



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.001638/2010-81
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.262 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2020
Recorrente ADM DO BRASIL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006, 2007

PROCESSUAL ADMINISTRATIVO - NULIDADES - ART. 59 DO DECRETO 70.235

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

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

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

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

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

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

Relatório

Cuida o feito de autos de infração lavrados para exigir do recorrente créditos tributários relativos ao IRPJ e a CSLL, apurados nos anos-calendários de 2006 e 2007 (conforme Termo de Verificação Fiscal e Autos de Infração constantes do volume 10 deste processo eletrônico, o primeiro juntado à e-fls. 1.814/1.825 e os demais à e-fls. 1.826/1.830 – IRPJ - e 1.831/1.839 – CSLL). Cumpre destacar que o lançamento em análise resultou da extensão do exercício fiscalizatório iniciado quanto ao ano de 2004 e cujas conclusões geraram a autuação constante do PA de n.º 15586.001637/2009-01.

Os fatos e fundamentos descritos naquele último processo são, substancialmente, os mesmos; as diferenças, aqui, resumem-se aos valores e períodos de apuração e, mais, à falta de referência, pela Autoridade Autuante, ao ofício de n.º 1890.2008-PR/ES/GAB/LFM de 14/05/2008, da PGR e que, objetivamente, teria impulsionado a ação fiscal intentada quanto ao ano de 2004.

Pois bem. De acordo com o relato da lavra da D. Auditoria, após o exame das explicações e documentos apresentados pela insurgente, constatou-se a apropriação indevida de custos de produção (glosa de custos/despesas) apontados a partir da identificação de remessas ao exterior motivadas, pretensamente, pelo pagamento de adiantamentos para cobertura de margens (garantias) de contratos de *hedge* (e respectivas despesas acessórias – variação cambial, taxas e comissões), alegadamente formalizados perante a Bolsa de Valores e Mercadorias e Futuros de Chicago – BM&F Chicago.

A Autuação alça a monta R\$ 175.840.067,86 (somados os créditos relativos aos anos de 2006 e 2007), e foi fundamentada a partir das disposições dos artigos 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299, 300 e 396, todos do antigo RIR – Regulamento do Imposto de Renda – aprovado pelo então vigente Decreto 3.000/99.

As investigações que culminaram com as autuações em exame se centraram nas operações de *hedge* registradas, contabilmente, nas contas do Razão de n.ºs 128116501 (*ADM DECATUR EXERC FUTUROS*), 423130 (*CONTR.FUT.ENCERRADOSHEDGE*) e 423130501/502 (*AJUSTE P. HEDGE CONTR. FUT. FECH*).

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

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

A priori, pelo que relata o contribuinte, o aludido Grupo movimenta quantidades relevantes de produtos agrícolas no mercado mundial e, nesta esteira, se sujeita a riscos próprios de operações de compra e venda de *commodities*. O uso dos contratos de *hedge*, pois, lhe seriam necessários, como sustenta, justamente para reduzir estes riscos, notadamente porque boa parte de suas operações são realizadas em contratos para entrega futura de mercadorias (tanto na compra, como na venda); assim, entre a data do fechamento destes contratos e aquela em que se verificará a entrega física dos produtos, observar-se-á possíveis oscilações dos preços fixados pelo mercado. A compra de posições opostas, destarte, via bolsa de valores, mediante contratação dos citados contratos de *hedge*, serviria para neutralizar, ao menos em parte, os efeitos de tais oscilações.

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

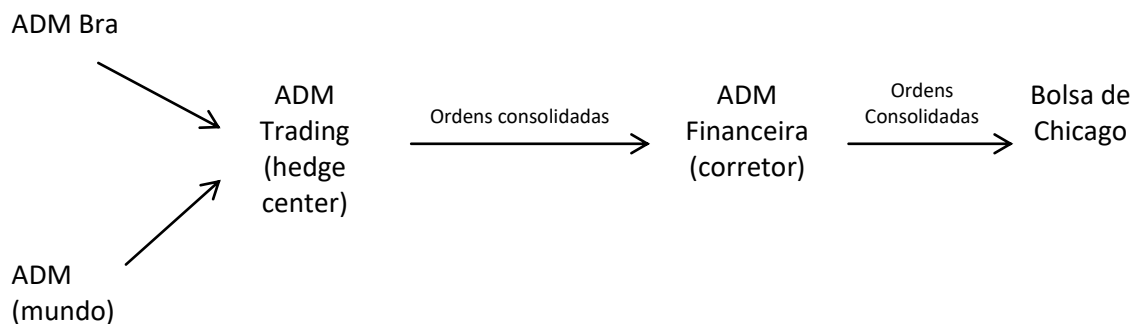
Isto porque, para não afrontar a regra acima mencionada, a recorrente sustenta que teve que adotar uma estrutura mais complexa que a comumente utilizada para operar em bolsas de mercadorias e futuros. Isto é, ao invés de se socorrer, exclusivamente, de uma corretora, a contribuinte, juntamente com todas as demais empresas do Grupo ADM (ou assim afirma a insurgente), envia as suas ordens para um sistema pertencente à ADM Co, gerenciado, por sua vez, por outra empresa denominada ADM Trading (mencionada pela autuada apenas quando da interposição de seu recurso administrativo – nem a Autoridade Lançadora e nem tampouco a DRJ sabiam de sua existência).

Por meio deste sistema, denominado VAX, as diversas ordens enviadas pelas várias empresas do grupo são condensadas, tratadas e compensadas (em especial aquelas que sejam “*mutuamente excludentes*” nas palavras da própria recorrente em memoriais entregues a este relator), evitando-se, assim, a caracterização de possíveis operações atentatórias ao regime legal norte americano.

Feitas as preditas compensações as ordens “líquidas” (ou consolidadas) são repassadas, desta vez, à outra empresa pertencente ao grupo, a ADM Investor Services Inc. (ou ADM Financeira, considerada membro de compensação da Bolsa de Chicago, pelo que afirmara a recorrente em resposta aos termos de intimação de n.ºs 295 e 296, ambos de 2009, juntada à e-fls.473/476, e pelo que se extrai do documento de e-fl. 477, ambos do processo de n.º 15586.001637/2009-01 – não localizei estes mesmos documentos neste feito).

Objetivamente a ADM Financeira, ao receber os “extratos” das ordens consolidadas as aloca em contas específicas do Grupo ADM (já que esta “corretora” também atende à clientes diversos, fora do grupo) e, com base nas margens de cobertura iniciais informadas pela Bolsa de Chicago, calcula as preditas margens para cada contrato de *hedge* havido por seus clientes (como afirma a insurgente na resposta aos termos de intimação mencionada no parágrafo anterior), enviando estas informações à ADM Co para que esta efetue a transferências de tais importâncias à própria ADM Financeira que, por fim, as transfere para a Bolsa de Chicago.

Numa petição juntada à e-fls. 24.461 e ss, a contribuinte apresenta um cronograma bem mais simplificado (e-fl. 24.465) que explica o fluxo de informações e de recursos até aqui descrito. Reproduzo, a seguir, o predito “gráfico” demonstrativo:



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

O fato é que a estrutura operacional, tal como demonstrada até aqui, é que gerou, efetivamente, as críticas fiscais, mormente porque, tal como erigida, traz as dificuldades mencionadas no TVF para se identificar, e comprovar, o efetivo fluxo financeiro, desde a autuada, até a Bolsa de Chicago. E estas dificuldades, diga-se, aumentam na medida em que, de fato, a ADM Brasil não remete um único centavo à Bolsa de Chicago.

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

Daí porque, quando instada pela D. Auditoria Fiscal, a trazer ao feito os “*extratos da BM&F Chicago com .as negociações (compras, vendas e depósitos de margens de garantia) dos contratos futuros em. nome da ADM do Brasil*”, a contribuinte afirmou, deles, não dispor, precisamente por não existir semelhantes documentos (a BM&F Chicago, pelo que afirma a empresa, não emite tais documentos por não receber das, ou pagar às, contratantes quaisquer valores – v. resposta ao termos de intimação de n.ºs 295 e 296, já tratada linhas acima).

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

A par da miríade de documentos apresentados (e já listados no início deste relatório), a D. Fiscalização entendeu não comprovadas as remessas de valores por parte da ADM Brasil à BM&F e, por conseguinte, considerou não demonstrada a própria pactuação dos contratos de *hedge*, cujos resultados eram controlados nas contas contábeis de n.ºs 423130 (*CONTR.FUT.ENCERRADOSHEDGE*) e 423130501/502 (*AJUSTE P. HEDGE CONTR. FUT. FECH*), também já referenciadas anteriormente, lavrando-se, assim, os autos de infração objetos deste processo.

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

O feito foi distribuído à DRJ do Rio de Janeiro que, por meio do Acórdão de e-fls. 3.121 e ss, após afastar as preliminares invocadas, houve por bem julgar improcedente a impugnação apresentada. Os respectivos fundamentos foram sumarizados na ementa cujo teor transcrevo abaixo:

ARGUIÇÃO DE NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO.

Ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa da interessada. Descabe a alegação de nulidade quando inexistirem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observa os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA / PERÍCIA.

Deve ser indeferido o pedido de diligência / perícia para juntada de provas, quando for prescindível para o deslinde da questão a ser apreciada ou se o processo contiver todos os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador.

CUSTOS. COMPROVAÇÃO. DEDUTIBILIDADE.

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

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

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

CSLL. LANÇAMENTO DECORRENTE.

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

A contribuinte foi intimada do resultado do julgamento supra em 23 de janeiro de 2012 (AR de e-fl. 3.153), tendo interposto o seu recurso voluntário em 17 de fevereiro daquele mesmo ano (carimbo de e-fl. 3.204), em que reprisou as preliminares de mérito já deduzidas em sua impugnação. Tais preliminares, em síntese, seriam as seguintes:

- a) nulidade da autuação por, pretensamente, ter deixado de considerar, no recálculo dos tributos devidos, as estimativas pagas ao longo do ano-calendário de 2004;
- b) nulidade dos lançamentos por ter, a Autoridade Fiscal, procedido ao cálculo do imposto e da contribuição a partir, tão só, dos valores glosados, não tendo, por isso, recomposto o lucro real da empresa. Neste tópico, afirma, ainda, que a fiscalização não teria se utilizado dos valores de prejuízo reajustados a partir do próprio resultado da autuação (objetivamente, com a autuação, o limite de 30% para compensação de prejuízos restara majorado, justamente pelo aumento do próprio valor do imposto devido no anos-calendários em exame).

Quanto ao mérito, reafirmou a lisura de suas operações e a demonstração efetiva de sua concretização, premendo pelo cancelamento das autuações. Expos, subsidiariamente, quanto as glosas de despesas, que mesmo que não fosse possível aplicar ao caso os preceitos do art. 396 do antigo RIR, estes dispêndios deveriam ser analisados a partir dos requisitos da usualidade e necessidade (art. 299).

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

Trouxe juntamente com o recurso voluntário um carta endereçada à ADM Co, que comprovaria a natureza da ADM Financeira (enquanto membro de compensação da BM&F de Chicago) e um parecer do Professor Steve Thel que aborda a estrutura até aqui noticiada.

Originariamente, este processo foi distribuído à Conselheira Edeli Pereira Bessa. Antes, contudo, do respectivo julgamento, a então relatora noticia a juntada de documentos pelo contribuinte consistindo, em especial, em:

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.

A luz da complexidade da matéria, e dos novos elementos trazidos ao processo, e considerando que esta mesma providência foi tomada nos autos do PA de nº 15586.001637/2009-01, minha antecessora, por meio da Resolução de e-fls. 3.438 e ss, houve por bem converter o julgamento em diligência. Nesta senda, e após afastar as preliminares de mérito, além de tecer considerações sobre a natureza das operações de compensação das ordens inseridas no sistema VAX, a mencionada Conselheira elaborou os seguintes quesitos a serem respondidos pela Autoridade Fiscal:

. Sob a premissa inicial de que todas as operações contabilizadas como sendo de *hedge* seriam necessárias e dedutíveis: 1) **analise** os elementos trazidos pela recorrente como evidências de que os registros junto ao mencionado *Sistema VAX* existiam e obedeciam a um fluxo operacional sujeito a conciliações periódicas, de modo a assegurar a cobertura de suas operações físicas com *commodities*; 2) **informe** a validade dos critérios de auditoria adotados pelas empresas contratadas, e por consequência a admissibilidade de seus relatórios para demonstração da regularidade dos valores contabilizados pela contribuinte, ou apure esta regularidade por outros meios que entender e justificar suficientes; 3) **aponte** divergências que deste exame resultem, identificando as perdas que restarem sem comprovação, e quantificando sua repercussão no crédito tributário lançado;

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

Além disso, e considerando os questionamentos da empresa quanto ao uso de eventuais saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa para a redução do crédito aqui tratado, e considerando não haver notícias de redução de tais saldos como decorrência desta ou de outras autuações, solicitou à Autoridade Fiscal que “*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*”.

À e-fls. 24.334/24.347 foi apresentado o relatório final de diligência em que a D. Auditoria Fiscal, respondendo alguns dos quesitos acima, asseverou que: i) a ADM Trading se valia, “*em tese*” de um sistema informatizado para realizar a consolidação das ordens de compra, mediante contratação de *hedge*; ii) que seria “*temerário*” validar os critérios utilizados pela KPMG e pela Ernst&Young sem que fosse realizada uma “*perícia*” por auditores independentes; iii) a partir das informações do contribuinte, teriam sido identificadas perdas sem efetiva comprovação.

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

Notem que o trabalho fiscal se silenciou quanto a questão afeita aos prejuízos e bases de cálculo negativas. Por isso, e retornado os autos a este Conselho, e ainda sob a relatoria da Conselheira Edeli, votou-se, novamente, pela conversão do julgamento em diligência a fim de que fosse atendida a questão acima.

Em resposta a esta solicitação, foi apresentado o termo de diligência de e-fls. 24.843 e ss, em que a D. Auditoria, não obstante reconhecer que no SAPLI constam saldos de prejuízo e de base de cálculo negativa ao final do ano de 2003, em valores consideráveis, a partir da análise dos balanços da empresa verificou ali o registro de um valor bem inferior, considerou este último para efetuar a compensação do crédito apurado para o ano de 2004. Nesta esteira, afirmou não restar saldos de prejuízo para os anos subsequentes.

Em sequência, a Conselheira Edeli, mais uma vez, diga-se, optou-se por reinstruir o feito (conforme decisão de e-fls. 24.993 e ss). Peço vênha, para transcrever o seguinte trecho deste último acórdão que aclara os motivos pelos quais se entendeu por fazer uma nova diligência:

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

Vale destacar que após concordar, em parte, com a tese da recorrente quanto a tipificação da hipótese descrita no art. 396 do antigo RIR, mesmo num caso em que os valores despendidos na contratação das operações *hedge* não tenha se dado diretamente pela sua aplicação na bolsa (mas por intermédio de três outras empresas do Grupo ADM, ainda que por conta e ordem da contribuinte), a Conselheira Edeli, referindo-se à parecer da lavra do Professor

Marco Aurélio Greco, passa a abordar a natureza da própria operação de compensação realizada por intermédio do sistema VAX. Isto é, mesmo que não tenha exercido um juízo de valor específico, ela manifesta, ainda que timidamente, uma dúvida sobre a dedutibilidade das perdas verificadas no curso desta consolidação (toda ela realizada, apenas, e tão somente, insista-se, dentro do sistema informatizado do Grupo).

E, assim, partindo de uma premissa hipotética, de que de fato tais perdas seriam dedutíveis, e fazendo a análise dos pareceres da KPMG e da E&Y, aquela relatora cravou que *“as alegações da recorrente foram suficientes para demonstrar seu empenho em reunir elementos para convencer esta Relatora da legitimidade de seus registros contábeis”* e que, outrossim, *“os elementos trazidos pela recorrente são evidências fortes de que estes registros existiam e obedeciam a um fluxo operacional sujeito a conciliações periódicas, de modo a assegurar a cobertura de suas operações físicas com commodities”*.

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

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

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

Demais disso, requereu, ainda, desta feita em relação ao problema relativo aos saldos de prejuízo de base de cálculo, maiores esclarecimentos, notadamente a partir do LALUR e das DIPJ da empresa, anotando possíveis alterações destes saldos em decorrência de eventuais processos passados.

Inicialmente foi apresentada informação fiscal à e-fls. 25.251 e ss para atender à primeira parte da resolução acima. E, reprisando, sempre, a impossibilidade de se promover uma *“auditoria”* do por vezes mencionado sistema VAX, a Autoridade Fiscal sustentou ser impossível responder, conclusivamente, aos novos quesitos apresentados. Apenas quanto as despesas acessórias, afirmou que, dada a inviabilidade de se fazer a efetiva vinculação entre as

informações constantes do predito sistema e os dados registrados na escrita contábil da recorrente, partindo, exclusivamente, das informações declinadas pela empresa (sem juízo crítico sobre elas), promoveu um cálculo proporcional “*entre as despesas principal e acessórias*”..

Já à e-fls. 25.346, a D. Fiscalização complementou os seus trabalhos a fim de atender à segunda solicitação proposta pela resolução acima mencionada, consignando lá todas informações pretendidas pela relatora da resolução acima.

Considerando-se a saída da Conselheira Edeli dos quadros do CARF (tendo retornado a este órgão apenas recentemente), o feito foi redistribuído, desta vez, para este Colegiado, fixando-se a relatoria nos ombros do então Conselheiro Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa que, por meio do acórdão de e-fls. 25.651 e ss, votou pela realização de uma nova e derradeira diligência, por meio da qual instou a Fiscalização a responder aos seguintes questionamentos:

- 1) Identificação das operações que demandaram cobertura no período fiscalizado;
- 2) Avaliação do fluxo operacional para concretização das operações de hedge em Bolsa a confirmar se as perdas registradas guardam correspondência com a variação de preços ali verificadas;
- 3) Seleção, dentre as perdas vinculadas às operações de hedge demandadas pela contribuinte, das que resultam de operações de hedge efetivamente levadas à Bolsa, identificadas a partir dos relatórios que detalham as transferências financeiras devidas e pagas à instituição com a qual foram contratadas as operações de hedge;
- 4) Quantificação do valor das perdas decorrentes do total de operações de hedge ordenadas pela contribuinte e do valor das perdas vinculadas a operações efetivamente levadas à Bolsa;
- 5) Definição da repercussão desta classificação de perdas nos registros acessórios de variação cambial, comissões e juros.
- 6) Verificar a atual situação dos processos administrativos n.ºs 15578000.355/2007-16, 15578000.096/2007-23 e 13811000.080/2001-90 e seu impacto no prejuízo fiscal acumulado/base negativa da CSLL acumulada nos anos-calendário de 1999 a 2003, fazendo, caso necessário, os devidos ajustes no SAPLI.

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

No que tange ao segundo quesito transcrito anteriormente, a Autoridade Fiscal afirmou que “*o fluxo operacional para concretização das operações de hedge em Bolsa e as perdas registradas guardam correspondência com a variação de preços ali verificadas*”, ressaltando, todavia, a existência de dúvidas objetivas quanto ao procedimento de consolidação das posições no sistema VAX e que, para tanto, seria necessária a apresentação de documentos

que atestassem, por exemplo, os valores e quantidades das mercadorias demandadas pelas demais empresas do grupo e que abasteceriam o mencionado sistema. E sobre isso, diga-se, apesar de intimada, a empresa recorrente sustentou não dispor de quaisquer dados ou relatórios, os quais, alega, estariam sob a guarda e responsabilidade da ADM Investor e da Bolsa de Chicago.

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

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

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

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

Quanto ao quesito de nº 5, esclareceu ter se utilizado de critério de proporcionalidade para justificar o recálculo das glosas intentadas. Outrossim, e finalmente, quanto ao quesito de nº 6, mais um vez a D. Auditoria nada disse.

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

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

A admissibilidade do recurso em exame já foi declarada e afirmada por quatro vezes, por ocasião das Resoluções tratadas no relatório que precede este voto.

Desnecessárias, neste passo, novas ilações sobre o tema, cabendo, apenas, consignar-se que todos os pressupostos processuais foram preenchidos pelo apelo, razão, pela qual, dele tomo conhecimento.

I DAS PRELIMINARES DE NULIDADE.

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

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

Isto porque a retificação de tais valores não importaria, como sustentado pela Recorrente, na modificação dos critérios *jurídicos* da autuação, mas, apenas, nos cálculos engendrados (perfeitamente liquidáveis, diga-se). Ainda, portanto, que acolhidas tais pretensões, a parte remanescente do lançamento ainda restaria embasada nos preceitos dos arts. 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299, 300 e 396, todos do antigo RIR – Regulamento do Imposto de Renda – aprovado pelo então vigente Decreto 3.000/99.

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

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

Esclareço, todavia, que as alegações do contribuinte serão, acaso superado a questão central tratada neste feito, oportunamente apreciadas, todavia, como matéria afeita ao mérito da demanda.

II MÉRITO

II.1 Glosa de custos

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

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

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

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

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

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

Notem que o citado artigo traz inúmeras “figuras” que não são próprias do direito; há ali menção à institutos próprios de outros sistemas que não o jurídico, em especial, os ditos mercados de liquidação futura, bolsa de valores e, com algum destaque, “*outros mercados de futuros*”. Diga-se, é perfeitamente possível que não se necessite desconsiderar eventuais significâncias comuns ou ordinárias das palavras ali consignadas ou se utilizar de métodos hermenêuticos que objetivem o descortinamento de um possível sentido intrínseco dos ditames normativos em exame.

Para tanto, todavia, é preciso, primeiro, apreender conceitos, regras e todas as particularidades próprias do *habitat* em que o citado preceptivo legal atua: o mercado de valores.

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

Curiosamente, e não obstante ser de uso absolutamente comum (não por outra razão mereceu um tratamento específico da legislação tributária federal), as operações de cobertura denominadas *hedge* não encontram, na legislação, qualquer conceituação. Caio Mário da Silva Pereira afirma, inclusive, que o uso da expressão “contrato de *hedging*” seria tecnicamente imprópria, mormente porque, segundo este autor, esse negócio não deteria tipicidade e características próprias suficientes a lhe emprestar uma autonomia e individualização inerentes às figuras “típicas” descritas na legislação civilista. Caio Mário afirma, neste passo, que o *hedge* seria “*uma modalidade de operação de bolsa, com caráter aleatório, tendo por objeto a comercialização de mercadorias a termo*”¹.

Outrossim, Celso Ribeiro Bastos busca definir o *hedge* a partir de sua finalidade, sustentando que este tipo de negócio tenderia à proteção de “*alguém de eventuais perdas resultantes de aumento do valor de seus bens*”², enquanto Waldirio Bulgarelli, complementando as considerações retro, traz a aludida finalidade para dentro da seara em que o *hedge* efetivamente exerce o seu papel instrumental, considerando-o, pois, como uma “*operação que economicamente consiste numa cobertura contra os riscos das variações e oscilações dos preços*”³.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 389).

² BASTOS, Celso Ribeiro e KISS, Eduardo A. Gurgel. Contratos Internacionais. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 165.

³ BULGARELLI, Waldirio. Contratos Mercantis. 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 269.

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

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

RESOLVEU:

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

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

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

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

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

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

É relevante, ainda, pontuar quais são as entidades autorizadas à operar em bolsa ou mercados de balcão, entidades estas componentes do chamado “*mercados organizados de valores mobiliários*”, consoante definição extraível do art. 2º da já mencionada Instrução CVM de nº 461. Isto porque, um dos problemas aventados no caso presente seria a interposição de pessoas nas operações realizadas pela recorrente, notadamente a ADM Co e a ADM Financeira (v. considerações constantes da página 10 do TVF). Particularmente, a própria Conselheira Edeli se posicionou sobre a importância desta discussão, mormente ao considerar as ponderações do Professor Marco Aurélio Greco em parecer trazido pelo recorrente:

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

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

Vale relembrar, como exposto no relatório que precede este voto, que dadas as particularidades do grupo AMD e em razão do volume de negócios realizados, a recorrente se utilizou de uma estrutura específica para pactuar as coberturas necessárias a proteção de seus contratos de compra ou venda para entrega futura, enviando à *holding* norte americana boa parte dos recursos necessários à cobertura de suas margens e ao sistema VAX as ordens relativas às suas posições, para fins de contratação dos *hedges*.

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

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

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

em bolsas e em mercados de balcão, estabelecendo, textualmente, em seu parágrafo único o que se segue:

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

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

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

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

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

Atentem, agora, para o que dispõe o art. 2º da Lei 10.214, de 27 de março de 2001, que “*dispõe sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro, e dá outras providências*”. O aludido preceptivo, vejam bem, preconiza que o “*sistema de pagamentos brasileiro de que trata esta Lei compreende as entidades, os sistemas e os procedimentos relacionados com a transferência de fundos e de outros ativos financeiros, ou com o processamento, a compensação e a liquidação de pagamentos em qualquer de suas formas*”, ao passo que seu parágrafo único e inciso IV reza, por sua vez, *verbis*:

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

[...]

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

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

Art. 4º Nos sistemas **em que o volume e a natureza dos negócios**, a critério do Banco Central do Brasil, **forem capazes de oferecer risco à solidez e ao normal funcionamento do sistema financeiro**, as câmaras e **os prestadores de serviços de compensação e de liquidação assumirão**, sem prejuízo de obrigações decorrentes de

lei, regulamento ou contrato, **em relação a cada participante, a posição de parte contratante, para fins de liquidação das obrigações**, realizada por intermédio da câmara ou prestador de serviços.

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

É por isso que a PGFN, em manifestação apresentada nos autos do PA de n.º 15586.001637/2009-01, incorre em erro, *venia concessa*, ao sustentar que “*se as operações assim levadas a efeito no exterior podem caracterizar um ilícito em uma determinada jurisdição, isto não está ao alcance do legislador brasileiro saber*”; como demonstrado acima, a questão não só é relevante para o sistema jurídico brasileiro, como o legislador, dela, tem conhecimento e autorizou, expressamente, o uso de instrumento idêntico àquele por meio do qual se socorreu a insurgente. As operações realizadas dentro do VAX e cujos resultados são apropriados e encaminhados à BM&F de Chicago nada mais são que o alardeado procedimento de “*compensação multilateral de obrigações*” previsto pelo art. 4º da Lei 12.214 alhures referido e, nesta esteira, e sem a necessidade de um exercício hermenêutico complexo, afeiçoam-se à operações realizadas diretamente em bolsa.

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

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

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

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

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 às 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.**

Vale repisar, todavia, o que foi demonstrado no tópico III.1. 2, acima: a comprovação da transferência de recursos da ADM Brasil, diretamente, para BM&F não só não ocorre (já que estes valores são, efetivamente, rementidos pela ADM Investor), como, também é irrelevante, bastando, neste passo, tal qual já alertado, comprovar-se a remessa de valores da ADM Co, como antecipação das importâncias concernentes às preditas margens, à ADM Investor, **após a compensação realizada via VAX.**

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

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

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

Afora estas poucas constatações, mais uma vez a Fiscalização se recusou a responder, objetivamente, aos quesitos formulados por ocasião desta última Resolução.

Finalmente, após a quarta conversão do julgamento em diligência, desta feita proposta conforme acórdão da lavra do então Conselheiro Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, foi apresentado o respectivo relatório. E, diferentemente dos demais trabalhos realizados ao longo deste complexo processo, a D. Auditoria formulou respostas objetivas e, diga-se, conclusivas, ao menos relação à parte dos quesitos formulados por este CARF. Vale lembrar, por hora, os questionamentos contidos na resolução retro referida e que nortearam esta última incursão fiscal:

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

A luz das premissas fincadas nos tópicos anteriores, e reafirmando o que foi dito ao final capítulo II.1.1.2, era de curial importância, para o deslinde do caso, que fosse comprovado a remessa de recursos à ADM Co (como pagamento pelas antecipações feitas por esta última para cobertura das margens dos contratos futuros) e desta para a BM&F. Esta questão, diga-se, foi abordada apenas pelo TVF que, não obstante não criticar os valores em si, sustentou que uma parcela considerável teria sido remetida pela recorrente diretamente à ADM Investors. Ou seja, o problema aí identificado não se centraria na compatibilidade das remessas com os valores despendidos na contratação das coberturas ou mesmo com as perdas escrituradas pela contribuinte, mas, objetivamente, com o fato de que, parte destes recursos, contrariando as informações até então prestadas pela empresa, teriam sido entregues à outra empresa que não *holding* norte americana.

Nos contratos de câmbio juntados neste processo, a partir de e-fls. 24 e ss, vê-se, de fato, que em boa parte deles, há a identificação da ADM Investor como destinatária daqueles recursos (e não a ADM Co). Sobre isso a recorrente esclareceu, desde a sua impugnação, que *“visto que a conta-corrente indicada em todos os contratos de câmbio é sempre a mesma (00021792), de titularidade da ADM Co., informação essa que pode ser facilmente verificada pelo exame dos contratos de câmbio acostados às fls. 17/89”*.

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

Todavia, vale destacar, se a remessa se deu diretamente à ADM Co ou a ADM Investor, é perfeitamente justificável. Lembremo-nos que a ADM Investor é a corretora de valores do grupo e que, noutro giro, a própria Auditoria Fiscal, nesta última diligência, reconheceu que parte dos valores aplicados pela recorrente foram direcionados diretamente para Bolsa de Chicago, o que justificaria, neste particular, a existência de contratos de câmbio tendo

como destinatário dos recursos, exatamente, a ADM Financeira (responsável, ao fim e ao cabo, pela remessa de recursos para a BM&F de Chicago). E, notem, que os valores remetidos exclusivamente à ADM Co perfazem valor que se aproxima das importâncias controladas pela recorrente na conta contábil de nº 128116-501. Dai, inclusive, as conclusões adotadas pela Conselheira Edeli, quando da prolação da primeira resolução já referida alhures:

De fato, as remessas ao exterior (contratos de câmbio às fls. 18/89 e *swifts* às fls. 831/856) são decompostas nos demonstrativos de fls. 812/822, que apontam a origem dos ganhos/perdas liquidados nas datas das remessas. Estes ganhos/perdas, por sua vez, são detalhados por contas representativas de diferentes produtos (fls. 99/678) e resultam em um valor líquido de ganho ou perda por conta (fls. 91/97), registrado contabilmente sob histórico *CLOSED* ou *FUTUROS CLOSED* na conta contábil *ADM DECATUR EXEC FUTUROS* (conta nº 128116501) representativa das obrigações da contribuinte com sua controladora ADM Company (fls. 679/708). **A soma mensal destes ganhos/perdas, embora com algumas variações, aparentam ser aquelas posteriormente remetidas ao exterior.**

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

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

Ora, para identificar as operações que demandavam cobertura a D. Auditoria se viu forçada a verificar as variações de preços das mercadorias por elas tratadas, justamente para poder afirmar que semelhantes operações, efetivamente, se sujeitavam aos riscos do mercado. As operações em questão estão, todas, vinculadas (por que a fiscalização não disse que não estavam) aos registros contidos na conta de nº 128116501 que, por sua vez, informavam os valores remetidos pela empresa ao exterior para coberturas de suas margens (as contrapartidas destes lançamentos são realizadas nas contas de nºs 423130 (*CONTR.FUT.ENCERRADOSHEDGE*) e 423130501/502 (*AJUSTE P. HEDGE CONTR. FUT. FECH*)).

Neste caso, se se confirma que os fluxos operacionais (remessas para a ADM Co e ADM Financeira) e as perdas registradas “*guardam correspondência com a variação de preços ali verificada*” conclui-se, por indução lógica, que os montantes transferidos pela recorrente às empresas componentes daqueles fluxos o foram, exclusivamente, para cobrir as margens iniciais dos contratos de *hedge* tratados neste feito.

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

mundo a fora são empresas autônomas que dividem com a ADM Brasil, apenas, a capitania do Grupo (centrada na ADM Co). Ainda que a resposta apresentada pela recorrente, neste ponto, seja até antipática, ela, de fato, não deixa de ter razão porque, efetivamente, não era obrigada a dispor das informações então pretendidas.

Nada obstante, diga-se, e como já me antecipei, a comprovação reconhecida pela Fiscalização da coerência mantida entre os valores das operações de que demandavam cobertura, com os montantes enviados ao exterior e, principalmente, com as variações dos preços das *commodities* comercializadas pela contribuinte fazem prova, substancial e suficiente, à desconstruir as glosas intentadas a partir da suscitada falta de demonstração de aplicação dos recursos destinados à contratação de operações de *hedge* diretamente em bolsa.

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

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

Cabe ressaltar que na contabilidade, em sua conta 128116-501, as despesas totais com hedge (Resultado dos Contratos Fechados) são de R\$ 885.797.100,45 para o ano de 2004, R\$ 53.778.588,62 para o ano de 2006 e R\$ 299.337.808,53 para o ano de 2007 (vide planilhas apresentadas em resposta ao Termo de Diligência nº 3, datada de 24/01/2019).

Em linhas gerais, a diligência reconhece, explicitamente, que uma parte dos custos registrados na conta de nº 128116-501 resultaram de aplicações realizadas **diretamente** na bolsa, não tendo, neste particular, passado pela consolidação por meio do chamado “*hedge center*” (ou câmara de compensação).

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

Em resumo, pelo conjunto de provas produzidas, e, em especial, a partir das conclusões exaradas na informação fiscal concernente à última resolução proposta por este Colegiado, é de se reconhecer, na íntegra, a procedência das alegações da recorrente, provendo-se, neste ponto, o seu recurso voluntário.

II.2 Da glosa de despesas.

Aqui, vejam bem, vale retranscrever o fundamento de fato para a glosa das importâncias despendidas a título de despesas acessórias com juros, variações cambiais e comissões, apontado no TVF:

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 e despesas acessórias, relativo ao Hedge informado, é de **R\$ 55.151.492,46** (cinquenta e cinco milhões, cento e cinquenta e um mil, quatrocentos e noventa e dois reais e quarenta e seis centavos) para o ano de 2006 e **R\$ 294.716.460,55** (duzentos e noventa e quatro milhões, setecentos e dezesseis mil, quatrocentos e sessenta reais e cinquenta e cinco centavos).

Vejam que, a despeito dos protestos da recorrente, os requisitos de usualidade e necessidade nunca foram apontados pela Autoridade Lançadora como motivos determinantes para as glosas das despesas ora tratadas. Também não houve críticas ao efetivo dispêndio de recursos na realização destas despesas; isto é, em momento alguma a fiscalização afirmou não ter havido pagamento, por parte da empresa, dos valores mencionados neste tópico. O fundamento da glosa, diga-se, restou calcado, exclusivamente, na “acessorialidade” (desculpem-me pelo neologismo) em relação aos custos que lhes deram causa.

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

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

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

Considerando-se o que foi decidido acima, considero prejudicados os pedidos sucessivos deduzidos pela recorrente.

III CONCLUSÃO.

A luz do exposto, voto por **DAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.**

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

