



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

**Processo n°** 16561.720159/2014-32  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1401-002.027 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 15 de agosto de 2017  
**Matéria** GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS  
**Recorrente** AMBEV S.A.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2009

LANÇAMENTO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE.

O lançamento, sendo ato administrativo que afeta direitos ou interesses por excelência, não prescinde de motivo nem, por expressa previsão legal (art. 50 da Lei 9.784/99), de motivação. Se o auto de infração não indica circunstâncias de fato que justificam a glosa da despesa, não pode o lançamento ser completado posteriormente, eis que teria nascido sem um dos seus elementos essenciais.

PERDAS EM OPERAÇÕES DE RENDA VARIÁVEL. GLOSA DE DESPESAS. DESCONSIDERAÇÃO DE OPERAÇÕES EFETUADAS POR FUNDO DE INVESTIMENTO EXCLUSIVO.

Autuação baseada em dispositivo legal que determina a indedutibilidade do excesso de perdas em relação aos ganhos nas operações de renda variável, sob a premissa de que as aplicações financeiras teriam sido realizadas diretamente pela empresa e não pelo fundo: constatado que o fundo não pode ser desconsiderado e que as operações foram realizadas por este, o auto de infração carece de fundamento tanto fático quanto legal.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Daniel Ribeiro Silva, Abel Nunes de Oliveira Neto, Livia De Carli Germano (vice-Presidente) e Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa. O Conselheiro José Roberto Adelino da Silva declarou-se impedido de votar.

## **Relatório**

Trata-se de auto de infração relativo a IRPJ e CSLL, ano-calendário 2009, decorrente da glosa de dedutibilidade de (i) despesas financeiras; e (ii) perdas incorridas em operações em mercado de renda variável pelo Fundo de Investimento Júpiter.

Informa a autoridade fiscal que os valores das despesas financeiras seriam indedutíveis, tendo em vista que a autuada não apresentou documentação hábil e idônea para comprovar a realização e a necessidade de tais despesas.

Em relação às perdas apuradas pelo Fundo Júpiter, entendeu a fiscalização que o montante que excedeu os ganhos experimentados em operações de renda variável seria indedutível, pois além de não ter sido demonstrado que se tratava de operações de cobertura (hedge), esse fundo de investimento seria simples extensão de sua investidora exclusiva, razão pela qual seus ativos e passivos deveriam ser tratados como se as operações tivessem sido realizados diretamente pela própria autuada.

Foram aplicadas multas de 75% sobre a glosa de despesas financeiras e de 150% quanto às perdas experimentadas pelo Fundo Jupiter, acrescidos de juros Selic. Conforme consignou a autoridade autuante, a qualificação da multa quanto às perdas com o fundo ocorreu porque *"além de tudo o que já foi exposto neste TVF, envolver um intrincado mecanismo desenvolvido pela Contribuinte, em conluio com o Banco BTG Pactual, para tentar disfarçar perdas indedutíveis em dedutíveis e, assim, reduzir indevidamente seu lucro real e sua base de cálculo da CSLL. Essa conduta configura Sonegação e Conluio."* (fl. 1454).

Por fim, o TVF considerou que não haveria saldo de prejuízos fiscais e base de cálculo negativa a compensar no ano-calendário de 2009 em razão das glosas de ágios indedutíveis consideradas nos processos administrativos 16561.720.087/2011-81 e 16561.720.109/2013-74.

Apresentada impugnação ao auto de infração, esta foi julgada parcialmente improcedente pela DRJ/RPO, em acórdão assim ementado:

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

*Data do fato gerador: 31/12/2009*

*GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS - ÔNUS DA PROVA - MOTIVAÇÃO*

*Para a glosa de despesas financeiras, a motivação do auto de infração lavrado se afere pela presença dos seguintes elementos: 1- intimação do contribuinte para que comprove a despesa contabilizada e deduzida na apuração do IRPJ; 2- falta de comprovação da despesa. Esses elementos, somados à conclusão da autoridade no sentido de que não houve comprovação das despesas e à base legal para a respectiva glosa, configuram motivação idônea para a autuação.*

*PERDAS EM OPERAÇÕES DE RENDA VARIÁVEL - FUNDO DE INVESTIMENTO - INGERÊNCIA DO COTISTA NAS DECISÕES DE INVESTIMENTO E NOS CONTRATOS CELEBRADOS - APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO TRIBUTÁRIO PERTINENTE ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS DIRETAMENTE PELO CONTRIBUINTE*

*A aplicação de recursos em fundos de investimento envolve necessariamente, segundo o arcabouço normativo vigente, a atribuição da administração/gestão dos recursos a terceiros. É descabida a utilização de fundos de investimento, valendo-se inclusive do regime tributário aplicável à espécie, para a realização de operações no mercado de renda variável com ingerência nas decisões de investimento e nos contratos celebrados. Nessa hipótese, há que se afastar o regime jurídico-tributário aplicável aos fundos de investimento, avaliando-se os fatos tal como ocorridos, ou seja, considerando as operações como diretamente realizadas pelo contribuinte no mercado de renda variável e aplicando as normas tributárias pertinentes a essas operações.*

*PERDAS EM OPERAÇÕES DE RENDA VARIÁVEL - LIMITE À DEDUÇÃO NA APURAÇÃO DO IRPJ - HEDGE - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO*

*As perdas incorridas em operações de renda variável somente são dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações da mesma natureza. A perda passa a ser dedutível caso a operação seja de cobertura (hedge), sendo requisitos para a caracterização como tal a (1) vinculação com as atividades operacionais da empresa e (2) a destinação à proteção de direitos e obrigações. Cabe ao contribuinte a comprovação concreta da relação entre o instrumento derivativo contratado e o ativo ou passivo cuja proteção foi pretendida, com demonstração da correlação de valores e prazos hábil a evidenciar a estratégia de proteção.*

*MULTA QUALIFICADA - DOLO*

*A constituição de fundo de investimento e a realização, por meio dele, de operações de renda variável, com influência do contribuinte nas decisões de investimento de acordo com suas conveniências e, inclusive, figurando ele como coobrigado em contratos que integram a carteira do fundo, são elementos suficientes para caracterizar a atuação dolosa no sentido de beneficiar-se das regras tributárias aplicáveis aos fundos de investimento, afastando-se das regras tributárias aplicáveis àqueles que praticam diretamente operações no mercado de renda variável.*

*JUROS SOBRE MULTA*

*É legítima a exigência de juros sobre multa de ofício não paga no vencimento.*

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL**Data do fato gerador: 31/12/2009**AUTO REFLEXO*

*Quanto à impugnação de auto de infração lavrado como reflexo de fatos apurados para o lançamento do IRPJ, são aplicáveis as mesmas razões que deram fundamento à decisão acerca da impugnação a este, quando não houver alegação específica no tocante ao auto reflexo.*

*OPERAÇÕES NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL - LIMITAÇÃO À DEDUTIBILIDADE DE PERDAS - NORMAS APLICÁVEIS À CSLL*

*As perdas em operações no mercado de renda variável não caracterizadas como hedge são desnecessárias, razão pela qual indedutíveis. O art. 28 da Lei nº 9.430/1996 prescreve que aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da CSLL, dentre outras, as normas inseridas no art. 71 desta mesma Lei, determinando este último dispositivo que se apliquem aos ganhos auferidos por qualquer beneficiário nas demais operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa, as normas aplicáveis aos ganhos líquidos auferidos em operações de natureza semelhante realizadas em bolsa.*

*Impugnação Procedente em Parte**Crédito Tributário Mantido em Parte*

A procedência foi parcial porque a DRJ/RPO reconheceu como comprovadas as seguintes despesas escrituradas na conta “DESPESAS S/ FINANC. FOMENTO (INC. FISC.) OUTRAS DESP. FIN. (CÓDIGO 34003021)”: 1- período de referência 12/2009 (vencimento 06/01/2010), R\$ 22.293,27; 2- período de referência 12/2009 (vencimento 06/01/2010), R\$ 89.173,09; 3- período de referência 10/2009 (data de vencimento 06/11/2009), R\$ 71.734,59; 4- período de referência 10/2009 (data de vencimento 06/11/2009), R\$ 17.933,65.

Intimada em 6 de julho de 2016 (fl. 3478), a empresa apresentou recurso voluntário em 5 de agosto de 2016 (fl. 3479), alegando, em síntese:

(a) quanto às despesas financeiras, (i) nulidade do lançamento por falta de fundamentação ou, ainda que não seja nulo, (ii) efetiva comprovação das despesas, que seriam usuais e necessárias conforme atesta laudo elaborado por empresa de auditoria;

(b) quanto às perdas em mercado de renda variável e *swaps*, alega que (i) não efetivou diretamente as operações de renda variável, mas aplicação em cotas de fundos, mesmo que de forma exclusiva, sendo esse regime previsto na legislação; (ii) a legislação tributária estabelece que fundos que não apliquem ao menos 67% de sua carteira em ações negociadas em bolsa são tratados como aplicações financeiras de renda fixa, aí incluídos os fundos multimercado; (iii) as perdas em fundos multimercado são dedutíveis para efeito de apuração do lucro real, pois tais fundos não estão elencados na norma que limita a dedutibilidade das perdas aos ganhos com aplicações da mesma espécie; (iv) ainda que assim não fosse, as perdas glosadas pelo fundo Jupiter decorrem de operações efetivas, necessárias, e que têm a real natureza de cobertura (hedge), expressamente excluído do referido limite de dedutibilidade

(c) em relação à CSLL, alegou (i) a inaplicabilidade do limite de dedução, pois o artigo 76, par. 4o, da Lei 8.981/1995 faz referência apenas ao lucro real; (ii) a prejudicialidade em relação a lançamentos anteriores.

(d) por fim, sustenta (i) a inaplicabilidade da multa qualificada e (ii) a não incidência de juros sobre a multa de ofício.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, alegando, em síntese:

(a) quanto às despesas financeiras, incumbe ao contribuinte apresentar os elementos constantes da intimação, os quais por lei devem ser mantidos e guardados em devida ordem, para apresentação tempestiva à autoridade administrativa quando instado a tanto. A autoridade administrativa, de posse dos documentos solicitados, poderia eventualmente empreender fiscalização por amostragem, acaso concluísse que o volume de documentos impossibilitaria a verificação individualizada das operações, porém, não cabe ao contribuinte selecionar os documentos que, segundo seu entendimento, permitem o esclarecimento dos fatos e cumprir apenas parte da intimação, na crença de que deve a autoridade administrativa adverti-lo de eventuais lacunas ou inconsistências.

(b) quanto às despesas com o fundo Jupiter, defende ser correto o procedimento da autoridade autuante de afastar o regime jurídico-tributário aplicável aos fundos de investimento, considerando as operações como diretamente realizadas pela Recorrente no mercado de renda variável e aplicando as normas tributárias pertinentes a essas operações.

Recebi o processo em distribuição realizada em 15 de fevereiro de 2017.

## **Voto**

Conselheira Livia De Carli Germano - Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto dele conheço.

Conforme relatado, o auto de infração em debate pretende a cobrança de duas ordens: (i) glosa de despesas financeiras; e (ii) glosa de despesa com perdas incorridas em operações em mercado de renda variável pelo Fundo de Investimento Júpiter.

### **Despesas financeiras (anexo 1 do TVF)**

A Recorrente teve 100% do saldo das contas contábeis de despesas financeiras glosadas por ausência de comprovação.

Sobre o assunto, o Termo de Verificação Fiscal é extremamente sucinto, sendo útil reproduzir *in totum* os fundamentos de fato que basearam a conduta da autoridade autuante:

## II.I. DAS DESPESAS NÃO COMPROVADAS NO CURSO DA FISCALIZAÇÃO

6. Ao longo da fiscalização, a Contribuinte e sua Incorporada foram exaustivamente intimadas a prestar esclarecimentos, apresentar livros auxiliares, demonstrativos, memórias de cálculo e amostras de documentos necessários para o entendimento e comprovação da composição de valores indicados em lançamentos contábeis efetuados nas contas relacionadas nos Anexos 1 e 2.
7. Foram expedidas intimações dirigidas à Fiscalizada em:
- a) 29 de maio, 12 de julho, 10 de setembro e 30 de outubro de 2013.
- b) 11 de fevereiro, 27 de março, 3 e 31 de julho, 4 e 22 de setembro e 23 de outubro de 2014.
8. As empresas apresentaram respostas expedidas em:
- a) 24 de junho, 28 de outubro e 18 de dezembro de 2013.
- b) 9 de maio, 16 de junho, 10 e 30 de julho, 20 de agosto, 9, 18 e 29 de setembro, 6, 14, e 27 de outubro, 5 e 25 de novembro e 18 de dezembro de 2014.
9. Nessas respostas, não foram apresentados documentos hábeis e idôneos para comprovar a realização e necessidade das despesas escrituradas nas contas discriminadas nos Anexos 1 e 2.

Em sua defesa, a Recorrente afirma que atendeu a todas as intimações fiscais e apresentou os documentos que entendeu serem pertinentes, o que se depreende da análise do seguinte quadro-resumo:

CONTA	DESCRIÇÃO	DATA TERMO DE INTIMAÇÃO	DATA DE ATENDIMENTO	FLS.
34001011	Diferença de câmbio por valoriz de moeda estrang.	03/07/14	20/ago/14	1170
34002008	Juros s/ financ. FRN - Juros Pass.	03/07/14	20/ago/14	1170
34002011	Juros s/ mútuo controladas/coligadas - Juros Pass.	03/07/14	09/set/14	1174
34002016	Juros s/ financ. PRONAGRI - Juros Pass.	03/07/14	20/ago/14	1170
34002020	Juros s/ financ. EGF - Juros Pass.	03/07/14	09/set/14	1174
34002033	Juros s/ financ. Capital de Giro	03/07/14	29/set/14	1179
34002037	Juros s/ financ. BNDES	03/07/14	29/set/14	1179
34002038	Juros s/ emprest. BNDES Finem (UMBNDÉS)	03/07/14	29/set/14	1179
34002040	Juros s/ financ. BONDÉS	03/07/14	09/set/14	1174
34002043	Juros Passivos s/ Incentivos Fiscais	03/07/14	20/ago/14	1170
34002056	DESPESA DE JUROS S/ BONDS INTERCOMPANY	03/07/14	20/ago/14	1170
34003009	PROV. DE IR S/ REM JUROS AO EXTERIOR - OUTRAS DESP. F	03/07/14	09/set/14	1174
34003019	DESPESAS C/ FIANÇA BANCÁRIA - OUTRAS DESP. FIN.	03/07/14	20/ago/14	1170
34003021	DESPESAS S/ FINANÇ. FOMENTO (INC. FISCAL) OUTRAS DESP. FINANC.	03/07/14	30/jul/14	1166
34003023	OUTRAS DESP. FINANC. UNID. EXTERIOR - OUTRAS DESP. FINANC.	03/07/14	29/set/14	1179
34003025	AMORTIZAÇÃO DE DESPESAS DEBÊNTURES	03/07/14	08/dez/14	1197
34003027	GASTOS DIVERSOS - DEBÊNTURES	03/07/14	09/set/14	1174
34003030	COMISSÕES BANCÁRIAS S/ FINANCIAMENTOS	03/07/14	18/dez/14	1200
34003039	DESPESAS COM EMISSÃO DE BONDS	03/07/14	18/dez/14	1200
34003040	PROVISÃO DE IR S/ EMISSÃO DE BONDS	03/07/14	20/ago/14	1170
34003045	JUROS ENCARGOS ATUARIAIS IAPP CVM 371	03/07/14	09/set/14	1174
34003048	AMORTIZAÇÃO DE DESP. COM BONDS BRL	03/07/14	09/set/14	1174
34051001	S/ EXPORTAÇÕES - VAR. CAMB. ATIVAS	03/07/14	29/set/14	1179
34051013	VARIAÇÃO CAMBIAL CLIENTE EGA AJUSTES	03/07/14	20/ago/14	1170
34051016	VAR. CAMBIAL ATIVA - DIVIDENDOS A RECEBER EGA	03/07/14	20/ago/14	1170
34052016	JUROS S/ DEPÓSITOS JUDICIAIS - JUROS ATIVOS	03/07/14	20/ago/14	1170
34054001	HD HEDGE - VARIAÇÃO CAMBIAL - PONTA ATIVA	27/03/14	18/jun/14	1162
34054002	HD HEDGE - JUROS PONTA ATIVA	27/03/14	18/jun/14	1162
34054005	HD HEDGE - JUROS PONTA PASSIVA	27/03/14	18/jun/14	1162

De posse de tais documentos, a fiscalização não intimou a contribuinte a apresentar esclarecimentos nem fez qualquer questionamento específico relacionado a tais despesas em nenhum dos 13 termos de intimação enviados ao longo de mais de um ano. Pelo contrário, comportou-se como se estivesse satisfeita com as informações e documentos enviados pela contribuinte, até esta ser surpreendida com a lavratura do auto de infração.

Também no TVF a autoridade autuante não dispensa uma linha para indicar, ao menos exemplificativamente, por que os documentos apresentados no curso da fiscalização

não foram considerados hábeis e idôneos para comprovar as despesas contabilizadas pela Recorrente.

Seriam tais documentos relativos a outras despesas que não as que se pretendiam comprovar? Seriam os valores divergentes? Seriam tais documentos insuficientes, dependentes de documentos adicionais? Não sabemos o motivo, mas apenas a conclusão, isto é, que tais documentos não foram considerados hábeis e idôneos.

Ora, o lançamento fiscal não deixa de ser um ato administrativo, o qual tem como um de seus elementos o motivo. Assim dispõe o artigo 50 da Lei 9.784/1999 (grifamos):

***Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:***

***I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;***

***II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;***

***III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;***

***IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;***

***V - decidam recursos administrativos;***

***VI - decorram de reexame de ofício;***

***VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;***

***VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.***

***§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.***

***§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.***

***§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.***

Do caput desse dispositivo legal depreende-se que o motivo compreende as situações de direito e de fato que levam à prática do ato administrativo -- no caso, a situação de direito seria a norma que embasa o ato administrativo, enquanto o pressuposto de fato representa as circunstâncias, situações ou acontecimentos que levam a Administração a praticar o ato.

O parágrafo primeiro esclarece a exigência de que o motivo seja explicitado na chamada motivação e, com base nisso, a doutrina chega a falar em um princípio da motivação ou da fundamentação. Neste sentido: "o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato,

*porque trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.*" (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo", 19 ed., Atlas: 2005, p. 97).

Em resumo, o lançamento, sendo ato administrativo que afeta direitos ou interesses por excelência, não prescinde de motivo nem, por expressa previsão legal, de motivação. Se o auto de infração não indica circunstâncias de fato que justificam a glosa da despesa, não pode o lançamento ser completado posteriormente, eis que teria nascido sem um dos seus elementos essenciais.

Muito embora o acórdão recorrido tenha feito um árduo trabalho de identificar os motivos que, no entender do então relator, levariam à conclusão de que os documentos apresentados pela Recorrente no curso da fiscalização não seriam hábeis e idôneos para comprovar as despesas, não se pode negar que tais motivos não constam do auto de infração, mas apenas da decisão recorrida.

O ato administrativo de lançamento não pode ser aperfeiçoado pela autoridade julgadora. Para além de pretender a validação de um ato nulo, isso sim configura patente cerceamento de defesa do contribuinte, causa de nulidade da decisão de primeira instância nos termos do artigo 59 do Decreto 70.235/1972. De fato, se o contribuinte deve apresentar os documentos e argumentos de defesa por ocasião da impugnação, sob pena de preclusão (cf. art. 16 do Decreto 70.235/1972), não se pode admitir que a decisão de primeira instância traga fatos novos sobre os quais o contribuinte não teve a oportunidade de se manifestar de forma tempestiva.

Assim, quanto à infração n. 1, entendo que o auto de infração é nulo por ausência de fundamentação -- e, conseqüentemente, também a decisão da DRJ é nula nesta parte, seja por ter derivado de um ato nulo, seja por ter operado em cerceamento de defesa do contribuinte ao trazer, de maneira inovadora, a motivação de fato que devia constar do auto de infração.

### **Perdas incorridas com o fundo de investimento Jupiter (anexo 2 do TVF)**

O Termo de Verificação Fiscal glosa todas as perdas que excederam o valor dos ganhos obtidos com as aplicações realizadas pelo Fundo Jupiter em 2009 por entender que *"perdas em operações de swaps ou realizadas em mercados de renda variável só são dedutíveis até o limite dos ganhos obtidos, em operações de mesma espécie, no mesmo período ou em períodos de apuração futuros. E o tratamento tributário é o mesmo, tanto se a empresa realizou tais operações diretamente, quanto se ela operou através de um, dois, três ou mais fundos exclusivamente seus"* (fl. 1451-1452).

Vamos por partes. De fato, a legislação tributária reproduzida no TVF estabelece que perdas em operações de renda variável só são dedutíveis até o limite dos ganhos obtidos, em operações de mesma espécie, no mesmo período ou em períodos de apuração futuros. Isso é incontroverso.

A questão é se as aplicações realizadas pelo fundo Jupiter devem ser tratadas como aplicações realizadas pelo fundo ou este deve ser desconsiderado, sendo as aplicações tratadas como tendo sido auferidas diretamente por sua cotista.

O TVF vai por este segundo caminho, basicamente em razão das seguintes circunstâncias: (i) tratava-se de fundo exclusivo e a cotista contabilizava ajustes e demais movimentações do fundo diariamente de forma analítica, conforme normas expedidas pela CVM; e (ii) a cotista alegou (mas não provou) que as operações praticadas através do fundo Jupiter eram de cobertura (*hedge*), muito embora o regulamento do fundo silenciasse sobre o

assunto e a instituição administradora (BTG Pactual) também tenha afirmado não ter elementos para confirmar tal alegação.

Ora, no primeiro caso fiscalização confunde as esferas.

Conforme constou de uma das respostas a intimação, a empresa esclareceu que o Ofício Circular CVM/SNC/SEP 1/2007 esclarece em seu item "20.2.2.1. Fundos de Investimento Exclusivos " que " em essência, os ativos do fundo são na verdade os ativos da companhia, e devem ser assim considerados, para fins da divulgação das demonstrações contábeis consolidadas, evidenciando, segregadamente, a sua natureza." (fl. 1428-1429).

Porém, o fato de se tratar de fundo exclusivo e de, neste caso, o órgão regulador afirmar que em essência os ativos do fundo são ativos da companhia e exigir essa evidenciação nas demonstrações contábeis consolidadas, nada diz sobre o tratamento tributário de tais ativos.

O tratamento tributário deve advir da legislação tributária e não de normas editadas pela CVM.

A legislação tributária não trata os fundos de investimento como transparentes. Pelo contrário, há todo um regramento para a tributação das aplicações em cotas de fundos de investimento, sendo bem delineado quando tais aplicações serão consideradas renda fixa e quando serão renda variável. E essa definição é importante não apenas no tratamento das perdas, mas principalmente dos ganhos, já que aplicações de renda fixa e variável são tributadas a alíquotas diferentes pelo imposto sobre a renda de fonte.

Em resumo, a legislação tributária estabelece que fundos que não apliquem ao menos 67% de sua carteira em ações negociadas em bolsa ou entidade assemelhada são tratados como aplicações financeiras de renda fixa. Por sua vez, a limitação da dedutibilidade de perdas ao valor dos ganhos obtidos com a mesma operação - que é a base legal do auto de infração - só existe para operações de renda variável.

O TVF pretende tratar as perdas auferidas nas operações realizadas pelo fundo Jupiter como renda variável. Não se discute sobre o enquadramento desse fundo em razão de sua carteira, ou seja, o TVF não questiona que não se trata de um fundo de renda variável por não ter cumprido a aplicação em no mínimo 67% da carteira nos ativos conforme determina a legislação. Assim, o que a autoridade autuante pretendeu foi desconsiderar a existência do fundo Jupiter.

Vimos que o regramento que a autoridade reguladora (no caso, a CVM) dá à questão é, a princípio, irrelevante para fins tributários e que a legislação tributária, a princípio, trata os fundos de investimento como entidades não transparentes. Assim, a única justificativa para, no caso, haver a tributação da cotista pelos rendimentos do fundo Jupiter seria o fato de este não existir de fato, ou seja, não passar de mera simulação (absoluta).

O TVF dá a entender que este é o tratamento que pretende dar, sobretudo ao aplicar a multa qualificada a esta infração, reputando ter havido "*conluio com o Banco BTG Pactual, para tentar disfarçar perdas indedutíveis em dedutíveis e, assim, reduzir indevidamente seu lucro real e sua base de cálculo da CSLL*".

Todavia, as únicas provas de tal conluio seriam as conclusões extraídas pela autoridade autuante das respostas às intimações. A seguir um resumo das informações prestadas pelas empresas em questão e as conclusões extraídas pela fiscalização:

Informação prestada	Conclusão da fiscalização
Os ajustes e movimentações do fundo foram contabilizados diariamente com base em emails recebidos do BTG	"é evidente que emails não são documentos hábeis para lastrear lançamentos contábeis" (fl. 1428).
A empresa realizava os ajustes e movimentações diariamente com base nas normas editadas pela CVM	A empresa "tinha plena consciência de que ativos e passivos de fundos exclusivamente dela devem ser tratados como ativos e passivos dela própria." (fl. 1429)
O BTG Pactual (administrador do fundo Jupiter) afirma que não tem elementos para responder se os fundos eram utilizados para realizar operações de cobertura (hedge) e de swaps para proteger ativos e passivos da Ambev.	"Os esclarecimentos prestados pelo BTG Pactual contradizem, portanto, a argumentação da Fiscalizada de que o Fundo Jupiter fez operações de cobertura (hedge) de posições dela" (fl. 1431)
O banco apresentou os contratos que embasam os lançamentos de todas as despesas auferidas pelos Fundos em 2009 em valor igual ou superior a R\$100 milhões. Todos os documentos são contratos de swaps e a Ambev assina todos eles, em exceção de um, como coobrigada nas obrigações neles dispostas.	"Isso demonstra que o fundo não é autônomo. Ou seja, ele é uma simples extensão de sua investidora exclusiva - a AMBEV." (fl. 1431)
A UBS Corretora (gestora do fundo Jupiter) afirmou que não tem condição de fazer qualquer confirmação a respeito do propósito das operações realizadas pelo fundo Jupiter, tendo em vista que as operações realizadas pelo fundo foram tão somente intermediadas pela intimada como corretora e mera executora das ordens dadas pelo fundo Jupiter. A intimada não exerce qualquer função relativa à gestão ou à administração do fundo Júpiter e portanto não possui qualquer conhecimento sobre as decisões de investimento deste.	"Esse é mais um relato que contradiz afirmações da AMBEV S/A acerca das operações realizadas por sua Incorporada através do Fundo Júpiter." (fl. 1432)

Abstraindo-se da análise material das conclusões extraídas das respostas às intimações, percebe-se que elas apenas permitem afirmar que a autuada (i) tinha conhecimento de quais aplicações eram feitas pelo fundo e era atualizada de seus resultados por meio de relatórios diários recebidos da instituição que o administrava; e (ii) aparentemente não conseguiu provar que as operações realizadas pelo fundo Jupiter tinham intuito de hedge.

Quanto à primeira conclusão, vimos que tal conhecimento era exigência de normas da CVM e que nada dizem sobre o tratamento tributário das operações. Já quanto ao fato de que não se tem prova de que se trata de swaps com intuito de hedge, isso até poderia resultar em uma autuação fiscal no caso em questão mas com base legal -- e também base de cálculo -- totalmente diversa da aplicada ao caso em questão.

O auto de infração não se baseou no dispositivo legal que determina a indedutibilidade das perdas em operações de swap sem comprovação de hedge, mas no dispositivo legal que determina a indedutibilidade do excesso de perdas em relação aos ganhos nas operações de renda variável, sob a premissa de que as aplicações financeiras teriam sido realizadas diretamente pela empresa e não pelo fundo Jupiter.

Processo nº 16561.720159/2014-32  
Acórdão n.º 1401-002.027

S1-C4T1  
Fl. 15.161

---

Ora, constatado que o fundo Jupiter não pode ser desconsiderado e que as operações foram feitas por este, o auto de infração carece de fundamento tanto fático quanto legal.

Neste sentido, voto pelo provimento do recurso voluntário quanto a este item do auto de infração.

### **Conclusão**

Do exposto, quanto ao anexo 1 do TVF (glosa de despesas financeiras), oriento meu voto pela nulidade do auto de infração, por ausência de fundamentação.

Quanto ao anexo 2 do TVF (glosa de despesa com perdas incorridas nas operações realizadas pelo Fundo de Investimento Júpiter), voto pelo provimento do recurso voluntário conforme acima fundamentado.

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano