



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16561.720180/2015-19  
**Recurso** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão nº** 1201-006.330 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 10 de abril de 2024  
**Recorrentes** AMBEV S.A.  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2010

DESCONSIDERAÇÃO DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS COM DERIVATIVOS ATRAVÉS DE FUNDO DE INVESTIMENTO COMPOSTO POR INVESTIDOR QUALIFICADO QUE O INTEGRA COMO COTISTA ÚNICO. ALEGAÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO TENDENTE A REDUZIR TRIBUTOS MEDIANTE A INTERPOSIÇÃO DE FUNDO MULTIMERCADO PARA REALIZAR OPERAÇÕES DE COBERTURA DE *HEDGE* E *SWAP* DE INTERESSE EXCLUSIVO DA INVESTIDORA. FALTA DE AUTONOMIA DO FUNDO NÃO COMPROVADA.

É indevida a desconsideração de operações financeiras por fundo de investimentos em multimercado para atribuir ao cotista exclusivo a titularidade das mesmas, quando não apontada pela administração tributária nenhuma irregularidade que objetivamente revele prática de ato ilícito.

A existência de investidor qualificado que componha fundo de investimento como cotista único não autoriza o Fisco a desconsiderar as operações realizadas pelo fundo para compô-las diretamente na apuração do lucro do investidor, uma vez que os comandos jurídicos que definem o pagamento de tributos no ambiente de fundos de investimento são diferentes das demais pessoas jurídicas, sobretudo, os limites de perdas com derivativos e as alíquotas de ganhos.

A autonomia do administrador do fundo de investimento se demonstra através da realização dos objetivos definidos no seu regulamento e, ainda que o investidor tenha objetivos econômicos para proteger seus ativos mediante operações de cobertura com contratações de *hedge* e *swap*, não é possível presumir que sua constituição seja artificial ante a pecha de pretenso planejamento tributário abusivo não comprovado.

Inexiste irregularidade na realização das alavancagens de negócios com derivativos realizados por fundo de investimento quando garantidos pelo próprio investidor, uma vez que isso não revela, por si só, a pretensa falta de autonomia das transações financeiras. Não há anormalidade do cotista ser instado a participar da operação, que é do fundo, não da cotista, conferindo suporte econômico para viabilizar garantias que permitam melhores condições na contratação dos contratos financeiros.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: (i) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e (ii) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário, vencida a Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, que dava parcial provimento ao recurso apenas para exonerar a parte relativa à glosa das estimativas compensadas e reduzir para 100% o percentual a ser aplicado para encontrar o valor da multa de ofício qualificada. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fredy José Gomes de Albuquerque - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Eduardo Genero Serra, Fredy Jose Gomes de Albuquerque, Carmen Ferreira Saraiva (suplente convocado(a)), Lucas Issa Halah, Alexandre Evaristo Pinto, Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

## Relatório

01. Trata-se de lançamentos de IRPJ e CSLL, referentes ao ano-calendário de 2010, decorrente de duas infrações: (a) glosa de dedução de imposto de renda pago no exterior e estimativas compensadas, mas não homologadas, e (b) glosa de perdas incorridas em operações praticadas em mercados de renda variável e de swaps.

02. Os autos de infração (fls. 2118/2141) apontam os seguintes totalizadores de tributos lançados (fls. 2193):

Processo	Documento	Tributo	Crédito Tributário
16561-720.180/2015-19	Auto de Infração	IRPJ	R\$ 1.127.362.897,98
16561-720.180/2015-19	Auto de Infração	CSLL	R\$ 87.997.161,70
16561-720.180/2015-19	Auto de Infração	CSLL	R\$ 336.592.607,95
Total do Crédito Tributário			R\$ 1.551.952.667,63

03. A administração tributária prestou os seguintes esclarecimentos em relações a cada uma das duas infrações, conforme consignado às fls. 2144 do TVF:

- a) Valores relacionados com os Impostos Pagos no Exterior que foram glosados em função da não comprovação da legitimidade da dedução, efetuada pelo

contribuinte na apuração do IRPJ devido no ano-calendário 2010 e com os Débitos de Estimativas de IRPJ compensados em PER-DCOMP que não foram homologadas, nos termos do Despacho Decisório que instrui o Processo 16692.720481/2014-76, consoante Acórdão n.º 14-58.984 – 15ª Turma da DRJ/RPO de 24 de junho de 2015;

- b) Perdas incorridas em operações praticadas em mercados de renda variável e de *swaps*, que só são dedutíveis até o limite dos ganhos auferidos em operações da mesma espécie, nos termos do relatório fiscal. Portanto, as perdas em operações desse tipo que excederam os ganhos apurados pela Contribuinte devem ser glosadas.

04. Em relação à primeira infração (glosa de dedução do imposto pago no exterior e estimativas compensadas, mas não homologadas), o TVF esclarece que os valores relacionados com os impostos pagos no exterior foram glosados em função da não comprovação da legitimidade da dedução, efetuada pelo contribuinte na apuração do IRPJ devido no ano-calendário 2010, conforme Despacho Decisório que instrui o Processo 16692.720481/2014-76. Além disso, débitos de estimativas de IRPJ compensados em PER-DCOMP não foram homologadas, consoante referido Despacho Decisório.

05. Quanto à segunda infração (glosa de perdas incorridas em operações praticadas em mercados de renda variável e de *swaps*), consta do TVF a informação de que parte dos valores indicados nas contas contábeis fiscalizadas, além de não estarem lastreados em documentações hábeis, refere-se a perdas incorridas em operações praticadas em mercados de renda variável, que só são dedutíveis até o limite dos ganhos auferidos em operações da mesma espécie.

06. Considerou que a utilização de um fundo de investimento (FUNDO JÚPITER) para realizar operações com derivativos (*swap/hedge*), da qual era cotista única, consubstanciaria planejamento tributário abusivo, uma vez que o mesmo não detinha autonomia para atuação no mercado, desconsiderando as operações por ele realizadas e refazendo o lucro real da autuada para glosar as perdas do fundo.

07. Após regular impugnação, a DRJ converteu o julgamento em diligência por duas vezes. A primeira foi objeto da resolução 2.002.051 (fls. 8708/8725), de 20 de junho de 2016, onde ficou consignada a necessidade de analisar a documentação apresentada pela contribuinte para justificar suas operações financeiras instrumentalizadas junto ao Fundo Júpiter, tanto no que permite a operações com renda variável quanto com operações com derivativos. Assim se posicionou a instância de piso na primeira análise (fls. 8723/8725):

De pronto, diga-se que, nessa parte da autuação, a investigação precisa ser aprofundada, notadamente porque (a) o trabalho fiscal, ao que parece, foi direcionado apenas para parte dos investimentos em renda variável do contribuinte, ou seja, aqueles vinculados ao Fundo de Investimento Júpiter; ocorre que na DIPJ/2011, enviada em 12.01.2015 (***considerada para efeito da presente ação fiscal, como evidenciado no próprio TVF***), restou informado na Ficha 06A, linhas 20 e 42, que o ganho no mercado de renda variável, exceto “day-trade”, foi positivo, no montante R\$ 3.119.444,51 (R\$907.947.569,90 – R\$904.828.125,39); e (b), ainda que se considere apenas as operações realizadas no referido Fundo Júpiter, não se pode deixar de perceber que a acusação fiscal, ao descartar todas as informações prestadas pelo contribuinte ao longo do procedimento no sentido que tal fundo realizou operações de cobertura (*hedge*), valendo-se tão-somente das respostas obtidas do Banco

BTG Pontual (*administrador dos fundos JÚPITER e PLUTÃO*) e da UBS (*antiga Link Corretora – gestora do FUNDO JÚPITER*), não está calcada em nenhum indício sólido, na medida em que o conteúdo das aludidas respostas (*acima transcrito*), em hipótese alguma, pode sustentar a conclusão fiscal de que:

*Os esclarecimentos prestados pelo BTG PACTUAL contradizem, portanto, a argumentação da Fiscalizada de que o FUNDO JÚPITER fez operações de cobertura (hedge) de posições dela.*

(...)

*A resposta apresentada, pela diligenciada, afasta as afirmações fornecidas pela AMBEV S/A acerca das operações realizadas por sua incorporadora através do FUNDO JÚPITER.*

Feitas essas considerações, **fica patente a necessidade de diligências, para que o Fisco, nessa parte da autuação, reveja o seu trabalho como um todo**, notadamente para:

**1)** No TVF, a Fiscalização, ao mencionar que foram auditadas as contas que contém os valores lançados na Ficha 06A, salienta que os valores contabilizados nas contas contábeis que integram o Anexo 1, não estariam lastreados em documentos hábeis (*cita a nota 6*).

Contudo, a glosa não se deu pela totalidade dos valores indicados no aludido Anexo 1, mas pelo saldo demonstrado neste Anexo, separado em “*perda líquida das operações de swap*”, de R\$239.459.893,68, e “*perda líquida das operações com derivativos de moeda*”, de R\$87.490.864,09, ao argumento de que tais valores referem-se a perdas incorridas em operações praticadas em mercado de renda variável, que só são dedutíveis até o limite dos ganhos auferidos em operações de mesma espécie.

**Portanto, o Fisco necessita justificar o por quê se valeu do fundamento de que tais operações não estariam lastreadas em documentos hábeis, tendo em vista que a simples menção à “nota 6” não é suficiente para explicar tal fundamento.**

**2)** No que toca às operações destacadas no Anexo 1, que seriam operações no mercado de renda variável, operacionalizadas por meio do Fundo JÚPITER, é preciso que se esclareça se elas realmente compõe e em qual medida o montante informado pelo contribuinte na DIPJ entregue em 12.01.2015 (*objeto da presente autuação*), Ficha 06A, Linhas “20” e “42”.

**Após executados os procedimentos e as auditorias que se fizerem necessários, o Fisco deve elaborar demonstrativos de todas as operações no mercado de renda variável operacionalizadas pelo contribuinte, no ano de 2010, com base nas informações prestadas na referida Ficha 06A, esclarecendo, com os devidos fundamentos e justificativas, se aquelas indicadas no aludido Anexo 1, fazem ou não parte do todo que compõe as informações da Ficha 06A, Linhas “20” e “42”.**

**3)** De outro lado, em sendo afirmativa, ainda que em parte, a resposta a tal indagação, no sentido que as operações segregadas no referido Anexo 1 compõe o montante total informado na DIPJ, Ficha 06A, **é necessário que se verifique se há ganhos em operações da mesma espécie, “operações swap” e “derivativos de moeda” (como discriminado em tal Anexo), que justificariam e em qual medida a compensação das correspondente perdas glosadas na presente autuação.**

**4) Por fim, diante da acusação fiscal de que as operações do Anexo 1 não seriam de cobertura (*hedge*), dos argumentos trazidos pela defesa e das respostas dadas no curso do procedimento fiscal, em sentido contrário de que as operações discriminadas no Anexo 1, seriam de cobertura (*hedge*), **faz-se necessário que a Fiscalização aprofunde a investigação, analisando os correspondentes contratos, no intuito de confirmar ou não a sua conclusão de que não se tratam de operações de cobertura (*hedge*).****

Assim sendo, nos termos do art. 18, do Decreto n.º 70.235, de 1972, proponho o retorno do presente processo à DRF de origem para que sejam realizadas diligências, no intuito que o trabalho fiscal **seja complementado e revisto, notadamente para elucidar os itens “1” a “4”,** acima transcritos.

O resultado das diligências solicitadas deve constar de **relatório circunstanciado, dando-se dele ciência ao Contribuinte, com reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para que, em querendo, defenda-se do seu conteúdo.**

Após efetuado o procedimento acima solicitado, com a juntada da impugnação do Contribuinte, se houver, os autos devem retornar a esta DRJ para julgamento.

08. Da referida conversão em diligência, foi apresentado relatório fiscal de fls. 104638/104659, que foi posteriormente considerando insuficiente pela nova análise da DRJ. Consta do citado relatório as seguintes conclusões:

#### **CONCLUSÃO:**

A Diligenciada foi exaustivamente intimada a apresentar documentos de suporte, informações e esclarecimentos para comprovar o teor de lançamentos de sua contabilidade.

Tais documentos de suporte nunca foram apresentados. As despesas não foram, portanto, comprovadas.

Ou seja, conforme já havia sido relatado no Termo de Verificação Fiscal (Anexo 1, fl. 21), as despesas sintetizadas nas contas relacionadas em seu Anexo 1 não estão lastreadas em documentos hábeis e idôneos.

Vale lembrar o que dispõem os artigos 251 e 923 do RIR/99:

(...)

As glosas efetuadas pela Fiscalização, portanto, foram acertadas, tendo em vista que as despesas registradas não estão lastreadas em documentos hábeis e idôneos.

09. Considerando o farto acervo documental apresentado até então (mais de 100 mil folhas processuais), a DRJ converteu novamente o julgamento em diligência, dessa vez, alargando os quesitos e apresentando os seguintes pontos controvertidos a serem respondidos pela autoridade fazendária:

#### **III – Da consolidação dos questionamentos e verificações a serem tratados em diligência**

Diante de todas as considerações anteriores, fica patente a necessidade de nova diligência.

Devido à complexidade das questões envolvidas e do contexto em que estão inseridas, serão reproduzidas as indagações realizadas ao longo de todo o documento e os respectivos itens que abordaram as questões. As respostas devem seguir a mesma organização.

Destarte, a diligência deve ser realizada para:

**III. A - QUESTÕES APRESENTADAS NO ITEM II.2.4 – DAS QUESTÕES RELACIONADAS À QUESTÃO PROBATÓRIA A SEREM ESCLARECIDAS EM NOVA DILIGÊNCIA**

**i) a Autoridade Fiscal Autuante deve esclarecer se ainda permanecem dúvidas quanto à documentação comprobatória relativa à composição da carteira do fundo;**

*(CONTEXTO: ITEM II.2.3.3 – DA INSATISFAÇÃO DA AUTORIDADE FISCAL EM RELAÇÃO AOS DOCUMENTOS APRESENTADOS DURANTE O PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIA E DAS NOVAS INTIMAÇÕES)*

**ii) a Autoridade Fiscal Autuante deve esclarecer se ainda permanecem dúvidas quanto à documentação comprobatória relativa à existência das operações financeiras;**

*(CONTEXTO: ITEM II.2.3.3 – DA INSATISFAÇÃO DA AUTORIDADE FISCAL EM RELAÇÃO AOS DOCUMENTOS APRESENTADOS DURANTE O PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIA E DAS NOVAS INTIMAÇÕES)*

**(iii) caso a resposta às questões anteriores seja no sentido da inexistência de documentação hábil e idônea comprobatória dos ativos financeiros, indaga-se se foram analisadas as notas de corretagem e demais documentos anexados aos autos e relacionados com os ativos financeiros e que documentos considera hábeis e suficientes para comprovação das operações;**

*(CONTEXTO: ITEM II.2.3.3 – DA INSATISFAÇÃO DA AUTORIDADE FISCAL EM RELAÇÃO AOS DOCUMENTOS APRESENTADOS DURANTE O PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIA E DAS NOVAS INTIMAÇÕES)*

**(iv) caso a resposta à questão anterior seja no sentido da existência de documentação hábil e idônea comprobatória dos ativos financeiros, a questão fica restrita à comprovação dos lançamentos relacionados aos ganhos e perdas das operações financeiras. Nesta linha, os e-mail com os relatórios de carteira, onde teriam sido registrados todos os ativos, operações e movimentações de cotista realizadas nos Fundos, que teriam sido enviados para a AMBEV diariamente, pelo BTG PACTUAL, não foram identificados nos autos. Por outro lado, constam do Anexo 1.2.1 do laudo da KPMG (fls. 34855 e 34885) documentos que teriam sido produzidos a partir dos extratos do BTG Fundo Júpiter 2010. Dessa forma, é necessário, pelo menos para os cinco maiores lançamentos a crédito e a débitos de cada uma das operações que compuseram a carteira do fundo:**

**(iv.i) anexar ou indicar as folhas em que teriam sido anexados os e-mails encaminhados diariamente pelo BTG PACTUAL, administrador dos fundos JÚPITER e PLUTÃO, com os relatórios de carteira, onde teriam sido registrados todos os ativos, operações e movimentações de cotista realizadas nos Fundos;**

*(CONTEXTO: ITEM II.2.2 - DA CONTESTAÇÃO DA ACUSAÇÃO ACERCA DA FALTA DE DOCUMENTAÇÃO PROBATÓRIA APRESENTADA AINDA DURANTE O PROCEDIMENTO FISCAL)*

**(iv.ii) os documentos devem ser analisados pela Autoridade Fiscal, com parecer conclusivo.**

*(CONTEXTO: ITEM II.2.2 - DA CONTESTAÇÃO DA ACUSAÇÃO ACERCA DA FALTA DE DOCUMENTAÇÃO PROBATÓRIA APRESENTADA AINDA*

*DURANTE O PROCEDIMENTO FISCAL) e (CONTEXTO: II.2.3.2.3 – DA COMPROVAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO SUPORTE PARA O MAIOR LANÇAMENTO CONTÁBIL A DÉBITO E A CRÉDITO DAS CONTAS OBJETO DA DILIGÊNCIA )*

v) ainda relacionado com a questão anterior, se for o caso, para fins de comprovação dos ganhos e perdas das operações financeiras, devem ser levantados os 5 (cinco) maiores lançamentos a crédito e a débito das contas contábeis que registraram as aplicações financeiras e circularizada a administradora/gestora do fundo a apresentar os relatórios diários da carteira para conciliação dos resultados nele indicados com os lançamentos contábeis. Ademais, diante do previsto na IN SRF nº 698, de 2006, o BTG Pactual deve ser circularizado para apresentar os informes de rendimentos financeiros. Na ausência de tal documento, intimar o sujeito passivo a consolidar os resultados dos extratos apresentados e indicar: o valor do saldo inicial da conta investimentos do fundo, total das aplicações e dos resgates, bem como o valor total do rendimento do fundo no AC 2010.

*(CONTEXTO: ITEM II.2.2 - DA CONTESTAÇÃO DA ACUSAÇÃO ACERCA DA FALTA DE DOCUMENTAÇÃO PROBATÓRIA APRESENTADA AINDA DURANTE O PROCEDIMENTO FISCAL) e (CONTEXTO: ITEM II.2.3.3 – DA INSATISFAÇÃO DA AUTORIDADE FISCAL EM RELAÇÃO AOS DOCUMENTOS APRESENTADOS DURANTE O PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIA E DAS NOVAS INTIMAÇÕES)*

(vi) caso a Autoridade Fiscal conclua pela total imprestabilidade dos documentos apresentados aos autos, deve justificar porque, para efeito de glosa, considerou comprovada a parcela dos ganhos, de forma a lançar apenas o valor das perdas que excedeu os ganhos e esclarecer que documentação comprobatória foi aceita em relação a esses ganhos;

*(CONTEXTO: ITEM II.2.3.6 – DA CONCLUSÃO DA AUTORIDADE FISCAL ACERCA DA QUESTÃO PROBATÓRIA REGISTRADA AO FINAL DO PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIA)*

vii) especialmente sobre as operações de Swap Cambial, que passaram a ser controladas, calculadas e contabilizadas pelo Risk Control em 2011, devem ser analisadas as memórias de cálculo de valorização do Swap que vinha sendo efetuado pelos profissionais da Ambev por meio de outros controles internos.

*(CONTEXTO: ITEM II.2.3.2.2 – DA VERIFICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE CONTABILIZAÇÃO PELA AMBEV DOS RESULTADOS AUFERIDOS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS PELO FUNDO DE INVESTIMENTO POR MEIO DE SISTEMA DENOMINADO RISK CONTROL)*

viii) quanto à inexistência de módulo para o controle e cálculo das valorizações de instrumentos financeiros derivativos – Opções, no sistema Risk Control, devem ser analisadas as memórias de cálculo dos contratos preparada com base nas informações da carteira do Fundo emitida diariamente.

*(CONTEXTO: ITEM II.2.3.2.2 – DA VERIFICAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE CONTABILIZAÇÃO PELA AMBEV DOS RESULTADOS AUFERIDOS NAS OPERAÇÕES REALIZADAS PELO FUNDO DE INVESTIMENTO POR MEIO DE SISTEMA DENOMINADO RISK CONTROL)*

ix) quanto aos documentos relacionados aos contratos de SWAP e planilhas com os resultados das respectivas operações, anexados ao termo de anexação de arquivo não paginável de fls. 2113 e que tratam de anexo de solicitação de Swap, nota de negociação – Swap, instrumento particular de adesão ao sistema de proteção contra riscos financeiros de contratos BOND (11, 13 e 17), bem como da planilha eletrônica

com os ganhos e perdas líquida carteiras e detalhamentos Swaps, a Autoridade Fiscal deve informar se tais documentos foram analisados e qual a sua conclusão sobre a sua força probante.

*(CONTEXTO ITEM “II.2.3.4 DOS DOCUMENTOS RELACIONADOS AOS CONTRATOS DE SWAP”)*

x) quanto às possíveis operações de cobertura (hedge), a Autoridade Fiscal deve informar se os documentos anexados às fls. 31013 a 84450 foram analisados e qual a sua conclusão sobre a sua força probante.

*(CONTEXTO ITEM II.2.3.5 – DOS DOCUMENTOS RELACIONADOS ÀS OPERAÇÕES DE COBERTURA (HEDGE))*

**III.B - QUESTÕES APRESENTADAS NO ITEM II.3 - DA ACUSAÇÃO DO EXCESSO DE PERDA NAS APLICAÇÕES NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL, EXCETO DAY-TRADE**

**III.B.1 - Quanto ao resultado auferido no mercado de renda variável, exceto Day-Trade (i) que a Autoridade Fiscal justifique porque, partindo-se do documento apresentado pelo sujeito passivo, algumas contas não compuseram a tabela 03 do TVF onde se demonstrou o excesso de perda glosado;**

**(ii) deve-se também conciliar a tabela 03 do TVF com o quadro 5 de fls. 8820 e esclarecer as divergências entre tais documentos;**

**(iii) quanto às contas que foram consideradas pela Autoridade Fiscal, mas que não estavam correlacionadas com as linhas 20 e 42 da ficha 06 da DIPJ, deve-se esclarecer porque foram incluídas na apuração do resultado de operações no mercado de renda variável (exceto day-trade) e de onde foram extraídas;**

**(iv) deve-se, ainda, esclarecer se algumas das contas relacionadas pelo sujeito passivo no doc 01 (anexo na fls. 2114) eventualmente não se referem ao mercado de renda variável. Caso não se refiram a tal mercado, qual a natureza dessas contas?**

**Essas contas foram consideradas nas outras receitas e despesas financeiras? Qual o impacto dessas contas na apuração final do resultado?**

**(v) no enquadramento legal transcrito no TVF foram destacados alguns dispositivos relacionados a operações de day-trade. Nesse contexto, é necessário que se esclareça se após a Autoridade Fiscal ter analisado as contas que alimentaram as linhas da DIPJ foram identificadas operações da referida natureza, cujas perdas não são dedutíveis. Em caso afirmativo, quais as contas e valores envolvidos e o impacto na apuração final do resultado?**

**(vi) considerando-se que deve haver correspondência e consistência entre os dados das contas antes e após a retificação da ECD, o sujeito passivo deve ser intimado a esclarecer as divergências apontadas entre os documentos de fls. 104493, 104494 e 2114, justificando-as por meio de demonstrativo que guarde correlação com as linhas 20 e 42 da ficha 06 declaradas na DIPJ ND 00011570449 (Tabela 01 do TVF).**

**(vii) o sujeito passivo deve esclarecer também porque algumas contas foram informadas no doc.01 (fl. 2114) e não compuseram a apuração demonstrada na planilha de fl. 104493. A explicação deve ser acompanhada de eventuais lançamentos de ajustes das contas, com indicação da conta de contrapartida e histórico.**

**(viii) os documentos apresentados e resultado apurado devem ser analisados pela Autoridade Fiscal Autuante.**

*(CONTEXTO DE TODAS AS PERGUNTAS ACIMA ESTÃO RELACIONADAS COM O ITEM II.3.2 – DO RESULTADO AUFERIDO NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL, EXCETO DAY-TRADE (LINHAS 20 E 42 DA FICHA 06A DA DIPJ)*

**III.B.2 - Quanto ao valor das outras adições informado na linha 44 da ficha 09A da DIPJ**

(ix) o sujeito passivo deve apresentar um demonstrativo onde, para cada linha da planilha de fls. 104493 e 104494, indique qual o valor compôs as linhas 20 e 42 da ficha 06A.

(x) Esclarecer se as diferenças entre os valores das linhas da planilha de fls. 104493 e 104494 e os que compuseram as linhas 20 e 42 da ficha 06A correspondem ao valor adicionado de R\$ 75.020.319,00, apresentando a memória de cálculo.

(x.i) Caso haja diferença, deve informar que demais contas e valores foram consideradas na adição do referido valor e apresentar os lançamentos contábeis na ECD original e na ECD retificada.

(x.ii) A Autoridade Fiscal deve analisar esses esclarecimentos.

**O sujeito passivo deve ser intimado a esclarecer às seguintes questões:**

(xi) o valor originalmente declarado na linha 44, ou seja, R\$ 226.632.627,79 englobava a adição de R\$ 75.020.319,00, correspondente ao ajuste comentado?

(xii) com a retificação da ECD, qual valor correspondeu às outras adições? Tal valor correspondeu ao valor original (R\$ 226.632.627,79) menos o valor de R\$ 75.020.319,00 que teria sido adicionado para fazer o ajuste e representar o resultado do fundo? Quais contas e valores alimentaram o novo valor?

(xiii) caso a DIPJ pudesse ser retificada com a apresentação do resultado do fundo igual a R\$ 78.139.763,51 e com as linhas 20 e 42 da ficha 06 zeradas, o sujeito passivo deve informar qual o valor corresponderia à linha 44 (outras adições)?

(xiv) Quais as contas e valores alimentaram/alimentariam tal rubrica (linha 44) em ambos os cenários? Elaborar quadro comparativo dos 2 (dois) cenários com todas as contas e valores e indicar quais contas/diferenças que totalizariam R\$ 75.020.319,00 e seriam excluídas da linha 44/09 se a DIPJ pudesse ser retificada. Ambos os quadros devem estar totalizados.

*(CONTEXTO DE TODAS AS PERGUNTAS ACIMA ESTÃO RELACIONADAS COM O ITEM II.3.3 – DO VALOR DAS OUTRAS ADIÇÕES INFORMADO NA LINHA 44 DA FICHA 09A DA DIPJ)*

**III.B.3 - Quanto ao valor do Ajuste Fundo Júpiter (RTT) e o valor registrado na conta de despesa 30500017 Alocação Hedge Cambial – A**

(xv) o sujeito passivo deve esclarecer a coincidência do valor de R\$ 136.027.435,53 entre a primeira linha do quadro 05 do laudo da KPMG (fl. 8820) – conta de despesas “30500017 Alocação Hedge Cambial – A” e i indicado no doc. 01 (fl. 2214) que constou como “Ajuste Fundo Júpiter (RTT).

(xv.i) Por que no quadro 05 do laudo da KPMG tal valor foi relacionado com a conta 30500017 Alocação Hedge Cambial – A e no doc. 01 (fl. 2214) o valor foi indicado com o “Ajuste Fundo Júpiter” (RTT)?

**(xv.ii) Qual das duas informações está correta?**

**(xv.ii.i) De acordo com a resposta ao item anterior, os demais demonstrativos relacionados (quadro 05 ou doc 1) devem ser refeitos e os efeitos decorrentes explicados.**

**(xvi) A depender da resposta às questões anteriores, o laudo da KPMG fica invalidado e, para ser aceito, precisará ser ajustado de forma a eliminar as inconsistências e os demais itens que se relacionam com o valor do ajuste ou o sujeito passivo deve rever o seu doc 1 (fl. 2214), intimar o sujeito passivo a se manifestar sobre esse item.**

**(xvii) É necessário que a Autoridade Fiscal se manifeste sobre a correção do Ajuste RTT, seja no valor de R\$ 136.027.435,53, indicado no doc 01, seja no valor de R\$ 75.020.318, relativo às outras adições das fichas 09 e 17, já que foi considerado pelo sujeito passivo na demonstração do resultado e, por outro lado, não compôs a apuração realizada pela Autoridade Fiscal que ensejou a glosa do excesso de perda.**

*(CONTEXTO DE TODAS AS PERGUNTAS ACIMA ESTÃO RELACIONADAS COM O: ITEM II.3.4 – DO “AJUSTE FUNDO JÚPITER” (RTT) X CONTA DE DESPESA 30500017 ALOCAÇÃO HEDGE CAMBIAL - A)*

**III.B.4 - Quanto ao valor da variação das quotas detidas no fundo de investimento**

**(xviii) a Autoridade Fiscal Autuante deve pronunciar-se sobre o procedimento adotado pelo sujeito passivo relativo à contabilização da alocação de parcela de receitas e despesas de ou para grupo de Resultados Abrangentes no Patrimônio Líquido da Sociedade a título de Hedge Accounting, comentado no laudo da KPMG, quadro 06 – Valor da variação das quotas detidas no Fundo de Investimento.**

**(xix) o Sujeito Passivo deve detalhar os valores que compuseram os PL dos AC 2009 e 2010 e esclarecer se a diferença decorreu somente da reserva de hedge accounting ou se outros valores compuseram essa diferença.**

**(xix.i) Caso a diferença tenha sido motivada por outros valores, justificar porque foram considerados na variação das cotas do fundo e, conseqüentemente, no ajuste RTT.**

**(xx) Deve-se esclarecer do que se trata o ajuste de valorização de hedge no valor de - R\$ 844.947,48 (informado no Anexo 1.4 – fls. 35925 a 37994) e quais os documentos e registros comprobatórios.**

**(xxi) Ainda, deve ser explicado porque os aportes e resgates realizados no período foram subtraídos/somados à variação do PL para apurar a variação da quota do Fundo –Base Tributável.**

**(xxii) Com relação aos valores que foram lançados em conta de PL, deve ser indicada a conta de Patrimônio Líquido que recebeu o lançamento e exemplificado o tipo de lançamento realizado, com a indicação da conta devedora, conta credora e tipo de evento que gerou tal lançamento. Para exemplificar, utilizar um lançamento real em partidas dobradas.**

**(xxiii) Após o exemplo, devem ser consolidados os valores de todos os lançamentos realizados nas contas de ativo financeiro do Fundo Júpiter, no AC 2010, e correlacionados com o valor consolidado das respectivas contrapartidas em conta de patrimônio líquido. Deve-se indicar ainda o saldo inicial da conta, os aportes e resgate, bem como o seu saldo final.**

(xxiv) Em seguida, é preciso esclarecer se as contas que não foram marcadas com a referência “[1]” relacionam-se com o fundo Júpiter. Em caso afirmativo, como foi feita a contabilização da variação dessas respectivas operações financeiras e qual o resultado da apuração dessas contas?

(xxv) Também devem ser consolidados os valores de todos os lançamentos realizados nas contas de ativo financeiro do Fundo Júpiter, no AC 2010, e correlacionados com o valor consolidado das respectivas contrapartidas em contas de resultado ou, eventualmente, de outra natureza. Deve-se indicar ainda o saldo inicial da conta, os aportes e resgate, bem como o seu saldo final.

(xxvi) Deve-se esclarecer se as contas sem a referida marcação relacionam-se com hedge? Caso afirmativo, porque não se sujeitaram ao *hedge accounting*?

(xxvii) As contas de resultado movimentadas no AC 2010 e relacionadas ao fundo Júpiter tiveram como contrapartida que contas de ativo? A resposta deve ser acompanhada de exemplos reais relacionados com os 5 (cinco) maiores lançamentos, já identificados no laudo da KPMG.

(xxviii) Ao final, as contas devem ser apresentadas conforme os seguintes quadros:

#### Contas sujeitas ao hedge accounting

##### Nº da conta e Descrição

Data	Saldo inicial	Aportes	Lançamentos a débito decorrente das variações da cota	Contrapartida	Lançamentos a crédito decorrente das variações da conta	Contrapartida	Resgates	Saldo final
<b>Total mensal</b>								
<b>Total anual</b>								

#### Contas não sujeitas ao hedge accounting

##### Nº da conta e Descrição

Data	Saldo inicial	Aportes	Lançamentos a débito decorrente das variações da cota	Contrapartida	Lançamentos a crédito decorrente das variações da conta	Contrapartida	Resgates	Saldo final
<b>Total mensal</b>								
<b>Total anual</b>								

**(xxix) Em relação às operações submetidas ao *hedge accounting*, deve-se, de forma resumida, de preferência por meio de quadro resumo:**

**(xxix.i) identificar os itens ou transações objeto de hedge;**

**(xxix.ii) identificar a categoria de hedge (hedge de valor justo, de fluxo de caixa e/ou de investimento líquido no exterior);**

**(xxix.iii) identificar a natureza do risco do objeto de hedge e o respectivo período (variação de moedas estrangeiras, taxas de juros e commodities);**

**(xxix.iv) identificar o instrumento de hedge ou seja, o instrumento derivativo ou não derivativo, neste caso permitido somente para cobertura de risco cambial: nDF, Swaps e Futuros etc.**

**(xxix.v) demonstrar os testes de efetividade do hedge;**

**(xxix.vi) apresentar os documentos que comprovam os itens anteriores, tal como memorando de hedge;**

*(CONTEXTO DE TODAS AS PERGUNTAS ACIMA ESTÃO RELACIONADAS COM O: ITEM II.3.5 – DO “VALOR DA VARIAÇÃO DAS QUOTAS DETIDAS NO FUNDO DE INVESTIMENTO)*

#### **III.B.5 - Do valor da conta contábil de natureza patrimonial relacionada ao Fundo**

**(xxx) Intimar o sujeito passivo a apresentar quadro comparativo entre os saldos das contas que compuseram o doc. de fls. 104.494 no cenário antes e após a retificação da ECD.**

*(CONTEXTO DA PERGUNTA ACIMA: ITEM II.3.6 – DO VALOR DA CONTA CONTÁBIL DE NATUREZA PATRIMONIAL RELACIONADA AO FUNDO)*

#### **III.B.6 - Do valor das demais receitas e despesas financeiras (linhas 23 e 46 da ficha 06A da DIPJ)**

**(xxxi) No TVF, não consta nada sobre a análise dos valores declarados nas linhas 23 e 46 da ficha 06A da DIPJ relativos às demais receitas e despesas financeiras, de modo que partiu-se da premissa de que estão corretos. No caso de a conclusão não ter sido essa, a Autoridade Fiscal deve-se manifestar sobre os valores e informar se houve alteração desses valores na nova ECD e em qual medida? Ademais, deve informar se algumas das respostas aos questionamentos anteriores afetou a apuração do resultado tratado neste item.**

*(CONTEXTO DA PERGUNTA ACIMA: ITEM II.3.7 – DO VALOR DAS DEMAIS RECEITAS E DESPESAS FINANCEIRAS (LINHAS 23 E 46 DA FICHA 06A DA DIPJ)*

#### **III.B.7 - Do resultado final**

**(xxxii) Após analisados todos os itens anteriores, identificando-se erros na apuração do resultado fiscal lançado, a Autoridade Fiscal deverá reapurar o seu resultado, observando-se, ainda, o disposto no próximo item.**

*(CONTEXTO: ITEM II.3.8 – DO RESULTADO FINAL)*

#### **III.B.8 - Do saldo de prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL**

**(xxxiii) A Autoridade Fiscal deve confirmar se houve falha na compensação de ofício dos referidos saldos e, se for o caso, reapurar o resultado compensando-se, de ofício, o saldo de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL existente.**

*(CONTEXTO: ITEM II.4 – DA ALEGAÇÃO DE FALTA DE RECOMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL – DESCONSIDERAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS E BASES DE CÁLCULO NEGATIVAS DA CSLL)*

#### **IV. Das verificações finais**

Tendo em vista as inconsistências entre os documentos apresentados pelo sujeito passivo, mencionadas nos itens anteriores, e também as possíveis inconsistências na apuração do resultado pela Autoridade Fiscal, bem como a necessidade de análise da consistência dos documentos apresentados pelo sujeito passivo, após os esclarecimentos às questões apresentadas nos itens anteriores, deve ser respondido os seguintes quesitos:

**i) identificar todas as contas patrimoniais relacionadas ao investimento no fundo Júpiter (número, descrição, saldo inicial, total de lançamentos a débito e a crédito e saldo final). Fazer a consolidação anual;**

**ii) identificar todas as contas de resultado relacionadas ao investimento no fundo Júpiter (número, descrição, saldo inicial, total de lançamentos a débito e a crédito e saldo final) Fazer a consolidação anual;**

**iii) identificar a(s) conta(s) de patrimônio líquido que registraram lançamento relacionadas ao investimento no fundo Júpiter (número, descrição, saldo inicial, total de lançamentos a débito e a crédito e saldo final). Fazer a consolidação anual;**

**iv) identificar as contas que alimentaram as linhas 20 e 42 da ficha 6A da DIPJ, bem como aquelas que registraram resultado do fundo pelo *hedge accounting* (número, descrição, saldo inicial, total de lançamentos a débito e a crédito e saldo final). Fazer a consolidação anual;**

**v) entre as contas identificadas nos itens anteriores, apartar as contas relacionadas a operações de *day-trade*, de operações realizadas em mercado distinto do de renda variável e as operações de *hedge*;**

**vi) consolidar os resultados diários dos ganhos e perdas no mercado de renda variável, aportes e resgates das operações financeiras a partir dos extratos apresentados pelo administrador do fundo ou extrair os referidos dados do Informe de Rendimento Financeiro;**

**vii) identificar os lançamentos contábeis realizados nas referidas contas e validar a consistência dos resultados;**

**viii) analisar os lançamentos contábeis relacionados ao *hedge accounting* e validar a consistência do resultado.**

Após respondidas todas as questões anteriores, o resultado da diligência solicitada deve constar de **relatório circunstanciado, dando-se dele ciência ao Contribuinte, com reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para que, em querendo, defenda-se do seu conteúdo.**

Após efetuado o procedimento acima solicitado, com a juntada da manifestação do sujeito passivo, se houver, os autos devem retornar a esta DRJ para julgamento.

10. Em resposta à diligência determinada pela DRJ, a autoridade fazendária de origem apresentou novo relatório fiscal (fls. 186016/186059) com as mesmas conclusões do relatório anterior, nos seguintes termos:

#### **IV. CONCLUSÃO DAS DILIGÊNCIAS REALIZADAS**

A Diligenciada foi exaustivamente intimada a apresentar documentos de suporte, informações e esclarecimentos para comprovar o teor de lançamentos de sua contabilidade.

Tais documentos de suporte nunca foram apresentados. As despesas não foram, portanto, comprovadas.

Ou seja, conforme já havia sido relatado no Termo de Verificação Fiscal, as despesas sintetizadas nas contas relacionadas nele não estão lastreadas em documentos hábeis e idôneos.

Vale lembrar o que dispõem os artigos 251 e 923 do RIR/99:

...

As glosas efetuadas ao término do procedimento de fiscalização foram, portanto, acertadas, tendo em vista que as despesas registradas não estão lastreadas em documentos hábeis e idôneos.

11. A DRJ julgou parcialmente procedente a impugnação da contribuinte, em decisão assim ementada (fls. 186295/186426):

Ano-calendário: 2010

#### **GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. FALTA DE DOCUMENTAÇÃO PROBATÓRIA. MOTIVAÇÃO**

A Autoridade Fiscal deve motivar devidamente a acusação fiscal indicando os pressupostos fáticos e jurídicos que a levaram a concluir que os documentos apresentados não são hábeis e idôneos para comprovar as despesas financeiras.

Afirmações genéricas sem indicações concretas das falhas apuradas durante o procedimento de fiscalização não são suficientes para respaldar a acusação fiscal.

#### **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 e de renda fixa 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 de renda fixa, 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 (i) vinculação com as atividades operacionais da empresa e (ii) 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.

**DEDUÇÃO INDEVIDA DO IRPJ A TÍTULO DE ESTIMATIVAS COMPENSADAS E IR PAGO NO EXTERIOR**

Tendo sido proferida decisão administrativa definitiva confirmando as estimativas compensadas e o IR pago no Exterior que deduziram o IRPJ a pagar no AC 2010 não há que se falar em dedução indevida do IRPJ.

**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

Ano-calendário: 2010

**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 são 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.

**DEDUÇÃO INDEVIDA DA CSLL A TÍTULO DE ESTIMATIVAS COMPENSADAS E IR PAGO NO EXTERIOR**

Estando pendente de decisão administrativa definitiva, cuja lide envolve as estimativas compensadas e o IR pago no Exterior que deduziram a CSLL a pagar no AC 2010, devem ser mantidos os valores indevidamente deduzidos. No entanto, o limite máximo a ser lançado é o valor da CSLL que deixou de ser paga por essas deduções.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

12. Em razão da exoneração de parcela do crédito tributário, foi interposto Recurso de Ofício ao CARF e, junto dele, a contribuinte manejou Recurso Voluntário (186438/186530), questionando a parte remanescente, em que suscita os seguintes pontos de defesa:

- a) Quanto à glosa das perdas apuradas pelo Fundo Júpiter em mercados de renda variável e *swaps*, alega não haver dúvida de que os lançamentos tributários em foco não estão motivados pela suposta ausência de documentação hábil, mas sim por pretensa violação ao art. 76 da Lei n.º 8.981/95, que não teria ocorrido;
- b) Apresenta argumentos para justificar a legitimidade da constituição e efetiva substância do Fundo Júpiter, refutando a alegação do Fisco de que o mesmo não era autônomo;
- c) Aduz que o art. 111-A da Instrução CVM n.º 409/04 autoriza a constituição de fundos de investimentos, inclusive, em cotas de fundos multimercado exclusivos, sendo a recorrente um investidor qualificado e que a CVM não condicionou a aplicação de recursos financeiros em fundos de investimentos exclusivos a quaisquer condições que não a simples opção do investidor.
- d) Alega que o investimento não se propôs a transformar perdas indedutíveis com rendas variáveis em perdas dedutíveis, pois quando da realização dos investimentos em cotas dos referidos fundos a Recorrente não tinha como saber se acumularia perdas além dos ganhos da mesma espécie, tendo arcado com todos os ônus regulamentares e financeiros da estrutura de investimento utilizada, razão pela qual defende a substância negocial das transações e o atendimento à legislação.
- e) Argumenta que não praticou ingerência sobre o Fundo Júpiter, mas sua condição de investidor qualificado lhe permitia, pelas normas regulamentares, a acompanhar de perto a gestão de sua carteira, recomendando investimentos alinhados com necessidades e expectativas, mas esclarece que a responsabilidade de administrador sempre foi preservada, nos termos do regulamento. Não obstante, trata-se de questão meramente regulatória, que não permite ao Fisco desconsiderar todas as operações pelo simulacro de pretensa artificialidade das operações.
- f) Alega não caber ao Fisco modificar atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, porquanto inexistentes os vícios apontados.

- g) Defende que as aplicações com finalidade de *hedge* afastam o limite da dedutibilidade da despesa glosada, nos termos do art. 77, V, da Lei 8981/91, e que teria comprovado documentalmente que as operações realizadas tinham essa finalidade, inclusive, por exigência da Política de Gerenciamento de Riscos Financeiros da companhia e, também, por imposição regulatória da Instrução CVM 475/08, art. 1º, § 5º.
- h) Indica a existência de equívoco da decisão recorrida no cálculo do crédito tributário mantido, ao argumento de que a mesma *chegou à conclusão de que deveria ser mantida a “glosa do excesso de perdas em mercados de renda variável e swaps” no valor de R\$ 244.717.011,26, que resultou na apuração de um montante supostamente devido a título de IRPJ correspondente a R\$ 61.179.252,82 (fl. 186425). No entanto, os Srs. Julgadores da DRJ06 olvidaram-se que, deste valor, a Recorrente já adicionou ao seu resultado fiscal o valor de R\$ 75.020.318,00, conforme atestado pela KPMG em seu Laudo Técnico de Natureza Contábil e Fiscal de fls. 8820/8822. Como se vê, considerando que os valores que foram reclassificados de contas de resultado para contas de patrimônio líquido em razão das normas contábeis relativas ao “Hedge Accounting” já foram adicionados à base de cálculo do IRPJ e da CSL e evidentemente dizem respeito a operações de renda variável, no mínimo esse valor deveria ser deduzido da glosa mantida pela DRJ.*
- i) Suscita que as perdas com as operações financeiras, ainda que não tratassem de operações de cobertura (*hedge*), poderiam ser abatidas em exercícios futuros;
- j) Alega não ser aplicável à CSLL o limite de dedutibilidade das perdas, porquanto o § 4º do art. 76 da Lei nº 8.981/95 tratar apenas da apuração do lucro real, alcançando apenas o IRPJ, bem como a IN 1700/17 também fazê-lo.
- k) Contesta a qualificação da multa de ofício, por inexistência de dolo que permita concluir pela existência de simulação ou conluio, aduzindo, ainda, a NULIDADE DO LANÇAMENTO EM RELAÇÃO À MESMA, sob o color de que a *autuante não se preocupou em descrever de maneira precisa a infração que justificaria a qualificação da multa de ofício, limitando-se a descrever de maneira genérica e superficial o motivo que o levou a formalizar o lançamento da multa no percentual de 150%.*
- l) Quanto ao lançamento de estimativas compensadas e não homologadas, alega que as mesmas serão cobradas por lançamentos próprios, condicionados aos respectivos processos administrativos;
- m) Quanto ao lançamento do imposto pago no exterior, entende que a apuração do saldo negativo objeto da respectiva compensação está sendo discutido no processo administrativo nº 10880.913011/2015-31, devendo-se sobrestar o presente feito, sob pena de cobrança em duplicidade do tributo devido,

trazendo argumentos de mérito relacionado ao referido processo para comprovar o pagamento do tributo no exterior.

- n) Por fim, apresenta argumento subsidiário, relacionado à falta de recomposição da base de cálculo do IRPJ e CSLL, ante a necessária compensação de ofício dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa decorrentes dos processos administrativos nº 16561.720087/2011-81 e 16561.720109/2013-74.
- o) Junto com o recurso, foram anexados documentos complementares (fls. 186533/188722), que consistem em termo de constatação da KPMG, documentos contábeis, notas explicativas e documentação relacionadas às transações financeiras objeto dos autos.

13. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (fls. 188725/188814) ao Recurso Voluntário, reafirmando os fundamentos do TVF e apresentando os seguintes pontos de defesa:

- a) As decisões de investimento não teriam sido tomadas pelos administradores e gestores dos fundos de investimento, mas pela própria AMBEV S.A., o que violou a Instrução CVM n. 409/04 e o Regulamento do Fundo Júpiter. *Além disso, o fato de se tratar de fundo exclusivo não exime a entidade do cumprimento das normas previstas na Instrução, salvo as exceções previstas no capítulo específico.*
- b) Incompatibilidade entre as declarações de AMBEV S.A. e as declarações da gestora e da administradora do Fundo Júpiter. *Alega que, ao afirmar desconhecer as finalidades das operações realizadas, o administrador está a confessar (i) que não cumpriu as funções que lhe são cabíveis, pois executou operações sem conhecer quais suas finalidades e (ii) que essa função, a tomada de decisões de investimentos, foi tomada por outrem.*
- c) Questiona a falta de autonomia do Fundo Júpiter, pois *a incumbência à administradora da seleção de ativos do fundo reforça que a atuação da quotista AMBEV S.A. nas decisões de investimento contraria o próprio Regulamento do fundo de investimentos, além da Instrução CVM n. 409/04. Ademais, uma vez que o Fundo abandona a gestão profissional que lhe é própria e não se cumpre o seu Regulamento, impõe-se o questionamento quanto à efetividade da entidade.*
- d) Aduz que a AMBEV S.A. figurou ostensivamente em operações realizadas pelo fundo, servindo de garantidora, portanto, estaria correta a desconsideração do mesmo.
- e) Questiona a contabilidade feita pela própria AMBEV S.A. sobre as operações financeiras realizadas pelo fundo de investimento, em vez de adotar o procedimento de lançar apenas as variações dos investimentos. Questiona, ainda, o método de *Risk Control* por meio do qual a companhia contabilizava as oscilações do investimento, concluindo que *sua utilização*

*por AMBEV S.A. importa violação às disposições dos parágrafos terceiro e quarto do Fundo Júpiter, que estabelecem a metodologia de controle de risco do fundo, diversa do aludido sistema, a ser executada pela administradora BTG PACTUAL. O descumprimento é duplo, tanto sob o aspecto subjetivo, quanto no tocante à metodologia estatuída, que não foi seguida.*

- f) Apresenta argumentos complementares para justificar a desconsideração do fundo, notadamente a ausência de autonomia da administração e grande influência que o cotista único exercia sobre o mesmo.
- g) Examina as decisões da Comissão de Valores Mobiliários para concluir *que as decisões coligidas pela autuada, ora recorrente, não são aptas a desconstituir o lançamento, pois a responsabilização dos administradores e gestores pela CVM não inibe a atuação da Administração Tributária, que a exerceu nos estritos termos de sua competência no presente caso, mostrando-se hígido o lançamento.*
- h) Ao desconsiderar as operações do fundo, alega que deixa de ser aplicável o regime tributário especial destinado aos fundos de investimento na modalidade multimercado. Assim, a análise deve ser feita com base nas regras gerais sobre rendimentos e perdas decorrentes de operações financeiras em renda variável, defendendo ser aplicável o limite de dedutibilidade previsto no art. 76, §2º da Lei n. 8.981/95, uma vez que as operações realizadas pela recorrente não foram comprovadamente operações de cobertura (*hedge*), por ausência de comprovação documental, a ensejar a possível aplicação da exceção prevista no art. 77 da mesma lei.
- i) Refuta o pedido subsidiário de dedutibilidade das despesas nos exercícios seguintes, com base nos fundamentos da decisão recorrida;
- j) Defende o limite de dedutibilidade das perdas financeiras à CSLL;
- k) Reitera a aplicação da multa qualificada, ante a alegada existência de simulação decorrente da existência de fundo não autônomo para realizar as operações em comento.

14. É o relatório.

### **Voto**

Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque, Relator.

15. O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade para ser conhecido.

16. Ante a parcial exoneração do crédito tributário pela 1ª instância, foi interposto Recurso de Ofício para reexame necessário da matéria, havendo a contribuinte manejado Recurso Voluntário para controverter o crédito tributário ainda mantido.

17. Assim, as matérias serão analisadas separadamente, para melhor compreensão dos temas.

### **DELIMITAÇÃO DO TEMA CENTRAL**

18. Importa delimitar o eixo central das autuações, uma vez que são muitos os pontos suscitados na abordagem da DRJ, no Recurso Voluntário e nas contrarrazões apresentadas pelas Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

19. Os lançamentos decorrem da desconsideração do Fundo Júpiter, por alegação de planejamento tributário abusivo supostamente praticado pela recorrente.

20. Com efeito, a contribuinte era cotista exclusiva do referido fundo, que recebia aportes financeiros para investimento em multimercado, inclusive, de derivativos. Esses aportes tinham como objetivo, por um lado, a proteção do patrimônio da companhia contra variações de taxas de juros, commodities e taxa de câmbio às quais se vinculavam suas operações comerciais; por outro, o fundo tinha razão própria de existir, para atender às suas finalidades regulamentares.

21. As respostas prestadas pela autuada ao Fisco indicavam que a administração direta de instrumentos financeiros da contribuinte não refletia a atividade econômica preponderante da empresa, portanto, optou por criar o Fundo Júpiter (juntamente com o Fundo Plutão, que o controlara inicialmente), que veio a ser administrado por instituição bancária, no caso, o Banco BTG Pactual.

22. Dentro da estrutura do referido fundo, foram realizadas inúmeras contratações de instrumentos derivativos multimercado, com alocação das carteiras da investidora, através de instrumentos de *hedge*, especialmente contratações de operações com *swap*, considerando os vários fatores de risco que as operações financeiras buscavam evitar em relação aos contratos mencionados.

23. Assim, as operações comerciais da recorrente foram protegidas mediante coberturas de *hedge*, instrumentalizadas dentro do citado Fundo Júpiter, que titularizou, além dessa proteção, todos os respectivos derivativos junto ao mercado financeiro. A companhia investidora (AMBEV S.A.) não realizou tais contratações, mas, sim, o referido fundo de investimentos.

24. O nó górdio a ser resolvido consiste na conclusão a que chegou a administração tributária de que o referido fundo não detinha autonomia, mas servia unicamente de *longa manus* da investidora, ora recorrente. O Fisco considerou que a criação do Fundo Júpiter consistiu em um planejamento tributário abusivo, tendente a que todas as perdas amargadas pelo fundo pudessem reduzir tributos que a contribuinte não poderia reduzir caso realizasse os contratos de *swap* diretamente em seu nome.

25. Com efeito, a própria decisão recorrida consignou que “*se as operações de renda variável forem realizadas diretamente nos mercados sujeitam-se ao limite do art. 76, § 4º, da Lei*

*nº 8.981/1995, no entanto, se forem realizadas por fundo de investimentos, exceto em ações, não há limite para dedução das perdas. Além da questão envolvendo o IRRF, é este o planejamento realizado por meio do fundo Júpiter, que tentou disfarçar as perdas indedutíveis”.*

26. Assim, o tema central demanda esclarecer se as operações realizadas pelo Fundo Júpiter, notadamente as operações de cobertura (*hedge*), para proteção de riscos da carteira de contratos comerciais incorporados pela AMBEV S.A., foram efetivamente titularizados pelo Fundo Júpiter, de forma autônoma, ou se é possível desconsiderar todas as operações do referido fundo para atribuir à AMBEV S.A. a titularidade de cada derivativo operado através do fundo.

27. Isso é importante porque, se as operações com derivativos forem atribuídas diretamente à recorrente (mediante desconsideração do fundo), aplicar-se-ão os limites do art. 76, § 4º, da Lei 8.981/95, que faz referência à tributação das operações com *swap* – uma das modalidades de cobertura de *hedge* – e estabelece que *somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações* da mesma natureza. Ou seja, a AMBEV S.A. só poderia deduzir perdas com *swap* até o limite dos ganhos com o *swap*. Toda despesa que ultrapassar esse encontro de contas será indedutível na apuração do lucro real e na base de cálculo da CSLL (essa a tese suscitada no TVF).

28. Por outro lado, se não for possível desconsiderar as operações do fundo de investimento, a tributação deve ser realizada pelo próprio fundo e as balizas legais são outras, pois toda a despesa é dedutível, independente do limite de ganhos com *swap*, conforme excepciona o art. 77, III, da citada Lei 8.981/95, a qual disciplina que o regime de tributação para esse tipo de operação não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos *nas operações de renda variável realizadas em bolsa, no mercado de balcão organizado, autorizado pelo órgão competente, ou através de fundos de investimento, para a carteira própria das entidades citadas no inciso I* (que engloba instituições financeiras, tal qual o Banco BTG Pactual, administradora do fundo).

29. Feita tal delimitação, a análise de mérito será feita oportunamente, quando apreciados os respectivos recursos.

### **DO RECURSO DE OFÍCIO**

30. O recurso de ofício demanda o reexame das razões que levaram a DRJ a exonerar parte do crédito tributário. O fundamento para tal exoneração baseou-se na falta de análise pela administração tributária do largo acervo probatório que foi anexado ao processo para comprovar as operações de *hedge* instrumentalizadas através do Fundo Júpiter, que não foram apreciados, portanto, jamais refutados ou confirmados.

31. A DRJ apontou tal omissão na parte que trata “DA ACUSAÇÃO DE FALTA DE DOCUMENTAÇÃO PROBATÓRIA” apontado no TVF, havendo o colegiado de 1ª instância concluído que “*não é possível identificar qual a falha da documentação anexada, se seriam insuficientes, imprestáveis, se havia alguma inconsistência entre os valores e os lançamentos contábeis ou outra falha*” (fls. 186.344).

32. A falta de análise documental também é anotada quando o acórdão recorrido consigna que, “*definitivamente, não se pode ratificar a motivação de falta de documentação hábil e idônea, sem elementos mínimos de evidência, mormente quando consta dos autos*”

***inúmeros documentos, dos quais não se sabe quais as falhas que os imputaram como imprestáveis como meios de prova pela Autoridade Fiscal, além de laudo com diversos pontos minuciosamente explicados***” (fls. 186.346). Em outra passagem, a DRJ evidencia a existência de documentos hábeis e idôneos, jamais analisados pela administração tributária, confirmando que *“a Autoridade Fiscal afirma genericamente que os documentos apresentados não são hábeis e idôneos, sem apresentar uma linha que justificasse essa conclusão”*.

33. E, ao final, sentença (grifou-se):

Como visto, **a todo momento, a Autoridade Fiscal faz afirmações genéricas, sem demonstrar chegou a tais conclusões, o que não pode ser aproveitado como motivação do lançamento.** Se concluiu que não haveria como vincular as planilhas que supostamente retratavam a carteira do fundo com os lançamentos contábeis registrados pela Ambev, **deveria demonstrar o porquê, indicando a metodologia utilizada para tentar fazer essa vinculação.** Quanto aos ativos financeiros, se também não tinha como vincular as variações nos preços desses ativos com os lançamentos contábeis registrados pela empresa, **deveria indicar esses ativos financeiros, demonstrar os lançamentos que foram feitos e indicar quais eram as dificuldades para realizar essa vinculação.** Da mesma forma, se considerou que havia poucas notas de corretagem, deveria ter relacionado os valores que ficaram descobertos por tais documentos. **Por fim, se considera que os documentos hábeis e suficientes para comprovação das operações seriam os que, ao menos em auditoria feita em amostras, pudessem ser perfeitamente correlacionados com as operações financeiras que a empresa alega terem sido efetuadas, deveria ter demonstrado que essa auditoria interna foi realizada e a amostra utilizada, apontando todas as evidências. Se não o fez, não cabe à Autoridade Julgadora fazê-lo, pois isso implicaria uma invasão de competência,** transferindo para o contencioso a competência para realizar a auditoria.

34. A DRJ apontou, ainda, que a omissão do TVF é tão evidente que os fundamentos para o agente atuante desconsiderar a vasta documentação acostada durante a fiscalização consta *de apenas uma nota de rodapé, nº 06*, em que se aponta a seguinte explicação genérica: *NOTA DE RODAPÉ Nº 6: Em procedimento de circularização, o Banco BTG Pactual informou que como administradora e controladora dos Fundos Júpiter e Plutão elaborava os relatórios de carteira, que eram enviados diariamente para a AMBEV, via e-mail, para posterior processamento no sistema interno da beneficiária.*

35. Registre-se, ainda, que foram realizadas duas diligências durante a tramitação em 1ª instância, sendo a primeira mais restrita e a segunda bastante ampla. Nas duas ocasiões, pretendeu a DRJ correlacionar o fartíssimo acervo probatório acostado aos autos, jamais apreciado pela administração tributária para lançar os tributos em questão.

36. Nas duas diligências realizadas, as conclusões do relatório fiscal foram rigorosamente os mesmos, genéricos, inservíveis aos esclarecimentos pretendidos, como se vê da transcrição da conclusão, que é a mesma para as duas diligências (grifou-se):

#### IV. CONCLUSÃO DAS DILIGÊNCIAS REALIZADAS

A Diligenciada foi exaustivamente intimada a apresentar documentos de suporte, informações e esclarecimentos para comprovar o teor de lançamentos de sua contabilidade.

**Tais documentos de suporte nunca foram apresentados. As despesas não foram, portanto, comprovadas.**

Ou seja, conforme já havia sido relatado no Termo de Verificação Fiscal, as despesas sintetizadas nas contas relacionadas nele não estão lastreadas em documentos hábeis e idôneos.

Vale lembrar o que dispõem os artigos 251 e 923 do RIR/99:

...

**As glosas efetuadas ao término do procedimento de fiscalização foram, portanto, acertadas, tendo em vista que as despesas registradas não estão lastreadas em documentos hábeis e idôneos.**

37. Essa informação não representa a verdade, conforme fartamente foi demonstrado pela DRJ, inclusive, pela existência de laudo explicativo e uma quantidade enorme de documentos que contradizem a informação dos relatórios fiscais de diligência, que nada esclareceram.

38. Assim, tem razão a DRJ ao afastar a acusação de falta de documentação probatória, transcrevendo-se a análise que a instância de piso fez sobre os documentos acostados (quase 200 mil folhas), sendo realmente equivocada a posição da administração tributária em não analisá-los:

A Autoridade Fiscal, por outro lado, nada mencionou sobre as falhas nos documentos apresentados pela interessada e insistiu em suas intimações, sem realizar nenhum comentário ou solicitar documentos específicos ou adicionais. Sem adentrar na força probante dos documentos apresentados, fato é que a Autoridade Fiscal não teceu nenhum comentário sobre os documentos, planilhas e laudo de auditoria apresentados. Tampouco intimou o interessado a prestar esclarecimentos acerca dos documentos ou fez algum questionamento que pudesse indicar, ao menos, que os mesmos foram analisados. Diante dos inúmeros documentos anexados, foi determinada, em 12 de março de anexada tinha sido analisada.

A Autoridade Fiscal insistiu, no relatório (fls. 186016/186059) apresentado após a realização da diligência, que os documentos apresentados não eram hábeis e idôneos para comprovar os lançamentos contábeis escriturados, que o fato de o interessado ter contratado uma empresa de auditoria relevaria que ela mesma não conseguia comprovar os lançamentos realizados e, ainda, que o Laudo Técnico da KPMG não conseguiria vincular lançamentos contábeis a documentos que seriam seus suportes.

Ocorre que, nem mesmo exemplificativamente, a Autoridade Fiscal demonstra o porquê de os documentos anexados terem sido considerados inábeis e inidôneos e tampouco quais seriam as falhas do referido laudo. Dessa forma, não é possível identificar qual a falha da documentação anexada, se seriam insuficientes, imprestáveis, se havia alguma inconsistência entre os valores e os lançamentos contábeis ou outra falha.

Neste ponto, cabe mencionar que o Banco BTG Pactual fora circularizado durante o procedimento de fiscalização. A resposta a tal circularização foi anexada às fls. 1053 a 1055, seguida de diversos arquivos não pagináveis incluídos nos autos por meio do termo de anexação de arquivo não paginável de fls. 2116. Na resposta, foram apresentados os seguintes itens:

c) Item 4: apresenta a composição das carteiras dos Fundos JÚPITER e PLUTÃO ao longo dos anos-calendários 2010, 2011 e 2012 (Doc. nº 03);

d) Item 5: apresenta os extratos de evolução diária das cotas dos Fundos JÚPITER e PLUTÃO ao longo dos anos-calendários 2010, 2011 e 2012 (Doc. nº 04);

e) Item 6: apresenta os extratos de aporte e resgate nos Fundos JÚPITER e PLUTÃO nos anos-calendários 2010, 2011 e 2012 (Doc. n.º 05);

(...)

i) Item 10: a) apresenta o resultado financeiro das aplicações realizadas em fundo offshore (Doc. n.º 06);

b) apresenta a relação das operações realizadas no mercado brasileiro (Doc. n.º 06);

j) Item 11: vide documentação apresentada no Item 10.b (Doc. n.º 06);

l) Item 12: apresenta demonstrativo indicando todas as retenções de Imposto de Renda realizados pelos Fundos JÚPITER e PLUTÃO (Doc. n.º 07);

m) Item 13: vide documentação apresentada no Item 4 (Doc. n.º 03);

n) Item 14: apresenta o livro razão dos Fundos JÚPITER e PLUTÃO referente aos anos de 2010, 2011 e 2012 (Doc. n.º 08);

(...)

Conforme se verifica, o BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM apresentou a composição das carteiras dos fundos (planilhas com diversas informações tais como rentabilidade, compromissada over, compromissada longa, títulos públicos e privados, etc), extrato de evolução diária das cotas dos Fundos (planilha com data, valor da cota líquida e valor do patrimônio), extratos de aporte e resgate nos fundos (tabela com dados da movimentação do período: data, operação de resgate ou aquisição, valor da quota na movimentação, quantidade de quotas, financeiros da movimentação, IOF, IR pago no resgate, Financeiro Líq. Resg.) entre outros documentos, o que gerou dúvidas sobre a efetiva análise dessa documentação pela Autoridade Fiscal Autuante.

Em resposta à segunda diligência, após a Autoridade Fiscal ter sido questionada acerca da análise da documentação anexada aos autos, afirmou que não havia como correlacionar as planilhas que supostamente retratavam a carteira do fundo com os lançamentos contábeis registrados pela Ambev e tampouco as poucas notas de corretagem e poucos documentos com os lançamentos contábeis. Ainda, que seria impossível vincular memórias de cálculo, controles internos e as variações com os lançamentos contábeis registrados pela interessada.

Ademais, indagada sobre quais documentos seriam considerados hábeis e suficientes para a comprovação das operações, registrou que seriam documentos que, ao menos em auditoria feita em amostras, pudessem ser perfeitamente correlacionados com as operações financeiras que a empresa alega terem sido efetuadas para ela através de fundos de investimento.

Mais uma vez, a Autoridade Fiscal fez afirmações sem nenhuma demonstração da imprestabilidade dos documentos anexados. Ao mesmo tempo em que registra a impossibilidade de estabelecer vínculos entre documentos, memórias de cálculo e lançamentos contábeis, não apresenta nenhuma evidência desse fato, ainda que por amostragem.

Diante dos inúmeros documentos apresentados, inclusive notas de corretagem, e do laudo da KPMG, não é crível admitir que afirmações como essas, sem um mínimo de demonstração das inconsistências documentais, sirvam de suporte para acusação de falta de documentação hábil e idônea.

Não se está afirmando que os lançamentos contábeis estão suportados por documentação hábil e idônea, mas cabe à Autoridade Fiscal demonstrar tal ocorrência, em observância ao princípio da motivação do ato administrativo. Ora, se o interessado é intimado e apresenta documentos, cabe a Autoridade Fiscal motivar porque não os considerou suficientes, por meio de indicação de suas falhas e da norma infringida, ou seja, dos pressupostos de fato e de direito aplicáveis ao caso concreto, de maneira a permitir o contraditório e a ampla defesa. Tampouco se está ratificando o laudo apresentado, porém é incontestável a existência de explicações e demonstrações de diversas contas, valores, referência a documentos anexados que não foram apreciados ou infirmados pela Autoridade Fiscal. Dessa forma, ainda que os documentos não sejam, efetivamente, hábeis e idôneos, não cabe a Autoridade julgadora fazer o trabalho da auditoria e realizar conciliação de documentos e lançamentos para apontar eventuais falhas, que já deveriam constar da acusação fiscal.

Ainda sobre o laudo anexado, de pronto, cabe refutar a afirmação da Autoridade Fiscal de que “o fato de o interessado ter contratado uma empresa de auditoria relevaria que ela mesma não conseguia comprovar os lançamentos realizados”. O interessado, no exercício da ampla defesa, tem todo o direito de contratar os especialistas que julgar necessários para realizar a sua defesa. Essa contratação, por si só, não é evidência de que os lançamentos contábeis não tinham lastro documental e que ela mesma não conseguia explicá-los, mormente quando o laudo produzido elenca várias contas, relaciona os respectivos documentos e explica os lançamentos contábeis.

É fato que laudos privados não vinculam a Administração Tributária, mas isso não significa que não possam ser utilizados como elementos probatórios ou início de prova, juntamente com os documentos de suporte dos lançamentos contábeis. A Autoridade Fiscal ao invés de demonstrar eventuais falhas no referido laudo, de maneira a embasar as suas conclusões sobre a impossibilidade de vinculação de documentos e lançamentos, apenas registrou que “o laudo de centenas de páginas e as dezenas de milhares de páginas elaboradas pela empresa contratada também seriam uma evidência de que é impossível comprovar a argumentação da Fiscalizada”. Afirma que o laudo tentou demonstrar que o maior lançamento efetuado em cada uma das contas discriminadas nas intimações decorre de informações que foram registradas no sistema Risk Control. Porém, o laudo não conseguiu vincular lançamentos contábeis a documentos que seriam seus suportes. Registra que a diligenciada alega que investiu em um fundo de investimento. Porém, em vez de apenas contabilizar os aportes e resgates realizados no fundo e a evolução de suas cotas, alega que contabilizou as operações que teriam sido feitas pelo administrador e pela gestora desse fundo, sem apresentar os documentos que teriam servido de suporte para tal forma equivocada e estranha de contabilização.

A Autoridade Fiscal concluiu que nem a Diligenciada, nem a prestadora de serviços contratada conseguiram atender o pedido simples da intimação: apresentar os documentos que embasam os maiores lançamentos a crédito e os maiores lançamentos a débito contabilizados nas contas analisadas.

Definitivamente, não se pode ratificar a motivação de falta de documentação hábil e idônea, sem elementos mínimos de evidência, mormente quando consta dos autos inúmeros documentos, dos quais não se sabe quais as falhas que os imputaram como imprestáveis como meios de prova pela Autoridade Fiscal, além de laudo com diversos pontos minuciosamente explicados. Nesse contexto, cabe tecer alguns comentários sobre o conteúdo do referido laudo.

Inicialmente, oportuno comentar sobre os aspectos abordados pelo Laudo de Constatação da KPMG, que objetivou esclarecer todos os procedimentos adotados pela Intimada, cuja conclusão segue abaixo:

- 1 - Restou comprovada a existência das operações financeiras que compuseram a carteira do Fundo de Investimento Júpiter no ano-calendário de 2010 através da verificação da documentação hábil e idônea que suporta essas transações;

2 - Em que pese a Empresa tenha adotado o procedimento de registrar os ganhos e perdas dessas operações em diversas contas do resultado do exercício e patrimoniais e não em uma única rubrica destinada a contabilização dos resultados em aplicações em Fundos de Investimento no período (frise-se que a apresentação de forma segregada por instrumentos financeiro contratado com fins de hedge se faz necessária apenas para fins de divulgação nos termos da Instrução CVM n.º 475/2008), constatamos que a Ambev ofereceu à tributação do IRPJ e da CSLL o valor corresponde a variação das quotas detidas nos aludidos Fundos de Investimento no ano-calendário de 2010;

3. No que tange a verificação dos procedimentos de contabilização dos resultados auferidos nas operações realizadas pelos Fundos de Investimento:

a) A Ambev fez uso de sistema especializado na gestão de riscos do mercado financeiro cujo "know-how" (conhecimento) foi integralmente desenvolvido por Empresa do ramo e que atualmente pertence a Accenture do Brasil Ltda. (Empresa de Consultoria Multinacional de Grande Porte);

b) Diversas Empresas do setor privado e público que realizam operações no mercado financeiro em grande escala também utilizam o software Risk Control, inclusive o Banco Nacional de Desenvolvimento Social e Econômico (BNDES). Tal instituição requereu por meio do processo licitatório que o sistema tivesse como funcionalidade a integração com múltiplos sistemas, em especial com o seu sistema contábil. Também foi requerido que o sistema fosse capaz de permitir o envio de informações para geração de lançamentos contábeis;

c) A Ambev, por sua vez, utilizou o referido sistema para o monitoramento e acompanhamento das operações contratadas pelos Fundos de Investimento.

d) Para fins contábeis, o sistema Risk Control efetuou os cálculos, de forma automatizada, das valorizações diárias e mensais das operações financeiras contratadas pelos Fundos, gerando informações por componentes de valorização ("Carrego", "SPOT" e/ou "Fair Value") para cada instrumento nele cadastrado, as quais serviram de base para o registro dos lançamentos contábeis nas diversas contas do resultado exercício da Companhia, por meio de interface com o sistema SAP:

e) O Risk Control é um sistema adequado para dar suporte ao registro de fatos contábeis referentes a instrumentos financeiros, inclusive aqueles mantidos para finalidade de hedge;

f) Todos os instrumentos financeiros que compuseram a carteira do Fundo de Investimento Júpiter em 2010 constam no relatório de boletas do sistema Risk Control, restando comprovada a inclusão das operações realizadas pelos Fundos nesses períodos no sistema de gestão de riscos da Ambev, a partir do qual são realizados os cálculos e lançamentos contábeis de valorização diária (e/ou mensal) dos instrumentos financeiros por meio de interface desse software com o sistema contábil — SAP. Os valores calculados pelo sistema foram conciliados com os respectivos lançamentos contábeis que foram objeto de constatações no presente Laudo.

4. Para fins de consistência foi testado o maior lançamento contábil a débito e o maior lançamento a crédito das contas de receitas e despesas financeiras indicadas pelas Autoridades Fiscais para fins do processo de diligência e constatado que tais lançamentos estão devidamente registrados e amparados por documentos hábeis e idôneos, sendo de fato provenientes de operações financeiras que efetivamente existiram e compunham a carteira do Fundo de Investimento Júpiter no ano-calendário de 2010.

Conforme se verifica, a conclusão da KPMG foi no sentido de que:

- i) houve comprovação das operações financeiras que compuseram a carteira do Fundo de Investimento Júpiter no AC 2010;
- ii) tais operações estavam suportadas por documentos hábeis e idôneos;
- iii) os valores calculados no sistema Risk Control, relativos à valorização diárias (e/ou mensal) dos instrumentos financeiros, foram conciliados com os lançamentos contábeis registrados no sistema contábil SAP;
- iv) para fins de consistência, foram testados o maior lançamento a débito e a crédito das contas de receitas de despesas financeiras indicadas pela Autoridade Fiscal.

A Autoridade Fiscal Autuante, antes de tudo, deveria ter apontado as falhas nos documentos apresentados pela interessado, demonstrado que não eram suficientes para cobrir os lançamentos contábeis ou outras evidências apuradas no procedimento fiscal, conforme já comentado.

Não o fazendo, em sede de diligência, deveria ter analisado a metodologia aplicada pela interessada, que possibilitou à KPMG concluir que os cálculos realizados pelo sistema Risk Control relativos à valorização diária (e/ou mensal) dos instrumentos financeiros foram refletidos nos lançamentos contábeis. A indicação das falhas dos documentos ou inconsistências da metodologia de cálculo e dos lançamentos, devidamente motivada e demonstrada, infirmaria o laudo. No entanto, a Autoridade Fiscal não foi por esse caminho.

No relatório fiscal da primeira diligência (fls. 104638/104660), após a qual foi apresentado o referido laudo, a Autoridade Fiscal não fez nenhum apontamento sobre o conteúdo do laudo para infirmá-lo e tampouco explicou as razões de não ter considerados os inúmeros documentos anexados imprestáveis, o que gerou dúvidas sobre a análise dos mesmos, inclusive do referido laudo.

Em uma segunda diligência, determinou-se confirmar se os lançamentos contábeis reproduziram, de fato, os ganhos e perdas reais das operações financeiras. O item respectivo, na segunda diligência, foi o “(iv.ii) os documentos devem ser analisados pela Autoridade Fiscal, com parecer conclusivo”. No entanto, a Autoridade Fiscal simplesmente registrou que os documentos apresentados não são hábeis e idôneos para comprovar a efetividade dos lançamentos contábeis registrados pela AMBEV.

Mais uma vez, a Autoridade Fiscal afirma genericamente que os documentos apresentados não são hábeis e idôneos, sem apresentar uma linha que justificasse essa conclusão. Ainda, foi determinado que, se fosse o caso, circularizasse a administradora/gestora do fundo a apresentar os relatórios diários da carteira para conciliação dos resultados nele indicados com os lançamentos contábeis, no entanto, a Autoridade Fiscal insistiu que a contribuinte nunca conseguiu demonstrar que seus lançamentos contábeis têm suportes em documentos hábeis e idôneos e que teria sido necessário contratar a KPMG para provar.

No contexto apresentado, transcrevem-se as indagações da segunda diligência e respectivas respostas:

(iv.ii) os documentos devem ser analisados pela Autoridade Fiscal, com parecer conclusivo.

COMENTÁRIO: Os documentos apresentados não são hábeis e idôneos para comprovar a efetividade dos lançamentos contábeis registrados pela AMBEV.

v) ainda relacionado com a questão anterior, se for o caso, para fins de comprovação dos ganhos e perdas das operações financeiras, devem ser levantados os 5 (cinco) maiores lançamentos a crédito e a débito das contas contábeis que registraram as aplicações financeiras e circularizada a administradora/gestora do fundo a apresentar os relatórios diários da carteira para conciliação dos resultados nele indicados com os lançamentos contábeis;

COMENTÁRIO: Ao longo dos trabalhos de fiscalização e das duas diligências realizadas, a Fiscalizada teve numerosas oportunidades para prestar esclarecimentos e apresentar os documentos que dão suporte aos lançamentos contábeis indicados em diversas intimações e no Termo de Verificação Fiscal. A Contribuinte nunca conseguiu demonstrar que seus os lançamentos contábeis têm suportes em documentos hábeis e idôneos. Tanto é que, para conseguir elaborar sua impugnação aos autos de infração, a AMBEV precisou comprar um laudo técnico elaborado pela empresa de auditoria KPMG. O laudo comprado também não conseguiu demonstrar que os citados lançamentos contábeis são lastreados em documentos hábeis e idôneos.

Cabe ressaltar que todos os itens da diligência foram devidamente contextualizados na resolução com a indicação dos elementos que causaram dúvida, documentos anexados etc, de modo que se esperava que a Autoridade Fiscal ao menos comentasse os referidos contextos.

Destaca-se, ainda, que durante o procedimento de fiscalização, o interessado anexou documentos comprobatórios, tais como instrumento particular de adesão ao sistema de proteção contra riscos financeiros – SPR, nota de negociação- swap, extratos do fundo, notas de corretagem, por exemplo. Cabem transcrever itens específicos da segunda diligência sobre a documentação comprobatória:

vii) especialmente sobre as operações de Swap Cambial, que passaram a ser controladas, calculadas e contabilizadas ser controladas, calculadas e contabilizadas pelo Risk Control em 2011, devem ser analisadas as memórias de cálculo de valorização do Swap que vinha sendo efetuado pelos profissionais da Ambev por meio de outros controles internos.

viii) quanto à inexistência de módulo para o controle e cálculo das valorizações de instrumentos financeiros derivativos - Opções, no sistema Risk Control, devem ser analisadas as memórias de cálculo dos contratos preparada com base nas informações da carteira do Fundo emitida diariamente.

ix) quanto aos documentos relacionados aos contratos de SWAP e planilhas com os resultados das respectivas operações, anexados ao termo de anexação de arquivo não paginável de fls. 2113 e que tratam de anexo de solicitação de Swap, nota de negociação - Swap, instrumento particular de adesão ao sistema de proteção contra riscos financeiros de contratos BOND (11, 13 e 17), bem como da planilha eletrônica com os ganhos e perdas líquida carteiras e detalhamentos Swaps, a Autoridade Fiscal deve informar se tais documentos foram analisados e qual a sua conclusão sobre a sua força probante.

xi) quanto às possíveis operações de cobertura (hedge), a Autoridade Fiscal deve informar se os documentos anexados às fls. 31013 a 84450 foram analisados e qual a sua conclusão sobre a sua força probante.

COMENTÁRIO: É impossível vincular memórias de cálculo e controles internos elaborados por profissionais da AMBEV com os lançamentos contábeis registrados por ela. Os profissionais da empresa nunca conseguiram fazer tal vinculação. Tanto é que, para tentar impugnar os Autos de Infração lavrados contra ela, a Fiscalizada precisou comprar um laudo elaborado pela empresa de auditoria KPMG.

Ainda, indagada a Autoridade Fiscal se permaneciam dúvidas quanto à documentação comprobatória relativa à composição da carteira do fundo. A resposta foi no sentido de sim, pois não haveria como vincular as planilhas que supostamente retratavam a carteira do fundo com os lançamentos contábeis registrados pela Ambev. Quanto aos ativos financeiros, respondeu que estes existiriam, mas que não tinha como vincular as variações nos preços desses ativos com os lançamentos contábeis registrados pela empresa.

Ademais, indagada sobre a análise das notas de corretagem e demais documentos anexados, a Autoridade Fiscal respondeu que não havia como correlacionar as poucas notas de corretagem e os poucos documentos apresentados com os lançamentos contábeis registrados pela Ambev.

Por fim, questionada sobre que documentos considera hábeis e suficientes para comprovação das operações, respondeu que seriam documentos que, ao menos em auditoria feita em amostras, pudessem ser perfeitamente correlacionados com as operações financeiras que a empresa alega terem sido efetuadas para ela através de fundos de investimento.

Como visto, a todo momento, a Autoridade Fiscal faz afirmações genéricas, sem demonstrar como chegou a tais conclusões, o que não pode ser aproveitado como motivação do lançamento. Se concluiu que não haveria como vincular as planilhas que supostamente retratavam a carteira do fundo com os lançamentos contábeis registrados pela Ambev, deveria demonstrar o porquê, indicando a metodologia utilizada para tentar fazer essa vinculação. Quanto aos ativos financeiros, se também não tinha como vincular as variações nos preços desses ativos com os lançamentos contábeis registrados pela empresa, deveria indicar esses ativos financeiros, demonstrar os lançamentos que foram feitos e indicar quais eram as dificuldades para realizar essa vinculação. Da mesma forma, se considerou que havia poucas notas de corretagem, deveria ter relacionado os valores que ficaram descobertos por tais documentos. Por fim, se considera que os documentos hábeis e suficientes para comprovação das operações seriam os que, ao menos em auditoria feita em amostras, pudessem ser perfeitamente correlacionados com as operações financeiras que a empresa alega terem sido efetuadas, deveria ter demonstrado que essa auditoria interna foi realizada e a amostra utilizada, apontando todas as evidências. Se não o fez, não cabe à Autoridade Julgadora fazê-lo, pois isso implicaria uma invasão de competência, transferindo para o contencioso a competência para realizar a auditoria.

O lançamento previsto no art. 142 do CTN é ato administrativo e, portanto, deve estar devidamente motivado.

A motivação é princípio de direito administrativo e consiste na exposição dos elementos que ensejaram a prática do ato administrativo, mais especificamente com a indicação de seus pressupostos fáticos e jurídicos, bem como a justificação do processo de tomada de decisão. Dessa forma, qualquer lançamento de crédito tributário deve conter todos os motivos fáticos e legais, bem como descrição precisa dos fatos ocorridos para sua apuração. Nesse contexto, não se admite alegações genéricas como as identificadas nos presentes autos.

Por outro lado, pela leitura do laudo de constatação (fls 31013/32098), em regra, a KPMG: (i) identificou o componente do derivativo das contas e extraiu os razões contábeis do sistema SAP; (ii) cruzou o valor total do razão e o saldo da respectiva rubrica contábil extraído do balancete de verificação da ECD para concluir sobre a correspondência dos saldos; (iii) após identificar os instrumentos financeiros, obteve as notas de corretagem referentes ao período analisado; (iv) certificou-se que o somatório de instrumentos financeiros nela indicados correspondia à quantidade de ativos boletados no sistema Risk Control e (v) concluiu que os maiores lançamentos a débito e a crédito estavam devidamente registrados no Risk Control e suportados por documentos hábeis e idôneos, ou seja, que os referidos lançamentos dizem respeito ao desdobramento de operações que efetivamente ocorreram e que estariam devidamente documentadas.

A KPMG destacou que o sistema Risk Control não possuía módulo para o vii) especialmente sobre as operações de Swap Cambial, que passaram a ser controladas, calculadas e contabilizadas Controle e Cálculo das valorizações de instrumentos financeiros derivativos – opção. Tal controle era feito manualmente pela companhia através de memória de cálculo dos contratos preparada com base nas informações da carteira do fundo emitida diariamente. Ainda, destacou que as operações de swap cambial objeto de análises passaram a ser controladas, calculadas e contabilizadas pelo Risk Control em 2011, sendo que o cálculo de valorização de Swap vinha sendo efetuada pelos profissionais da Ambev por meio de outros controles internos.

Além desses aspectos gerais, o laudo da KPMG apresentou quadro 13 (fl. 8837) com as rubricas contábeis objeto de verificação, código, descrição da conta e respectivo saldo final em 31/12/2010, relativas a 41 contas utilizadas no cálculo da glosa de R\$ 326.950.757,76. Na seqüência, para cada uma dessas contas, foi feita uma análise dos lançamentos contábeis selecionados para fins de comprovação com a indicação dos procedimentos adotados. Em cada análise, foi feita referência a quadros e anexos, que permitiram a KPMG concluir que os lançamentos verificados dizem respeito ao desdobramento de operações que efetivamente ocorreram e que estavam devidamente documentadas.

A título de exemplo, toma-se a conta 34055015 – HD BOND 11 – JUROS PASSIVOS, que possui o maior saldo no valor de R\$ 164.368.968,94. Foi explicado que, visando a proteger a exposição em relação à variação cambial de sua quotista em função da emissão de um título de dívida indexado em dólar americano (denominado Bond 11), realizou a contratação de operações de Swap.

Registrou que a contabilização dos referidos instrumentos financeiros foi realizada a partir de memórias de cálculos que demonstram os valores de: (i) juros ativos; (ii) juros passivos; (iii) variação cambial; (iv) marcação a mercado e (v) resultado do “gatilho” em contratos de Swap. O componente de derivativo registrado na rubrica foi o de juros passivos.

Selecionou os 5 maiores lançamentos a débito e registrou que não houve lançamento a crédito:

**QUADRO 13.(#34055015#).a – 5 Maiores lançamentos a débito da rubrica #34055015# - “HD BOND 11 – JUROS PASSIVOS”**

Lançamento Contábil Selecionado							
Rubrica	Nº doc.	Dt. lqto.	Mont. em M	Moeda	Texto	Referência Laudo	
34055015	100881090	31/12/2010	16.564.672,34	BRL	Operação Financeira HD Bond 11 - Juros P como ref.	Anexo 2.5015.1	QUADRO 13.(#34055015#).5.b
34055015	100520773	31/08/2010	15.592.367,48	BRL	Operação Financeira HD Bond 11 - Juros P como ref.	Anexo 2.5015.1	QUADRO 13.(#34055015#).2.b
34055015	100606086	30/09/2010	14.991.071,69	BRL	Operação Financeira HD Bond 11 - Juros P como ref.	Anexo 2.5015.1	QUADRO 13.(#34055015#).3.b
34055015	100438032	30/07/2010	14.955.067,97	BRL	Operação Financeira HD Bond 11 - Juros P como ref.	Anexo 2.5015.1	QUADRO 13.(#34055015#).1.b
34055015	100775722	30/11/2010	14.535.665,77	BRL	Operação Financeira HD Bond 11 - Juros P como ref.	Anexo 2.5015.1	QUADRO 13.(#34055015#).4.b
<b>TOTAL</b>			<b>76.638.845,20</b>				

A demonstração da comprovação dos 5 (cinco) maiores lançamentos a débito foi feita por mês, ou seja, nos meses de julho, agosto, setembro, novembro e dezembro. A título de exemplo, comenta-se o mês de maior saldo: dezembro 2010.

Para descrever o processo de comprovação do lançamento selecionado na rubrica contábil #34055015# - “HD BOND 11 – JUROS PASSIVOS”, a KPMG elaborou o fluxograma abaixo:



Assim descreveu:

1. Lançamento mais significativo – O lançamento selecionado no valor de R\$ 16.564.672,34 (débito), datado de 31.12.2010, corresponde aos juros passivos sobre os contratos de Swap.

2. Memória de cálculo dos juros – Conforme já mencionado, o lançamento analisado corresponde aos juros passivos relativos aos contratos de Swap, os quais foram contratados pelo Fundo de Investimento Júpiter a fim de proteger sua quotista Ambev de riscos relacionados à exposição de variação cambial em função da emissão de um título de dívida indexado em dólar americano (Bond 11).

Salientamos que o lançamento contábil objeto de nossas análises não foi realizado a partir de uma memória de cálculo gerada pelo sistema Risk Control.

Importante mencionar, neste ponto, que o Risk Control foi implementado no ano-calendário de 2009 e as operações que haviam sido contratadas antes da implementação do Risk Control foram migradas gradativamente para esse sistema em etapas.

As operações de Swap objeto de nossas análises passaram a ser controladas, calculadas e contabilizadas pelo referido sistema em 2011, e o cálculo de valorização do Swap vinha sendo efetuado pelos profissionais da Ambev por meio de outros controles internos.

Neste contexto, a fim de verificar a documentação-suporte para o lançamento contábil, obtivemos as memórias de cálculo dos referidos juros, nas quais foi possível evidenciar o valor contabilizado em dezembro de 2010 no montante de R\$ 16.564.672,34 (débito).

Incluímos tais memórias de cálculo nos Anexos abaixo relacionados.

#### **QUADRO 13.(#34055015#).5.b- Resumo das memórias de cálculo dos juros passivos**

Resumo da Memória de Cálculo do Swap (Bond 11)							
Contrato	Contraparte	Taxa ativo	Data da operação	Vencimento	Valor base	Valor do Juros em Dezembro	Referência Laudo
Swap	Citibank	12,3529	05/12/2005	14/12/2011	367.683.333,33	-	5.515.032,72 Anexo 2.5015.2
Swap	Santander	12,3529	05/12/2005	14/12/2011	367.683.333,34	-	5.524.819,81 Anexo 2.5015.3
Swap	Bank Boston	12,3529	05/12/2005	14/12/2011	367.683.333,31	-	5.524.819,81 Anexo 2.5015.4
Total dos juros passivos contabilizados em dezembro -						16.564.672,34	QUADRO 13.(#34055015#).a

Conforme demonstra o QUADRO acima, verificamos que os juros passivos referem-se a 3 (três) contratos de Swap, sendo o primeiro com o Banco Citibank (Anexo.5015.5), o segundo com o Banco Santander (Anexo.5015.6) e o terceiro com o Banco Boston (Anexo.5015.7), onde a soma dos JUROS PASSIVOS oriundos das 3 (três) memórias de cálculo (Anexo 2.5015.2, Anexo 2.5015.3 e Anexo 2.5015.4), correspondem ao valor do aludido lançamento contábil, conforme demonstrado no QUADRO 13.(#34055015#).a.

3. Contratos de Swap: A partir das memórias de cálculo citadas no tópico anterior, obtivemos os contratos de Swap realizados em função da emissão de um título de dívida indexado em dólar americano (Bond 11) que suportam a referida operação, conforme resumimos no QUADRO abaixo:

**QUADRO 13.(#34055015#).5.c – Resumo dos Contratos de Swap para o Bond 11**

Resumo dos Contratos de Swap (Bond 11)						
Contrato	Contraparte	Taxa ativo	Data da operação	Vencimento	Valor base	Referência Laudo
Swap	Citibank	12,3529	05/12/2005	14/12/2011	367.683.333,33	Anexo 2.5015.5
Swap	Santander	12,3529	05/12/2005	14/12/2011	367.683.333,34	Anexo 2.5015.6
Swap	Bank Boston	12,3529	05/12/2005	14/12/2011	367.683.333,31	Anexo 2.5015.7
<b>TOTAL</b>					<b>1.103.049.999,98</b>	

Desse modo, por meio de cruzamentos de informações (contraparte, financeiro, data inicial e data de vencimento) contidas nos contratos com informações contidas nas memórias de cálculo apresentadas pela Ambev, comprovamos que o lançamento de R\$ 16.564.672,34 (débito) efetuado no mês de dezembro de 2010 na rubrica contábil #34055015# está devidamente suportado por documentos e memórias de cálculo verificados, os quais foram incluídos como anexos ao presente Laudo.

Como visto, foram analisadas as memórias de cálculos dos juros passivos elaboradas pela Ambev, analisados os contratos de Swap apresentados e conciliados os valores para que a KPMG chegasse à conclusão de que os lançamentos estavam devidamente suportados por documentos e memórias. Neste caso específico, se a Autoridade Fiscal considerasse que os contratos de swap não eram suficientes para suportar os lançamentos, deveria ter indicado as razões para essa conclusão ou identificadas falhas nas memórias de cálculo.

4. Carteira do Fundo – A fim de constatar se os contratos de Swap apresentados no QUADRO 13.(#34055015#).5.c acima compõem a carteira do Fundo Júpiter, obtivemos o resumo da carteira do aludido Fundo (emitido pelo BTG Pactual) e a abertura das operações denominadas como “Swap Cambial” em 31.12.2010.

**QUADRO 13.(#34055015#).5.d – Resumo da Carteira do Fundo Júpiter em 31.12.2010**

Resumo da Carteira do Fundo Júpiter em 31.12.2010			
Resumo			Referência Laudo
Descrição	Financeiro	% PL	
PORTFOLIO INVESTIDO	59.418.725,90	32977,00%	
TAXA ADMINISTRACAO	- 58.527,28	0,00%	
<b>SWAP</b>	<b>- 382.755.618,54</b>	<b>-212429,00%</b>	<b>QUADRO 13.(#34055015#).5.c</b>
AJUSTE BMSF	- 9.572.042,51	-0,53%	
CDB-DI CDIE	446.839.117,61	247995,00%	
DESPEA AUDITORIA	- 6.712,24	0,00%	
DESPEA TX DE FISCALIZACAO	-	0,00%	
DESPEA ANBID	1.060,09	0,00%	
LTN OVER	979.938.733,55	543864,00%	
DESPEA CARTORIO	- 516,70	0,00%	
COMPROMISSADA LONGA	495.703.935,88	275115,00%	
CDB. ESC CDIE	25.673.325,06	14249,00%	
C/C SALDO FUNDO	12.034,32	0,00%	
NTNF PRE	186.603.876,43	103565,00%	
CAIXA EXTERNO	10.438,18	0,00%	
<b>Patrimônio Líquido - Dez/2010</b>	<b>1.801.807.829,75</b>		

**QUADRO 13.(#34055015#).5.e – Composição das Operações de Swap (31.12.2010)**

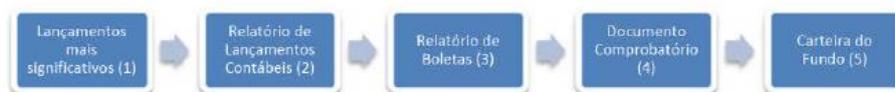
Composição das Operações SWAP (31.12.2010) - Fundo Júpiter									
Swap Carteira (saldo Júpiter)									
Data	Vencimento	Contraparte	Taxa Ativo Financeiro	Ind. Ativo	Ind. Passivo	Resultado	% PL	Referência Laudo	
34/12/2011	09/12/2009	BANCO ITALIANO S/A	12,5520	187.888.555,35	PTXV	CDIE	-6.035.792,05	-2,7000%	(2) / QUADRO 13.(#34055015#).5.c
34/12/2011	09/12/2009	BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.	12,5520	367.603.333,33	PTXV	CDIE	-52.685.686,39	-2,9200%	QUADRO 13.(#34055015#).5.c
34/12/2011	09/12/2009	ITIBANK S/A	12,5520	367.603.333,33	PTXV	CDIE	-50.334.757,25	-2,7000%	QUADRO 13.(#34055015#).5.c
11/09/2013	09/12/2009	BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.	10,2841	718.000.000,00	PTXV	CDIE	-79.404.198,70	-4,4000%	
11/09/2013	09/12/2009	UNIBANCO - UNICÃO DE BANCOS BRASILEI	10,2841	396.888.555,35	PTXV	CDIE	-190.718.895,08	-10,3800%	
03/01/2011	21/10/2009	BANCO ITALIANO S.A.	0	21.012.500,00	PTXV	PRE	0,00	0,0000%	
02/01/2012	29/12/2010	BANCO ITALIANO S.A.	9,9540	330.820.000,00	PRE	PTXV	8.304.369,80	0,4600%	
02/01/2012	29/12/2010	BANCO ITALIANO S.A.	9,9060	126.573.600,00	PRE	PTXV	4.718.407,00	0,2600%	
03/01/2011	29/12/2010	BANCO ITALIANO S.A.	0	330.820.000,00	PTXV	PRE	-7.460.000,00	-0,4100%	
03/01/2011	29/12/2010	BANCO ITALIANO S.A.	0	126.573.600,00	PTXV	PRE	-4.328.800,00	-0,2400%	
02/01/2012	29/12/2010	BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.	9,0911	330.820.000,00	PRE	PTXV	8.108.993,90	0,4500%	
03/01/2011	29/12/2010	BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.	9,0911	330.820.000,00	PTXV	PRE	-7.980.000,00	-0,4000%	
02/01/2012	29/12/2010	MERRILL LYNCH S/A CTVM	9,8999	330.820.000,00	PRE	PTXV	7.948.895,00	0,4400%	
03/01/2011	29/12/2010	MERRILL LYNCH S/A CTVM	0	330.820.000,00	PTXV	PRE	-7.260.000,00	-0,4000%	
03/01/2011	29/12/2010	BANCO ITALIANO S.A.	-9,9900	170.768.250,00	PRE	PTXV	1.835.879,00	0,1000%	
03/01/2011	29/12/2010	BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.	-9,9364	341.536.500,00	PRE	PTXV	3.705.750,00	0,2000%	
03/01/2011	29/12/2010	DEUTSCHE BANK S/A - DEU ALEMAGO	-2,9440	170.768.250,00	PRE	PTXV	2.004.750,00	0,1100%	
03/01/2011	29/12/2010	BANCO BRADESCO S/A	0,4000	170.545.500,00	PRE	PTXV	1.652.874,50	0,1000%	
03/01/2011	29/12/2010	BANCO SOCIETE GENERALE BRASIL S/A	5,1115	87.908.384,27	PRE	PTXV	1.007.201,39	0,0500%	
17/08/2013	29/12/2010	DEUTSCHE BANK S/A - DEU ALEMAGO	12,25	778.208.589,02	PRE	PTXV	10.576.894,20	0,5800%	
Swap Indices									
Data	Venc	Contraparte	Taxa Ativo Financeiro	Ind. Ativo	Ind. Passivo	Resultado	% PL		
24/07/2017	24/07/2007	ITIBANK S/A	8,1000	300.000.000,00	PRE16S	CDIE	15.383.437,46	0,8500%	
01/08/2011	29/11/2010	BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.	0,0000	88.380.580,00	PTXV EUR	PRE	-2.851.199,42	-0,1600%	
<b>Total das operações de SWAP</b>						<b>-382.735.618,34</b>	<b>QUADRO 13.(#34055015#).5.d</b>		

Com base na composição das operações de Swap que compõem a carteira do Fundo (Anexo Geral IX, pág. 12), verificamos que as informações de contraparte, taxa ativo, financeiro, data inicial e data de vencimento correspondem às informações constantes nos contratos de Swap demonstrados no QUADRO 13.(#34055015#).

Diante dos procedimentos de verificação realizados, constatamos que o lançamento selecionado na conta #34055015# - "HD BOND 11 – JUROS PASSIVOS, datado de 31.12.2010, no valor de R\$ 16.564.672,34 (débito), relativo aos juros calculados sobre as operações de Swap contratadas pelo Fundo Júpiter, está devidamente suportado por documentos hábeis e idôneos.

Em suma, o referido lançamento diz respeito ao desdobramento de operações que efetivamente ocorreram e que estão devidamente documentadas.

Esse procedimento foi utilizado na análise de várias contas que registraram as operações de swap. Ou seja, nesses casos, considerando que o sistema Risk Control não possuía módulo para o Controle e Cálculo das valorizações de instrumentos financeiros derivativos – opção, a Ambev elaborava memória de cálculo com base nas informações da carteira do fundo emitida diariamente. Nos casos em que o sistema Risk Control estava parametrizado para gerar os lançamentos, o fluxo incluía também a análise do relatório de lançamentos contábeis e relatório de boletas, representado a seguir:



Nesse contexto, cita-se a conta contábil 34055002 – REC.FIN.HD HEDGE – JUROS PONTA ATIVA. Nesse caso, para os lançamentos selecionados, verificou os saldos da conta a partir do relatório de lançamentos contábeis e relatório de boletas, evidenciou as notas de corretagem, o resumo da carteira do Fundo Júpiter e a composição das operações.

Portanto, eventuais falhas identificadas nos documentos apresentados durante o procedimento de fiscalização ou nos documentos anexados durante os dois procedimentos de diligência teriam que se evidenciadas pela Autoridade Fiscal Autuante, pois há documentos anexados, cuja análise das falhas não pode ser transferida para Autoridade Julgadora, sob pena de inovação na motivação do lançamento. Ao invés de assim proceder, reduziu a acusação fiscal a uma simples nota de rodapé e a afirmações genéricas nos relatórios de diligência.

Ademais, se o real motivo para a glosa fosse a falta de documentação comprobatória, deveria ter sido glosada a totalidade das despesas e não apenas o valor que excedeu as receitas decorrentes de operações realizadas no mercado de renda variável e swap.

Portanto, o motivo apresentado pela Autoridade Fiscal no sentido de que não havia documentos hábeis e idôneos a suportar os lançamentos contábeis não se sustenta e deve ser afastado.

39. Verifica-se, portanto, que as operações realizadas foram fartamente documentadas e administração tributária não realizou adequada análise sobre as provas apresentadas pela contribuinte, razão pela qual o acórdão recorrido *está correto em reconhecer a existência de documentos hábeis e idôneos para afastar a acusação de falta de documentação probatória.*

40. Outrossim, a decisão da DRJ exonerou os lançamentos em relação às deduções indevidas do IRPJ apurado (a) *a título de estimativas compensadas e não homologadas e (b) imposto pago no exterior.*

41. Em resumo, essas deduções foram glosadas porque aguardavam o resultado de processo administrativo diverso onde se discutia tais pagamentos, no caso, o Processo n.º 16692.720481/2014-76.

42. A DRJ observou que os créditos ali discutidos foram reconhecidos pelo CARF, conforme o Acórdão n.º 1402-004.010, em 13 de agosto de 2019, que reconheceu o saldo negativo de IRPJ decorrente do imposto pago no exterior quanto as estimativas compensadas e suas respectivas homologações

43. A decisão de 1ª instância consignou, ainda, que o referido saldo negativo é resultado do reconhecimento dos citados direitos nas seguintes importâncias: (a) Estimativas compensadas reconhecidas: R\$ 137.331.604,02; (b) pagamentos de IR no exterior: R\$ 256.743.976,25. Assim, concluiu que, *como parcelas de composição do direito creditório, deve-se afastar a glosa da dedução indevida dessas estimadas do imposto apurado.*

44. Considero que tal solução é adequada, pois a matéria foi solucionada pelo CARF em processo diverso, que apurou a existência de tais créditos e os mesmos não podem ser desconsiderados.

45. Assim, nego provimento ao Recurso de Ofício.

### **DO RECURSO VOLUNTÁRIO**

46. Insta analisar o fundamento central da autuação que motivou o lançamento foi motivado pela desconsideração das operações realizadas pelo Fundo Júpiter, atribuindo todas os contratos diretamente em nome da AMBEV. S.A.

47. A motivação baseou-se na alegação de planejamento tributário abusivo, razão pela qual é necessário partir dessa análise para verificar se o eixo central da autuação se sustenta e em que medida reflete sobre as exigências objeto do processo.

## DA ALEGAÇÃO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO PARA DESCONSIDERAR AS OPERAÇÕES REALIZADAS PELO FUNDO JÚPITER

48. Como indicado no preâmbulo deste voto, a administração tributária concluiu que a criação do Fundo Júpiter consistiu na realização de planejamento tributário abusivo por meio do qual a AMBEV S.A. realizava diversas operações financeiras consideradas ilegítimas, porquanto não existiria autonomia da atuação do referido fundo, administrado pelo Banco BTG Pactual.

49. A desconsideração do Fundo Júpiter está registrado na decisão da DRJ, uma vez que o Fisco concluiu o trabalho de auditoria para *afastar o regime jurídico-tributário aplicável aos fundos de investimento, avaliando os fatos tal como ocorridos, ou seja, considerando as operações como diretamente realizadas pela AMBEV no mercado de renda variável e aplicando as normas tributárias pertinentes a essas operações. Ao desconstituir o fundo, o resultado das operações financeiras devem ser analisadas individualmente, como se tivessem sido feitas pela interessada separadamente, que foi a forma como também foi contabilizada.*

50. O TVF consignou inicialmente que os efeitos das operações financeiras tratadas nos autos foram atribuídos diretamente à recorrente, *em razão do fundo de investimento utilizado não ser autônomo, sendo na realidade mera extensão de sua investidora exclusiva – a AMBEV S.A.*

51. Sobre a criação do fundo, a administração tributária indica as seguintes respostas da contribuinte para tal providência, conforme indica o TVF:

*A Intimada havia esclarecido anteriormente que: é quotista do Fundo Multimercado Júpiter, o qual configura-se como fundo de investimento privado, devidamente constituído na forma de condomínio aberto, conforme determina a Instrução Normativa CVM n.º 409/04. DOC.9*

*O Fundo tem como objetivo propiciar a valorização de suas quotas por meio da aplicação dos recursos em diversos ativos financeiros. Os principais ativos do Fundo Júpiter são investimentos em dólar futuro, non-deliverable forwards (NDFs), swaps, títulos públicos e CDBs (títulos de renda fixa). Como se percebe, a política de investimento do Fundo é ampla e prevê aplicações em diversos instrumentos financeiros, inclusive derivativos para proteção das operações de sua cotista.*

*Nesse contexto a intimada esclarece que, conforme previsto em sua Política de Administração de Risco todos os derivativos contratados, acima referidos, possuem natureza de hedge e visam proteger as atividades da Intimada em relação à variação de diversos fatores financeiros, tais como, mas não limitado a variações no câmbio e taxas de juros.*

A COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS constituiu, sob a administração do Banco BTG PACTUAL, dois fundos exclusivamente seus para, através deles, realizar operações de swaps e em mercados de renda fixa e renda variável.

O Regulamento do citado FUNDO JÚPITER dispõe, em seu artigo 5º, que “tem como objetivo propiciar a valorização de suas quotas mediante a aplicação dos recursos dos quotistas, feita pela ADMINISTRADORA, de forma alavancada ou não, em diversos

mercados, tais como ouro, câmbio, títulos e valores mobiliários, juros, quotas de fundos de investimento, títulos públicos e derivativos”. DOC.10

52. Vê-se que a criação do Fundo Júpiter, inicialmente titularizado por outro fundo da recorrente – Fundo Plutão – e posteriormente cotizado unicamente pela própria companhia, foi devidamente justificada, tanto em relação ao próprio fundo, cuja existência tinha como objetivo regulatório valorizar suas cotas mediante aplicações financeiras diversas, dentre elas, com derivativos, quanto em relação à sua cotista qualificada e única, que pretendia proteger seus ativos mediante contratos de cobertura, notadamente cambial, valendo-se da proteção de *hedge* com investimentos derivativos.

53. Acerca dos registros do fundo, a decisão recorrida consignou – para justificar a falta de análise da administração tributária quanto aos documentos juntados aos autos e afastar a acusação de falta de documentos hábeis e idôneos – que o administrador do fundo, Banco BTG Pactual, foi intimado durante a fiscalização e apresentou diversos documentos que comprovavam as operações.

54. Observe-se o que a DRJ consignou sobre os documentos apresentados pelo administrador e que jamais foram analisados pela administração tributária (grifou-se):

Neste ponto, cabe mencionar que o Banco BTG Pactual fora circularizado durante o procedimento de fiscalização. **A resposta a tal circularização foi anexada às fls. 1053 a 1055, seguida de diversos arquivos não pagináveis incluídos nos autos por meio do termo de anexação de arquivo não paginável de fls. 2116.** Na resposta, foram apresentados os seguintes itens:

c) Item 4: **apresenta a composição das carteiras dos Fundos JÚPITER e PLUTÃO** ao longo dos anos-calendários 2010, 2011 e 2012 (Doc. n.º 03);

d) Item 5: **apresenta os extratos de evolução diária das cotas dos Fundos JÚPITER e PLUTÃO** ao longo dos anos-calendários 2010, 2011 e 2012 (Doc. n.º 03);

e) Item 6: **apresenta os extratos de aporte e resgate nos Fundos JÚPITER e PLUTÃO** nos anos-calendários 2010, 2011 e 2012 (Doc. n.º 05);

(...)

i) Item 10: a) **apresenta o resultado financeiro das aplicações realizadas em fundo offshore** (Doc. n.º 06);

b) **apresenta a relação das operações realizadas no mercado brasileiro** (Doc. n.º 06);

j) Item 11: vide documentação apresentada no Item 10.b (Doc. n.º 06);

1) Item 12: apresenta **demonstrativo indicando todas as retenções de Imposto de Renda realizados pelos Fundos JÚPITER e PLUTÃO** (Doc. n.º 07);

m) Item 13: vide documentação apresentada no Item 4 (Doc. n.º 03);

n) Item 14: apresenta o **livro razão dos Fundos JÚPITER e PLUTÃO** referente aos anos de 2010, 2011 e 2012 (Doc. n.º 08);

(...)

Conforme se verifica, o BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM apresentou a composição das carteiras dos fundos (planilhas com diversas informações tais como rentabilidade, compromissada over, compromissada longa, títulos públicos e privados, etc), extrato de evolução diária das cotas dos Fundos (planilha com data, valor da cota líquida e valor do patrimônio), extratos de aporte e resgate nos fundos (tabela com dados da movimentação do período: data, operação de resgate ou aquisição, valor da quota na movimentação, quantidade de quotas, financeiros da movimentação, IOF, IR pago no resgate, Financeiro Líq. Resg.) entre outros documentos, o que gerou dúvidas sobre a efetiva análise dessa documentação pela Autoridade Fiscal Autuante.

55. Verifica-se que as informações relacionadas às operações do fundo foram devidamente prestadas durante a fiscalização, sem que a administração tributária tenha realizado análise das mesmas para contextualizar a pretensa falta de autonomia do mesmo.

56. A própria DRJ afastou os argumentos trazidos no TVF de que não foram apresentados documentos hábeis e idôneos para comprovar as operações do Fundo Júpiter durante fiscalização que antecederam aos lançamentos. Como então pretender desconsiderar todas as suas operações com base em outros critérios que não passaram ao crivo da análise da documentação que registra as inúmeras operações do próprio fundo?

57. Caberia à administração tributária, antes de tudo, investigar e fiscalizar as transações titularizadas pelo fundo de investimento para desqualificar aquelas que foram consideradas ilegítimas, com as consequências tributárias que envolvem o próprio fundo.

58. Importa registrar que, para fins tributários, os fundos têm vida própria, tributação própria, registros fiscais próprios. Para desqualificar sua atuação, antes de tudo, é preciso se debruçar sobre suas operações e seus registros. Nada disso foi feito! A administração tributária não analisou os dados trazidos aos autos e não apresentou controvérsias sobre as operações realizadas e titularizadas pelo fundo. Simplesmente, não foram considerados.

59. E por que não? Como foi possível desconsiderar as transações em nome do fundo e considerar em nome da cotista?

60. Basicamente, o TVF traz dois rápidos argumentos:

O Regulamento do citado FUNDO JÚPITER dispõe, em seu artigo 5º, que “tem como objetivo propiciar a valorização de suas quotas mediante a aplicação dos recursos dos quotistas, feita pela ADMINISTRADORA, de forma alavancada ou não, em diversos mercados, tais como ouro, câmbio, títulos e valores mobiliários, juros, quotas de fundos de investimento, títulos públicos e derivativos”. DOC.10

Em consulta aos contratos de swaps, ainda vigentes, fornecidos em atendimento ao Termo de Intimação nº 2 foi constatado que a FISCALIZADA, em regra, assina como coobrigada nas obrigações neles dispostas, evidenciando que o referido fundo não é autônomo. Ou seja, ele é uma simples extensão de sua investidora exclusiva – a AMBEV. DOC.11

A figura abaixo ilustra, um dos contratos de BOND firmado com o BankBoston S/A, datados de 2005, que amparam as operações de cobertura, ocorridas no ano-calendário 2010, onde se verifica que o cliente “Fundo Júpiter”, cujas cotas pertencem exclusivamente a AMBEV são garantidas por ela mesmo.

61. A administração tributária não desenvolveu o tema para além desses fundamentos. Limitou-se a justificar a desconsideração de todas as operações em nome do fundo, sem sequer analisar os documentos apresentados pelo banco administrador. O próprio TVF consigna que *o Banco BTG Pactual informou que como administradora e controladora dos Fundos Júpiter e Plutão elaborava os relatórios de carteira, que eram enviados diariamente para a AMBEV, via e-mail, para posterior processamento no sistema interno da beneficiária* (fls. 186342).

62. Como é possível tamanha omissão? Entendo não ser possível, pois isso subverte a legalidade tributária e as exigências de adequação do lançamento do crédito tributário.

63. O agente autuante chegou à conclusão de que as operações realizadas pelo Fundo Júpiter deveriam ser desconsideradas em razão da suposta “divergência” entre as respostas prestadas pelo seu administrador e pelas informações apresentadas pela AMBEV S.A. É importante, portanto, verificar quais foram as respostas e seus respectivos contextos probatórios apresentados à época da fiscalização.

64. Primeiro, a contribuinte foi intimada a identificar quais operações eram por ela realizadas e quais eram instrumentalizadas através do fundo, indicando as razões para seguir tal modelo de negócio. Solicitou-se, ainda, informações de como as informações eram repassadas ao administrador do fundo (Banco BTG Pactual), solicitando os respectivos documentos de suporte para análise (conforme Termo de Intimação n.º 4 de fls. 44/45), assim redigido (com grifos):

#### INTIMAÇÃO:

*1 – Informar **por que os investimentos não foram feitos diretamente pela COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS**, CNPJ 02.808.708/0001-07, **em vez de ter sido feitos através do FUNDO PLUTÃO e/ou do FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO PRIVADO JÚPITER - INVESTIMENTO NO EXTERIOR**, CNPJ n.º 01.290.897/0001-06, **esclarecendo por que as aplicações/resgates no/do referido FUNDO não foram efetuadas diretamente por ela;***

*2 – Para efeito de contabilização, **como foram repassados pelo BANCO BTG PACTUAL**, CNPJ n.º 59.281.253/0001-23, **os registros, informações e documentos que dão suporte aos lançamentos contábeis que a referida Incorporada, ao longo de 2010, registrou em virtude de operações praticadas pelo FUNDO PLUTÃO e pelo FUNDO JÚPITER;***

65. A contribuinte apresentou as seguintes respostas aos questionamentos formulados pela administração tributária, conforme RESPOSTAS À INTIMAÇÃO 4 (fls. 2051/2054 – com grifos):

#### QUANTO AO QUESTIONAMENTO 1

**Resposta:** Em conformidade com a sua política de riscos, **a Intimada utiliza instrumentos financeiros com objetivo de proteger seu patrimônio contra variações de taxas de juros, commodities e taxa de câmbio para as quais a Intimada encontra-se exposta no curso normal de suas operações.**

Não obstante, considerando que a administração direta de instrumentos financeiros não reflete a atividade econômica preponderante da Intimada, **a Intimada optou pela utilização da estrutura de Fundos de Investimento, no caso, Fundo Plutão e Fundo Júpiter, administrado por instituição bancária que estaria apta a garantir a correta execução das atividades de um Fundo de Investimento.** Somado a isso, o volume diário de transações faria com que a Intimada fosse obrigada a manter uma complexa estrutura de

suporte, uma vez que as atividades de um Fundo de Investimento demandaria grande número de pessoas exclusivas para este fim.

## QUANTO AO QUESTIONAMENTO 2

**Resposta:** Em relação ao processo de registro de informações contábeis relacionados aos fundos acima citados, a Intimada informa que o controle das operações realizadas pelo Fundo Júpiter e Plutão são efetuados pelo Sistema Interno de Controle de Tesouraria da Intimada (denominado Risk). Uma vez que tais fundos são entidades distintas da Intimada, aludido sistema é alimentado diariamente com informações disponibilizadas pela administradora dos fundos ("carteiras"), à época o BTG Pactual.

O sistema risk também recebe informações de diversos órgãos divulgadores de índices de mercado, como por exemplo da SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, CETIP - Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos, sistemas Bloomberg, informações da Bolsa de Valores de São Paulo (BM&F Bovespa) entre outros.

Com base neste rol de informações, referido sistema efetua valorização e subsequente registro dos derivativos no livro contábil da Intimada. Em adição, com o objetivo de garantir a acuracidade dos registros e cálculos de seu sistema, a Intimada recebe periodicamente as carteiras do administrador do Fundo, que são utilizadas para conferência das informações do Sistema Risk.

Insta salientar que os procedimentos relacionados às operações dos Fundos em tela são submetidos à auditoria independente, bem como estão em consonância com o processo de certificação dos controles internos no contexto da lei de Sarbanes-Oxley (SOX).

66. Nota-se que as respostas da contribuinte segregam as operações realizadas pelo Fundo Júpiter, titular das operações com derivativos. Evidentemente, havia um controle interno das operações mediante sistema próprio para fins de registros contábeis, intitulado *Sistema Risk*, porém, as decisões sobre as operações financeiras eram realizadas diretamente pelo fundo.

67. Tais explicações revelam que a AMBEV S.A. explicou ao Fisco os fundamentos econômicos que justificavam a realização das transações através de fundo de investimento, notadamente porque *a administração direta de instrumentos financeiros não reflete a atividade econômica preponderante da Intimada*, bem como porque *as atividades de um Fundo de Investimento demandaria grande número de pessoas exclusivas para este fim*.

68. Posteriormente, o administrador do fundo (Banco BTG Pactual) também foi intimado a demonstrar documentos e justificar as operações realizadas pelo fundo, tendo-os apresentado regularmente, junto com o acervo probatório não avaliado pela administração tributária. Tais documentos estão listados como arquivo não paginável de fls. 2116, juntamente com a resposta formal de fls. 1056, onde se vê os seguintes fundamentos apresentados pelo administrador do fundo (grifou-se):

**Item 8: informa que não possui os elementos necessários para responder se os Fundos JÚPITER e PLUTÃO eram utilizados para realizar operações de cobertura (hedge) e de swaps para proteger ativos e passivos da AMBEV. Isto porque, como administradora e controladora dos respectivos Fundos, tinha como responsabilidade assegurar que as operações estivessem em conformidade com as políticas de investimento constantes nos regulamentos vigentes e com as normas regulatórias, bem como acompanhar as implicações das operações para os Fundos, não tendo competência sobre motivações externas.**

69. Essa foi uma parte da resposta dada pelo administrador, mas a administração tributária entendeu que a atuação do fundo não seria autônoma, sob o pálido argumento (e somente ele) de que *os esclarecimentos prestados pelo BTG PACTUAL contradizem, portanto, a argumentação da Fiscalizada de que o FUNDO JÚPITER fez operações de cobertura (hedge) de posições dela* (fls. 2159).

70. Entendo que os fundamentos indicados pelo Fisco para desconstituir uma operação dessa natureza são insuficientes e revelam desconhecimento das obrigações dos gestores e das inclinações das companhias para realizarem investimentos dessa natureza.

71. Também não há irregularidade na realização das alavancagens de negócios com derivativos realizados pelo fundo terem sido garantidos pela própria AMBEV S.A., uma vez que isso não revela, por si só, a pretensa falta de autonomia do Fundo Júpiter. Não há anormalidade do cotista ser instado a participar da operação – que é do fundo, não da cotista –, mas atribuindo seu peso econômico com garantias para permitir melhor condições na contratação dos contratos financeiros.

72. Parece-me muito claro que a resposta do administrador do fundo foi adequada, pois a função estatutária do gestor do fundo era corretamente *assegurar que as operações estivessem em conformidade com as políticas de investimento constantes nos regulamentos vigentes e com as normas regulatórias, bem como acompanhar as implicações das operações para os Fundos*.

73. Não cabia ao gestor verificar as motivações da AMBEV S.A. – que denominou de “motivações externas” – para aplicar recursos e afetar contratos de cobertura cambial para fins de proteção. Não há problema algum de que a companhia tenha objetivado realizar tal proteção, pois faz parte das métricas naturais de mercado.

74. Ao gestor do fundo, cabia realizar os investimentos de forma adequada e obter os ganhos necessários à valorização das respectivas cotas, como objetivamente foi feito. Evidentemente, foram realizados contratos de cobertura patrimonial com derivativos, dentre eles, operações com *swap*, mas nada que tenha se demonstrado fora da realidade de mercado.

75. O próprio regulamento do fundo (fls. 975 e seguintes) estabelece as condições de funcionamento e determina que sua política de investimento envolve vários fatores de risco, sem o compromisso de concentração em nenhum fator especial ou em fatores diferentes das demais classes existentes (art. 4º). O art. 5º do referido regulamento prevê tais condições, que respondem a muitos dos questionamentos relacionados ao presente processo (grifou-se):

**Artigo 5º** - O FUNDO tem como objetivo propiciar a valorização de suas quotas mediante a aplicação dos recursos dos quotistas, feita pela ADMINISTRADORA, de forma alavancada ou não, em diversos mercados, tais como ouro, câmbio, títulos e valores mobiliários, juros, quotas de fundos de investimento, títulos públicos e derivativos. Na seleção dos ativos que comporão a carteira do FUNDO, bem como em sua concentração, a ADMINISTRADORA observará as melhores perspectivas de retorno para os quotistas e os limites de diversificação que sejam ou venham a ser impostos pela legislação aplicável.

**Parágrafo Primeiro** - Através da análise dos cenários macroeconômicos nacionais e internacionais, dos riscos de mercado, de crédito e liquidez, são definidas, pela Administradora, as estratégias e a seleção de ativos do Fundo, respeitando-se sempre a

legislação, as normas e regulamentos aplicáveis, bem como as diretrizes estabelecidas no regulamento do Fundo. **As decisões de alocações do Fundo baseiam-se no emprego de uma metodologia que usa a avaliação macroeconômica, fazendo uma análise quantitativa, monitorando o risco de mercado, bem como uma análise fundamentalista com a qual se define e controla o risco de crédito existente.**

**Parágrafo Segundo – O FUNDO poderá realizar operações no mercado de derivativos em valores superiores ao seu patrimônio, sem qualquer restrição com relação a alavancagem do seu patrimônio líquido.**

**Parágrafo Terceiro - O gerenciamento de risco do FUNDO é realizado através de um rigoroso controle do Value at Risk de cada um dos ativos que compõem sua carteira.** O cálculo do VaR (Value at Risk) do FUNDO é realizado utilizando-se o modelo de simulação histórica, de forma que nenhuma hipótese a respeito da distribuição estatística dos eventos é realizada. Além disso, são preservadas todas as correlações entre os ativos e as classes de ativos presentes no produto. Deve ser ressaltado que os resultados apresentados pelo modelo possuem grau de confiabilidade limitado, de forma que perdas maiores que aquelas observadas nos relatórios de risco podem ocorrer.

76. Nota-se que a resposta dada pelo administrador do fundo em nada é incompatível com as normas regulamentares para seu funcionamento, bem como não há qualquer incompatibilidade com o que foi informado pela cotista investidora (AMBEV S.A.).

77. Apenas se informou que as operações com derivativos – amplamente prevista no regulamento do fundo – estavam dentro das políticas de investimento do fundo, cabendo ao administrador assegurar o alcance dos objetivos regulamentares, sem ter que se atentar a motivações externas.

78. Não há qualquer contradição com o que informou a recorrente ao ser indagado sobre suas motivações. Suas intenções eram, sim, de cobertura de seus contratos, mas os aportes que fez no fundo e a afetação que deu aos seus ativos e obrigações submetidas a risco poderiam igualmente ser afetados dentro do próprio fundo, desde que houve regularidade nas operações perante o mercado, como de fato ocorreu.

79. Vê-se dos autos que todas as operações foram informadas pela administradora e constam o arquivo não paginável de fls. 2116. Dentre tais documentos, pode-se observar a existência de:

- a) Respostas formais às três intimações;
- b) estatutos sociais e procurações;
- c) cotas diárias do Fundo Júpiter e Plutão;
- d) extrato diário liquidação por aquisição e resgate das operações realizadas pelos fundos;
- e) livros razões (em planilha) com todas as operações e suas informações históricas e do momento em todos os anos-calendários fiscalizados;
- f) planilhas detalhadas com todas as carteiras dos fundos;
- g) demonstrações financeiras dos fundos.

80. Chama a atenção que as demonstrações financeiras não foram analisadas pela administração tributária. Nelas é possível observar a *demonstração da composição e diversificação das aplicações*, onde se vê que as aplicações com derivativos é apenas um dos pontos que compõe a operação do fundo, havendo outras a serem consideradas, inclusive, títulos de renda fixa e variável.

81. Tal demonstração revela que as operações do fundo eram reais, de fato existiam, com vários fatores a serem considerados, para além dos contratos com derivativos, que envolviam alocação de riscos que eram concentrados e administradores no fundo.

82. Ademais, revela a evolução do valor da cota e sua rentabilidade, com indicação clara de que a existência do fundo estava relacionada a seus objetivos regulamentares, como se vê dos relatórios que integram as suas demonstrações, a saber:

#### Demonstração da evolução do valor da quota e da rentabilidade

A rentabilidade bruta proporcionada pelo Fundo durante o exercício é demonstrada como se segue:

Data	Patrimônio líquido médio	Valor da quota	Evolução do valor da quota e da rentabilidade			
			Rentabilidade em %			
			Fundo		Índice de mercado (*)	
		Mensal	Acumulada	Mensal	Acumulada	
31/03/2009	-	0,0103	-	-	-	-
30/04/2009	1.110.492	0,0106	3,28%	3,28%	0,84%	0,84%
31/05/2009	749.464	0,0060	-43,03%	-41,16%	0,77%	1,62%
30/06/2009	499.311	0,0058	-4,53%	-43,82%	0,75%	2,38%
31/07/2009	298.349	0,0036	-37,08%	-64,65%	0,78%	3,18%
31/08/2009	265.511	0,0015	-60,04%	-85,87%	0,69%	3,89%
30/09/2009	697.640	0,0012	-18,30%	-88,46%	0,69%	4,61%
31/10/2009	333.296	0,0007	-38,05%	-92,85%	0,69%	5,33%
30/11/2009	692.168	0,0007	-3,63%	-93,11%	0,66%	6,02%
31/12/2009	676.590	0,0006	-10,51%	-93,83%	0,72%	6,79%
31/01/2010	921.334	0,0007	15,64%	-92,87%	0,66%	7,49%
28/02/2010	1.135.667	0,0007	-6,59%	-93,34%	0,59%	8,13%
31/03/2010	1.220.306	0,0007	1,12%	-93,20%	0,76%	8,95%

(\*) Refere-se à variação mensal e acumulada da taxa de juros interbancária (CDI) que é o benchmark adotado pela Administradora.

Data	Patrimônio líquido médio	Valor da quota	Evolução do valor da quota e da rentabilidade			
			Rentabilidade em %			
			Fundo		Índice de mercado (*)	
		Mensal	Acumulada	Mensal	Acumulada	
31/03/2010	-	0,0006917	-	-	-	-
30/04/2010	1.259.014	0,0006835	(1,18%)	(1,18%)	0,66%	0,66%
31/05/2010	1.437.436	0,0007236	5,87%	4,62%	0,75%	1,42%
30/06/2010	1.817.947	0,0007246	0,14%	4,76%	0,79%	2,22%
31/07/2010	2.331.642	0,0007304	0,79%	5,59%	0,86%	3,10%
31/08/2010	2.864.777	0,0007333	0,41%	6,02%	0,89%	4,01%
30/09/2010	3.255.029	0,0007253	(1,10%)	4,85%	0,84%	4,89%
31/10/2010	3.062.775	0,0007346	1,29%	6,21%	0,81%	5,74%
30/11/2010	2.782.699	0,0007341	(0,07%)	6,13%	0,81%	6,59%
31/12/2010	2.088.314	0,0007027	(4,27%)	1,60%	0,93%	7,58%
31/01/2011	1.546.052	0,0007178	2,15%	3,78%	0,86%	8,50%
28/02/2011	1.532.017	0,0007248	0,97%	4,78%	0,84%	9,42%
31/03/2011	1.581.375	0,0006992	(3,53%)	1,08%	0,92%	10,42%

(\*) Refere-se à variação mensal e acumulada da taxa de juros interbancária (CDI) que é o benchmark adotado pela Administradora.

83. Penso que a existência do fundo está demonstrada e nunca houve razões para desconsiderar suas operações. Sua atuação no mercado foi comprovada e os fatos trazidos no TVF para deconstituir as transações que realizou e atribui-las diretamente à AMBEV S.A. são frágeis, além de não encontrarem respaldo nos fatos documentos apresentados.

84. Importa registrar que a administração foi devidamente realizada por terceiro contratado, tendo sido cumpridas exigências da Instrução CVM 409/2004, com suas alterações posteriores, que trata desse tipo de operação. Aliás, tal normativo determina que *independente da responsabilidade solidária a que se refere o § 2º, o administrador responde por prejuízos decorrentes de atos e omissões próprios a que der causa, sempre que agir de forma contrária à lei, ao regulamento e aos atos normativos expedidos pela CVM (§3º do art. 57).*
85. De fato, o administrador manteve durante todo o tempo responsabilidade por todas as transações realizadas pelo fundo. Não é porque se tratava de *fundo exclusivo* – modalidade em que o investidor é considerado *qualificado* e se torna *cotista único* – que a autonomia do administrador deva ser afastada.
86. Não há elementos suficientes para desconsiderar as transações em nome do fundo. Não há nenhum elemento fático (e-mails, comunicações, estudos, relatórios, etc.) que tenha sido citado para justificar a desconsideração do Fundo Júpiter, apenas as respostas à fiscalização – e já se viu que não houve anormalidade alguma nelas – e a consideração de que a contribuinte registrava contabilmente os fluxos de investimentos do fundo através de sistema interno denominado *Risk Control*.
87. Vislumbro que há um *erro insuperável* na desconsideração de 100% das operações realizadas pelo fundo, sendo impossível apurar a materialidade infracional apontada nos autos.
88. Nesse sentido, entendo que a DRJ equivocou-se em dois aspectos. Primeiro, porque manteve a desconsideração das operações do fundo para atribuir a titularidade das operações à AMBEV. S.A., fato que demonstra ser inservível toda a apuração baseada nesse critério central. Em segundo análise, porque pretendeu refazer grande parte do lançamento tributário, através de duas diligências em que se aprofundou o trabalho de fiscalização para chegar a uma materialidade possível dos lançamentos realizados.
89. Identifico um grande esforço de auditoria realizado pela DRJ. De fato, tudo que não fora analisado anteriormente pelo agente autuante foi aprofundado pelo colegiado de piso, que parametrizou a realização de dupla diligência para verificar (a) se as operações realizadas foram efetivamente de *hedge* – onde a regra de aproveitamento de prejuízo não se limita aos ganhos realizados – e, caso não fossem, (b) se os contratos de *swap* não realizados para cobertura de riscos futuros atenderam aos limites de dedutibilidade, dentre outras análises.
90. Tal investigação foi muito além do que promoveu a administração tributária e, nesse aspecto, penso que o esforço dos julgadores da DRJ se prestou a “salvar” os inúmeros equívocos dos lançamentos em referência. Assim, o acórdão recorrido infringiu o art. 146 do CTN, ainda que demonstre zelo técnico de inegável qualidade.
91. Contudo, não é preciso sequer aprofundar tal análise, uma vez que a DRJ partiu das mesmas premissas para validar os argumentos da administração tributária, ou seja, equivocadamente desconsiderou as operações do efetivo titular das operações controvertidas nos autos, no caso, o Fundo Júpiter.

92. Assim, os autos de infração que justificam seus lançamentos devem ser desconstituídos, porquanto inexistente a materialidade infracional que afeta diretamente seus fundamentos.

93. Importa observar que a existência de contratações de derivativos pelo Fundo Júpiter, tendo a AMBEV S.A. como cotista exclusiva, não é matéria nova no CARF, pois foram realizados julgamentos anteriores em relação a anos-calendários diferentes. A mesma fiscalização gerou outros lançamentos que foram desafiados em processos administrativos diversos.

94. Um deles já foi apreciado pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, cujo julgamento foi concluído por unanimidade de votos, no sentido de desconstituir os autos de infração pelos mesmos motivos apresentados nesse voto, vale dizer, porque foi reconhecida a autonomia e a regularidade das operações do Fundo Júpiter.

95. A referida decisão foi prolatada em 2017 e teve a seguinte ementa e voto, aqui reproduzida para fortalecer as razões de decidir aqui encampadas:

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.

Voto

...

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 ano natimorto, 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. 14511452).

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. 14281429).

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:

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.

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.

(Acórdão nº 1401-002.027 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 15 de agosto de 2017, unânime)

96. Note-se que aquela turma de julgamento considerou nulo o lançamento em razão da alegação de falta de documentação, que aqui também foi reconhecido pela DRJ e que ora mantenho, não como nulidade material, mas como matéria de mérito, porquanto não suscitada como tal.

97. Esse Colegiado (turma 1201) também apreciou o mesmo caso, quando julgou Recurso de Ofício que tratara de período diverso. Naquela oportunidade, reconheceu-se o vício material do lamento, pelas mesmas razões, ou seja, porque não seria possível desconstituir as operações realizadas pelo Fundo Júpiter, por decisão unânime.

98. A decisão da turma foi prolatada em 11 de abril de 2023, com a seguinte ementa e voto, aqui também reproduzida como complemento das presentes razões de decidir, a saber:

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ATO ADMINISTRATIVO. FALTA DE JUSTIFICAÇÃO RACIONAL. VÍCIO RELACIONADO À MOTIVAÇÃO. NULIDADE.

No âmbito do direito administrativo, motivo significa as circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição do ato administrativo. No que tange à motivação, trata-se da explicação ou expressão dos motivos do ato administrativo, ou seja, é a exposição do raciocínio que conduz ao ato, fundando-se sobre elementos de fato e de direito, gerando as consequências ali expostas. Os vícios relacionados à motivação do ato administrativo dizem respeito não só a sua ausência, mas também na sua insuficiência, ininteligibilidade ou incongruência, quando tais defeitos impeçam que haja uma verdadeira e efetiva justificação do ato.

Havendo os citados vícios, de natureza material, no lançamento tributário, ato administrativo vinculado aos motivos e à motivação que lhe ensejaram, necessário reconhecer sua nulidade.

Voto

...

Da leitura, fica claro que a Autoridade Fiscal se amesquinhou na sua função de motivar a desconsideração da documentação apresentada pela contribuinte para respaldar suas despesas com perdas advindas da utilização de instrumentos financeiros. Afinal, diante de todo o contexto descrito acima, de fato a conclusão que se chega é que apesar da afirmação da autoridade autuante no sentido de ter analisado a documentação, não há nos autos nenhum dado objetivo que possa confirmar tal afirmação. Assim, fazendo coro com a decisão recorrida, a conclusão que chego é que não houve a afirmada análise da documentação dos fundos. Tampouco as contas de receita foram analisadas. Afinal, a pergunta segue aberta: por que não são hábeis e idôneos os registros contábeis da Recorrente, feito com base nos contratos, notas de negociação, descrição dos fundos, dos sistemas utilizados (Risk Control)? Não se sabe.

Pois bem. Vejamos as consequências dessa situação, para fins de validade do ato administrativo de lançamento tributário.

Como ensina Odete Medauar,<sup>1</sup> “no âmbito do direito administrativo, *motivo* significa *as circunstâncias de fato e os elementos de direito* que provocam e precedem a edição do ato administrativo. Por exemplo: o ato administrativo punitivo tem como motivo uma conduta

do servidor (circunstância de fato) que a lei qualificou como infração funcional (elemento de direito).”

No que tange à motivação, a doutrina costuma conceituá-la como a explicação ou expressão dos motivos do ato administrativo.

Nesse sentido, a ideia de motivação relaciona-se a um discurso, um conjunto de signos linguísticos com a finalidade de justificar racionalmente o ato motivado. É assim que Araújo Cintra define a utilização o instituto: “através da motivação o agente público procura argumentar no sentido de convencer seja o particular interessado, seja a coletividade, de que aquele determinado ato administrativo tem sua razão de ser, tanto no plano da legalidade como no da oportunidade e conveniência.”<sup>2</sup> Ou seja, é a exposição do raciocínio que conduz ao ato, fundando-se sobre elementos de fato e de direito, gerando as consequências ali expostas.

Munido desses conceitos, o renomado jurista bem coloca que são três as modalidades de vício relacionados ao motivo que podem acometer ato administrativo: *i*) a inexistência de norma jurídica que lastreie a sua prática; *ii*) a inexistência de fato que ensejaria a sua emanção; e *iii*) inadequação entre motivos de fato e de direito, "o que ocorre quando os fatos verificados não se subsumem na hipótese normativa." Paralelamente, haverá vício quanto à motivação do ato administrativo não só na ausência de motivação, mas também na sua insuficiência, ininteligibilidade ou incongruência, "quando tais defeitos venham a impedir que a motivação represente uma verdadeira e efetiva justificação do ato".

No presente caso, portanto, é evidente o vício na motivação do lançamento, já que a autoridade lançadora não foi capaz justificar racionalmente o discurso adotado para a sua atuação administrativa. Com efeito, é clara a insuficiência das razões adotadas pela autoridade fiscal para justificar a glosa das despesas da Contribuinte e, por conseguinte, para efetuar a cobrança tributária de IRPJ e CSLL.

Havendo o citado vício material no lançamento tributário, ato administrativo plenamente vinculado, este Colegiado deve reconhecer sua invalidade.

Isto porque a legislação brasileira relacionou o lançamento tributário entre aqueles atos administrativos que obrigatoriamente devem ser motivados (artigo 142 do CTN; artigo 10, inciso III e IV do Decreto 70.235/72 e artigos 2º, caput, incisos VII e VIII e 50, inciso I da Lei n. 9.784/99). Por conseguinte, à sanção jurídica para o vício relacionado ao motivo e/ou a motivação é a sua nulidade, como já determinou este Conselho em outras oportunidades (Acórdão 3402-005.541), inclusive em caso análogo ao presente, da mesma contribuinte (1401-002.027).

Afinal, tal vício fere a essência do ato administrativo, culminando na impossibilidade de seu efetivo controle, seja interno (pelo órgão expedidor, vale dizer, a Receita Federal), seja externo (por outro órgão com competência para análise de seus requisitos legais, como o Poder Judiciário). Isto porque, sendo impossível compreender as reais razões que motivaram a exação do ato administrativo, fica o administrado cerceado do seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Em outras palavras: como guerrear algo infundado?

Por isso que o Decreto 70.235/72, em seu art. 59, inciso II, tratou de expressamente de determinar a sanção de nulidade aos atos exarados com preterição do direito de defesa.

Ademais, o art. 142 do Código Tributário Nacional é categórico quando impõe à autoridade lançadora a obrigação de verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável. No presente caso, a determinação da matéria tributável, desconsiderando as provas apresentadas pelo contribuinte, não aconteceu efetivamente.

Diante dessas considerações, entendo que dever ser mantida a decisão *a quo*, que bem concluiu sobre a nulidade do lançamento tributário em julgamento, por vício material.

### Dispositivo

Dessa forma, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

99. As soluções dadas pelo CARF em relação aos mesmos fatos e envolvendo a mesma contribuinte demonstram, sem dúvidas, que as operações realizadas pelo Fundo Júpiter não podiam ser desconsideradas.

100. A solução interpretativa para solucionar a presente celeuma exige a observância do princípio da proporcionalidade, que é condição do próprio Estado Democrático de Direito, mesmo que não esteja – e nem precisaria estar – positivado diretamente na Constituição Federal, mas exsurge em razão na necessidade de *preservar a ideia de justiça material diante do princípio da segurança jurídica*, conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes<sup>1</sup>, sendo confirmado, ainda, por autores como Paulo Bonavides, que contempla a existência do princípio mediante cotejo das demais normas garantidoras de direitos fundamentais, a saber:

Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não-expressa dos direitos e garantias, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade de Constituição.<sup>2</sup>

101. Exige-se a aplicação de tal princípio sempre que a controvérsia jurídica analisada demande a verificação da razoabilidade da medida proposta – nela consideradas a *necessidade e adequação* que são partes do princípio da razoabilidade – e a realização da justiça – considerada como *proporcionalidade em sentido estrito*.

102. Ao se aplicar a proporcionalidade, considerando-se seu valor jurídico como princípio constitucional, o intérprete deve lhe conferir posição de destaque, a fim de que esteja no ápice da pirâmide normativa proposta por Kelsen e possa sublimar seus efeitos sob as situações jurídicas postas à análise interpretativa. Segue-se aqui à proposta doutrinária de Willis Santiago Guerra Filho, para que *o princípio da proporcionalidade é capaz de dar um ‘salto hierárquico’ (hierarchical loop) ao ser extraído do ponto mais alto da ‘pirâmide’ normativa para ir até a sua ‘base’, onde se verificam os conflitos concretos, validando as normas individuais ali produzidas, na forma de decisões administrativas, judiciais, etc.*<sup>3</sup>

103. E como alcançar os elementos da proporcionalidade? Como responder ao que é necessário, adequado e justo? O caso concreto dirá, mas há considerações gerais que podem responder a essas perguntas.

104. Este relator já teve oportunidade de manifestar seu posicionamento em artigo publicado que tratou sobre *a proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*,

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar. Jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>3</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Coord.). Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 275.

cujas razões ali indicadas apontam para a solução da presente demanda. Eis o resumo do que importa à presente análise (grifou-se):

Deverá o intérprete, assim, verificar se a norma infracional é alcançada pelo elemento da **adequação ou idoneidade, que consiste na condição de que o meio utilizado pelo legislador é apropriado e oportuno à finalidade pretendida**. Indaga-se a pertinência da norma ao objetivo pleiteado, considerando todos os parâmetros que o ordenamento jurídico determina, devendo ser afastada a norma quando o resultado pretendido pela sua aplicação demonstre inadequação com as garantias constitucionais e com os direitos da parte contra quem a norma infracional é dirigida ou que seja impertinente à obtenção de uma finalidade de interesse público.

...

Outrossim, além de adequado, **o ato normativo deve ser o menos gravoso à obtenção da finalidade lícita a que se destina, devendo-se perquirir se é possível alcançar a pretensão estatal de forma alternativa menos prejudicial, que leve a resultado semelhante, para que se tenha cumprido o segundo requisito: a necessidade ou exigibilidade**. Note-se que caberá ao intérprete analisar a existência de outros meios possíveis para o atendimento da finalidade pública perquirida.

Por fim, ainda que determinada circunstância passe pelo desafio do crivo da adequação e da necessidade, tem-se que **o ato normativo deverá atender à proporcionalidade em sentido estrito, a qual demanda que a medida escolhida entre duas possíveis seja a que menor dano cause àquela que se afaste, servindo à ponderação e ao balanceamento dos preceitos existentes no ordenamento jurídico**. Assim, “De um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, do outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela” (SARMENTO, 1996)<sup>4</sup>.

105. Traçados os parâmetros, observa-se que a desconsideração das operações financeiras do Fundo Júpiter não se amolda em nenhum fator do princípio da proporcionalidade, pois caberia à administração tributária demonstrar que sua constituição teria sido desnecessária, inadequada e injusta.

106. Em primeira abordagem, não é possível identificar qualquer desvio de finalidade institucional em criar fundos exclusivos. O ordenamento jurídico objetivamente os regulamente e autoriza seu funcionamento (Instrução CVM 409/2004). Ao contrário, os fundos são uma forma de estimular investimentos, inexistindo razões para demonizá-los.

107. Quando ao segundo requisito da proporcionalidade, a adequação também foi devidamente demonstrada, porquanto as atividades do fundo foram comprovadas de acordo com seu regulamento. Seriam inadequadas se colocassem em risco suas atividades ou se a impedisse de alcançar seus objetivos estatutários, mas nada disso efetivamente ocorreu.

108. Ao fim, há de se investigar se quesito da proporcionalidade em sentido estrito foi atendido, ou seja, se a existência do fundo e de suas operações regulares impede, direta ou indiretamente, o Fisco de analisa-las e tributar tanto as operações do próprio fundo quanto os ganhos realizados pelo cotista.

---

<sup>4</sup> ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. A Proporcionalidade e os Limites ao Poder Sancionador Tributário. In: Novos Tempos do Direito Tributário, Coords.: VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CESTINO JÚNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Priscilla Régia de Oliveira. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p. 74-76.

109. Para escolher o caminho certo a seguir – e aqui me valho de critério de sopesamento que não inflija direitos da contribuinte e também do próprio Fisco –, colho de antiquíssima lição de Aristóteles que propugna que *a justiça realiza “um certo tipo de proporção.(...) E o justo assim entendido é um meio com relação aos extremos, que prejudicam a proporção (o proporcional é de fato meio; e o justo, por outro lado, é proporcional).(...) Tudo isto nos possibilita concluir que o justo – em sentido em que aqui o entendemos – é o proporcional, e que o injusto, ao contrário, é o que nega a proporção. Na injustiça, um dos termos torna-se, então, muito grande e o outro, muito pequeno”*<sup>5</sup>.

110. Penso ser inteiramente desproporcional em seu sentido estrito, norteado pelo fator justiça, desconsiderar operações regulares de fundos de investimentos sem qualquer fundamento que permita atribuir artificialidade em suas operações.

111. Para além de tudo isso, entendo os lançamentos objeto desde processo administrativo relativizam a segurança jurídica em sua máxima expressão. Ao desconsiderarem tais operações e tornarem sem efeito os diversos investimentos instrumentalizados pelo fundo de investimento, abalaram a previsibilidade que se espera de todos os negócios jurídicos, bem como afetaram a mínima confiança legítima exigida da atuação de todos os agentes públicos.

112. A solução proposta há de promover, em maior escala possível, o princípio constitucional da segurança jurídica, sob a égide da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das normas jurídicas postas. No caso concreto, deve-se perquirir se a aplicação do comando normativo:

- a) Indica ao destinatário plena e incontestável *cognição* da extensão dos efeitos possíveis, de forma a exigir da contribuinte que fique impedida de constituir fundos exclusivos de investimento;
- b) Autoriza de forma *confiável* que o sujeito passivo opte pelo caminho escolhido;
- c) Permite *calcular* os efeitos jurídicos das opções lícitas realizadas através de atos jurídicos autorizados pela norma.

113. Sobre o assunto, cite-se a notória contribuição acadêmica de Humberto Ávila, para quem *“Só se pode planejar e agir quando há segurança para planejar e para agir. Segurança é, deste modo, um meio à realização das liberdades individuais, uma espécie de princípio funcional relativamente àquelas. Afinal, quem não pode confiar nas condições jurídicas para a realização de seus atos guardará distância das grandes realizações, já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade plasmar a própria via de acordo com os próprios projeto”*<sup>6</sup>.

114. O autor ainda que controverte a necessidade de realização da segurança com foco nos três problemas interpretativos centrais:

O primeiro problema refere-se à falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe exatamente qual é a regra válida. Se aquele sabe qual é esta última, não

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. Obra jurídica. Livro I. São Paulo: Ícone Editora, 1997.

<sup>6</sup> ÁVILA, Humbert. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 80.

conhece bem o que ela determina, proíbe ou permite. As regras não são acessíveis, abrangentes, compreensíveis ou inclusive suficientemente determinadas. Elas não são, enfim, orientadas para o usuário, já que deixam de prever as informações relevantes para o comportamento que aquele deve adotar. Com isso, o Direito perde a sua função orientadora. O direito, para usar aqui uma expressão enfática, deixa de ser sério. O cidadão torna-se dominado por leis que desconhece, relevando o princípio de que a ignorância das leis não escusa o seu cumprimento quase um sarcasmo.

A segunda questão diz respeito à carência de confiabilidade do ordenamento jurídico. O cidadão não sabe se a regra, que era e é válida, ainda continuará válida. E, quando ele sabe disso, não está segundo se essa regra, embora válida, será efetivamente aplicada ao seu caso. Regras e decisões são, pois, inconstantes. O Direito não é sério – e também deixa de ser levado a sério.

O terceiro entrave diz com a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o cidadão não sabe bem qual norma irá valer. As possibilidades de apreensão de informações sobre futuras decisões são muito pequenas. O Direito, por conseguinte, não é previsível nem calculável. O cidadão, assim, não sabe se o Direito, que já não é sério nem é levado a sério no presente, serão também levado a sério no futuro.

A ausência ou pouca intensidade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito instalam a incerteza, a descrença, a indecisão no meio social, fazendo com que se coloquem dúvida até mesmo princípios tradicionais, como a segurança jurídica, a capacidade contributiva, a igualdade e a legalidade.

115. Penso que se faz necessário assegurar previsibilidade às relações jurídicas e, nesse contexto, não vejo problemas jurídicos em admitir a constituição de fundos exclusivos por investidores qualificados.

116. Pretender desconsiderar as operações do fundo em questão vai de encontro à promoção da segurança jurídica, pois exige do sujeito passivo uma *cognição* bastante controvertida – tanto que aqui afastada – dos efetivos possíveis, não lhe permite uma concepção *confiável* sobre o caminho a percorrer e o impede de *calcular* os efeitos jurídicos das opções lícitas realizadas através de atos jurídicos autorizados pela norma.

117. A segurança jurídica não é apenas um vetor ordenador do sistema jurídico, pois sua escolha não é opcional. Afinal, conforme leciona Bobbio, ela não é um mito nem uma ilusão, como entende parte da doutrina, mas é *algo necessário (um elemento intrínseco) para a existência do Direito*<sup>7</sup>.

118. Na aplicação do Direito, a segurança jurídica exsurge da tentativa mandatária do intérprete de lhe conferir máxima efetividade, razão pela qual não é possível castrar direitos com base em presunções que não reproduzam fielmente a realidade.

119. O caso dos autos não reproduz essa realidade. As razões até que indicadas confirmam essa conclusão.

120. Os objetivos a serem alcançados com a busca da segurança jurídica se revelam nos atributos da *previsibilidade de comportamentos e controle de expectativas*, conforme notável ensinamento de Helene Taveira Torres, a saber:

---

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. La certezza del Diritto é um mito? Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n.º 28, 1951, p. 150.

A previsibilidade de comportamentos e o controle de expectativas é a marca e o sentido do direito na sociedade. Por isso a *certeza do direito* é uma garantia contra o arbítrio dos intérpretes, mas também um meio de garantir a “orientação” das condutas, para que todos saibam previamente quais são os seus direitos e deveres e os cumpram na maior medida possível. [...]

[...]

A certeza do direito, conseqüentemente, é um conteúdo expressivo do princípio da segurança jurídica, certamente sua porção mais significativa e que, em termos objetivos, corresponde à prévia determinação de todos os elementos necessários à qualificação dos elementos fáticos e subjetivos necessários para a constituição de qualquer obrigação tributária, ademais dos critérios para determinação da dívida tributária, procedimentos de arrecadação, fiscalização e cobrança e todas as demais conseqüências, como garantias, obrigações acessórias ou deveres formais e eventuais sanções pelo descumprimento de quaisquer desses deveres. Quanto menor o espaço para o arbítrio (*princípio da interdição da arbitrariedade*), ao reduzir o campo de indeterminação dos conceitos (*lex certa, stricta e completa*), maior a garantia da segurança jurídica”.<sup>8</sup>

121. Assim, a segurança jurídica não é princípio abstrato, mas comando constitucional mandatório. Cabe ao intérprete conferir à norma, na análise do caso concreto, a maior realização possível da segurança jurídica, pautado nos critérios acima apontados, considerando-se a acessibilidade do conteúdo normativo, sua anterioridade, inteligibilidade, continuidade e estabilidade.

122. Promover a segurança jurídica na aplicação do Direito, afastando elementos de incerteza e imprecisão, é a forma eficaz de evitar que a mesma se torne “*um gigante com pés de argila (un colosse aux pies d’argile)*”<sup>9</sup>, conforme feliz menção de Anne-Laure Valembos. Por isso mesmo, seguindo a proposta acadêmica de Humberto Ávila, “*mais do que tentar saber ‘por que’ a segurança jurídica deve ser protegida, intentar-se-á delimitar ‘como’ ela deve ser realizada*”<sup>10</sup>.

123. Levando-se em consideração tais premissas, penso que a interpretação que melhor assegura a realização da segurança jurídica para o caso de desconsideração de operações financeiras realizadas por fundo de investimento exigem da administração tributária apresentar sólidas razões de artificialidade das operações.

124. Isso não foi comprovado, ao contrário, não foi levantado nenhum tipo de ilicitude que justifique desconsiderar as operações realizadas pelo fundo e atribuí-las diretamente à contribuinte.

125. As alegações de planejamento tributário abusivo esbarram na realidade fática trazida aos autos, devendo-se, portanto, serem afastadas.

126. O combate à artificialidade de mecanismos jurídicos apontados pela administração tributária para coibir a evasão fiscal é importante e deve pautar a proteção à legalidade e à boa-fé das relações jurídicas, mas não autoriza a administração tributária a valer-se

<sup>8</sup> TORRES, Heleno Taveira. Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 265-266.

<sup>9</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit français. Paris: LGDJ, 2005, p. 202.

<sup>10</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 95.

de instrumentos antijurídicos para pretender alcançar fatos econômicos não relacionados com o contribuinte, atribuindo-lhe a pecha da simulação, fraude, conluio, abuso de direito, artificialidade de condutas ou falta de propósito.

127. Apontar ilegalidade inexistente é tão deletério quanto a praticar!

128. Não obstante, as conclusões apriorísticas do fisco sobre as escolhas que levam companhias a buscarem estruturas societárias para realizar operações lícitas em diversos contextos reflete muito mais o desconhecimento dos agentes administrativos quanto às demandas econômicas do que verdadeira relevância argumentativa. Com efeito, em excelente estudo doutrinário sobre “*O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade*”, vê-se as seguintes e lúcidas conclusões:

Embora a tributação seja um influenciados na atração de empresas, não é ele o que prepondera. Quando o assunto é investimento estrangeiro direto (IED) genuíno, os tributos ocupam a quarta ou quinta posição na ordem do que é considerado pelos investidores. Antes, são apontados outros fatores tidos como mais importantes, a exemplo de: estabilidade política e instituições fortes, infraestrutura, acesso a mercados e matérias-primas e mão de obra qualificada.

No mesmo sentido, a OCDE estende que a política fiscal e seus incentivos ocupam um espaço limitado na tomada de decisão do local onde será alocado o IED. Assim, é errado analisar a questão a partir de uma lógica essencialmente do país, mas, numa perspectiva nacional, não é estatisticamente tão relevante, uma vez que isso não torna o país desinteressante a investimentos externos por si, o que parece ser verificado no mundo real.

(OLIVEIRA, José André Wanderley Dandas de; HOLMES, João Marcelo. *O planejamento Tributário Abusivo das Transnacionais e a Erosão das Bases Tributárias: entre a Legalidade e a Moralidade*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 658).

129. Conhecer os senões que estão além da fria relação tributária demanda interesse pela investigação da realidade que cerca o intérprete e o aplicador do direito, que deve estar atento ao conteúdo interdisciplinar com áreas afins ao Direito Tributário, historicamente encaixotado no conforto de repetições apriorísticas. Seja porque, no mundo real, o direito mais se cumpre do que se descumpre, o propósito comercial mais existe do que se simula, mas conceber isso como uma realidade demanda escolha interpretativa que exige do ourives jurídico lapidar os porquês e os “praquês” da fenomenologia jurídica ao par da realidade econômica, nem sempre transparente às lentes de quem a investiga.

130. Cotejar a interdisciplinaridade destes senões, conforme notável lição do Professor – e também i. Conselheiro deste Colegiado – Jeferson Teodorovicz, “*Trata-se, portanto, de uma atitude de abertura epistemológica ou ‘abertura de pensamento’*. *O diálogo (recíproco) entre disciplinas é essencial para a efetivação da interdisciplinaridade. O cientista avança sobre o campo de interesse comum de outros ramos do conhecimento, permitindo-se receber contribuições de outras áreas.*” (TEODOROVICZ, Jeferson. *O Direito Tributário Brasileiro e a Interdisciplinaridade: Perspectivas, Possibilidades e Desafios*. In RDTA Revista Direito Tributário Atual. vol. 48. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 578).

131. Ressalte-se, ainda, que as conclusões a que chegou a administração tributária para concluir por uma pretensa – e ao meu ver inexistente – artificialidade na conduta do contribuinte em manter a estrutura societária proposta para, supostamente, reduzir artificialmente a carga

tributária como no caso em apreço, não encontra guarida na realidade indicada nos autos processuais, nem se justifica pelas teorias de escol que pretendem desconstituir negócios sob o prisma do dever de solidariedade que subjaz ao denominado *Dever Fundamental de Pagar Tributos*, conforme ensino do professor português José Casalta Nabais<sup>11</sup>.

132. É bem verdade que tal teoria, utilizada inadequadamente, pode levar o intérprete apressado a pressupor que, sendo fundamental o dever do contribuinte de pagar tributo, deve o mesmo organizar seus negócios de forma a sujeitar-se à opção tributária mais onerosa. Ora, se pagar é um dever, tudo aquilo que fosse contrário ao pagamento seria ilegal (reitere-se que é um argumento hipotético e equivocado).

133. Trata-se de equívoco interpretativo, até porque não é isso que a teoria prega. *Não se pode conceber um livro pela capa ou uma teoria pelo título!*

134. No Brasil, há grandes professores que defendem o dever de pagar tributos como algo ínsito às sociedades modernas, a exemplo do professores Ricardo Lobo Torres<sup>12</sup>, Marcus Abraham<sup>13</sup>, Marco Aurélio Greco<sup>14</sup>, Marciano Seabra de Godoi<sup>15</sup>, Sérgio André Rocha<sup>16</sup>, Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>17</sup>, Klaus Tipke<sup>18</sup>, Douglas Yamashita<sup>19</sup>, dentre outros. Citam o dever de solidariedade social e as exigências ínsitas coexistência da vida comum como elemento que torna admissível um dever coletivo fundamental de pagar tributos.

135. Mas a doutrina nunca pretendeu justificar – e isso fica evidente em todas as obras citadas – pela opção da ilegalidade, do excesso, da desproporção ou da injustiça na cobrança de tributos, assim como não serve de parâmetro nem justifica qualquer tentativa de maximização de arrecadação, nem impõe ao contribuinte o exercício de escolha à tributação mais onerosa.

136. Note-se que os defensores da teoria do dever fundamental de pagar tributos *não afastam*, em nenhuma hipótese, todos os limites e travas do ordenamento jurídico ao exercício do poder de tributar<sup>20</sup>. O próprio Prof. José Casalta Nabais dedica grande parte de sua obra para

<sup>11</sup> NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Almedina: Coimbra, 1998.

<sup>12</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Solidariedade e justiça fiscal*, In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). *Estudos de Direito Tributário: Homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Rio: Forense, 1998; TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas constitucionais tributários*. In: BALEEIRO, Aliomar (Org.). *Tratado de direito tributário brasileiro*. t. II. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

<sup>13</sup> ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>14</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Do Poder à Função Tributária*. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

<sup>15</sup> GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André (Organizadores). *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. GODOI, Marciano Seabra de. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

<sup>16</sup> ROCHA, Sérgio André. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

<sup>17</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação e Elusão Legislativa da Constituição do Crédito Tributário*. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (Coordenadores). *Direitos Fundamentais e Estado Fiscal: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

<sup>18</sup> TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Cite-se o Professor Marciano Seabra de Godoi, também, um dos grandes defensores da teoria, para quem “a afirmação das íntimas relações entre solidariedade e tributo e o reconhecimento da existência de um dever

advertir que as limitações constitucionais e legais protetivas do contribuinte não são afetadas pelo reconhecimento desse dever coletivo.

137. É dizer: Não há dever fundamental de pagar *ilegalmente* tributo, tanto quanto inexistente dever fundamental do contribuinte de sujeitar-se a excessos ou a qualquer exigência que não esteja objetivamente parametrizada pela licitude.

138. Exatamente por isso, propõe-se aqui um novo olhar hermenêutico que afaste as amarras interpretativas sobre a teoria, passando a concebê-la não apenas sob a égide do dever fundamental de pagar tributos, mas sob a compreensão do dever fundamental de pagar (*legalmente*) tributos<sup>21</sup>.

139. Essa proposta autoriza admitir que todos estão conectados às demandas sociais exigidas pela solidariedade comunitária ínsita ao Estado Fiscal, exigindo de pessoas físicas e jurídicas o cumprimento do dever colaborativo tributário, porém, reforça que o dever fundamental de pagar tributo nunca nascerá da ilegalidade, em quaisquer de suas modalidades.

140. Dito de outro modo, nas circunstâncias em que, licitamente, o contribuinte realizar ato jurídico que importe em economia tributária válida, sem mácula ou vício previsto no ordenamento jurídico, ou seja, sem patologia de forma, de vontade, de intenção ou ocultação, ter-se-á como inválida a exigência da exação que dele decorra, inexistindo dever fundamental de pagar *ilicitamente* tributos. Trata-se da realização do *princípio da tributação conforme a lei*<sup>22</sup>, em última instância, o princípio da legalidade, como elemento basilar do ordenamento jurídico, cuja aplicação conjunta torna possível o reconhecimento do dever jurídico em apreço.

141. Assim, ainda que se admita que a existência do princípio da solidariedade social que justifica a existência do dever fundamental de pagar (legalmente) tributo, tal fato não tem a aptidão de afastar, limitar ou inviabilizar outros princípios e regras que integram a ordem constitucional e validam juridicamente o fenômeno da tributação, sobretudo, as limitações constitucionais ao poder de tributar e os direitos fundamentais do contribuinte. Em circunstâncias que desafiem o intérprete à derrotabilidade (*defeasibility*)<sup>23</sup> de algum deles, o dever fundamental de pagar (legalmente) tributos não terá ascendência sobre os demais, sugerindo-se a solução a partir do sobreprincípio da proporcionalidade e da técnica do balanceamento (*balancing*), a fim

---

*fundamental de pagar impostos poderão causar espécie e ser mal compreendidos. Poder-se-ia pensar que o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos credenciaria o Estado a exigir dos contribuintes qualquer tipo de prestações tributárias, enfraquecendo os limites formais e materiais do poder de tributar. De outra parte, poder-se-ia concluir que a vinculação do tributo com a solidariedade constitui uma ‘desculpa’ ou um ‘pretexto’ para justificar a cobrança de exações com graves violações das limitações constitucionais do poder de tributar”* (GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: \_\_\_\_\_ (Coords.) GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p.158).

<sup>21</sup> Tais reflexões levaram este Relator a produzir texto acadêmico tratando do assunto, cf. ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. O Dever Fundamental de Pagar (legalmente) Tributos: Significado, Alcance e Análise de Precedentes do Carf. Revista Direito Tributário Atual nº 51. ano 40. p. 197-224. São Paulo: IBDT, 2º quadrimestre 2022.

<sup>22</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *Revisitando o tema da obrigação tributária*. In: \_\_\_\_\_ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário – Homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

<sup>23</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights: *Proceedings of the Aristotelian Society*. Londres, XLIX, p. 171-194, 1948.

de alcançar solução verdadeiramente justa, servindo de freios e contrapesos do próprio ordenamento jurídico.<sup>24</sup>

142. Penso ser essa a hipótese em análise, onde não é possível vislumbrar, a meu sentir, qualquer pecha de ilegalidade que justifique a desconsideração da realidade fática que levou a administração tributária de atribuir artificialidade à conduta do sujeito passivo. Não houve simulação, dolo, fraude, conluio, não se comprovou ausência de propósito negocial na composição societária em apreço, não houve omissão de registros contábeis nos balanços da companhia envolvida e do fundo a ela relacionado, razão pela qual não é possível validar a pretensão fazendária de alcançar os fatos econômicos indicados nos autos de infração.

143. Consigne-se que a administração tributária presume a artificialidade da estrutura sociedade da contribuinte a partir de um critério de abusividade e, ainda que não deixe claro, pretende justificar a autuação na norma geral antielisiva prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, *observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*.

144. Impende ressaltar que este julgamento não desconsidera o julgamento da ADI 2.446 pelo STF, que julgou constitucional o art. 1º da LC 104/2001, o qual acrescentou o parágrafo único do art. 116 do CTN. Em nenhum momento esta Relatoria entende ser inconstitucional tal texto normativo, apenas reconhece o fato de que a desconstituição de negócios jurídicos há de ser pautado mediante critérios jurídicos complementares, a serem definidos em lei ordinária (conforme textualmente prevê a norma).

145. Penso que inexistência atual de norma específica que discipline a pretensa desconstituição de negócios jurídicos válidos não autoriza a administração tributária a se valer de critérios gerais, claramente subjetivos, para atribuir a pecha de planejamento tributário “abusivo” ao exercício regular de direitos de cunho empresarial e societário. Cabe ao legislador – e somente a ele – indicar normas ordinárias de reação ou proibição a planejamentos tributários específicos (assim entendidos as “SAAR – *Special Anti Avoidance Rules*”) ou normas gerais de idêntica natureza (“GAAR – *General Anti Avoidance Rules*”), sob pena de se admitir que a generalidade da norma geral antielisiva, que possui mero comando autorizador do exercício secundário de competência legislativa ordinária, autorize o fisco a indicar limites à regular prática de planejamento tributário lícito, que não representa qualquer prática de ato ilegal, não enseja presunção de abuso, não demanda ser combatido (até porque é lícito) ou justifica autuações subjetivas. Com efeito, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “*a liberdade pode ser disciplinada, mas não pode ser eliminada*”<sup>25</sup>, cabendo ao legislador, portanto, discipliná-la e a administração cumprir a disciplina. Fora daí repousará o excesso!

---

<sup>24</sup> ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de. *A proporcionalidade e os limites ao poder sancionador tributário*. In: \_\_\_\_\_ (Coords.) VIANA FILHO, Jefferson de Paula; CELESTINO JUNIOR, José Osmar; FILGUEIRAS, Ingrid Baltazar Ribeiro; GOMES, Priscilla Régia de Oliveira. *Novos tempos do direito tributário*. Curitiba: Editora Íthala, 2020, p.71;73.

<sup>25</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007, p. 196.

146. Cito a doutrina de Marco Aurélio Greco em torno do tema do planejamento tributário, cuja obra é fruto de muita incompreensão, mas que busca compreender os limites a essa prática, mesmo que parametrizada por atos lícitos (sem patologias), porém, com a intenção exclusiva de obter economia tributária. O ilustre Professor *afasta a possibilidade de desconsideração primária dos negócios jurídicos*, sob o entendimento de que o CTN impõe a necessidade de promulgação de lei ordinária que fixe os limites ao agir estatal, nos seguintes termos:

Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que *a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal.*

Em suma, o CTN deferiu à lei ordinária a *disciplina indispensável*, de caráter procedimental (e não de direito material), para que a norma possa ser aplicada. Com isto, *não veiculou uma norma de eficácia plena, mas uma norma de eficácia limitada*, na medida em que a plenitude da eficácia somente será obtida após a edição da lei ordinária dispondo sobre tais procedimentos. Vale dizer, antes da mencionada lei ordinária, o conteúdo preceptivo do dispositivo não comporta aplicação.

Isso significa que, *enquanto não for devidamente editada a lei ordinária dispondo a respeito, falta um elemento essencial à aplicabilidade do parágrafo examinado, sendo ilegal o ato administrativo fiscal que, nesse interregno, pretender nele apoiar-se.* Enquanto não vier a ser editada a lei ordinária prevista no dispositivo, falta ao dispositivo a plenitude da produção dos seus efeitos e, por consequência, a autoridade administrativa não pode praticar ato de desconsideração nele fundamentado (o que não impede, porém, as reações já examinadas, nos casos de abuso ou fraude à lei)<sup>26</sup>. (Grifou-se)

147. Luís Eduardo Schoueri confirma tal entendimento, ao estatuir que *“não há lei que obrigue alguém a incorrer em fato jurídico tributário. Ao contrário, sob pena de caracterização de confisco, a hipótese tributária não pode ser conduta obrigatória. Ora, se ao particular é assegurado o direito de incorrer, ou não, naquela hipótese, então não se pode considerar fraudulenta a decisão do planejamento tributário”*<sup>27</sup>.

148. Não obstante, admite-se, sim, o combate ao abuso, à fraude, à simulação, ao dolo e ao conluio, não sob o prisma da norma geral antielisiva, mas pela prática de ato antijurídico a que o ordenamento jurídico preveja conduta específica. Nesses casos, o contribuinte transmuda artificialmente a realidade de forma simulada, como forma de obter proveito ilícito, cabendo nesses casos – *diferentes do que ora se julga* – a aplicação firme da lei para impedir a perpetuação da ilegalidade praticada. Neste sentido, cite-se decisão deste Colegiado, relatada pelo voto do i. Conselheiro Efigênio Freitas Junior (Relator do presente processo), neste sentido, a saber:

#### SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

No cenário em que há cumprimento formal da lei - emissão de nota fiscal e respectiva contabilização - se analisados os fatos sob a lente restritiva do Direito Privado não há falar-se em simulação, afinal seguiu-se a letra da lei, a despeito da *artificialidade*. Analisar o conceito de simulação sob essa lente restritiva significa, por via indireta, restringir a atuação do fisco; permitir que o sujeito passivo, a despeito do exercício de atividade

<sup>26</sup> GRECO, Op. Cit. p. 568.

<sup>27</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Tributário: Limites à Norma Antiabuso. São Paulo: Revista Direito Tributário Atual, n. 24, 2010, p. 355.

empresarial, cubra-se com o manto da isenção. O que, além de ilegal, vai de encontro ao princípio da livre concorrência e ao cumprimento do *dever fundamental de pagar tributos*.

*Arranjo tributário simulado, artificioso, com vistas a transparecer para o fisco inoocorrência de ilegalidade ou descumprimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN, e artigo 12 e parágrafos da Lei nº 9.532, de 1997. Agir com consciência e vontade, e modificar características essenciais da ocorrência do fato gerador, as quais impactam na redução do montante devido de tributo, é conduta que atrai a incidência da multa qualificada, prevista no art. 44, § 1º, da Lei 9.430, de 1996 c/c art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964. (Grifou-se)*

149. A necessidade de se combater *atos ilícitos*, mediante elementos de controle ou de fiscalização que demandem do ente tributante afastar do mundo jurídico atos jurídicos eivados da pecha do dolo, fraude, simulação ou abuso, tem como fundamento da desconstituição do ato uma contrariedade objetiva à norma vigente e se justificam no dever geral de combate à evasão (ilícita). Existe um defeito do ato ou negócio jurídico por patologia invencível, seja por defeito forma, seja por vício da manifestação da vontade.

150. E quando o ato praticado leva a uma economia tributária? Nesse caso, entendo ter razão Sérgio André Rocha, em obra que versa sobre Planejamento Tributário e Liberdade Não Simulada, ao estatuir que “*O querer pagar menos tributo é ubíquo tanto na evasão quanto na elisão fiscal, não sendo, assim, critério relevante para separar uma situação da outra. Logo, é no campo da divergência objetiva entre o ato praticado e a realidade que deve ser identificada a simulação, não no campo das intenções subjetivas do contribuinte*”<sup>28</sup>.

151. É no âmbito da simulação que se revolvem os problemas de planejamento tributário. Fora dele, não cabe ao intérprete desejar que o contribuinte pense como o Fisco, pois o parâmetro não é o Fisco, é a lei!

152. Todas as razões de mérito apontadas trazem a esta Relatoria conclusões contrárias a que chegou a administração tributária e a douta instância de piso, a ensejarem a desconstituição dos autos de infração, devendo-se dar provimento ao apelo administrativo do sujeito passivo.

153. Entendo incorreta a desconsideração das operações realizadas pelo Fundo Júpiter, fato que contamina todos os lançamentos, os quais devem ser integralmente desconstituídos, inclusive seus consectários.

## **DAS DEDUÇÕES INDEVIDAS DA CSLL APURADA A TÍTULO DE ESTIMATIVAS COMPENSADAS E NÃO HOMOLOGADAS E O TRIBUTO PAGO NO EXTERIOR**

154. Ainda se faz necessário analisar a infração relacionada exclusivamente à CSLL, uma vez que deduções de IRPJ foram exoneradas pela DRJ e confirmadas quando se analisou o Recurso de Ofício.

---

<sup>28</sup> ROCHA, Sérgio André. Planejamento tributário e liberdade não simulada. 2ª ed. Belo Horizonte-MG: Letramento; Casa do Direito, 2022, p. 137.

155. É importante ressaltar que a análise do direito creditório em referência é objeto de outro processo administrativo, qual seja, o Processo nº 10880.913011/2015-31, que aguarda julgamento do recurso voluntário da contribuinte.

156. Ali se discute a formação de saldo negativo de CSLL e a matéria de mérito trata exatamente dos créditos que a recorrente pretende que sejam reconhecidos, relacionados à contribuição paga no exterior e a quitação de suas estimativas mediante compensação.

157. Entendo que não se faz necessário aguardar a conclusão do referido processo, uma vez que os créditos que foram objeto de compensação, caso não reconhecidos, serão objeto de cobrança própria e, como tal, não refletirão na apuração do imposto. Devem, sim, ser considerados, sendo indevida a glosa pretendida no presente feito.

158. A matéria é objeto do Parecer PGFN/CAT nº 2014 e do Parecer Normativo COSIT nº 02/2018, cuja conclusão é: *se o valor objeto de Dcomp não homologada integrar saldo negativo base negativa da CSLL, o direito creditório destes decorrentes deve ser deferido, pois em 31 de dezembro o débito tributário referente à estimativa restou constituído pela confissão e será objeto de cobrança.*

159. Assim, entendo que a glosa é indevida, porquanto o resultado do citado processo de crédito não impacta na apuração ordinária do tributo em relação à presente análise, mas apenas em relação à compensação requestada naquele outro processo, seja para confirmá-la, seja para gerar cobrança autônoma.

160. Assim, dou provimento ao Recurso Voluntário para afastar a glosa das deduções da CSLL relacionadas à apuração das estimativas compensadas e não homologadas e o que foi pago no exterior.

161. Os demais pontos da autuação perdem objeto e não demandam análise complementar, notadamente a qualificação da multa, seja porque o planejamento tributário pretensamente abusivo foi afastado neste voto, seja porque não se verifica qual atitude dolosa que justifique a pecha de fraude, simulação ou conluio. Ademais, o crédito tributário está sendo integralmente exonerado, portanto, não há sobre o que incidir a multa de ofício, qualificada ou não.

## DISPOSITIVO

162. Ante o exposto, nego provimento ao Recurso de Ofício e dou provimento ao Recurso Voluntário para exonerar todos os lançamentos.

(documento assinado digitalmente)

Fredy José Gomes de Albuquerque

## Declaração de Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque

Acompanhei o voto do ilustre relator no presente julgamento, voto esse que conduziu a decisão do Colegiado. Contudo, solicitei a oportunidade de apresentar declaração de voto para salientar os fatos trazidos aos autos que fundamentam o meu posicionamento especialmente em relação à parcela da exigência relativa à correta apuração das receitas e despesas financeiras da empresa, dentre tantos argumentos trazidos ao debate.

Em apertada síntese, a empresa autuada, AMBEV, constituiu Fundo Exclusivo que teria a finalidade de dar uma administração especializada ao corpo de aplicações financeiras de seu interesse. Com isso, o Fundo contrataria as aplicações no mercado financeiro, em nome próprio, absorvendo os seus resultados. Dentre essas aplicações, o recorrente afirma que eram feitas muitas inserções no mercado de derivativos, com a finalidade de proteção contra os riscos financeiros da atividade operacional da empresa (*hedging*). A relação entre a AMBEV e o Fundo se dava por meio de aportes e resgates, com tributação de renda fixa, conforme a legislação.

Por seu turno, a fiscalização entendeu que a estratégia da empresa configurou um planejamento tributário abusivo, pelo que desconsiderou a existência do Fundo e atraiu para a AMBEV a correspondente tributação dos investimentos realizados pelo Fundo. Para tanto, adotou como fundamento a alegada ingerência da AMBEV sobre o Fundo e o fato de esta contratar os investimentos em seu nome e os contabilizar em sua escrita contábil e fiscal.

Inicialmente, esclareço que a criação de um Fundo Exclusivo com a finalidade indicada pelo contribuinte autuado não configura, por si só, um abuso de direito. Para ser caracterizado um abuso, é necessário que fique comprovado que o contribuinte obteve alguma vantagem que desborda da finalidade das normas de Direito. Verifico que a fiscalização fez diligência nesse sentido, conforme o que se segue.

Deve ser salientado que um fundo de investimento tem natureza de condomínio, ou seja, não possui personalidade jurídica própria, mas materializa, em nome próprio, a atividade financeira dos seus cotistas, concentrada e organizada na figura do administrador do fundo. Contudo, esse administrador está vinculado à deliberação dos cotistas. O fundo de investimento exclusivo, adotado na espécie, possuía apenas um cotista, a AMBEV. Com isso, o administrador do fundo estava vinculado aos propósitos da AMBEV, o que não pode ser configurado, em princípio, como ingerência indevida.

A fiscalização apontou que a própria AMBEV contratava os instrumentos financeiros das aplicações do Fundo. Contudo, tal afirmação foi afastada na decisão ora recorrida, quando foi constatado que esses instrumentos financeiros foram contratados pelo Fundo, em nome próprio. O papel da AMBEV nesses contratos limitou-se à garantia das obrigações contratadas, figurando como coobrigada.

Entendo ser relevante o fato apontado pela fiscalização de que a empresa autuada espelhava em sua contabilidade os investimentos realizados pelo Fundo, inclusive apurando suas

receitas e despesas financeiras, o que caracterizaria uma confusão patrimonial entre o Fundo e a empresa, autorizando a desconsideração daquele.

Por seu turno, o recorrente esclareceu na tribuna que a finalidade de tais registros era acompanhar a eficiência do *hedging*, ou seja, era verificar se a atividade financeira realizada pelo Fundo estava alcançando o objetivo de proteger a atividade operacional da empresa dos seus riscos financeiros. Informou, ainda, que os efeitos tributários desses registros eram neutralizados por meio dos ajustes realizados na apuração do lucro real.

O usual é que uma empresa cotista de fundo de investimento contabilize apenas as suas cotas, suas mutações e correspondentes consequências. Contudo, considerando que o Fundo em tela era exclusivo e tinha, também, a finalidade de *hedging*, entendo que o espelhamento das correspondentes atividades do Fundo na contabilidade da empresa é plausível. Apesar de serem atividades do Fundo, as contratações de derivativos estavam vinculadas à proteção da atividade operacional da empresa, e essa proteção somente pode ser avaliada pela própria empresa, mediante registros próprios, possivelmente em suas escritas contábeis. Portanto, entendi que tais registros não são hábeis para configurar o alegado abuso de direito.

Saliente-se que a Administração Tributária não pode fazer juízo de valor sobre a técnica contábil adotada pelo contribuinte, devendo limitar-se a buscar o seu real efeito tributário, nos termos da legislação tributária. Na espécie, o efeito tributário de tais registros foi neutralizado espontaneamente pela empresa, não restando matéria tributária a apreciar.

Afastados os fundamentos do lançamento tributário, acompanhei o voto do ilustre relator no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

*(assinado digitalmente)*

Neudson Cavalcante Albuquerque