



MINISTÉRIO DA FAZENDA

AMS

Sessão de 10 de outubro de 1989

ACORDÃO Nº 103-09.603

Recurso nº 95.018 - IRPJ - EX: 1984

Recorrente JOSÉ ORNELAS DE MELO ADVOGADOS ASSOCIADOS

Recorrido DRF EM BELO HORIZONTE - MG

IRPJ - NULIDADES - NULIDADE DA DECISÃO
DE PRIMEIRO GRAU - CERCEAMENTO DO DI-
REITO DE DEFESA.

É nula a decisão de primeiro grau quando se fundamenta em informação fiscal só conhecida pelo julgador e que não se encontra nos autos, bem como a que faz menção a fatos cuja documentação a fiscalização se esqueceu de juntar aos autos.

Declarada a nulidade da decisão singular.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOSÉ ORNELAS DE MELO ADVOGADOS ASSOCIADOS.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em declarar nula a decisão de primeiro grau.

Sala das Sessões-DF, 10 de outubro de 1989

ANTONIO DA SILVA CABRAL

PRESIDENTE E RELATOR

VISTO EM LUIZ DJALMA BARBOSA BEZERRA PINTO

PROCURADOR
DA FAZENDA
NACIONAL

SESSÃO DE: 14 OUT 1989

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: AYRES DE OLIVEIRA, ANTONIO PASSOS COSTA DE OLIVEIRA, LÓRGIO RIBEIRO, DÍCLER DE ASSUNÇÃO, FRANCISCO XAVIER DA SILVA GUIMARÃES, BRAZ JANUÁRIO PINTO E LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA.

RECURSO Nº 95.018

ACÓRDÃO Nº 103-09.603

RECORRENTE: JOSÉ ORNELAS DE MELO ADVOGADOS ASSOCIADOS

R E L A T Ó R I O

JOSÉ ORNELAS DE MELO ADVOGADOS ASSOCIADOS, sociedade civil com sede na cidade de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, inscrita no CGC sob o nº 20.998.126/0001-04, solicita a reforma da decisão de fls. 60/69.

A fiscalização lavrou o auto de infração (fls. 02), no qual está dito que houve dedução indevida na determinação do lucro real de prejuízos gerados em operações day trade no mercado de opções das Bolsas de Valores, no ano de 1983, efetivadas com artificialismo, nos termos da Deliberação CVM nº 14/83, e desse modo gerando prejuízos que não satisfazem os requisitos de dedutibilidade previstos na legislação do imposto de renda. A operação foi realizada em 29.12.83 pelo contribuinte, conforme extratos de fls. 06/07, cópia da Fatura Nota de corretagem às fls. 08, e lançamentos contábeis no livro Diário nº 02, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 09/12. O prejuízo artificial montou a Cr\$ 50.000.000 e a despesa de corretagem a Cr\$ 1.845.150, perfazendo o total de Cr\$ 51.845.150.

Na impugnação, levantou a empresa os seguintes argumentos:

1º - nulidade da autuação em razão da vulneração do art. 11 do Decreto nº 70.235/72. Não existe qualquer fundamento fático ou legal para o lançamento. Com efeito, a intimação se baseia em suposta "dedução indevida", ou inversamente, omissão de ganhos, na declaração de rendimentos, de prejuízos gerados em operações day trade efetuadas com artificialismo. Ora, o equívoco é meridiano: simples inspeção visual no documento nº 1 e nos documentos 2, 3 e 4 demonstram a lisura e correção dos resultados injustamente recusados pelo Fisco. O doc. nº 4 (Anexo A - Passivo Circulante - Outras Contas) demonstra que os resultados da opera-



ção estão ali registrados e em perfeita consonância com as fichas de conta-corrente, os demonstrativos da Bolsa e as FNC instrutoras desta defesa. Os resultados foram devidamente registrados no devido local. Assim, os Cr\$ 51.845.150,00 estão incluídos nos Cr\$ 54.720.448 do aludido Anexo "A", visto que o que excede a primeira quantia é representado por cheques em trânsito (Cr\$... 2.767.298,41) e honorário de Cr\$ 115.000,00.

29) - Inexistência de operações feitas com artificialismo. Em primeiro lugar, "artificialismo" não é conceito jurídico. Dizer que uma operação foi feita com artificialismo é dizer absolutamente nada. Nem se diga que as operações infringiram a disciplina da Deliberação nº 14/83 da CVM, pois tal ato normativo teve por fim o negócio simulado. O conteúdo do seu inciso I é meramente exemplificativo e o inciso II é puramente monitorio. Para que o ilícito tributário tivesse lugar seria necessário que o auto descrevesse e comprovasse:

a) a finalidade de gerar lucro ou prejuízo, previamente ajustados; . . .

b) coincidência de intermediário;

c) coincidência de comitente;

d) coincidência de preço;

e) coincidência de honorário;

f) coincidência de quantidade, envolvendo grandes lotes;

g) outras características que diferenciem as operações atacadas das negociações regulares.

Nada disto comprovou a fiscalização.



2.2 - A operação questionada foi normal e regularmente efetivada via de corretora habilitada, nos termos da Instrução CVM nº 33/84. As operações foram efetivadas mediante a Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários HH Picchioni S/A, nos estritos termos dos arts. 5º, IV e 6º, I, da Instrução mencionada. O outro pólo da negociação nem sequer era conhecido pela autuada.

2.3 - Impossibilidade jurídica de presunção juris et de jure de existência de fraude tributária. A marcha procedimental deveria ter sido a seguinte: a CVM teria de instaurar o procedimento próprio, na forma da lei, para definir responsabilidades, inclusive as das instituições que operam no mercado de bolsa e que ilegalmente teria aceitado intermediar operações adrede ajustadas em consilium fraudis. Comunicado o fato à SRF esta teria que apurar se os resultados fictícios teriam sido efetivamente utilizados pelos comitentes em suas declarações de rendimentos. Na verdade, o fisco estaria chegando ao ponto de presumir ilegítima toda e qualquer operação de day trade, com base em meras listagens de computador.

3. Elementos estruturais da simulação. Depois de citar o art. 102 do Código Civil, lembra que a simulação supõe: a) o conluio das partes contratantes; b) o objetivo de enganar; c) a desconformidade entre a vontade e sua declaração.

4. A prova da simulação e suas consequências jurídicas. Para que se configure a simulação é necessário que se comprove que o ato praticado não corresponde à essência das vontades contratantes. Parecer normativo da CST já concluiu que em havendo ato simulado este não produz o efeito que pretendiam os simuladores por não corresponder à figura típica legal que o caracteriza. Por ser ato vinculado, e não discricionário, o lançamento deverá ser motivado e indicar a tipificação do mesmo. Nada disto foi observado no presente lançamento. Além do mais, no ato simulado a doutrina parte da presunção de que somente poderá haver ato simulado quando o mesmo for suscetível de trazer alguma vantagem econômica, o que não aconteceu no caso presente. Isto sem se falar em que o ato simulado é suscetível de ser anulado pelo ter-



ceiro interessado, ou seja, o sujeito de direito que pode pleitear a anulação são todos aqueles que, em sofrendo prejuízo, não intervieram no ato simulado. Por conseguinte, o caminho a ser seguido pela autoridade fiscalizadora não seria a lavratura de auto de infração, mas de ação anulatória, para só depois efetuar o competente lançamento. Na sistemática brasileira temos o ato inexistente, isto é, o fato não sério; o ato anulável, que é o simulado; e o ato nulo, que é o ato in fraudem legis (PONTES DE MIRANDA, tratado de Direito Privado, vol. 1, p. 53). O auto de infração, pois, não é ato hábil para anular ato simulado. Nesse sentido é a retirada jurisprudência do Poder Judiciário. A caracterização do ato simulado, segundo a CVM envolveria:

1. ajuste prévio da operação;
2. envolvendo grandes lotes;
3. seguida de operação reversa em curto espaço de tempo.

Em conclusão, a caracterização do ato simulado deverá ser provado pela CVM para que ela possa punir qualquer dos comitentes, bem como os agentes do mercado que o foram intervenientes na operação.

5. O day trade é negócio bursátil regular - Autuação sem tipificação é nula. Tanto o PN CST nº 28/83, quanto a Deliberação CVM nº 14/83 entendem ser o day trade uma operação regular. Não pode o fisco, mediante simples menção a esses atos, taxar de irregular as operações da impugnante. A invocação dos artigos do RIR/80 é insustentável. Isto porque a norma primária violada teria sido a Deliberação CVM nº 14/83, o que seria a mesma coisa que um Promotor denunciasse alguém com base no Código Penal. Em outros termos: é imprescindível a tipificação do ilícito supostamente praticado, o que não se fez. Autuação sem tipificação é nula.



O Delegado da Receita Federal negou acolhida à impugnação, em decisão assim ementada:

"Considera-se evidente intuito de fraude, nos termos do disposto no inciso III, do art. 728, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, a realização, por pessoa jurídica, de operação do tipo "day trade", no mercado de opções da bolsa de valores com o artificialismo e a atipicidade descritos no Parecer Normativo CST nº 28/83 e Deliberação CVM nº 14/83, visando à geração de prejuízos fictícios com a finalidade de reduzir ou evitar o pagamento de imposto de renda. Provada a ocorrência de evidente intuito de fraude, impõe-se a aplicação da multa de 150% (cento e cinquenta por cento) prevista no art. 728, item III, do RIR/80, sobre a totalidade do imposto devido, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Por outro lado, os prejuízos dessa forma gerados não satisfazem os requisitos de dedutibilidade para efeito de determinação do lucro real."

Em suas razões que fundamentaram a decisão, baseou-se o julgado, em resumo, no seguinte:

1. a sociedade realmente procedeu com artificialismo descrito na Deliberação CVM nº 14/83, cuja característica básica é o prévio ajuste dos negócios, circunstância esta incompatível com a natureza das operações em bolsa de valores. "Tratando-se portanto, de operações que, embora atendendo aos requisitos de ordem formal, são intrinsecamente fraudulentas. Ao prejuízo forjadamente obtido pela pessoa jurídica corresponde lucro de igual monta auferido por uma ou mais pessoas físicas que invariavelmente, o declarou como não tributável, como forma de dar cobertura a acréscimo patrimonial decorrente de renda auferida em outras atividades ou negócios."

L

2. O prejuízo da pessoa jurídica e o lucro das pessoas físicas são, na verdade, duas facetas da mesma moeda e o caráter anormal e fraudulento dessas operações já foi reconhecido não só em 1ª instância como no próprio Conselho de Contribuintes (Acórdãos nºs 104-5.741/86 e 106-1.065/85).

3. A dedutibilidade de determinada despesa sujeita-se a condições estabelecidas em lei. O "caput" do art. 47 da Lei nº 4.506/64 exige que para serem operacionais as despesas devam ser usuais e normais do tipo de transações, operações e atividades da pessoa jurídica. Se os prejuízos foram obtidos de modo artificial é óbvio que não podem ser considerados como despesas normais e usuais. Os prejuízos, conforme demonstrado às fls. 05, tiveram caráter apenas "formal", dado o flagrante abuso das formas jurídicas adotadas e a atipicidade e irregularidade dos negócios de que resultaram.

4. Quanto ao problema da simulação, sem que esta fosse declarada judicialmente, e sem que os atos fossem declarados nulos, alega a impugnante que a simples menção ao Parecer Normativo CST nº 28/83 não serve para fundamentar a ação punitiva imposta. Os pareceres normativos simplesmente externam a opinião da Fazenda sobre assuntos que foram objeto de consulta. É descabido pretender-se atribuir a eles a condição de ato por si só capaz de criar ou exigir tributos, bem como a de ferir direito adquirido ou ato jurídico perfeito. O PN 28/83 analisou, em tese, as operações artificiais realizadas formalmente no mercado de opções e concluiu que os prejuízos fictícios por elas gerados não satisfazem os requisitos de dedutibilidade estabelecida em lei. No caso, a autuação se deu por ação direta da fiscalização e a respeito de caso concreto. A base legal de incidência não foi, portanto, o parecer normativo. O PN CST nº 28/83 é citado como mero referencial, no intuito de se estabelecer a correção entre a situação hipotética prevista naquele ato e o caso em julgamento.

5. Quanto à legalidade dos atos baixados pela CVM e a constitucionalidade da Lei nº 6.385/76, no que lhe atribuiu competência para fiscalizar e regular os mercados de valores mobiliá



rios e quanto a necessidade de as operações da day trade deverem ser punidas, primeiro, pela CVM, ponderou o julgador:

5.1 - a matéria relacionada com a constitucionalidade da Lei nº 6.385/76, trata-se de questão específica para ser dirimida pelo Poder Judiciário;

5.2 - no que tange à autuação da CVM:

a) a Deliberação CVM nº 14/83 não é ato normativo, nem é ato de caráter punitivo, que objetive a aplicação de sanções pela inobservância da lei. De acordo com a Deliberação CVM nº 1/78, toda DELIBERAÇÃO se destina a "consubstanciar todos os atos do colegiado que constituam competência do mesmo nos termos do Regimento Interno". Os atos normativos denominam-se INSTRUÇÃO. Já a apuração de atos praticados com infração às normas cujo cumprimento lhe incumbe fiscalizar é efetivada através de inquérito administrativo a que se refere o inciso V, art. 9º da mencionada Lei nº 6.385/76. A Deliberação CVM nº 14/83 tem, pois, o caráter de ato administrativo de gestão. Encerra, ao mesmo tempo, uma constatação e uma advertência. Refoge-se, assim, ao âmbito da relação jurídica a circunstância de a CVM ter ou não considerado ilegítimas as operações da impugnante.

6. A respeito das provas relacionadas com a irregularidades praticadas pela autuada, disse o julgador: "A informação fiscal de fls. descreve, de forma minudente e precisa, fatos reveladores de uma ação previamente acertada com a finalidade inequívoca de obter vantagens fiscais indevidas. O fato de as partes e contrapartes nos negócios não se conhecerem não descaracteriza o prévio ajuste, de vez que está patenteada a coordenação do intermediário financeiro na "montagem" dos negócios."

O importante é que, segundo o julgador, não se trata, no caso, de coincidência isolada mas de série de indícios, precisos e concordantes entre si, presentes em todos os negócios em relação aos quais a ação investigatória foi dirigida. O uso do computador foi necessário para se poder chegar à inevitá-

↓

vel conclusão de que a operação foi montada com o objetivo de evi-
tar o pagamento de imposto. Citou, a propósito, trecho do tributa-
rista ALBERTO PINHEIRO XAVIER.

7. A ação fiscal não tem necessidade de, previamente,
receber o julgamento do Judiciário. "No caso sob exame, a con-
vicção límpida e transparente, que advém do exame das provas, é a
de que houve prévio ajuste das operações "day trade" com a finali-
dade de obtenção de vantagem fiscal indevida, traduzida na gera-
ção de prejuízo absolutamente fictício, caracterizando, tal cir-
cunstância, evidente intuito de fraude."

8. "As demais alegações trazidas ao processo pela
contribuinte pretendem apenas tumultuar o mesmo, não sendo apre-
sentada qualquer prova de que as operações não foram realizadas
com artificialismo."

No recurso voluntário, alegou, em síntese, a recor-
rente:

a) Preliminarmente, dizer que ocorreu artificialis-
mo é não dizer nada, pois "artificialismo" não é conceito jurídi-
co. Logo, a autuação carece de tipificação, sendo, assim, nula,
caracterizando-se o cerceamento do direito de defesa. Este fato
colocou a recorrente em posição incômoda de ter que fazer prova
negativa, o que é proibido em direito.

b) Em direito o ônus da prova é sempre de quem ale-
ga. Por conseguinte, caberia ao Fisco provar ter ocorrido a infra-
ção. A autuação foi baseada em presunção juris tantum. O art. 9º
do Decreto-lei nº 1.598/77 determina que caberá à autoridade ad-
ministrativa a prova da inveracidade dos atos registrados com a
observância da lei. Citou, também, o art. 29 do Decreto nº 70235/
/72. Caberia ao Fisco provar que houve simulação. Repetiu, na es-
sência, tudo quanto já dissera na impugnação a respeito da simula-
ção e sua prova.

c) Não há presunção juris et de jure de existência de fraude. Supõe-se, sem fundamento, ter havido "evidente intuito de fraude".

d) Criticou a fundamentação do julgador singular, quando este disse: "...tratar-se, portanto, de operações que, embora atendendo aos requisitos de ordem formal, são intrinsecamente fraudulentos". Não se pode admitir que operações permitidas por lei possam ser intrinsecamente fraudulentas.

e) Quanto ao mérito, as operações em questão foram apoiadas na Instrução CVM nº 33/84. As transações, conforme documentos anexos, foram realizadas nos estritos termos dos arts. 5º, IV, e 6º, I, da referida instrução. Para que se tratasse de operações ilegítimas, ter-se-ia que instaurar o devido processo. À SRF incumbiria apurar se os resultados fictícios teriam sido efetivamente utilizados pelos comitentes em suas declarações de rendimentos. Caberia à autoridade identificar e quantificar os outros rendimentos que teriam sido omitidos. O lançamento é ato vinculado, e não discriminário, pelo que caberia ao Fisco provar a irregularidade. Primeiro tem-se que verificar se ocorreu o fato gerador. Em seguida, proceder-se ao lançamento, mas de modo fundamentado e com a devida tipificação.

Se o Fisco quisesse anular as operações realizadas em Bolsa deveria ter intentado a respectiva ação anulatória.

Tornou a insistir na circunstância de a operação de day trade ser operação normal. Caberia ao Fisco provar o contrário.

É o relatório. 

V O T O

Conselheiro ANTONIO DA SILVA CABRAL, Relator:

O recurso é tempestivo, eis que a ciência da decisão recorrida se deu em 06.07.89 (AR de fls. 71), enquanto a protocolização do presente ocorreu em 19.07.89 (Doc. de fls. 72).

Entendo ter ocorrido cerceamento do direito de defesa, conforme alega a autuada, pelos motivos que passo a expor.

O Fisco pretende provar que a sociedade atuou em Bolsa de Valores utilizando-se de day trade levado a efeito com "artificialismo" e, mais, com "ajuste prévio" dos negócios. Duas circunstâncias que não podem estar embasadas em meras suposições, mas em sólidos fundamentos de fato, sobretudo porque, conforme muito bem frisou a autoridade julgadora: "Trata-se, portanto, de operações que, embora atendendo aos requisitos de ordem formal, são intrinsecamente fraudulentas."

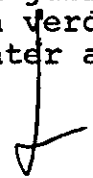
Há, no entanto, algumas afirmações feitas na decisão que não estão fundamentadas em fatos.

Em primeiro lugar, disse o julgador:

"Ao prejuízo forjadamente obtido pela pessoa jurídica corresponde lucro de igual monta, auferido por uma ou mais pessoas físicas que, invariavelmente o declarou como não tributável, como forma ... de dar cobertura a acréscimo patrimonial decorrente de renda auferida em outras atividades ou negócios." (grifei).

E, mais, para acentuar a força de seu argumento, o julgador acrescentou:

"O prejuízo de pessoa jurídica e o lucro das pessoas físicas são, na verdade, duas faces de uma mesma moeda e o caráter anormal e fraudulento des



sas operações já foi reconhecido administrativamente na totalidade das decisões de 1ª instância que apreciaram as impugnações das pessoas físicas."(grifei).

O argumento da autoridade julgadora é forte e muito importante para a formação da convicção do julgador de segunda instância. Com efeito, se a pessoa jurídica, na ponta do negócio, apurou prejuízo, e as pessoas físicas, na outra ponta do negócio obtiveram lucro, acontecerá que o prejuízo fará com que o lucro do exercício seja menor e, conseqüentemente, o imposto de renda a pagar será diminuído. Por outro lado, como naquela ocasião os resultados positivos auferidos pelas pessoas físicas em Bolsa de Valores não sofriam tributação alguma, o day trade serviria para o que em linguagem bursátil se denomina "esquentar dinheiro", ou seja, dá-se foros de legalidade a um ganho não tributável, que não existiu, para esconder e explicar um ganho tributável que realmente existiu, mas o contribuinte não deseja oferecer à tributação.

Acontece, no entanto, que, no processo, em nenhum momento se fez referência a essas pessoas físicas, quem são elas, se realmente declararam como "não tributáveis" os ganhos em Bolsa, etc. Talvez essas pessoas físicas possam estar escondidas nos códigos dos quadros de fls. 7, ou em outro lugar dos autos.

Esta é uma informação que deveria ter constado dos autos, sob pena de cerceamento de defesa.

As fls. 67, disse, ainda, o julgador:

"A informação de fiscal de fls. descreve, de forma minudente e precisa, fatos reveladores de uma ação previamente acertada com a finalidade inequívoca de obter vantagens fiscais indevidas."

Dois aspectos devem ser observados:

1º - o julgador se referiu a "fls.", mas não mencionou quais folhas eram estas;



2º - compulsando-se os autos não se encontra a informação fiscal a que se refere a autoridade julgadora.

Esta informação, no caso, era de suma importância, já que o julgador se reporta a ela como "fundamento" de sua decisão. Além disso, diz que ela faz menção a "fatos reveladores de uma ação previamente acertada com a finalidade inequívoca de obter vantagens fiscais indevidas".

Ora, à sociedade cabia o direito, neste caso, de conhecer esta informação e saber que fatos são estes que revelam seu intento de fraude.

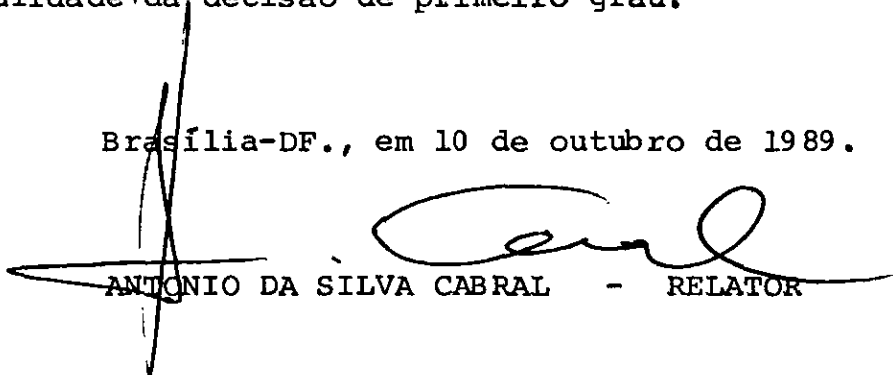
Ninguém pode ser condenado, sem antes saber por que estar sendo condenado.

Não se pode perder de vista que o Fisco está fazendo referência à figura da fraude, isto é, de um "crime", para o qual é imprescindível a "tipificação".

Não há dúvida, portanto, que a sociedade tem razão quando se reporta à nulidade da decisão, por cerceamento do direito de defesa.

Assim sendo, voto no sentido de se acolher a preliminar de nulidade da decisão de primeiro grau.

Brasília-DF., em 10 de outubro de 1989.


ANTONIO DA SILVA CABRAL - RELATOR