



MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO

MAES

Sessão de 22 de fevereiro de 1994ACORDÃO Nº 105-8.133

Recurso nº: 106.126 - IRPJ - EX. DE 1985

Recorrente: LEMPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA

Recorrida: DRF NO RIO DE JANEIRO - RJ

IRPJ - PREJUÍZOS REALIZADOS COM ARTIFICIALISMO - Indedutíveis na apuração do lucro real os prejuízos em operações "Day Trade", comprovadas como efetivadas com artificialismo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por LEMPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões, em 22 de fevereiro de 1994

Celi Depine Mariz DelDuque
CELI DEPINE MARIZ DELDUQUE - PRESIDENTE

Marcio Machado Caldeira
MARCIO MACHADO CALDEIRA - RELATOR

VISTO EM *Afonso Augusto Ribeiro Costa* AFONSO AUGUSTO RIBEIRO COSTA - PROCURADOR DA FAZENDA
SESSÃO DE: 11 NOV 1994 NACIONAL

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: Gilberto Congro Bastos, Nissao Arita, Afonso Celso Mattos

Lourenço e José Geraldo Rosa (Suplente convocado). Ausentes os Conselheiros Luiz Edmundo Cardoso Barbosa, José do Nascimento Dias e justificadamente o Conselheiro Jackson Medeiros de Farias Schneider.

clup



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

PROCESSO Nº 10768/007.290/90-89

RECURSO Nº: 106.126

ACORDÃO Nº: 105-8.133

RECORRENTE: LEMPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA

R E L A T Ó R I O

LEMPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., com sede no Rio de Janeiro, recorre a este Conselho de Contribuintes, pleiteando a reforma da decisão de primeiro grau.

Consta da folha de continuação do Auto de Infração (fls. 66) que a recorrente, no exercício de 1985, fez dedução indevida de prejuízo gerado em operação "Day Trade", decorrente da aquisição de 650.000 ORTN pelo preço de Cr\$ 12.357.202.000, no dia 31/10/84, e venda, nesta mesma data, pelo valor de Cr\$..... 11.377.307.000. Prejuízo glosado, Cr\$ 999.895.000, por considerar as operações como artificiais.

A irregularidade apontada foi enquadrada no artigo 191 e § primeiro do RIR/80, combinando-o com o Parecer Normativo 28/83 e Deliberação CVM nº 14/83.

Tempestivamente o contribuinte apresentou sua impugnação de fls. 10/33, que mereceu a seguinte síntese no parecer de fls. 67/73, que embasou a decisão singular:

Acórdão nº 105-8.133

"- que 'a notificação esclarece ser o P.N. 28/83 o diploma administrativo a dar embasamento à exigência tributária, sem qualquer referência a dispositivo legal, em clara demonstração de que a confirmação jurídica do pretendido fato gerador tem como suporte legal uma norma complementar e não uma lei, como determina o CTN em seu artigo 97.'

- que 'alega a Secretaria da Receita Federal - sem provas - que as operações praticadas pelos consulentes são operações simuladas, pois só de operações simuladas cuidou o Parecer Normativo...'

- que 'no caso dos consulentes, não só as operações não estão enquadradas na Deliberação CVM 14/83, como foram operações legais não contestadas pela entidade fiscalizadora (Comissão de Valores Mobiliários)...'

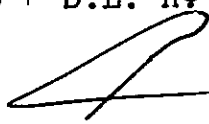
- que 'o Parecer Normativo 28/83 criou hipótese de reformulação exegetica fiscal no concernente àquelas operações mencionadas na instrução CVM 8/79 a Deliberação 14/83, pois o Ministério da Fazenda não só adotara, no passado, comportamento diverso, como o justificara'.

- que 'o PN 28/83 constitui inequívoco reformulação de critério interpretativo, que se fosse legal - e já demonstramos não ser - só poderia ser aplicada às operações futuras, mas nunca às operações passadas, por força dos artigos 146 e 100 do CTN'.

- que 'para o caso dos consulentes, a inaplicabilidade retroativa é inclusive impossível, em face de não estarem as hipóteses elencadas entre aquelas mencionadas na Deliberação CVM/14/83'.

- que 'as operações realizadas foram-no nos exatos termos de isenção legal. Contratadas com Corretora legalmente habilitada, não preencheram apenas os requisitos formais, mas estruturais, eis que houve lucro efetivo com real benefício'.

- que 'tais operações não merecerem contestação específica pela CVM, nem foram decretadas nulas judicialmente, sendo para todos os efeitos - e até impossível prova em critério - operações isentas de imposto de renda'. (grifei)

- que 'a matéria não é, portanto, regida pelo art. 26 da Lei 4.506/64, mas pelo artigo 49 do D.L. nº 1.510/76...'.


Acórdão nº 105-8.133

- que 'por essas razões, a Notificação do Ministério da Fazenda, alicerçada no PN 28/83, que pretende criar hipóteses de incidência, afastando isenção expressa, por integração analógica e interpretação extensiva, é ilegal e injurídica, pois fere os princípios da legalidade escrito e da tipicidade cerrada'. (grifei)

- que 'mesmo que por um esforço supremo de argumentos, nos o eliminássemos, nada impediria que as operações fossem realizadas nos exatos termos mencionados no Parecer Normativo 28/83, sem todavia gerar qualquer incidência tributária, pois a referida opinião da Receita Federal não é hipótese da incidência tributária, sendo a matéria regida, sem exceções, pelo art. 4º do Decreto-lei 1.510/76'.

- Conclui que 'as operações são totalmente legítimas, baseadas no que a lei permite' e que 'o Parecer Normativo CST 28/83 é ilegal...'."

O autor do procedimento fiscal, antes de sua manifestação às fls. 54/55, fez anexar aos autos alguns documentos e em seguida propôs a manutenção do auto de infração.

A autoridade encarregada de elaborar o parecer que integra a decisão singular, solicitou a realização de diligências, no sentido de serem anexadas a documentação que lastreou as operações questionadas e cópias das páginas do Livro Diário em que foram registradas.

Após as diligências foram anexadas cópias de folhas do Livro Diário (fls. 60/64), tendo a autuada informado que não foram localizados os documentos das referidas operações (fls. 59).

A autoridade singular ementou sua decisão nos seguintes termos:

"IRPJ - É de se glosar o prejuízo decorrente de operações efetivadas com artificialismo e não necessárias à atividade da empresa."

Os fundamentos desta decisão foram assim verbalizados:



Acórdão nº 105-8.133

"6.2 Do Mérito

6.2.1 A defesa, em sua longa peça impugnatória, não apresentou qualquer argumento ou prova que provas-se a licitude da operação, à luz da ótica da fiscalização.

6.2.2 Os argumentos quanto à ilegalidade do Parecer Normativo CST 28/83 e da Deliberação CVM 14/83, não podem prosperar na esfera tributário-administrativa, por faltar competência ao julgador de 1ª Instância para essa análise, vez que essa competência é inerte a outro Poder.

6.2.3 Provado está que as operações financeiras da autuada, objeto do A.I., são atípicas, não se caracterizando como habituais, dentro dos objetivos da empresa.

6.2.3.1 No exercício em análise (1985) ela é única e a operação que redundou em prejuízo (compra de 650.000 ORTN) envolveu recursos na ordem de Cr\$. 12.357.208.000, Cz\$ 12.357.208 que equivale a 67,4% da receita líquida declarada Cz\$ 18.386.220, (fls. 38), para o período base em análise.

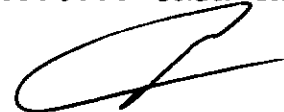
6.2.3.2 Também há que se analisar a coincidência de valores entre lucro e prejuízo, numa única operação, realizada no mesmo dia, provavelmente no mesmo horário.

6.2.4 A realização do lucro e prejuízo no mesmo valor, em uma única operação, realizada no período a que se refere a Declaração de Renda, fls. 36/43, enquadra-se plenamente na abrangência do Parecer Normativo, CST 28/83.

6.2.5 Instada a apresentar os comprovantes de compra e venda das ORTN, objeto do A.I, a autuada não os apresentou alegando 'que não foram encontrados os documentos próprios do SELIC'.

6.2.5.1 É de se estranhar que os documentos pertinentes à única operação realizada não tenham sido encontrados, vez que eles, e somente eles, poderiam dar alguma substância à sua defesa, no que concerne aos requisitos de ordem formal.

6.2.6 Assim, além de não comprovar com documentos hábeis e idôneos a realização da operação, caracterizada está o seu artificialismo, pelo que, o seu objetivo, tem como escopo principal o de reduzir o seu Lucro Real, estando correta a glosa do prejuízo de 999.895.000, pertinente à venda de 650.000 ORTN em



Acórdão nº 105-8.133

31/10/84, enquadrando-se, esta operação, nas condições descritas na Deliberação CVM nº 14/83.

. . 6.2.7 A alegação, de fls. 23, de que 'pretendido ato simulado não pode continuar como ato legal e ter para a Fazenda efeitos de ato simulado' não pode prosperar porquanto a ação legal está amparada no art. 118, inciso I do CTN, pelo que não depende, a lavratura do auto de infração, de prévia declaração de nulidade das operações pelo Poder Judiciário nos termos do artigo 105 do Código Civil Brasileiro.

6.2.7.1 Os Acórdãos do 1º C.C sobre operações de DAY TRADE são pacíficos quanto à indedutibilidade de prejuízos fictícios e das despesas na realização por pessoa jurídica, com o artificialismo e a atipicidade descrita no Parecer Normativo CST 23/83 e Deliberação CVM 14/83 com a finalidade de reduzir ou evitar o pagamento do imposto de renda (AC. 1º C.C 105-2.408/87 e 103-8.439/88).

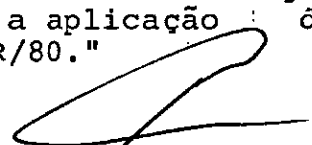
6.2.8 Por último, as considerações da autuada sobre o Decreto lei 1.510/76 e Lei 4.506/64, **por não serem pertinentes à lide**, deixam de ser analisadas.

6.2.9 Quanto ao enquadramento da multa de ofício no art. 728, III do RIR/80, correta está a ação fiscal, vez que o intuito de fraude é evidente, tendo em vista que o artificialismo das operações, por si atípicas e não comprovadas documentalmente, quanto ao seu aspecto formal, objetivaram reduzir os resultados mediante aumento artificial do prejuízo.

6.2.10 O percentual da multa de ofício concernente ao Auto de Infração - PIS-DEDUÇÃO, por equívoco do autuante, não acompanhou o percentual do processo matriz, 150%, sendo considerado o percentual de 50%.

6.2.11 Face ao termo decorrido. 5 (cinco) anos após a notificação do lançamento primitivo, decaiu o direito da Fazenda Nacional a proceder a novo lançamento, retificando o percentual de 50% para 150%, pelo que entendendo que deve ser homologado, pela autoridade julgadora, o percentual de 50% lançado no demonstrativo de fls. 03, anexo ao Auto de Infração nº 1707/90, integrante do processo nº 10768/007.380/90-70, anexado ao processo principal.

6.2.12 Concluindo, a operação levada a cabo pela autuada, objeto do Auto de Infração em análise, é abrangida pelo PN CST 28/83, e o seu enquadramento no art. 191, parágrafo 1º do RIR/80, guarda consonância com a infração identificada, pelo que é de se manter a exigência tributária, bem como correta está a aplicação da multa prevista no art. 728 III, do RIR/80."



Acórdão nº 105-8.133

Irresignado com a decisão singular, manifesta o contribuinte seu inconformismo através da petição de fls. 78/80, inicialmente insistindo que o Parecer Normativo CST nº 28/83 é ilegal por pretender criar hipótese de incidência, afastando insenção expressa por integração análoga e interpretação extensiva, ferindo os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada.

Acrescenta que, o auto de infração no IRPJ foi lavrado e assinado pelo Agente Fiscal sem anexação da prova cabal, palpável, definitiva e real, mas, tão-somente com citações de leis. Tanto é verdade e indispensável, que somente após a reclamação foi anexado aos autos cópia ao cheque nº 186322, emitido contra o BCN e o nome da corretora Magliano, conforme itens 3.1.5 e 3.1.6 do parecer do autuante, guia para a decisão final de primeiro grau.

Aduz, neste aspecto, que sua reclamação foi específica e narrada tecnicamente, mas agora surgiu um argumento novo igualmente maior, ou seja a prova real, a falta de citação de nomes e atos que não existiam na inicial, o que invalida "ab-initio" o processo.

Conclui, que seus lançamentos contábeis são legais, sem qualquer irregularidade e, estando o auto de infração sem amparo legal por falta de juntada de provas que só foram trazidas após a reclamação, deve ser provido seu recurso.

É o relatório.



Acórdão nº 105-8.133

V O T O

Conselheiro MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

A matéria a ser examinada por este Colegiado consiste na dedutibilidade do prejuízo obtido pela recorrente, no dia 31/10/84 com a aquisição e venda, na mesma data, de 650.000 ORTN, com vencimento para 15 dias após as operações. Tal prejuízo monta em Cr\$. 999.895.000, correspondente a 8,08% do preço de aquisição.

Tais operações foram consideradas pelo fisco, como artificiais e a irregularidade enquadrada no art. 191 do RIR/80, combinado com o Parecer Normativo nº 28/83 e Deliberação CVM nº 14/83.

Inicialmente, alega o sujeito passivo que o mencionado Parecer Normativo é ilegal por pretender criar hipótese de incidência tributária e não pode dar embasamento ao lançamento.

No tocante a este argumento, o lançamento não se baseou no Parecer Normativo, mas no art. 191 e parágrafo do RIR/80. A menção do Parecer Normativo, como da Deliberação CVM, trouxe aos autos a complementação do que se consistiria em artificialismo das questionadas operações. Ademais, tais atos são de natureza interpretativa, nada criando que pudesse ultrapassar os limites da lei.

Quanto à mencionada falta de provas, o lançamento é claro no demonstrar que a empresa contabilizou, no mesmo dia, a aquisição e venda de ORTN com prejuízo inaceitável, tratando tais operações como artificiais. A prova do fisco são os lançamentos contábeis que geraram os prejuízos deduzidos como despesas. Na peça inicial da lide, em seu longo arrazoadado, a recorrente apenas tenta demonstrar que suas operações foram legais, não contestadas pela CVM e não decretadas nulas judicialmente. Apenas no recurso contesta a ausência de provas.



Acórdão nº 105-8.133

Mas, como visto, a descrição dos fatos e os lançamentos contábeis demonstram o artificialismo da operação, pois impossível um prejuízo da ordem de 8% na aquisição e subsequente venda (Day Trade), quando a variação da ORTN, durante o mês de novembro foi da ordem de 9,9% e, os títulos negociados no dia 31 de outubro, tinham vencimento para 15 de novembro do mesmo ano de 1984.

Este mercado financeiro apenas negocia títulos aos preços fixados pelo Banco Central e, qualquer variação no dia seria inferior a 1%, naquele período, onde a correção mensal seria de 9,9% mais juros de 0,5% ao mês. A perda contabilizada pela empresa, por si só, já demonstra o artificialismo das operações, cujo percentual é totalmente destoante do mercado de ORTN.

O documento trazido pelo autuante com a informação fiscal, e relativo a um cheque, ao contrário do afirmado pela recorrente, não foi mencionado na decisão singular, cuja íntegra constou do relatório. Assim, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, nem em falta de provas no auto de infração, uma vez não utilizados para dar suporte ao lançamento e à decisão recorrida. Da mesma forma, não são mencionados neste voto, por descessários à solução da lide.

Como visto, o registro das operações, por si só, já demonstra o artificialismo da operação, que numa inflação da ordem de 10% ao mês, com títulos de renda pré-fixada, atrelada à correção monetária, mais juros de 0,5% ao mês, jamais teriam uma queda durante o dia, de 8%, ainda mais com um papel de curtíssimo prazo (15 dias).

Tal fato, inexistente no mercado de ORTN, comprova o artificialismo da operação. É de se acrescentar que, antes da decisão monocrática, foi o contribuinte intimado a apresentar cópia dos documentos que lastrearam seus lançamentos contábeis, obtendo-se como resposta a informação de que "não foram encontrados os documentos próprios da SELIC".

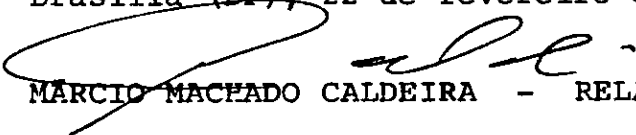


Acórdão nº 105-8.133

Desta forma, considerando que no mercado financeiro de ORTN, cujos preços são fixados pelo Banco Central, uma baixa de 1%, em títulos com vencimento para 15 dias, já seriam suficientes para a absorção da oferta, sem que a queda chegasse aos questionados 8%, aliado à falta de comprovação da realização efetiva das operações, determinam o não provimento do recurso.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso do sujeito passivo.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 1994



MÁRCIO MACHADO CALDEIRA - RELATOR