



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO**

Processo nº 10768/007.288/90-37

CMR

Sessão de 06 de julho de 19 92

ACORDÃO Nº 101-83.725

Recurso nº: 99.581 - IRPJ - EX: 1985

Recorrente: ACAFI PARTICIPAÇÕES LTDA.

Recorrida : DRF NO RIO DE JANEIRO - RJ

À autuada deve ser dado conhecimento dos fatos e das razões legais que embasaram a constituição do crédito tributário, para que se lhe faculte o amplo direito de defesa na lei.

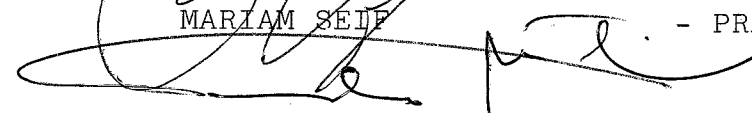
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ACAFI PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de cerceamento de votos, por supressão de instância, susci tada pelo Conselheiro Revisor, para devolver os autos à Repartição de origem, a fim de que a autoridade de primeira instância prola te nova decisão, apreciando o recurso como se impugnação fora, em observância ao duplo grau de jurisdição, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões (DF), em 06 de julho de 1992.

  
MARIAM SEIF

- PRESIDENTE

  
SANDRO MARTINS SILVA

- RELATOR

V.V.

VISTO EM:

  
AFONSO CELSO FERREIRA DE CAMPOS - PROCURADOR DA FA

SESSÃO DE: 29 ABR 1993

ZENDA NACIONAL

Participaram, ainda, do presente julgamento os seguintes Conselheiros: CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, CELSO ALVES FEITOSA, RAUL PIMENTEL, JEZER DE OLIVEIRA CÂNDIDO e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.





## SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

PROCESSO Nº 10768/007.288/90-37

RECURSO Nº: 99.581

ACORDÃO Nº: 101-83.725

RECORRENTE: ACAFI PARTICIPAÇÕES LTDA.

### R E L A T Ó R I O

A recorrente, qualificada nos autos, recorre de decisão proferida em processo decorrente de ação fiscal destinada a verificar a observância das disposições da legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, relativamente ao exercício financeiro de 1985.

#### I - DO AUTO DE INFRAÇÃO (fls. 02/03)

Na ação fiscal, ficaram constatadas infrações às disposições legais vigentes, assim descritas:

"Valor do prejuízo obtido pela empresa em operações "DAY TRADE" que, pelas características, foram consideradas, pela fiscalização, como artificiais, e o resultado, conseqüentemente, glosado, no ano-base de 1984, com abaixo especificados:

26.11.84 - Compra de ORTN 2/6 vencimento 15/12/84 quantidade 1.250.000 a Cr\$ 26.020.287.500.

venda a Cr\$ 25.570.637.500

prejuízo Cr\$ 449.650.000

27.12.84 - Compra de ORTN 2/6 vencimento 15/11/85 quantidade 900.000 a Cr\$ 18.589.689.000.

venda a Cr\$ 17.438.580.000  
prejuízo Cr\$ 1.151.109.000  
Montante Tributável Cr\$ 1.600.759.000."

Considerou infringidos o artigo 191 § 1º do Decreto nº 85.450/80, combinado com o Parecer Normativo CST nº 28/83 e a Deliberação CVM nº 14/83.

## II - DA IMPUGNAÇÃO (fls. 14/24)

Não se conformando com o lançamento a autuada apresentou as seguintes justificativas para discordar do feito:

"A empresa tem por objetivo a aplicação de recursos próprios no mercado financeiro e a participação como quotista ou acionista, em outras sociedades conforme o estipulado no contrato social (doctº 01 e 02).

Toda a receita operacional da empresa provém de aplicações no mercado aberto, ou seja, mercado de compra e venda de títulos públicos e privados sob a orientação do Banco Central, tais como ORTN, OTN, LFT, LTF etc..."

A seguir faremos um relato minucioso das operações financeiras realizadas nos dias 26/11/84 e 27/12/84, datas em que o autuante glossou os prejuízos obtidos em duas operações, a fim de demonstrarmos veracidade dos fatos:

### Realizadas no dia 26 de novembro de 1984

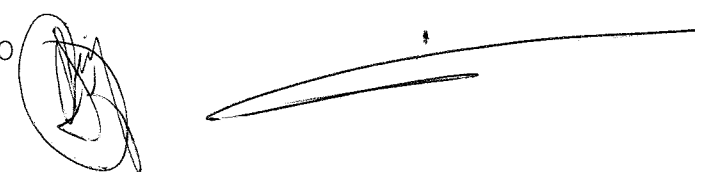
A empresa no referido dia praticou as seguintes operações financeiras:

a) Adquiriu, através da Nota de Negociação de Venda nº 4331

(dctº 05), da Loba DTVM LTDA., o seguinte título:

| <u>Vencimento</u> | <u>título</u> | <u>Quantidade</u> | <u>Valor</u> |
|-------------------|---------------|-------------------|--------------|
| 15.12.84          | ORTN 2 a 6%   | 1.250.000         | 26.02        |

0.637.500



Acórdão nº 101-83.725

b) Vendeu, através da Nota de Negociação de Compra nº 016537 (Doctº 06) para a OVER DTVM LTDA., o referido título nas condições abaixo:

| <u>Vencimento</u> | <u>Título</u> | <u>Quantidade</u> | <u>Valor</u>       |
|-------------------|---------------|-------------------|--------------------|
| 15.12.84          | ORTN 2 a 6%   | 1.250.000         | 25.57<br>0.637.500 |

Conforme pode ser observado, na referida operação financeira a empresa teve um prejuízo na ordem de Cr\$ 449.650.000. Mas, as operações financeiras deste dia não pararam por aqui, conforme demonstramos a seguir:

a) adquiriu, através de Fatura de Venda número 5254 (Doctº 07), da PRICE DTVM LTDA., o seguinte título:

| <u>Vencimento</u> | <u>Título</u> | <u>Quantidade</u> | <u>Valor</u>       |
|-------------------|---------------|-------------------|--------------------|
| 15.12.84          | ORTN 2 a 6%   | 1.250.000         | 22.33<br>3.900.000 |

b) Vendeu, através da Nota de Negociação de Compra nº 1077795 (Doctº 08), para o BANCO DE CRÉDITO NACIONAL o referido título, nas condições abaixo:

| <u>Vencimento</u> | <u>Título</u> | <u>Quantidade</u> | <u>Valor</u>       |
|-------------------|---------------|-------------------|--------------------|
| 15.12.84          | ORTN 2 a 6%   | 1.250.000         | 22.78<br>3.550.000 |

Assim sendo, e, conforme pode ser constatado, na referida operação financeira a empresa obteve um lucro na ordem de Cr\$ 449.650.000.

Desta forma fica claramente demonstrado que embora a empresa tenha obtido um prejuízo na 1ª operação, este foi totalmente absorvido pelo lucro havido na operação seguinte, não causando assim nenhum dano ao erário.

Realizadas no dia 27 de dezembro de 1984

A empresa no referido dia praticou as seguintes operações financeiras, que basicamente, foram quase que idênticas às realizadas no dia 26 de novembro de 1984:

a) Adquiriu, através da Nota de Negociação de Venda nº 4492 (Doctº 09), da LOBA DTVM LTDA., o seguinte título:

Acórdão nº 101-83.725

| <u>Vencimento</u> | <u>Título</u> | <u>Quantidade</u> | <u>Valor</u>       |
|-------------------|---------------|-------------------|--------------------|
| 15.11.85          | ORTN 2 a 6%   | 900.000           | 18.58<br>9.689.000 |

b) Vendeu, através da Nota de Negociação de Compra nº 018218 (Doctº 10), para a OVER DTVM LTDA., o referido título nas condições abaixo:

| <u>Vencimento</u> | <u>Título</u> | <u>Quantidade</u> | <u>Valor</u>       |
|-------------------|---------------|-------------------|--------------------|
| 15.11.85          | ORTN 2 a 6%   | 900.000           | 17.43<br>8.580.000 |

Conforme pode ser observado, referida operação financeira a empresa obteve um prejuízo na ordem de Cr\$ 1.151.109.000. Mas novamente, as operações não pararam por aqui, conforme demonstramos a seguir:

a) adquiriu, através da Nota de Venda nº 7763 (Doctº 11), da SPOT DTVM S/A, o seguinte título:

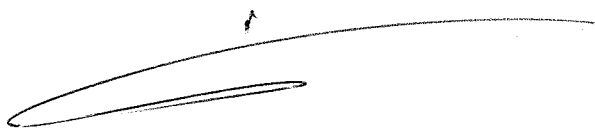
| <u>Vencimento</u> | <u>Título</u> | <u>Quantidade</u> | <u>Valor</u>     |
|-------------------|---------------|-------------------|------------------|
| 15.12.85          | ORTN 2 a 6%   | 450.000           | 8.203<br>536.000 |

b) Vendeu e 27 de dezembro de 1984 (Doctº 12 - Vide observação abaixo), para o BANCO DE CRÉDITO NACIONAL, o referido título, custodiados naquela instituição, nas condições abaixo:

| <u>Vencimento</u> | <u>Título</u> | <u>Quantidade</u> | <u>Valor</u>      |
|-------------------|---------------|-------------------|-------------------|
| 15.12.85          | ORTN 2 a 6%   | 450.000           | 9.354<br>.672.000 |

OBS: Juntamos somente a carta de autorização de venda, visto não termos localizado até a presente data a Nota de Negociação com o BCN, porém, já solicitamos junto a instituição xerox da referida Nota.

Assim sendo, e, conforme pode ser observado, na referida operação financeira a empresa obteve um lucro na ordem de Cr\$ 1.151.136.000. Desta forma, fica claramente demonstrado que embora a empresa tenha obtido um prejuízo na primeira operação, este foi totalmente absorvido pelo lucro obtido na operação seguinte, não causando em hipótese alguma dano ao erário.



As operações "Day-Trade" consideradas como ilegítimas pelo Fisco, muito embora executadas com obediência aos requisitos de ordem formal, previstos na regulamentação da Bolsa de Valores, são aquelas realizadas no Mercado a Futuro ou de Opções em que os investidores e intermediários ajustam previamente os resultados com o intuito de sonegar imposto ou de legitimar recursos de origem não comprovada perante o Fisco.

Na prática, estas operações realizam-se da seguinte forma: pessoa jurídica alienações de companhias abertas à pessoa física, por preço inferior ao de custo, gerando prejuízo dedutível ao IRPJ; a seguir a pessoa física revende as ações em Bolsa à própria pessoa jurídica, ou a interposta pessoa com lucro isento de IRPF. Operações em sentido inverso, mas com as mesmas características também podem ocorrer.

Equivocou-se o autuante ao caracterizar as operações efetuadas pela empresa como "Day-Trade" com envolto artificialismo, uma vez que:

As operações realizadas não podem ser caracterizadas como "Day-Trade", visto que, tais operações, objeto de glosa, foram realizadas com Títulos da Dívida Pública (ORTN - Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional), mercado estes que não tem nenhuma correlação com o mercado futuro ou de opções, que são realizados na Bolsa de Valores.

O próprio Parecer Normativo CST 28/83 é bem claro quando caracteriza o "Day-Trade" com artificialismo dentro do mercado de futuros ou de opções, em seu item 2.1, ... .

Conforme já mencionamos no tópico 3.1 da presente impugnação, a empresa tem como objetivo a aplicação de recursos próprios em títulos da dívida pública, tais como ORTN, OTN, etc; a compra e venda destes títulos no mesmo dia é perfeitamente legítima, não havendo um horizonte temporal necessariamente definido para tais operações, podendo a empresa comprar e vender os referidos títulos no mesmo dia, como pode retê-los por uma semana, um mês. Tais operações não se revestem de qualquer ilegalidade, mesmo porque "não forjaram" o mercado, não criaram condições artificiais que facilitassem a realização de lucros rápidos ou prejuízos.

portanto, não podem ser caracterizados como "Day-Trade".

As operações caracterizadas como "Day Trade" - - operação simulada - são necessariamente realizadas em um mesmo dia, com os mesmos títulos para o mesmo comitente, o que não ocorreu nas operações realizadas pela empresa, tendo a mesma atuado como compradora e vendedora no mesmo dia, porém negociando com compradores e vendedores diversos, inclusive com títulos de diferentes vencimentos, com instituições que não possui nenhum vínculo direto ou indireto.

Tanto o PN CST 28/83 quanto a Deliberação CVM 14/83, tratam de operações efetuadas dentro do mercado futuro ou de opções, realizadas na Bolsa de Valores, através de compra e venda de ações ou seus direitos, portanto não se aplicando aos títulos de dívida pública (ORTN, OTN, LFT, etc.) que é regulado pelo Banco Central, títulos estes, objeto das operações realizadas pela empresa.

Ao nosso ver, o autuante ao analisar as operações de uma forma simplista, não atentou para fatos importantes como:

As operações glosadas não podem ser caracterizadas como "Day-Trade" pelos motivos já expostos no item 4.1 e 4.2, e portanto, mesmo que o prejuízo tivesse existido, o mesmo seria dedutível face ao objetivo da empresa, e levando em consideração que toda a receita operacional foi proveniente de aplicações semelhantes.

Embora a empresa tivesse realizado um prejuízo na primeira negociação, este foi totalmente absorvido pelo lucro da segunda negociação, conforme já demonstramos nos itens 3.2 e 3.3.

Assim sendo, a despesa glosada deve ser considerada como dedutível à luz do art. 191, face a mesma ter correlação direta com a receita apurada (manutenção da fonte produtora) visto que não haveria prejuízo se não tivesse receita nas respectivas operações, ou vice-versa.

III - DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA (fls. 112/113)



Acórdão nº 101-83.725

A decisão recorrida manteve o lançamento, tomando por base os considerandos proferidos no Parecer de fls. 108/111, emitido pela Divisão de Tributação da Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro, que assim analisou a questão:

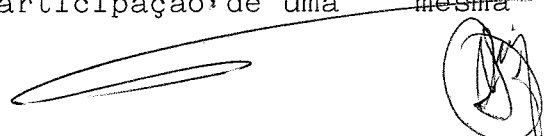
"Analisando os documentos juntados pela empresa às fls. 49 e 49 verso, o autuante constata que os rendimentos obtidos pela empresa com títulos e valores mobiliários são simplesmente, a remuneração diária de aplicação em espécie mantidas pela empresa em alguma instituição de mercado financeiro, como ocorre nas operações de "open market", significando, apenas, a retribuição pelo custo do dinheiro despendido, não se revelando a realização de operações de compra e venda, com exceção daquelas objeto do Auto de Infração impugnado.

O autuante salienta, ainda, a coincidência dos valores em que a empresa obteve lucros com aqueles objetos de prejuízos, visando à redução total do imposto incidente sobre aqueles resultados superiores 88,0474 vezes ao total da receita bruta auferida pela empresa em todo o ano-base.

Afirma, o autuante, mais adiante, que as operações realizadas foram típicas, dissociadas de outras realizadas em condições regulares do mercado, pois em ambas as operações objeto de prejuízo os comitentes foram os mesmos, ou seja, empresas ligadas (fls. 16 e 17).

A seguir o autuante demonstra a "rede" de operações montada para obter sucessivos "prejuízos" para as várias pessoas jurídicas nela envolvidas, criados tão somente para zerrar os lucros obtidos em operações realizadas na mesma data.

Reforçando seus argumentos, o autuante juntou ao processo cópias dos contratos sociais das empresas CEMPAR, LOBA, KARTEZ E ACAFI, pelos quais argüi a vinculação existente entre as mesmas, seja pela participação de umas em outras, seja pela participação de uma mesma



pessoa física em mais de uma dessas jurídicas citadas.

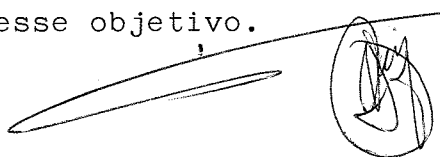
Finalmente, o autuante cita a emissão dos cheques nºs 31.291 e 31.295, contra o Banco de Crédito Nacional - ao portador - para a liquidação dos "prejuízos" obtidos em 26.11.84, efetuada pela impugnante, como motivo suficiente para ratificar a autuação, pois estava lastreada em depósitos anteriormente efetuados pelo próprio BCN, em valores idênticos, correspondentes aos **lucros anteriormente obtidos** com a venda de títulos àquela entidade bancária.

Em resumo, por entender que as operações realizadas pela impugnante apresentam-se eivadas de simulação, serem atípicas e irregulares, por caracterizarem uma liberalidade traduzida pela venda de bens por valor inferior àquele obtenível em operações regulares de mercado, o autuante solicita a procedência do lançamento com a imposição da multa prevista no art. 728 inciso III, do RIR/80.

As operações praticadas pela Fiscalização e objeto da tributação contestada apresentam características, mais, que evidentes, de terem sido adrede preparadas com o fito, único e exclusivo, de forjar a formação de prejuízos na pessoa jurídica fiscalizada, em benefício de outras pessoas a ela ligadas, físicas ou jurídicas.

A simples liquidação por diferença de valores em transações levadas a efeito pela Fiscalizada é por demais significativo para comprovar que tais operações não se deram através de Bolsa de Valores, com a transparência exigida pela legislação de regência, e sim através de operações especialmente acertadas com o objetivo claro e evidente de beneficiar determinadas pessoas.

Acontece que determinadas pessoas físicas e jurídicas passaram a utilizar-se dessas operações com a finalidade precípua de gerar prejuízos nas pessoas jurídicas e lucros não tributáveis para as pessoas físicas, mediante aviso prévio desse objetivo.



IV - DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES (fls. 117/125)

A recorrente retorna com as mesmas alegações da impugnação, sendo de se acrescentar as seguintes alegações:

"No entanto, o autuante não comprovou que a empresa tenha adquirido títulos a preços de mercado para vendê-los por valor inferior.

Sequer investigou essa possibilidade, já que preferiu "supor" a ocorrência de artificialismo.

A fiscalização diante de outras operações no mesmo dia que apresentavam resultados positivos, ao invés de considerar as que apresentavam prejuízos como resultados normais de giro do seu negócio, preferiu presumir que os resultados negativos eram artificiais e destinados a eliminar os resultados positivos do mesmo dia, em flagrante desrespeito ao princípio consagrado no art. 9º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.598/77, de que os fatos registrados na contabilidade presumem-se verdadeiros, cabendo ao fisco prova em contrário.

Ao se dar conta do erro que cometera, ao tratar operações com títulos públicos que se operam através do SELIC com operações "Day-Trade" que ocorrem no mercado futuro e de opções das Bolsas de Valores, o autuante não quis admiti-lo e preferiu insistir no erro.

E aí cometeu erro ainda maior porque expressamente confessa que, nos termos do art. 108 do C.T.N. aplicou a analogia e a interpretação extensiva para lançar o tributo.

Não se pode lançar mão da analogia para lançar imposto porque dado o princípio da tributação cerrada o da reserva legal somente se pode tributar mediante previsão legal e o emprego da analogia acarretaria em aplicar lei prevista para um caso em outro semelhante. Do mesmo modo, a interpretação extensiva, que, aliás, nem foi prevista naquele dispositivo.

Essa forma de rede utilizada pela fiscalização' (fls. 101/102) através de computadores, para demonstrar o artificialismo nas operações de "Day-Trade", não tem lugar no mercado de títulos de renda fixa e, muito menos, na forma em pregada pelo informe fiscal.

Os computadores nomeavam todas as pessoas envolvidas na operação e os lucros e prejuízos de cada uma, de modo que era possível pelo menos verificar que em uma das pontas da operação havia uma pessoa física. Como se sabe, os lucros das pessoas físicas não eram tributados na operação "Day-Trade", de modo que o prejuízo artificialmente obtido em contrapartida com o lucro da pessoa física não trazia consequências tributárias contra esta, sendo que, ao contrário, ainda permitia algumas delas "aquecer" receitas so negadas.

Neste processo nada disso acontece. Na "rede" do informante fiscal (fls. 101 e 102), na ponta das operações não há pessoas físicas nomeadas, mas simplesmente "portadores" que tanto podem ser pessoas jurídicas como pessoas físicas. Mais que isso, essa figura "portador" é tomada genericamente como se fosse uma só pessoa (física ou jurídica) quando representam diversas operações com diversas pessoas.

Para melhor compreensão, basta examinar que a "rede" do autuante, nos dois casos, começa com "portador" e termina com "portador" sem nomeá-los ou quantificá-los. Deixa no ar a dúvida de que se trata de uma só pessoa e de uma só operação para o leitor desatento ou tendencioso.

No entanto, não se trata de uma só pessoa e nem de uma só operação.

Basta ver que, na venda de "portador" para a Kartel, no valor de Cr\$ 26.202.125.000 (doc. 62/64) há pelo menos três conjuntos de operações: o primeiro e o segundo, no valor de Cr\$ ..... 10.408.050.000, cada uma, e o terceiro, no valor de Cr\$ 5.204.025.000.

Em nenhuma das operações a fiscalização demonstrou haver pessoa física.

Seria necessário, no mínimo, que a fiscalização

comprovasse que o portador seria uma pessoa física porque, se fosse pessoa jurídica, teria de demonstrar que elas tinham prejuízos no período-base que não se transformassem em lucro real com os lucros obtidos na operação.

Se a operação é considerada "artificiosa", o artifício só iria acarretar-lhes um aumento do imposto de renda, na medida em que apresentassem lucro real no período superior aos ganhos nas referidas operações. E, como se pode ver das declarações duas, dentre três, apresentavam lucro real expressivo.

A forma da liquidação dessas operações é absolutamente irrelevante porque representam fechamento de posições.

O argumento do autuante às fls. 107 é totalmente tendencioso porque parte do princípio de que, como o fechamento das operações com prejuízo só poderia ser feito após a operação lucrativa, aquelas são necessariamente fictícias, o que não é correto.

As operações foram feitas no mesmo dia e os cheques de entrada dão cobertura aos de saída, ainda que estes tenham sido emitidos antes daqueles. Deste modo, é natural que na ficha do Razão, correspondente à conta "Banco c/ movimento - Bcº de Crédito Nacional S/A - Ag. Carmo" (fls. 72), tenha-se registrado primeiramente as entradas e, depois, as saídas, sem se cogitar da ordem em que as operações, NO MESMO DIA, se realizaram.

Por fim, protesta quanto à aplicação da multa qualificada, prevista no artigo 728, III do RIR/80, alegando que "os ilícitos fiscais a que se refere o inciso III do artigo 728 do RIR/80 são a sonegação, a fraude e o conluio. Para que qualquer desses ilícitos ocorra, um elemento essencial se faz necessário: o dolo. E, sabidamente, dolo não se presume, devendo ser provado, posto que consiste na prática de ato ou omissão de fato de que resulte crime ou delito previsto em lei".



É o relatório.

V O T O

Conselheiro SANDRO MARTINS SILVA, Relator:

O Recurso é tempestivo e assente em lei, dele conhecido e passo a decidir.

1. Como vimos, temos presente operações "Day-Trade", caracterizadas por compra e vendas simultâneas de títulos e valores mobiliários, no mesmo dia, em que uma das partes adquire e aliena, com prejuízo, os ativos, em operações que podem, pela sua natureza transferir lucros ou prejuízos entre pessoas físicas ou jurídicas.

2. No caso presente, a autuada, em nenhum momento contesta que efetuou operação "Day-Trade" que tenha resultado em prejuízo para si. O que alega é que suas operações não foram efetuadas no mercado de opções, objeto de referência específica por parte do Parecer Normativo CST nº 28/83.

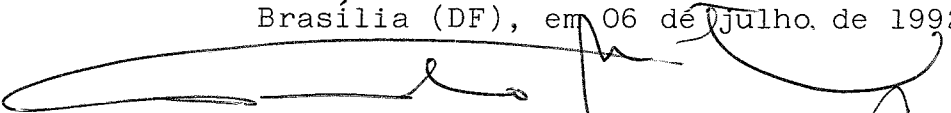
3. Contudo, é fato que a decisão recorrida tomou como fundamento os termos da informação fiscal, de fls. 104/107, onde o fiscal autuante arrolou razões mais amplas que as do Auto de Infração, o que inova o feito e pode cercear o amplo direito de defesa auferido à parte.

4. Assim sendo, voto pela devolução dos autos à autoridade monocrática para que proceda à apreciação do Recurso Voluntário interposto como se impugnação fosse, procedendo, antes seus termos, à nova decisão, e reabrindo posteriormente, prazo para,

Acórdão nº 101-83.725

se for o caso, seja interposto novo Recurso a este Conselho.

Brasília (DF), em 06 de Julho de 1992.

  
SANDRO MARTINS SILVA - RELATOR 