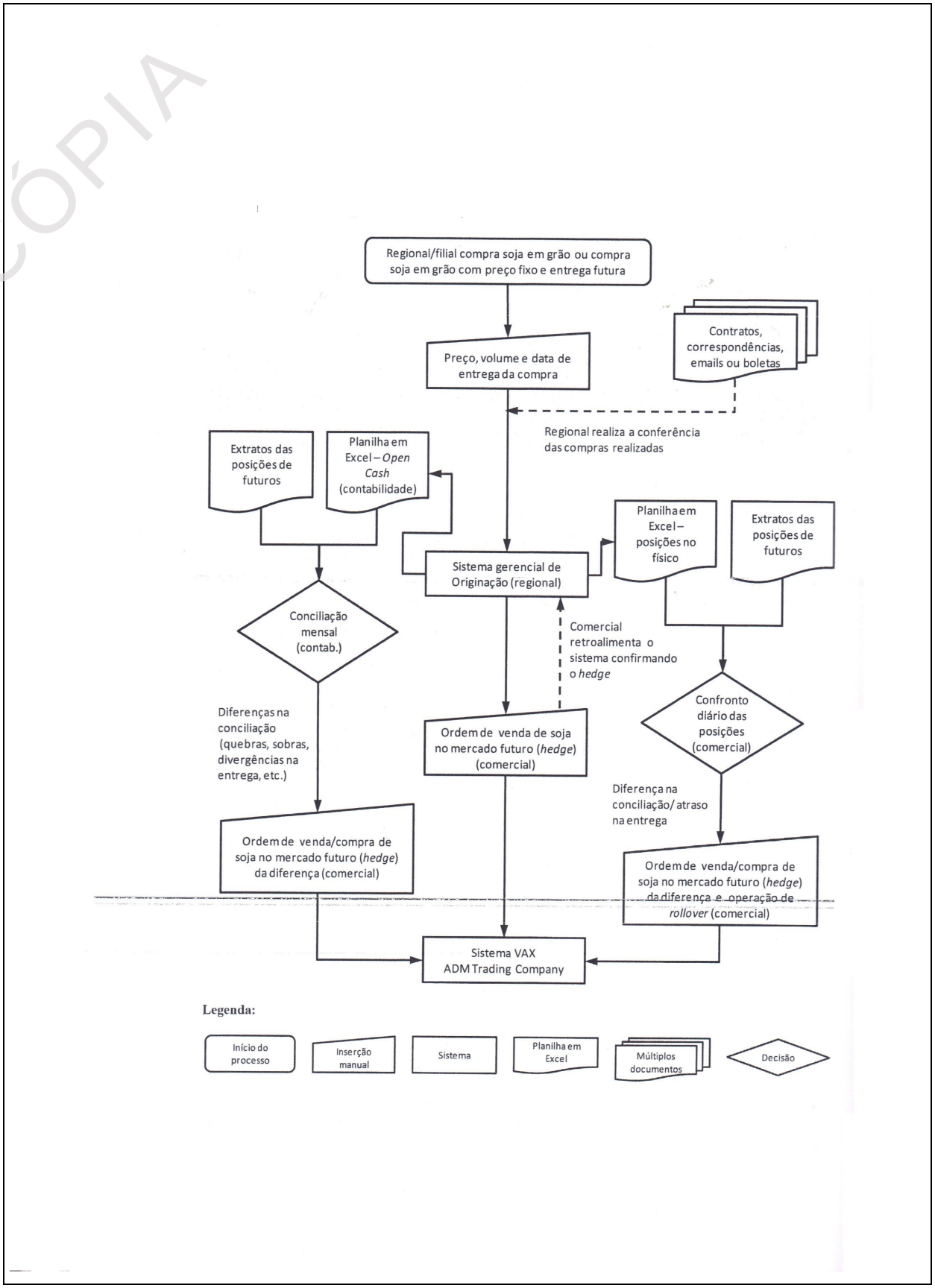
*O relatório elaborado por KPMG Tax Advisors Ltda busca evidenciar a* operacionalização do hedge localmente, bem como a demonstrar que as operações de futuros realizadas pela Companhia, no ano-calendário de 2004, tiveram por finalidade proteger suas operações de compra e venda de soja em grão, óleo e 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

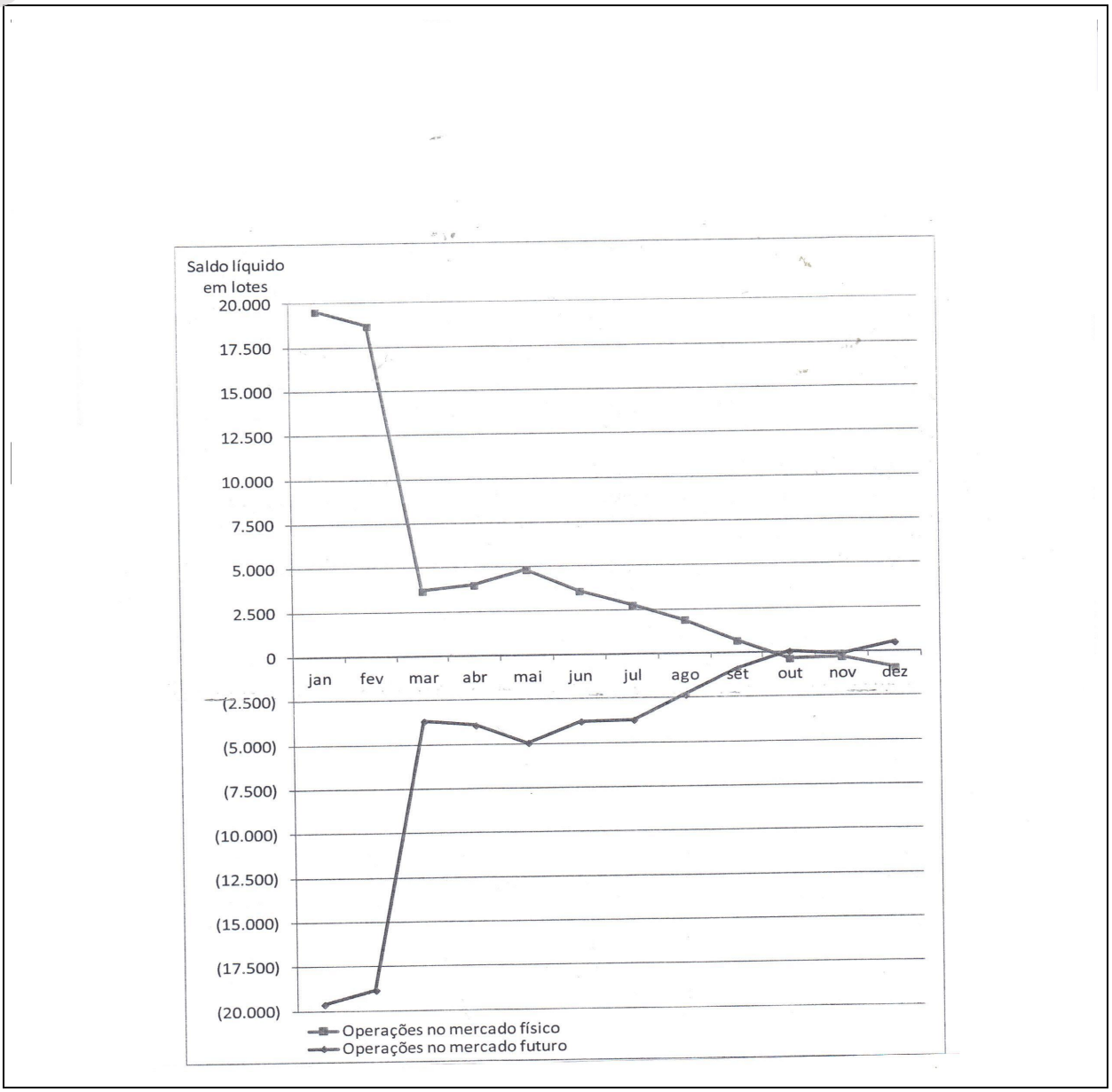
Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.




Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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*).*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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)*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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 compra[31] *[[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*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013
por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*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. 6° 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 1° de janeiro de 1988.
> 1° 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.
> 2° 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. 6° do Decreto-Lei n° 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, 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> 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.*

Além disso, importa observar que, para indeferir a compensação de prejuízos e bases negativas pleiteada em impugnação, a autoridade julgadora de 1ª instância assim anotou:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013
por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*Quanto à alegação de que teria havido erro no cálculo do limite do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa de CSLL utilizados, ou seja, não teriam sido compensados os valores a que teria direito (30% da base tributável), esclareça-se que:*

- *consta no Sistema SAPLI/RFB (Demonstrativo de Compensação de Prejuízos Fiscais – fl. 3.064/3.066) que o prejuízo fiscal no valor de R$ 5.515.198,35 existente em 2005 foi totalmente utilizado no ano-calendário de 2006 (em que pese somente possuir R$ 5.515.198,35, a interessada utilizou R$ 34.344.813,68). Portanto, não há prejuízo a ser compensado no Auto de Infração de IRPJ relativo ao ano-calendário de 2006 nem valor a ser utilizado no AI relativo ao ano-calendário de 2007 (o prejuízo fiscal do período já foi considerado).*
- *consta no Sistema SACS/RFB (Demonstrativo da Base de Cálculo Negativa da CSLL – fl. 3.072) que o saldo de base de cálculo negativa no valor de R$ 38.753.786,46 existente em 2005 foi utilizado em 2006 (R$ 34.180.769,68) e em 2008 (em que pese só possuir R$ 4.573.016,78, a interessada utilizou R$ 240.100.335,79). Portanto, não remanesceu base de cálculo negativa de CSLL a ser compensada no Auto de Infração de CSLL relativo ao ano-calendário de 2006 nem valor a ser utilizado no AI relativo ao ano-calendário de 2007 (a base negativa do período já foi considerada).*

A recorrente questiona estas conclusões, e defenda a prevalência dos *valores constantes na Parte B* do LALUR e nas DIPJ dos anos-calendário 2006 e 2007, asseverando que *não houve procedimento por parte da Autoridade Fiscal visando à retificação de tais saldos*. Assim, na hipótese de, após a diligência, subsistir base tributável nos períodos fiscalizados, necessário será saber se os prejuízos e bases negativas disponíveis no LALUR da contribuinte correspondem, de fato, às apurações por ela declaradas em períodos anteriores, e se estas não foram alteradas em razão de procedimentos fiscais passados. Além disso, será necessário aferir se tais prejuízos e bases negativas permanecem disponíveis à época da conclusão da diligência para a compensação requerida pela contribuinte.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de CONVERTER o julgamento em diligência, para que a autoridade lançadora, além das verificações nos moldes daquelas determinadas no processo administrativo nº 15586.001637/2009-01, confirme a existência de prejuízos fiscais e bases negativas acumulados antes dos períodos fiscalizados, bem como a sua disponibilidade, ao final da diligência, para sua utilização nestes autos.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 04/09/2013 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 09/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA