



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

Processo nº 10768.008260/2002-85
Recurso nº 150.053
Resolução nº **1402-00.044 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 25 de fevereiro de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente 6A TURMA - DRJ NO RIO DE JANEIRO I - RJ
Interessado ANGRA PARTICIPACOES LTDA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Ausente momentaneamente o Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Viviani Aparecida Bacchmi, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

A 6ª. TURMA - DRJ NO RIO DE JANEIRO I - RJ, com fulcro no artigo 34 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF), recorreu a este Conselho em face da decisão de primeira instância, que julgou improcedente a exigência constituída contra a empresa ANGRA PARTICIPACOES LTDA, no valor total de R\$ 2.866.609,83 (consectarios legais até maio de 2002, incluso a multa de ofício qualificada de 150%).

O recurso foi apreciado pela 5ª. Câmara do 1º. Conselho de Contribuintes que na assentada de 8/11/2006 proferiu o acórdão 105-16.118, anulou a decisão recorrida, determinando que nova fosse proferida. Aludido acórdão traz a seguinte ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RECURSO DE OFÍCIO - SUPRIMENTO DE OMISSÃO NA APRECIÇÃO DOS ARGUMENTOS DE LANÇAR - PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO - Tendo a decisão recorrida se omitido na apresentação do exame das razões de mérito 'relativamente a períodos não alcançados pela decadência ou qualquer outra preliminar, é de se repetir o julgamento para sanar a omissão por outro julgamento limitado à omissão, tornando assim possível a apreciação do recurso necessário.

A DRJ proferiu então nova decisão, mantendo a exoneração integral do crédito tributário, fls. 894 e seguintes, sendo que, em razão de sua pertinência, transcrevo o relatório da decisão recorrida:

1. Em decorrência da ação fiscal determinada pela DEINF/RJ, foram lavrados dois autos de infração para exigir da interessada:
 - 1.1. no primeiro (fls. 564/568), imposto sobre a renda de R\$ 420.905,09 (IRPJ), juros de mora e multa agravada; e
 - 1.2. no segundo (fls. 569/573), contribuição social sobre o lucro líquido de R\$ 393.438,46 (CSLL), juros de mora e multa agravada.
2. O auto de infração que exige IRPJ decorreu da glosa de perdas ocorridas nos anos-calendário de 1996 e 1997, em função de serem, segundo o autuante, oriundas de operações simuladas com opções flexíveis de dólar.
3. Alicerçou-se a glosa das perdas nos artigos 195, 197, 242 e 243 do Regulamento do Imposto sobre a Renda aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 11.01.1994 (RIR/1994).
4. A exigência da CSLL, fundada também na falta de comprovação das mesmas perdas, decorreu meramente do auto de infração que exige IRPJ, e se embasou no art. 2º da Lei nº 7.689, de 1988, no art. 19 da Lei nº 9.249, de 1995, alterado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 10, de 1996, nos artigos 1º e 2º da Lei nº 9.316, de 1996, e no art. 28 da Lei nº 9.430, de 1996.
5. No termo de verificação fiscal de fls. 518/563 (TVF), o autuante:
 - 5.1. inicialmente, presta informações sobre a forma de constituição da interessada e os seus objetivos;
 - 5.2. registra o seu entendimento acerca do mercado de opções, de derivativos e de opções flexíveis de dólar;
 - 5.3. conceitua “hedge”;

5.4. diz que, após analisar o patrimônio da interessada, não verificou a existência de riscos que justificassem a contratação de operações de opções flexíveis a título de “hedge” no volume em que foi contratado; e

5.5. depois, relata, em síntese:

5.5.1. que, com base no Razão e nas notas de negociação e no relatório de movimentação, ambos emitidos pela Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F (fls. 148/166), verificou a ocorrência de nove operações realizadas entre 29.01.1996 e 23.01.1997;

5.5.2. que o ativo objeto de oito dessas operações, segundo um demonstrativo apresentado no próprio termo de verificação fiscal (fls. 532), era o dólar americano, e o da operação restante era o IBV;

5.5.3. que, exceto a última, realizada em janeiro de 1997 e cuja contraparte foi uma empresa denominada Vic Ltda., as demais foram intermediadas pelas corretoras Quality e Somartec, e tiveram como contraparte essas mesmas corretoras;

5.5.4. que a terceira e a oitava operações apresentadas no referido demonstrativo foram realizadas em mercado de balcão e contabilizadas com base nas notas de negociação emitidas pela corretoras que as intermediaram; as demais foram registradas na BM&F, conforme comprova o relatório de fls. 130/133;

5.5.5. que, pelo fato de a interessada ter computado, como despesas dedutíveis, as perdas apuradas nas operações, decidiu verificar se os ganhos auferidos pelas contrapartes foram oferecidos à tributação;

5.5.6. que diligências realizadas na Quality e Somartec revelaram que elas intermediaram tais operações por conta de Swap Com. Imp. Exp., Maranduba Comercial, Construdino Eng. e Construções, Montreal Assessoria, Multipar Empreendimentos, Santa Juliana Construções e Empril Assessoria;

5.5.7. que os sistemas informatizados da então Secretaria da Receita Federal revelaram: a) que essas empresas se encontravam em situação não regular (por jamais ter apresentado declaração de rendimentos ou feito qualquer tipo de recolhimento) ou inapta (ausência de declarações desde o exercício de 1997); b) que não se localizavam - e talvez jamais tenham se localizado - nos endereços fornecidos à Secretaria da Receita Federal; e c) que não foram encontrados nem os seus proprietários nem as pessoas que constavam nos cadastros da SRF como seus representantes legais;

5.5.8. que, desse modo, tornou-se impossível comprovar o registro e a tributação dos ganhos obtidos pelas contrapartes nos negócios que, em contrapartida, resultaram em perdas para a interessada;

5.5.9. que a ação fiscal foi deflagrada por uma representação da Delegacia de Instituições Financeiras em São Paulo, para investigar os envolvidos na CPI dos Títulos Públicos;

5.5.10. que, de acordo com as investigações procedidas pela Polícia Federal, várias empresas foram constituídas de forma fictícia, com o intuito de desviar recursos públicos;

5.5.11. que o resultado de tais investigações é mais uma prova de que a interessada, em 1996 e 1997, tinha pleno conhecimento de que as contrapartes das operações em questão eram inidôneas;

5.5.12. que essas operações, embora revestidas de uma série de formalidades, tais como boletos de operação, registros nos arquivos da BM&F e intermediação de corretoras de

valores, nunca ocorreram de fato e tiveram como exclusivo objetivo apenas forjar prejuízos dedutíveis na apuração do imposto de renda e transferir recursos para terceiros;

5.5.13. que é bastante ilustrativo da premeditação do prejuízo, o fato de uma experiente instituição financeira, como era a interessada, perder R\$ 448.000,00 - que, à época, representavam em torno de US\$ 448.000,00 - em negócios financeiros realizados com empresas comerciais, de participação, de assessoria e até mesmo de construção, quando o corriqueiro é ocorrer exatamente o contrário; ou seja, nas vezes em que empresas não financeiras se aventuram nos mercados de risco, elas, em geral, acabam amargando prejuízos; e

5.5.14. que o dolo está caracterizado, ao menos em tese, pelo fato de a interessada, apesar de conhecer detalhadamente os procedimentos de registro e as características das operações de opções flexíveis, contratar operações desse tipo com pessoas inidôneas, para simultaneamente estabelecer um fluxo de pagamentos a terceiros não identificados e registrar uma despesa cuja consequência é a redução do recolhimento de impostos e contribuições.

6. Cientificada das exigências em 21.05.2002, a interessada as impugnou no dia vinte do mês seguinte (fls. 595/661). Alegou, em síntese:

6.1. que, por serem o IRPJ e a CSLL tributos submetidos a lançamento por homologação e terem os seus fatos geradores ocorrido nos meses de dezembro de 1996 e de 1997, já havia se expirado, à época da lavratura e ciência dos autos de infração - maio de 2002, o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN, pelo menos quanto aos fatos geradores ocorridos em 1996;

6.2. que ainda que se entenda que a suposta infração que lhe foi imputada estivesse eivada de dolo, fraude ou simulação, também já teria se consumado a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo a 1996;

6.3. que, verificado o dolo, a fraude ou a simulação em relação a tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a jurisprudência administrativa entende que a regra de decadência se desloca do § 4º do art. 150 do CTN para uma das hipóteses do art. 173 do mesmo código, como demonstram as ementas que transcreveu;

6.4. que, de acordo com o referido art. 173, opera-se a decadência, como regra geral, no prazo de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e que, caso já tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, o prazo de decadência se inicia na data dessa notificação;

6.5. que a jurisprudência administrativa se consolidou no sentido de que a entrega da declaração de rendimentos é medida indispensável à constituição do lançamento e, por conseguinte, que o prazo decadencial do IRPJ e da CSLL se inicia na data da sua entrega e não no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

6.6. que, no presente caso, como a sua declaração de rendimentos relativa ao período-base de 1996 foi apresentada em 28.04.1997 (fls. 733), o direito à constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos naquele período decaiu em 28.04.2002; e

6.7. que, assim, o lançamento lavrado em 16.05.2002, do qual ela tomou ciência no dia vinte e um seguinte, foi fulminado pela decadência.

7. No que tange ao mérito, argumentou basicamente:

- 7.1. que, do início de 1996 a janeiro de 1997, acreditava na desvalorização do real frente ao dólar;
- 7.2. que, por isso, adquiriu, por meio de operações com opções flexíveis de câmbio, o direito de comprar dólares por valores previamente ajustados;
- 7.3. que, frustrando-se a sua expectativa, deixou de exercer o direito de comprar a moeda norte-americana e, assim, sofreu perdas correspondentes aos prêmios pagos;
- 7.4. que tais perdas foram glosadas sob o argumento de que elas não eram necessárias e que decorreram de operações simuladas com opções flexíveis registradas na Bolsa de Mercadorias e de Futuros (BM&F);
- 7.5. que eram desnecessárias para suas atividades, segundo o autuante, porque: a) as opções tinham natureza de cobertura de riscos (hedge) e ela não corria riscos que justificassem a proteção; e b) que as perdas com opções não guardaram qualquer correlação lógica com os resultados positivos da sua atividade principal, a de intermediação financeira de títulos e valores mobiliários;
- 7.6. que foram simuladas as operações porque ela conhecia as contrapartes das operações e porque havia indícios de que as operações foram realizadas com fins outros que não os normais;
- 7.7. que o conhecimento das contrapartes por ela foi inferido a partir de declaração de representante da BM&F de que, nas operações com opções flexíveis sem garantia, os contratantes se conhecem;
- 7.8. que a presunção de que as operações não foram realizadas para seus fins normais partiu: a) da improbabilidade das perdas sofridas, uma vez que a sua experiência no mercado financeiro seria muito maior que a das contrapartes, empresas comerciais; b) do fato de não ter exigido qualquer tipo de garantia das contrapartes para efeito de recebimento de eventual ganho auferido nas operações; e c) da convicção de que elas, empresas inidôneas e inativas, não ofereceram à tributação os ganhos auferidos nas operações;
- 7.9. que, nesse particular, o auto é também improcedente, pois:
- 7.9.1. as operações com opções flexíveis não se prestam apenas a “hedge”; podem ser também especulativas;
- 7.9.2. as operações em questão tiveram finalidade especulativa, e essa é uma atividade típica das instituições de mercado, como é o seu caso, razão pela qual as respectivas perdas são inerentes ao seu negócio, conforme reconhecido em lei;
- 7.9.3. em decorrência do princípio da legalidade, a ocorrência do fato gerador do tributo deve ser provada, e não apenas presumida pela autoridade administrativa, como o foi; e
- 7.9.4. além de não ter havido a prova, as suposições do autuante foram extraídas de premissas equivocadas, haja vista: a) que ela não conhecia as contrapartes das operações, as quais foram liquidadas por intermédio de corretoras; b) que não auferiu nenhum benefício com as operações, uma vez que os prêmios pagos não lhe foram restituídos nem mesmo indiretamente; c) que as operações foram efetuadas com o propósito normal de lucro, e o prejuízo sofrido decorreu do risco inerente à natureza especulativa do negócio; d) que as opções adquiridas foram regulares, tanto que foram objeto de registro na BM&F, e não apresentaram parâmetros artificiais nem nenhuma outra característica encontrada em operações fraudulentas; e e) que a dedutibilidade das perdas não está nem poderia estar condicionada à tributação dos ganhos auferidos pelas contrapartes nas operações.

8. Depois de dizer que o autuante argüiu que as operações contratadas não eram necessárias às suas atividades porque as opções flexíveis têm natureza de cobertura de riscos (“*hedge*”) e ela não corria riscos que justificassem essa cobertura, houve por bem a interessada explicar:

8.1. que as operações com opção flexível podem ser praticadas não só com finalidade de proteção, mas também com fins especulativos;

8.2. que “*hedge*” e especulação são propósitos antagônicos, mas podem legitimamente justificar a celebração de contratos de opção;

8.3. que foi exatamente o que ela fez sem qualquer simulação;

8.4. que a perda sofrida com a negociação de uma opção com fins de “*hedge*” é tão dedutível quanto uma com fins especulativos, não havendo lei que faça tal distinção;

8.5. que, muito pelo contrário, no caso de instituições de mercado, como ela era, há lei que permite deduzir as perdas sofridas nas operações de renda variável realizadas em bolsa ou no mercado de balcão, independentemente de terem fins de “*hedge*” ou de especulação;

8.6. que, com efeito, assim dispõem os artigos 76 e 77 da Lei nº 8.981, de 1995, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 9.065 e nº 9.249, ambas de 1995:

"Art. 76. O Imposto sobre a Renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa e de renda variável, ou pago sobre os ganhos líquidos mensais, será:

§ 4º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, as perdas apuradas nas operações de que tratam os arts. 72 a 74 somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o limite dos ganhos auferidos em operações previstas naqueles artigos.

Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos e ganhos líquidos:

I - em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, inclusive sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil.

III - 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;

V - em operações de cobertura (hedge) realizadas em bolsa de valores, de mercadoria e de futuros ou no mercado de balcão";

8.7. que, no caso de “*hedge*”, as perdas sofridas em operações de bolsa ou de balcão são dedutíveis sem qualquer restrição tanto para as pessoas jurídicas não-financeiras quanto para as instituições de mercado (art. 77, V). Todavia, em relação às perdas sofridas em operações especulativas realizadas em bolsa ou no mercado de balcão, a lei dispensou tratamento tributário diferenciado às instituições de mercado, até mesmo às distribuidoras de títulos e valores mobiliários, como era o seu caso; enquanto para as empresas não-financeiras tais perdas somente são dedutíveis até o limite dos ganhos auferidos em operações realizadas nos mesmos mercados (art. 76, § 4º), para as instituições de mercado tais perdas são dedutíveis na determinação do lucro real sem qualquer restrição (art. 77, III); e

8.8. que o autuante reconheceu o caráter especulativo das suas operações, na medida em que não identificou, nos seus saldos patrimoniais, riscos a serem cobertos por operações de “hedge”, mas equivocou-se ao imaginar que a finalidade das operações com opções flexíveis seria, pelo fato de ela não possuir riscos, a de simular perdas.

9. Em seguida, a interessada passou a atacar a acusação de que teria havido simulação nas operações por ela realizadas. Assim, alegou, em resumo:

9.1. que, segundo o autuante, tais operações foram simuladas, uma vez que o seu real objetivo foi transferir recursos a terceiros e simultaneamente aumentar suas perdas dedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL;

9.2. que, considerando que ninguém desembolsaria cem por cento (correspondentes às perdas) para auferir benefício tributário de apenas quarenta e oito por cento (correspondentes à aplicação das alíquotas do IRPJ e da CSLL, vigentes à época, sobre as perdas incorridas), cabia ao autuante provar que os respectivos prêmios não foram pagos ou que lhe foram de alguma forma, direta ou indiretamente, restituídos, para demonstrar a simulação existente nas operações realizadas com opções flexíveis; não há, porém, uma única prova nesse sentido nas quarenta e seis páginas do TVF;

9.3. que, ao contrário, constata-se que as operações realizadas estão amparadas por documentação que comprova a sua efetividade e regularidade bem como a efetividade da respectiva liquidação financeira, a qual é sempre feita por intermédio das corretoras que representam os investidores;

9.4. que as operações foram intermediadas pelas corretoras Quality, Somartec e Liquidez, com a devida obediência às regras e aos parâmetros expedidos pela BM&F;

9.5. que todas elas estão suportadas por notas de negociação (fls. 738/747);

9.6. que, exceto a realizada em 29.05.1996, as demais constam do relatório emitido pela BM&F (fls. 749/752), que comprova o registro das operações naquela entidade;

9.7. que, nesse particular, cumpre ressaltar que o registro das operações na BM&F é de responsabilidade exclusiva das corretoras que as intermedeiam, e que a eventual falta de registro de uma operação não pode justificar a glosa da respectiva perda, considerando-se que o prêmio referente à compra da opção foi pago por meio da corretora interveniente;

9.8. que a operação realizada em 29.01.1996 foi liquidada por meio de cheque em favor da Quality (fls. 754) e sacado por ela, conforme comprova o extrato bancário de fls. 756;

9.9. que as demais operações, até mesmo a não registrada na BM&F por omissão da corretora, foram liquidadas por intermédio da Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP), conforme os documentos de fls. 758/766;

9.10. que, dos documentos acostados à impugnação, infere-se que apenas as corretoras tinham relação direta com os investidores ditos inidôneos;

9.11. que o autuante afirmou que ela conhecia as contrapartes das operações com base na carta de fls. 469, na qual a BM&F declara que, nas operações com opções flexíveis sem garantia, as partes se conhecem;

9.12. que, no entanto, em uma outra carta (fls. 769 e 770), a BM&F, ao ser indagada se podem as corretoras intermediar, registrar e levar a termo as operações com opções flexíveis sem garantia e efetuar a liquidação sem que seus respectivos clientes se

conheçam, respondeu que *“tratando-se de operações sem garantia que, portanto, oferecem risco de crédito para os contratantes, as partes devem se conhecer. Todavia, podem ocorrer situações em que as partes não se conhecem. Essas situações ocorrem quando uma corretora, em face do mandato que lhe é outorgado no contrato de intermediação corretora/cliente (administração da corretora), age por conta e ordem do cliente”*;

9.13. que um ponto crucial da nova carta da BM&F, o qual não constava da carta anterior, a de fls. 469, é o de que o conhecimento recíproco entre os contratantes não pode ser atestado quando há corretora atuando por conta e ordem de cliente; e

9.14. que, assim, resta demonstrado que, em operações realizadas por corretoras por conta e ordem de seus clientes, não é obrigatório nem indispensável que as partes se conheçam, e que, de resto, a simples possibilidade de os contratantes não se conhecerem já é suficiente para impedir que se reputa provada uma das premissas em que se baseou o autuante para presumir simuladas as operações.

10. No que tange à regularidade das operações em questão, ponderou a interessada, em suma:

10.1. que as perdas decorreram de uma estratégia especulativa centrada na expectativa de que o dólar iria se valorizar acima dos parâmetros da política cambial vigente à época;

10.2. que tal expectativa decorria, por sua vez, de diversos fatores macroeconômicos e até mesmo: a) da crise do México ocorrida em 1995, em razão da qual o Brasil alterou sua política monetária, aumentando a taxa de juros; e b) da introdução do sistema de bandas cambiais, sem um compromisso firme do Governo Federal em sustentar tal política cambial;

10.3. que, no entanto, a esperada desvalorização só veio a ocorrer tempos depois;

10.4. que, como argumento adicional para demonstrar a ausência de artificialismos nas operações realizadas, deve ser registrado que as perdas sofridas derivaram de pequena variação do dólar, pois, caso o real tivesse se desvalorizado acima dos percentuais de 1,73%, 0,63%, 0,41%, 0,74%, 1,10%, 0,43% e 2,81% quando da liquidação das operações cujos vencimentos ocorreram em março, junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 1996, respectivamente, ela teria auferido lucros, por ter adquirido as opções;

10.5. que o fato de ela não exigir garantia quando da contratação das opções não serve como prova de simulação porque a exigência ou não de garantias depende exclusivamente da política de risco de cada investidor;

10.6. que, a propósito, ela não recebia nem oferecia garantias em suas operações de intermediação financeira;

10.7. que a sua garantia residia, em última análise, nas corretoras que atuavam por conta e ordem das contrapartes e não nestas últimas, que ela sequer conhecia;

10.8. que também obteve ganhos em operações com opções flexíveis (fls. 749/752), os quais lhe foram creditados pelas corretoras intervenientes;

10.9. que o fato de as contrapartes estarem em situação irregular perante a Receita Federal e não terem oferecido à tributação os ganhos obtidos não serve para demonstrar o intuito de fraude que, segundo o autuante, motivou as operações com opções flexíveis;

10.10. que é absurda a glosa das perdas sofridas, sob o fundamento de que os ganhos auferidos pelas contrapartes não foram oferecidos à tributação, porque, nos termos da legislação tributária, a eliminação de determinada despesa somente é justificada pela falta de comprovação ou pela desnecessidade dela; e

10.11. que, assim, restou demonstrado que os indícios levantados pelo autuante não são fatos comprovados e, portanto, não revelam irregularidade alguma nas operações discutidas nem caracterizam a alegada simulação das perdas.

11. A interessada reclamou também do procedimento fiscal, por ele ter desrespeitado, segundo ela, o princípio da legalidade e da tipicidade. Alegou, em síntese:

11.1. que o lançamento tributário só é válido se demonstrada a ocorrência do fato gerador do imposto, pois a exação baseada em mera possibilidade dessa ocorrência ofende os princípios da legalidade e da tipicidade;

11.2. que, no entanto, a autuação decorreu de presunção simples, que é aquela que parte de um fato conhecido (indício) e, depois de estabelecer uma relação de causalidade, chega a um fato desconhecido que é o resultado lógico de um encadeamento de fatos;

11.3. que, quando essa relação de causalidade é prevista em lei, a presunção é classificada como legal;

11.4. que, nestes autos, o autuante presumiu simuladas as operações realizadas a partir das premissas de que ela conhecia as contrapartes e de que tais operações foram praticadas com fins outros que não os normais; e

11.5. que, como essa presunção não está prevista em lei e não foi comprovada a relação de causalidade exclusiva entre as premissas e a simulação da perda, o procedimento fiscal não pode prevalecer.

12. Também reclamou a interessada:

12.1 que não foi considerada, na determinação da matéria tributável do IRPJ do ano-calendário de 1996, a CSLL apurada de ofício; e

12.2. que a jurisprudência administrativa é no sentido de que tal contribuição era, até o ano-base de 1996, dedutível na apuração do IRPJ, conforme comprovam as ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes transcritas na impugnação.

13. Por fim, a interessada investiu contra o auto de infração que lhe exige CSLL. Disse:

13.1. que, em razão da decorrência do de IRPJ, ele é improcedente pelas mesmas razões expostas contra aquele outro;

13.2. que, todavia, mesmo no caso de o auto de infração principal ser declarado procedente, a exigência da CSLL reflexa deve ser modificada, de forma que a alíquota empregada no seu cálculo seja igual à aplicável às pessoas jurídicas não financeiras e, assim, seja respeitado o princípio da isonomia; e

13.3. que o aumento da CSLL pela Emenda Constitucional nº 10, de 04.03.1996, ofendeu: a) a forma federativa de estado e o princípio da legalidade, uma vez que emenda constitucional não é lei da União Federal nem instrumento legislativo idôneo para aumento de tributos federais; e b) os princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei, pois foi cobrado sobre fatos geradores iniciados em 01.01.1996.

14. Ao julgar os autos de infração, esta Turma de Julgamento, que, à época, tinha outra composição, proferiu o acórdão nº 8.893, de 17.11.2005 (fls. 815/817), assim ementado:

“IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário relativo ao imposto de renda decai em cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, salvo ocorrência comprovada de dolo, fraude ou simulação, em virtude de, desde o advento da Lei nº 8.383, de 1991, ser por homologação o lançamento do referido tributo”.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. DESPESAS OPERACIONAIS. NEGÓCIOS COM OPÇÃO FLEXÍVEL DE DÓLAR. PERDAS. COMPROVAÇÃO.

Descabe a glosa das perdas verificadas em negócios com opção flexível de dólar, se a fiscalização não logra comprovar que tais perdas foram forjadas para reduzir a base de cálculo do tributo.

Lançamentos Improcedentes”

15. Ao apreciar o recurso de ofício interposto pelo presidente da Turma de Julgamento, a Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes houve por bem: a) anular o referido acórdão, sob o argumento de que a decisão recorrida se omitiu “na apresentação do exame das razões de mérito relativamente a períodos não alcançados pela decadência ou qualquer outra preliminar”; e b) determinar a repetição do julgamento, com a recomendação de que ele deve se limitar à omissão.

16. Cientificada do acórdão em 15.03.2007, a interessada apresentou, na mesma data, a petição de fls. 870 e 871, na qual informou que não apresentará recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais por confiar que a total improcedência do lançamento será confirmada pela nova decisão de 1ª instância a ser proferida.

17. À petição ela anexou memorial dirigido aos conselheiros da câmara que julgou o recurso de ofício (fls. 872/875) e um parecer econômico de autoria da Tendências Consultoria Integrada sobre as suas operações com opções flexíveis realizadas em 1996 e 1997.

A nova decisão recorrida. está assim ementada:

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. *O direito de a Fazenda Pública constituir crédito tributário relativo ao imposto de renda decai em cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, salvo ocorrência comprovada de dolo, fraude ou simulação, em virtude de, desde o advento da Lei nº 8.383, de 1991, ser por homologação o lançamento do referido tributo.*

CUSTOS OPERACIONAIS. NEGÓCIOS COM OPÇÃO FLEXÍVEL DE TAXA DE CâMBIO. PERDAS. COMPROVAÇÃO. *As efetivas perdas em negócios com opção flexível de taxa de câmbio são admissíveis como operacionais, por serem inerentes e normais ou usuais nas atividades das instituições financeiras, e reduzem regularmente, portanto, o seu lucro real, de acordo com o art. 242 do RIR/1994.*

DESPESAS OPERACIONAIS. NEGÓCIOS COM OPÇÃO FLEXÍVEL DE TAXA DE CâMBIO. PERDAS. COMPROVAÇÃO. *Descabe a glosa das perdas verificadas em negócios com opção flexível de taxa de câmbio quando não há*

comprovação de que tais perdas foram forjadas para reduzir a base de cálculo do tributo.

Transcreve-se os fundamentos do voto condutor do acórdão em tela:

Mesmo suspeitando que o emprego da expressão “em tese” decorreu da orientação do referido manual, não deixa de ser sintomática a insistência do autuante em mencioná-la nos três primeiros parágrafos do tópico 2.11.3 do termo de verificação fiscal, dedicado ao assunto dolo. Ela é o primeiro sinal da desconcertante escassez de provas e da imensa fragilidade dos indícios de simulação reunidos durante a auditoria que ele tenta suprir com abundantes considerações e suposições. Nem mesmo a constatação de que a Swap Com. Imp. Exportação, a Maranduba Comercial, a Construdino Engenharia e as demais pessoas jurídicas indicadas no quadro de fls. 534 não passam de empresas de fachada, por assim dizer, constitui vestígio de que houve simulação nas operações examinadas, porque o autuante, afinal, nem conseguiu reunir dados que estabelecessem qualquer liame entre elas e a interessada. Provas há, no entanto, de que tais empresas eram clientes das corretoras Quality, Somartec e Liquidez e que as negociações foram realizadas entre a interessada e aquelas corretoras (fls. 738/747).

Observo ainda que o autuante nem conseguiu apurar quem foi a verdadeira beneficiária dos lucros derivados das operações suspeitas, a qual, por sinal, teria que ser direta ou indiretamente a interessada, para se justificar a autuação. Afinal, não é admissível supor que alguém suporte despesa apenas com o fito de aproveitar a redução do ônus tributário que a sua escrituração implica, haja vista que este é significativamente menor que a própria despesa.

Abro parêntesis aqui para registrar que estes autos são bastante semelhantes, quase idênticos, aos do processo nº 10768.011073/2002-89 cujo objeto é um auto de infração lavrado pela mesma Delegacia Especial de Instituições Financeiras no Rio de Janeiro (DEINF/RJ), acompanhado também de um termo de verificação fiscal. Naqueles autos, assim como nestes, a interessada especulou com opções flexíveis de taxa de câmbio em 1996, amargou perdas com tais operações e os ganhos produzidos em contrapartida foram colhidos por empresas de fachada, já que elas não foram encontradas nos endereços fornecidos à Receita Federal, ninguém as conhecia, não apresentavam declarações de rendimentos, etc.

Coube-me relatar aquele processo quando ainda integrava a 9ª Turma desta Delegacia de Julgamento. No voto condutor ao acórdão nº 2.614, de 20 de dezembro de 2002, no qual aquela Turma acordou unanimemente julgar improcedente o lançamento, deixei claro que não ficou comprovado, nos autos, que foram forjadas as perdas amargadas pela instituição financeira. O ponto central da acusação de que teria havido simulação nas operações que implicaram as perdas era a certeza do autuante de que a interessada naquele processo conhecia as clientes da corretora Quality, a qual figurava como contraparte naquelas operações. Tal certeza provinha de uma informação contida na carta enviada pela BM&F à DEINF/RJ da qual uma cópia se encontra às fls. 469 deste processo. Essa informação era a de que, na modalidade sem garantia - como se operaram as opções flexíveis negociadas - parte e contraparte se conhecem.

Talvez pelo fato de eu nutrir um certo interesse pelo mercado financeiro, de me sentir atraído pela Bolsa de Mercadorias e Futuros e pela Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) a ponto de me aventurar em operações nesta última, por não ser, enfim, totalmente leigo nesse assunto, não reputei convincente a informação prestada pela BM&F. Ela não era peremptória e não me pareceu muito segura nem sei bem por quê. Não posso negar que me chamou a atenção o fato de ela ter sido assinada por um advogado, profissional que, em geral e sem nenhum preconceito, não morre de amores

pelo mercado financeiro e tampouco pelas vísceras das Bolsas de Valores e de Mercadorias. Estou certo, porém, que não foi essa a razão da minha suspeição. Como, nas minhas incursões pelo mercado de capitais, seja no pregão, seja no mercado de balcão, eu não sei quem me vende ações e opções nem quem compra as minhas - posso saber apenas quais são as corretoras envolvidas nas negociações - resisti a confiar nessa informação, a qual, para mim, longe de ser uma prova cabal, era apenas um indício, não mais que um simples indício de que nas operações flexíveis sem garantia parte e contraparte se conheciam. Assim, ela não foi suficiente para me convencer da simulação das operações, até porque não havia nada mais nos autos que sugerisse que a interessada e as empresas de fachada se conheciam.

(...) à vista das informações contidas na nova carta da BM&F - esta firmada pelo seu diretor geral (fls. 769/770) e autenticada, conforme documento de fls. 814 - ratificariam aquela decisão. Merece memorização o seguinte trecho daquela carta: *“Tratando-se de operações sem garantia que, portanto, oferecem risco de crédito para os contratantes, as partes devem se conhecer. Todavia, podem ocorrer situações em que as partes não se conhecem. Essas situações ocorrem quando uma corretora, em face do mandato que lhe é outorgado no contrato de intermediação corretora/cliente (administração da corretora), age por conta e ordem do cliente* (o negrito não é do original).

Como bem acentuou a interessada na impugnação, um ponto crucial da nova carta da BM&F é o de que o conhecimento recíproco entre os contratantes não pode ser atestado quando há corretora atuando por conta e ordem de cliente. E provas há, nos autos, de que corretoras intermediaram as operações (fls. 738/766).

Diante do exposto, quer-me parecer que ruíu o alicerce do acórdão proferido pela 5ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes e que a resposta à indagação formulada no início deste voto deve ser “Não. Não há prova nos autos de que houve dolo, fraude ou simulação”. Desse modo, insisto que a norma a ser aplicada aqui é sem dúvida a do art. 150, § 4º, do CTN, o que conduz à conclusão segura de que, à época do lançamento do imposto de renda, já havia decaído o direito de a Fazenda Pública lançá-lo relativamente aos fatos geradores ocorridos até 31.12.1996.

(...)

“No que tange à operação realizada em 23.01.1997, é certo que o lançamento efetuado não é extemporâneo. Contudo, não tendo sido comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação na sua realização, consoante o que se viu acima, reputo-o também improcedente, porque as despesas computadas no resultado do exercício correspondem a efetivas perdas inerentes às atividades da interessada à época do fato gerador e, dessa forma, reduziram regularmente o seu lucro real, de acordo com o art. 242 do RIR/1994. Observei que essa operação foi a única cuja nota de negociação (fls. 747) aponta, como contraparte, a Vic Indústria e Comércio, uma das empresas de fachada. Esse fato, porém, não é suficiente para comprovar que ela e a interessada se conheciam, porque a operação foi intermediada pela corretora Liquidez e, como disse a BM&F, as partes, nesses casos, podem não se conhecer.

Quanto à CSLL, não se trata de decadência do direito de constituir crédito tributário, pois, no seu caso, esse direito decai somente com o decurso do prazo de dez anos, conforme estabelece o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991. Todavia, por não ter sido comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação nas operações examinadas, consoante o que se viu acima, o lançamento é também improcedente”.

Admito que, na apreciação do mérito, fui bem simples, bem rápido e bem objetivo. Aliás, no meu modesto entendimento, assim deveriam ser todas as apreciações. Todavia, observo que tive até mesmo o cuidado de iniciar o antepenúltimo parágrafo advertindo que, **no que tange à operação realizada em 23.01.1997, é certo que o lançamento efetuado não é extemporâneo**. Em outras palavras, quis dizer que o fato gerador deflagrado pela operação realizada em 23.01.1997 não foi alcançado pelo instituto da decadência; ou seja, que não era a decadência que determinava a rejeição do lançamento, mas, sim, o fato de as despesas corresponderem a efetivas perdas inerentes às atividades da interessada à época do fato gerador, uma vez que não houve a comprovação da simulação apontada. Assim, o custo dos ativos adquiridos (as opções de compra de taxa de câmbio) não poderia ser desprezado, uma vez que reduziu regularmente o seu lucro real, de acordo com o art. 242 do RIR/1994, por ter se convertido em perda. É bom lembrar, por oportuno, que se não for atacada a documentação comprobatória da compra ou da venda de um ativo, só mesmo a comprovação de ter havido simulação no negócio autoriza a rejeição dos respectivos valores, para efeitos tributários.

No tocante à CSLL, aí mesmo é que não tem cabimento a afirmação de que não apreciei o mérito da autuação. Afinal, ao iniciar o parágrafo que trata dessa matéria, afastei, de plano, a hipótese de decadência, e no mínimo deixei implícito que a falta de comprovação da simulação me obrigava a reputar regular a perda computada no resultado do exercício, uma vez que ela decorria dos negócios aos quais a interessada se dedicava à época do fato gerador.

Exatamente por isso julguei o lançamento da CSLL também improcedente.

O processo retornou a 5ª. Câmara do 1CC e na sessão de 16/04/2008 foi convertido em diligência, consoante Resolução 105-01.382, cujo relatório e voto abaixo transcrevo parcialmente:

Relatório

(...)

A ciência da decisão acima se deu por Edital (fls. 852) publicado no DOU em 26.01.2006 (fls. 853, retificado o Edital em 30.01.2006 (fls. 854).

Em 15.03.2006 a empresa protocolou petição sob a forma de Memorial reiterando suas razões impugnatórias, reafirmando a preliminar de decadência e juntando Parecer Econômico da Tendência Consultoria Integrada.

A decisão Relativa à nova apreciação dos fatos prolatada pela 6ª Turma da DRJ (I) do Rio de Janeiro, RJ, cancelou a exigência sob ementa (fls. 894):

(...)

Considerando alterações na composição desta 5ª Câmara, procedo à leitura em plenário do relatório e voto correspondentes à decisão contida no Acórdão nº 105-16.118, para conhecimento de todos acerca dos antecedentes do processo.

A nova decisão ensejadora do presente recurso de ofício confirmou a decisão

anterior, tendo apreciado inicialmente a preliminar de decadência, necessitou examinar a situação caracterizada pela aplicação da multa qualificada de 150%, que corresponderia à excludente de aplicação do § 4º, do artigo 150 do CTN.

São datas que interessam:

- Ciência dos autos de infração em 21.05.2002; - fls. 564 IRPJ e 569 CSLL;
- Fatos Geradores: 31.12.96 e 31.12.97;

O voto esclarece que após a Lei nº 8.383/91, tanto o IRPJ quanto a CSLL estão regidas pelas disposições do artigo 150 do CTN, submetidas à homologação e, portanto se aplica o prazo estabelecido no seu parágrafo 4º.

Esclarece ainda que oito das nove operações que deram causa às glosas de despesas foram realizadas no ano-calendário de 1996 e apenas uma no ano-calendário de 1997.

O relator repete em sua grande maioria o voto da decisão anteriormente formalizada, apenas inovando nos parágrafos derradeiros (fls. 924 em diante).

O voto reitera as queixas contra a decisão prolatada por esta 5ª Câmara no processo nº 10768.011073/2002-89, que deixo de apreciar por se referir a outro processo, inclusive de outro contribuinte, admitindo apenas ser possível existir a analogia informada pelo Sr. Relator.

Reitera também as afirmativas de ser o relator um conhecedor de operações de mercado e nelas embasa sua decisão.

Informa o relator (fls. 926), que: "No tocante à CSLL, aí mesmo é que não tem cabimento a afirmação de que não apreciei o mérito da autuação. Afinal, ao iniciar o parágrafo que trata dessa matéria, afastei, de plano, a hipótese de decadência, e no mínimo deixei explícito que a falta de comprovação da simulação me obrigava a refutar regular a perda computada no resultado do exercício, uma vez que ela decorria dos negócios aos quais a interessada se dedicava à época do fato gerador".

Isso demonstra que o questionamento alinhavado acerca da expressão "... em tese ficou demonstrada a prática de ilícito que justifica a formalização da Representação", conduziu o relator a entender que, em não havendo fraude ou dolo, as operações inquinadas eram legítimas e portanto, plenamente dedutíveis.

O relator entendeu que a correspondência da BM&F endereçada à DEINF/RJ (fls. 469) não era peremptória e não lhe pareceu muito segura, e que poderia servir apenas como um indício, longe de ser uma prova cabal de que nas operações flexíveis sem garantia parte e contraparte se conheciam, e por isso não se convencia da simulação das operações, até porque não havia nada mais nos autos que sugerisse que a autuada e as empresas de fachada se conheciam.

Foi formalizada declaração de voto vencido (fls. 928 e 929), com base no entendimento de discordância quanto à empresa, que não sabia quem estava na outra ponta das operações. No caso, intermediadas pelas corretoras Quality e Somartec..

Não fica a argumentação do voto vencido nisso, como se expõe (fls. 928 e 929):

"Entretanto, devo discordar de tal entendimento. Se a análise do dolo dependesse apenas do conhecimento recíproco das partes, com efeito tal situação não ficou comprovada nos autos e não se poderia cogitar da ocorrência de dolo.

Porém, o conjunto probatório aponta para o fato de que a interessada apresentou prejuízos consideráveis exatamente em favor de nove empresas inidôneas, cujos endereços e responsáveis não foram localizados, apesar das diligências, diga-se de passagem, insistentes, do autuante, como descrito no TVF.

A interessada alega ainda que o autuante se baseou em presunção não autorizada por lei, uma vez que não apresentou provas da irregularidade que a ela atribui. Entretanto,

no presente caso o autuante se amparou em um conjunto probatório formado pela reincidência das operações com nove empresas fictícias ou inidôneas. Ou seja, não se amparou ou autuante em apenas uma operação com uma empresa inidônea, mas em nove situações semelhantes. O fato de a interessada contar com a intermediação de corretoras em nada releva o conteúdo doloso das operações, caracterizado pela contratação de contrapartes fictícias. Tanto é assim que a interessada, em sua extensa impugnação, não produziu nenhum argumento que contrariasse o fato de que negociou com empresas que ela própria não encontraria para cobrar caso fosse ganhadora, visto que as operações não eram garantidas pelas corretoras intermediadoras das operações. Os alegados pagamentos à corretora nada atestam a licitude das operações questionadas ou que a estas se destinavam, uma vez que não ficou comprovada a destinação do desembolso, além de não haver coincidência de datas e valores.

Desse modo, entendo ser procedente a glosa levada a efeito, tendo em vista a ocorrência de dolo nas operações contratadas pela interessada nos anos de 1996 e 1997. Nessa linha, não teria se operado a decadência quanto aos fatos geradores ocorridos em 1996, uma vez que a contagem do prazo decadencial se daria na forma do art. 173,1, do CTN."

Tudo isso posto, diante da modificação da composição desta 5ª Câmara, leio em plenário o relatório e voto por mim elaborado quando do julgamento anterior, na sessão de 08 de novembro de 2006.

Assim se apresenta o processo para julgamento.

Voto

(...)

Com relação à observação contida no início do voto condutor da decisão recorrida, de que, apesar da determinação desta Câmara para que fosse apreciado o mérito questão, e que iria ampliar o exame a todas as

É de se adotar a mesma sequência de análise adotada pela autoridade recorrida, qual seja antecipar a preliminar pela apreciação da qualificação da multa para se concluir sobre a excludente contida no § 4º, do Artigo 150 do CTN.

A repetição da decisão de 1º grau não produziu os efeitos esperados, mas entendo que o prolator do voto condutor da decisão recorrida pretendeu apenas reafirmar seus argumentos genéricos acerca da exigência, não sem indicar suas razões de decidir, contrapostas por outras razões trazidas na declaração de voto.

Parece que importante prova a ser apreciada é a correspondência de fls. 469.

Trata-se de correspondência expedida pela BM&F, em 17.07.2000, ao Sr. Leonardo de Andrade Couto em atendimento a termo de diligência MPF 2000 00082 4, de 13 de julho de 2000.

Trago a exame o teor da correspondência (fls. 469 e 470):

"Ref: Termo de Diligência MPF 2000 00082 4, de 13 de julho de 2000.

Prezados Senhores:

Em atendimento ao Termo de Diligência em epígrafe, seguem, abaixo, os esclarecimentos solicitados por V.Sas.:

As operações de Opções Flexíveis ocorrem no mercado de balcão, nas modalidades com e sem garantia. Na modalidade "com garantia", as partes não se conhecem e a Corretora intermédia a operação, registrando-a com outra Corretora ou com ela mesma. Na modalidade "sem garantia", onde parte e contraparte se conhecem, após o acordo quanto às características da operação, tais como o preço de exercício, prazo, data de pagamento do prêmio, etc., ambas as partes escolhem uma ou duas Corretoras para registrarem o negócio no Sistema Eletrônico da BM&F. Nessa modalidade, a(s) Corretora(s) somente presta(m) o serviço de registro, estando eximida(s) de quaisquer responsabilidades financeiras, bem como o(s) respectivo(s) Membro(s) de Compensação e a própria Bolsa. Em qualquer circunstância a corretora estará, sempre, agindo por conta e ordem do cliente.

Para complementar os esclarecimentos, encaminhamos, em anexo, cópias das Especificações do Contrato de Opções de Compra e de Venda Flexíveis de Taxa de Câmbio de Reais por Dólar dos Estados Unidos e cópia do Contrato de Intermediação Corretora/Cliente.

5. Com relação às operações relacionadas em seu Termo de Diligência de 04/07/1996, referido em epígrafe, temos a esclarecer que a sua formalização foi realizada diretamente entre as partes, que informaram os dados às corretoras para registro.

No período de janeiro a março de 1996, a BM&F permitia que as Corretoras cadastrassem clientes por conta, ou seja, se, identificação do nome perante a BM&F, com a obrigação de, "quando solicitadas, identificarem os clientes para a Bolsa. A partir de dezembro de 1996, a BM&F reestruturou seu Sistema de Cadastro, tornando obrigatória a identificação dos clientes. 5. Anexamos, ainda, cópia da regulamentação para cadastro de clientes das corretoras associadas à BM&F.

Sendo o que se apresentava para o momento, e permanecendo à disposição dessa Delegacia para quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários, subscrevemo-nos,"

O item 3., contém a afirmativa de que as operações relacionadas no termo de diligência de 04.07.96 foram realizadas diretamente entre as partes, que informaram os dados às corretoras para registro (destaquei).

Observei que na correspondência de fls. 469 e 470 não consta o elenco de operações mencionadas no item 3., da correspondência e que o termo de intimação respondido é datado de 13.07.2000.

Portanto, a correspondência deve se referir a outro termo de intimação.

Na montagem do processo estão alocados a fls. 466 a 475 documentos relativos à diligência junto à BM&F, sendo o MPF de nº 2000 00082 4.

Entre eles não encontrei qualquer termo de diligência com a data de 04.07.1996 mencionada na correspondência da BM&F, o que dificulta a correlação documental.

Com relação a essa prova, que entendo ser fundamental ao deslinde da questão, é visível que dentro da sistemática descrita na correspondência, as partes podem se conhecer, porém a afirmativa explícita acerca de uma relação de operações elencada em um termo de diligência identificado como sendo datado de 04.07.1996, faz com que a concretização da afirmativa seja identificada com as operações ali elencadas.

E, não consegui localizar no processo o termo de diligência nem outro documento oferecido formalmente à BM&F que contivesse a relação de operações que possam fazer conexão entre o termo de diligência de 04.07.1996 e o rol de operações sob questionamento.

Entre as hipóteses a avaliar ocorre-me ser possível que eu não tenha encontrado, entre as 563 primeiras páginas do processo, que antecedem os autos de infração o referido termo de diligência; ter constado na correspondência da BM&F a data equivocada; não ter o referido termo de diligência sido inserido no processo;

A importância da correspondência de fls. 469 fica patente no relatório da fiscalização que, a fls. 557:

"o que está descrito no parágrafo anterior é tão notório, que além de declarar textualmente o que aqui relatamos, a BM&F não exigia para a operação nenhum tipo de garantia, servindo como mero agente de registro da operação. Conforme a Bolsa de Mercadorias e Futuros mesmo declarou em atendimento a um de nossos Termos de Diligência "na modalidade sem garantia, onde parte e contraparte se conhecem, quanto às características da operação, tais como preço de exercício, prazo, data de pagamento do prêmio, etc., ambas as partes escolhem uma ou duas corretoras para registrarem o negócio no sistema eletrônico da BM&F. (grifas nossos)" (fls. 469). Não estamos tratando de uma interpretação do contrato de opções flexíveis, e sim de uma declaração expressa do agente responsável pelo registro da operação aqui em questão."

Assim, portanto, capital importância a confirmação de que as operações questionadas são aquelas a que se refere a correspondência da BM&F (fls. 469), mas a declaração nela contida carece de adequação, quanto aos detalhes nela contidos.

Enquanto a descrição genérica das operações instala razoável possibilidade de as partes se conhecerem, a afirmativa contida na correspondência pode traduzir certeza acerca disso, eliminando tergiversações e conflito de entendimentos, como aquele verificado no julgamento de primeiro grau. Conflito esse que só ocorreu por não ter a decisão recorrida atacado objetivamente as provas trazidas pela fiscalização e as alegações expressas da impugnante.

Assim, entendo que o deslinde da questão será revestido de maior segurança e baseado em prova concreta se o julgamento for convertido em diligência para que o processo retorne à repartição de origem e a autoridade administrativa indique objetivamente se o termo de diligência mencionado na correspondência da BM&F se encontra no processo (não o encontrei) e, seja solicitado explicitamente à BM&F para que relacione objetivamente quais as operações a que se refere em sua correspondência de fls. 469 e 470 do processo.

Caso tenha ocorrido equívoco de data, que seja restabelecida a correlação mediante consideração comprovada da data correta.

Tudo isso visando o esclarecimento das questões levantadas acima, elaborando-se relatório circunstanciado a ser levado à ciência da recorrente, para, querendo, manifeste-se no prazo de 30 dias, para após retornar o processo a este colegiado para prosseguir o julgamento.

Assim, diante do que consta do processo, voto por conhecer do recurso de ofício e converter o julgamento em diligência.

Os novos trabalhos de diligência resultaram no relatório de fls. 965 e seguintes, abaixo reproduzido:

Atendendo à solicitação do Primeiro Conselho de Contribuintes da Quinta Câmara do Ministério da Fazenda, constante às fls 940 a 946, que converteram o julgamento do processo acima mencionado em diligência, objetivando esclarecer as informações da BM&F prestadas através da correspondência 177/00 - JUR de 17/07/2000.

Cabe esclarecer que em julho de 2000 INTIMAMOS a BM&F para esclarecer como ocorriam as Operações no Mercado de Opções Flexíveis. Em sua resposta a BM&F informa que estas operações ocorriam no mercado de balcão, nas modalidades COM E SEM GARANTIAS. Sendo que na modalidade "Com Garantia", as partes não se conhecem e a Corretora intermedia a operação, registrando-a com outra Corretora ou com ela mesma. Enquanto, na modalidade "SEM GARANTIAS" a BM&F de uma forma bem clara afirma que a parte e contraparte se conhecem, e após o acordo quanto às características da operação, tais como o preço de exercício, prazo, data de pagamento do prêmio, etc., ambas as partes escolhem uma ou duas Corretoras para registrarem o negócio no Sistema Eletrônico da BM&F. Acrescentando ainda, que nesta modalidade "SEM GARANTIAS" a Corretora(s) somente presta(m) o serviço de registro, estando eximida(s) de quaisquer responsabilidades financeiras, bem como o(s) respectivo(s) Membro(s) de Compensação e a própria Bolsa.

Portanto, de uma forma bem clara a BM&F afirmou em sua correspondência (fls. 469), que as operações no Mercado de Opções Flexíveis, ocorridas no Mercado de Balcão, na modalidade Sem Garantia, a parte e a contraparte se conhecem e procuram uma ou duas Corretoras só para registrarem o negócio previamente acertado pelos comitentes.

Cabe esclarecer aos ilustres conselheiros que tanto a nossa pergunta através de termo de intimação, assim como, a resposta da Bolsa se referem as operações realizadas de um modo geral nas modalidades **Com e Sem Garantia**. E como regra geral, qualquer operação no mercado de renda variável, onde não existe Garantia jamais uma Corretora de Mercadorias ou a própria BM&F iriam se responsabilizar pela sua liquidação, o que faz todo sentido a explicação desta Bolsa, que afirma que ambas as instituições financeiras estão eximidas de quaisquer responsabilidade financeira na sua liquidação, e que as partes se conhecem.

Em outras palavras nenhum cliente estaria disposto a efetuar negócios futuros (Opções Flexíveis) com elevado nível de risco, sem nenhuma garantia se não conhecesse o cliente contraparte na operação, visto que, a Corretora interveniente e a BM&F se eximem de quaisquer responsabilidade pela liquidação financeira do negócio.

Visando atender solicitação dos ilustres conselheiros intimamos a para que com base na correspondência entregue a fiscalização em 17/07/2000 177/00-JUR, informasse se as operações listadas a seguir foram realizadas no mercado de Opções Flexíveis na modalidade **COM ou SEM GARANTIA**.

Operações de Opções Flexível da Angra Participação no Mercado de Balcão

Número do Contrato de Opção	Data	Ativo	Corretora Interveniente	Valor da Operação
60102378-1	29.01.1996	Dólar	Qualiy	61.600,00
60512950-4	28.05.1996	Dólar	Qualiy	164.500,00
60503164-9	29.05.1996	Dólar	Qualiy	66.300,00
60701075-4	11.07.1996	IBV	Qualiy	399.900,00
60702050-4	25.07.1996	Dólar	Qualiy	448.000,00

61001543-5	16.10.1996	Dólar	Qualiy	220.000,00
61002013-7	18.10.1996	Dólar	Qualiy	92.500,00
61001929-5	18.10.1996	Dólar	Qualiy	100.000,00
70102993-5	23.01.1997	Dólar	Qualiy	195.000,00
	TOTAL			1.747.800,00

Em sua resposta em 19/08/2008 a BM&F (fls), através da correspondência 269/2008-DI-DJU afirma que as operações anteriormente listadas foram registradas no mercado de balcão, na modalidade "**SEM GARANTIA**". Adicionalmente mais uma vez como já havia feito através da correspondência 177/00 de 17/07/00 a Bolsa esclarece que não dispõe de dados sobre a sua liquidação, confirmando que não teve nenhuma participação na sua liquidação financeira, por se tratar de operação na modalidade **sem garantia**, portanto, fica claro que a Bolsa somente registrou a operação que previamente teria sido montada entre as partes.

Adicionalmente, cabe esclarecer que a BM&F não estabelece um tipo de contrato para cada operação, com características inerentes às operações que são realizadas. Assim, na modalidade de Opções Flexíveis há duas possibilidades: a) Com Garantias e b) Sem Garantias.

Dadas as características só há uma conclusão possível e imaginável o contrato celebrado entre as partes tem como pressuposto o conhecimento prévio e o acordo prévio entre as partes.

Ademais, os procedimentos de auditoria realizados nas empresas contrapartes, em relação a todos os contratos celebrados indicaram sempre as mesmas conclusões:

a) por uma enorme coincidência os contribuintes que teoricamente auferiram os ganhos, em contraponto com as perdas registradas e deduzidas pela Angra, não puderam ser localizados através das diligências realizadas pela Receita Federal e pela Polícia Federal;

b) em todos os casos das perdas relatadas, uma experiente instituição financeira como a Angra DTVM chega em alguns casos a perder em uma única operação o valor de R\$ 448.000,00 (lembrando que naquela época vivíamos na política da âncora cambial, quando a cotação do Real em relação ao Dólar era de aproximadamente 1 para 1) para empresas comerciais, de participação, de assessoria e até mesmo de construção;

c) vastos eram os contratos existentes no mercado financeiro que proporcionariam o mesmo tipo de perspectiva de rentabilidade procurado pela Angra, porém ela só direciona seus recursos para contratos Sem Garantias e com empresas inidôneas, que provavelmente nunca negociariam na modalidade Com Garantias, pois teriam que efetuar depósitos na BM&F e não teriam Capital de Giro para efetua-los;

d) a Angra DTVM andando na contramão das demais Instituições Financeiras procura especificamente realizar operações sem liquidez e de altíssimo risco no mercado de balcão, em que a contraparte não proporciona nenhum tipo de garantia.

Em função do exposto sugerimos o envio do presente processo aos ilustres Conselheiros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, e permanecendo à disposição para quaisquer outros esclarecimentos que se mostrarem necessários.

Cientificada da diligência, a contribuinte apresentou manifestação de fls. 972 a 979, aduzindo que:

1. Desrespeito. É o mínimo que se pode dizer da diligência fiscal que culminou no referido Termo de fls. 964 a 967 (doravante "Termo de Conclusão da Diligência").
2. Desrespeito às determinações da Resolução nº 105-1.382 desta E. 5ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes. Desrespeito ao direito de defesa da RECORRIDA. Desrespeito aos mais elementares princípios, inclusive os de ordem lógica, que visam a busca da verdade e a promoção da Justiça.
3. Com efeito, a Resolução nº 105-1.382, de 16.04.2008, desta E. 5ª Câmara determinou a realização de diligência para: (...)
4. Veja-se o propósito da diligência fiscal nas exatas palavras do Conselheiro Relator JOSÉ CARLOS PASSUELLO: (...)
5. Portanto, era de se esperar que a fiscalização diligenciasse no sentido de cumprir essas duas determinações da 5ª. Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.
6. Contudo, não foi o que ocorreu.
7. Quanto à primeira determinação, o fiscal não informou se consta dos autos deste processo o termo de diligência de 04.07.1996 referido no item 3. da carta da BM&F 177/00-JUR, de 17.07.2000, que não foi encontrado pelo Conselheiro Relator. Ficou a dúvida quanto à própria existência de tal termo.
8. Pior, o fiscal não intimou a BM&F a esclarecer se as operações objeto da carta BM&F 177/00-JUR, de 17.07.2000 são especificamente as operações realizadas pela RECORRIDA e objeto da autuação de que trata este processo.
9. Em vez de cumprir a Resolução nº 105-1.382, o fiscal simplesmente perguntou à BM&F o que é fato incontroverso e totalmente irrelevante ao deslinde do caso: se as operações realizadas pela RECORRIDA eram da modalidade "sem garantia" (vide fls. 951 a 953 dos autos).

As operações serem "com garantia" ou "sem garantia" nada provam quanto ao conhecimento prévio das partes contratantes nem, muito menos, se as mesmas teriam, de forma espúria, pré-determinado perdas para a RECORRIDA.

Como não poderia deixar de ser, a BM&F confirmou que as operações eram "sem garantia", o que, repita-se, não se discute, e o fiscal, então, aproveitou o Termo de Conclusão da Diligência para reiterar suas convicções pessoais - totalmente equivocadas - de que nas operações "sem garantia" as partes necessariamente se conhecem e que, no caso, a RECORRIDA teria pré-determinado, fabricado, as suas perdas com as contrapartes das operações.

O fiscal que realizou a diligência foi o próprio fiscal que lançou o auto de infração contra a RECORRIDA, e o Termo de Conclusão da Diligência nada mais é do que uma repetição de argumentos que já foram rejeitados pela Decisão de 1ª Instância, que, com todo o acerto, cancelou o auto.

Os equívocos do fiscal são evidentes. Veja-se, em primeiro lugar, o seguinte trecho do Termo de Conclusão da Diligência: (...)

14. O fiscal concluiu que havia um prévio acordo espúrio entre as partes porque as operações eram da modalidade "sem garantia" e a BM&F não participou da liquidação financeira das operações.

15. Como já visto, o fato de as operações serem "sem garantia" nada prova quanto ao conhecimento entre as partes. O fator relevante é, sim, terem as partes contratado

diretamente ou por intermédio de sociedades corretoras, agindo por conta e ordem de clientes cuja identidade não é revelada à contraparte da operação.

16. No caso, as operações realizadas pela RECORRIDA foram intermediadas por uma sociedade corretora (Quality, Liquidez ou Somartec, conforme o caso) agindo por conta e ordem do seu cliente. E, mais, todas as operações foram liquidadas financeiramente através do CETIP. Isso também é fato incontroverso, provado documentalmente nos autos. Ou seja, não houve contratação direta nem sequer contato entre as partes - nem mesmo na liquidação financeira das operações.

17. A propósito, também nas operações "com garantia" a BM&F não participa da liquidação financeira das operações, que igualmente ocorre através das corretoras que intermediaram o negócio. Ademais, a RECORRIDA realizou um enorme número de operações "sem garantia", que era a modalidade da maioria das suas operações (e não apenas das operações objeto da autuação), sem que isso jamais tivesse sido aventado contra si como indício de qualquer irregularidade.

18. E, mais ainda, nas operações "sem garantia" intermediadas por corretora, esta passa a ser o risco de crédito da contraparte da operação, e não o cliente por conta e ordem de quem a referida corretora está agindo. Esse ponto foi destacado em parecer do Sr. Gustavo Loyola, ex-Presidente do Banco Central do Brasil (**DOC. 01**), nos seguintes termos:

"Na Seção 4, conclui-se que, em operações com opções flexíveis, em que não são exigidas garantias, mas que a corretora atua "por conta e ordem" do comitente vendedor, o lançador não pode ser identificado pela parte detentora da opção de compra. Ademais, a liquidação das transações se dá entre as corretoras, seja diretamente, seja por meio de entidades como a CETIP.

Quando estas condições se verificam, as corretoras que atuaram "por conta e ordem" do lançador tornam-se responsáveis pela liquidação dos montantes apurados pela compensação da BM&F. Como consequência, o risco de crédito incorrido pelo comprador da opção é transferido, do cliente final para a corretora que atuou "por sua conta e ordem".(páginas 15 e 16 do parecer.)

19. Basta a leitura desinteressada da carta 269/2008-DI-DJU, de 19.08.2008, para ver que a BM&F não disse que, no caso, a liquidação financeira teria ocorrido diretamente entre as partes porque as mesmas se conheciam. Disse a BM&F:

"esta Bolsa não dispõe de dados sobre a sua liquidação, que pode ter sido efetuada, conforme o caso, diretamente entre as partes ou entre cada uma das contrapartes e o intermediário envolvido (a sociedade corretora)" (fl. 965 dos autos.)

20. A BM&F pode mencionar, em tese, uma e outra forma de liquidação. Mas o fiscal não poderia ter deixado de considerar que, no caso concreto, as operações da RECORRIDA foram liquidadas por intermédio das corretoras, através do CETIP, conforme prova constante dos autos.

21. Depois de apresentar a sua equivocada conclusão, o fiscal aduz argumentos já rechaçados pela Decisão de 1ª Instância. A rigor, ilações e suposições, nem sempre jurídicas, tais como a de que uma experiente instituição financeira como a RECORRIDA não poderia perder dinheiro para empresas comerciais. Ilações e

suposições nada condizentes com o que se esperava da diligência requerida pela E. 5ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Tais ilações e suposições sequer merecem novos comentários por parte da RECORRIDA, que simplesmente reitera, aqui, todos os argumentos desenvolvidos em sua impugnação e memoriais constantes dos autos deste processo.

Em suma, a diligência realizada nada esclareceu, nada provou, nada contribuiu para o julgamento do caso.

24. Mas o retrato da diligência é ainda pior.

25. Em 18.07.2008, a RECORRIDA peticionou para requerer que o fiscal, aproveitando a intimação que fazer-se-ia da BM&F, incluísse dois quesitos que pudessem colaborar com o julgamento do caso. A RECORRIDA junta cópia da referida petição protocolada na Receita Federal (**DOC. 02**).

Pois bem, o fiscal intimou a BM&F em 14.08.2008 (portanto, quase um mês após o protocolo da referida petição) e não incluiu os quesitos solicitados pela RECORRIDA. Nenhuma surpresa, pois, afinal, o fiscal não atendeu a Resolução da própria 5ª Câmara, como visto acima.

E nem se diga que o fiscal não atendeu a RECORRIDA porque considerou os seus quesitos inapropriados. Fosse essa a razão, mesmo que o fiscal não tivesse a delicadeza de comunicar o indeferimento à RECORRIDA, ele deveria, no mínimo, ter mencionado no Termo de Conclusão da Diligência a existência da petição e a sua motivação para desprezá-la.

Antevendo a resistência do fiscal em verdadeiramente diligenciar atrás de esclarecimentos para o julgamento do caso, a RECORRIDA enviou carta diretamente à BM&F (DOC. 03).

29. Em resposta, a RECORRIDA recebeu da BM&F a carta 318/2008-DI-DJU, de 16.09.2008 (**DOC. 04**), na qual é esclarecido que as operações referidas na carta BM&F 177/00- JUR, de 17.07.2000, são os contratos de opção de n.ºs. 601.01493-6, de 17.01.1996, e 603.00986-7, de 11.03.1996.

30. Tais contratos **nada** têm a ver com a RECORRIDA ou este processo. Os números e as datas dos contratos mostram que **não** são operações envolvendo a RECORRIDA. Só para facilitar a comparação das datas e números, segue abaixo a relação das operações realizadas pela RECORRIDA e objeto da autuação:

Opção	Nº do Contrato	Data	Ativo	Corretora	Perda em RS
1	601.02378-1	29.01.96	Dólar	Quality	61.600,00
2	605.12950-4	28.05.96	Dólar	Quality	164.500,00
3	605.03164-9	29.05.96	Dólar	Quality	66.300,00
4	607.01075-4	11.07.96	IBV	Quality	399.900,00
5	607.02050-4	25.07.96	Dólar	Quality	448.000,00
6	610.01543-5	16.10.96	Dólar	Quality	220.000,00
7	610.02013-7	18.10.96	Dólar	Quality	92.500,00
8	610.01929-5	18.10.96	Dólar	Somartec	100.000,00
9	701.02993-5	23.01.97	Dólar	Liquidez	195.000,00
	TOTAL				1.747.800,00

31. Portanto, mesmo diante da falha da diligência fiscal, a RECORRIDA traz aos autos a resposta da BM&F aguardada pelo Conselheiro Relator JOSÉ CARLOS PASSUELLO: as operações referidas na carta BM&F 177/00-JUR, de 17.07.2000 **não**

são as realizadas pela RECORRIDA, objeto deste processo, mas sim outras operações completamente estranhas ao caso sob análise.

Mas não é só. A nova carta da BM&F serve para reiterar o que já constava de outra carta constante dos autos deste processo: a carta BM&F 194/2002-DG, de 12.06.2002, anexada como DOC. 11 da impugnação apresentada pela RECORRIDA, justamente para eliminar as dúvidas que haviam sido suscitadas pela carta BM&F 177/00-JUR, de 17.07.2000.

Tanto a carta BM&F 194/2002-DG, de 12.06.2002, quanto a nova carta da BM&F (318/2008-DI-DJU, de 16.09.2008), ressaltam que nas operações "sem garantia" as partes contratantes podem não se conhecer quando existe a intermediação de uma corretora, agindo por conta e ordem de cliente. Transcreva-se: "**tratando-se de operações sem garantia que, portanto, oferecem risco de crédito para os contratantes, as partes devem se conhecer.** Todavia, podem ocorrer situações em que as partes não se conhecem. Essas situações ocorrem quando uma corretora, em face do mandato que lhe é outorgado no contrato de intermediação corretora/cliente (administração da corretora), age por conta e ordem do cliente." {negrito da RECORRIDA.}

34. Em operações realizadas com o intermédio de corretoras agindo por conta e ordem de seus clientes (como é o caso das operações celebradas pela RECORRIDA) não é obrigatório nem indispensável que as partes conheçam uma a outra. Tal fato foi reconhecido expressamente pela BM&F e, ainda, pelo Sr. FRANCISCO DA COSTA E SILVA, ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, e pelo Sr. GUSTAVO LOYOLA, ex- Presidente do Banco Central do Brasil, em pareceres elaborados a pedido da RECORRIDA e juntados aos autos deste processo.

35. Portanto, a conclusão baseada nos esclarecimentos prestados pela BM&F é oposta a que chegou o fiscal no seu Termo de Conclusão da Diligência. A conclusão é que sequer pode-se afirmar que, nas operações realizadas pela RECORRIDA, que contaram com a intermediação de corretora (Quality, Liquidez ou Somartec) agindo por conta e ordem do cliente, as partes se conheciam. Muito menos que as partes teriam artificialmente engendrado perdas para beneficiar fiscalmente a RECORRIDA.

Enfim, as provas são contrárias às suposições e ilações feitas pelo fiscal quando da autuação e, agora, repetidas vaziamente por ocasião da diligência.

Não há qualquer prova de que as partes se conheciam nem, muito menos, de que fabricaram perdas para favorecer fiscalmente a RECORRIDA. Ao contrário, há provas de que as operações foram regularmente registradas na BM&F e liquidadas financeiramente via CETIP, através de contas das corretoras, demonstrando que, de fato e de direito, a RECORRIDA incorreu nas perdas que deduziu para fins de apuração do seu lucro real.

38. E nunca é demais lembrar: considerando que ninguém desembolsaria 100%, correspondente às perdas, para auferir benefício tributário de apenas 48% (correspondente à aplicação das alíquotas do IRPJ e da CSL, vigentes à época, sobre as perdas incorridas), caberia à fiscalização, a fim de pela RECORRIDA, provar que os respectivos prêmios não foram efetivamente pagos pela RECORRIDA ou que os mesmos lhe foram de alguma forma, direta ou indiretamente, restituídos. No entanto, nas quase 1.000 páginas deste processo, não há - e nem poderia haver - uma única prova nesse sentido.

39. Por essas razões, a RECORRIDA confia na imediata subida dos autos à 5ª. Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, que, no julgamento, negará provimento ao recurso de ofício.

É o relatório do processo até aqui.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

Consoante extenso relato, em litígio a veracidade de operações, com opções flexíveis de dólar, que a contribuinte teria realizado nos anos de 1996 e 1997, com expressivas perdas, que segundo a fiscalização seriam simuladas, tendo aplicado a multa qualificada de 150%.

O processo retornou de diligência, foi a mim sorteado, em face de o Relator anterior ter deixado o CARF. Na reunião de janeiro/2011 coloquei o processo em pauta, reiniciamos o julgamento, mas foi objeto de pedido de vista do ilustre conselheiro Frederico Alencar.

Nesta reunião, o processo foi pautado para o dia 23/02, mas solicitei que ficasse com vistas até dia 25/02 para que o representante do contribuinte apresentasse o inteiro teor do processo judicial de que trata o documento abaixo reproduzo parcialmente:

 **PODER JUDICIÁRIO**
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO



3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro
INQUÉRITO POLICIAL: 2003.51.01.501315-6

CONCLUSÃO

Nesta data, faço estes autos conclusos a(o) MM. Sr(a).
Dr(a). Juiz(a) da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.
Rio de Janeiro, 10/01/2006, 18:08.

MARIA AMELIA OLIVEIRA DA SILVA SANTOS
Diretor(a) de Secretaria

Processo nº 2003.51.01.501315-6

Vistos etc....
Trata-se de pedido de arquivamento de investigação criminal, ao argumento de que falta justa causa para a propositura de ação penal.

DECIDO.
O pedido encontra amparo no juízo de valor, feito pelo postulante, sobre o conteúdo da investigação que se produziu, entendendo esse inexistir elementos suficientes (tipicidade, indícios de autoria, interesse de agir, condições de procedibilidade ou de punibilidade) para fundamentar a acusação.

Assim, sendo razoável a pretensão deduzida ante o que se reuniu, determino o arquivamento do presente procedimento.

Dê-se baixa na distribuição e, ciente o MPF, procedam-se às comunicações de costume.

P.I.

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 2006.

LAFREDO LISBOA VIEIRA LOPES
Juiz Federal Titular

Segundo informou o representante da contribuinte, tratar-se-ia do arquivamento da investigação criminal contra a empresa, Inquérito Policial Federal No. 2003.51.01.501315-6, cuja origem seria a representação fiscal para fins penais de que trata o presente processo.

Aliás, no Relatório Fiscal e nos autos são citados outros Inquérito Policial Federal, este de São Paulo, de No. 97.0105020-7 (fl.453) e 12-0082/97 (fl. 460), ambos relativo a chamada “operação Monte Cristo” da Polícia Federal.

Este processo está em curso há quase 9 anos e foi objeto de uma diligência fiscal determinada por este Conselho, cujos objetivos a meu ver foram incipientes e os resultados não forma e dificilmente seriam conclusivos. Isso porque penso que não teria tanta relevância saber se a contribuinte e as demais empresas parte nas operações se conheciam. Ora, ainda que ficasse comprovado esse conhecimento dificilmente seria em uma profundidade que indicasse relações estreitas das partes. Todas as empresas existiam formalmente, tanto que foram cadastradas pela Corretora. Logo, os dirigentes da contribuinte até poderia conhece-las, mas daí a saber que eram apenas empresas de fachada... Afinal quantas pessoas e empresas realizam operações com pessoas jurídicas dessa natureza, tentam se cercar de cuidados mínimos, e acabam nem sabendo dessa condição.

Ora, um ponto incontroverso nos autos é que os pagamentos foram mesmo realizados, logo, há que ser possível determinar o destino de ao menos parte desses 1,7 milhões de reais.

No meu entendimento, além das peças dos 3 inquéritos acima citados, o que poderá também elucidar a questão é o rastreamento dos valores pagos pela contribuinte nessas operações. Consta às fls. 33 e 34 da peça impugnatória, fls. 628-629 dos autos, que :

8.23. A operação de nº 1 foi liquidada através de cheque nº 001155 do Banco Dimensão S.A., de 29.01.1996, cruzado em preto em favor da QUALITY (DOC. 08) . Tal valor foi devidamente sacado pela QUALITY, conforme atestam os anexos extratos bancários (DOC. 09). As demais operações foram liquidadas através da Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP), inclusive a operação nº 3 eventualmente não registrada na BM&F por omissão da corretora, conforme comprovam os relatórios emitidos pela própria CETIP, que indicam os saldos liquidados pela IMPUGNANTE em cada data de pagamento dos prêmios das opções flexíveis (DOC. 10).

Diante do exposto, voto no sentido de converter novamente o julgamento em diligência para que a fiscalização:

1) Oficie às autoridades pertinentes para obter e juntar aos autos cópias dos citados inquéritos policiais que possam elucidar a questão, se possível o inteiro teor;

2) Solicite autorização judicial e/ou colaboração policial para rastrear os pagamentos feitos pela empresa. Ao menos 3, o primeiro feito em cheque e outros 2 via CETIP. Tal rastreamento deve ter como objetivo verificar se há prova se os recursos voltaram à empresa, ainda que parcialmente. Sei da dificuldade do procedimento, ainda mais 15 anos depois, por outro lado os Bancos guardam microfilmes dos cheques e transferências e uma vez identificadas as contas dos envolvidos, a exemplo da conta que a Quality depositou o cheque emitido pela contribuinte, há possibilidade de verificar o destino dos recursos. Aliás, há

Processo nº 10768.008260/2002-85
Resolução nº **1402-00.044**

S1-C4T2
Fl. 26

possibilidade de os próprios inquéritos policiais da operação “Monte Cristo” conterem alguma informação quanto a isso.

3) A Fiscalização pode fazer outras verificações e procedimentos, em estrita consonância com o escopo da diligência visando seu êxito, qual seja, elucidar nos autos o destino mediato dos pagamentos efetuados pela autuada. Ao final, deverá lavrar termo consubstanciado e cientificar a contribuinte para, caso deseje, manifestar-se no prazo de 30 dias.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza