



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Recurso nº : 135.327
Matéria : IRPJ E OUTRO - Ex(s): 1999
Recorrente : BANK OF AMÉRICA - LIBERAL S.A. CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS.
Recorrida : 5ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO I/RJ
Sessão de : 14 de abril de 2004
Acórdão nº : 103-21.587

NULIDADE DO LANÇAMENTO - Somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente. Tendo o auditor fiscal competência outorgada pela lei para a fiscalização do tributo, não há em se falar em nulidade de ato lavrado por ele, no pleno exercício de suas atribuições.

DESPESAS OPERACIONAIS - Para que uma despesa possa ser aceita como dedutível, além da comprovação da sua necessidade ao desenvolvimento das atividades e a manutenção da respectiva fonte produtora, devem ainda serem efetivas, necessárias, normais ou usuais no tipo de transação, operação ou atividade da empresa.

MULTA AGRAVADA - GLOSA DE DESPESAS - A simples glosa de despesas em face da ausência de sua necessidade para a manutenção da fonte produtora, não demonstrado satisfatoriamente o evidente intuito de fraude no ato da fruição de sua dedutibilidade para a diminuição do resultado sujeito à tributação, desautoriza o agravamento da penalidade. Nesta hipótese o ilícito é apenado com a singela multa equivalente ao percentual de 75%.

JUROS DE MORA - APLICABILIDADE DA TAXA SELIC - Sobre os créditos tributários vencidos e não pagos a partir de abril de 1995, incidem os juros de mora equivalentes à taxa SELIC para títulos federais.

INCONSTITUCIONALIDADE - A apreciação da constitucionalidade ou não de lei regularmente emanada do Poder Legislativo é de competência exclusiva do Poder Judiciário, pelo princípio da independência dos Poderes da República, como preconizado na nossa Carta Magna.

DECORRÊNCIAS - Tratando-se de lançamentos reflexivos, a decisão proferida no matriz é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Recurso provido parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANK OF AMÉRICA - LIBERAL S. A. CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS.

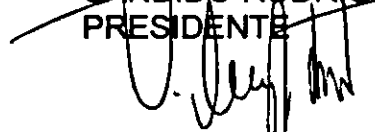


**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir a exasperadora agravada ao seu percentual normal de 75% (setenta e cinco por cento), vencidos os conselheiros Alexandre Barbosa Jaguaribe que dava provimento integral; os conselheiros Márcio Machado Caldeira e Paulo Jacinto do Nascimento que proviam a maior para excluir parcela correspondente à receita obtida nas operações e empréstimos de ações; e os conselheiros Nilton Pêss (Relator) e Nadja Rodrigues Romero, que negavam provimento integral, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Victor Luís de Salles Freire.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


VICTOR LUÍS DE SALLES FREIRE
RELATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM:

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Recurso nº : 135.327

Recorrente : BANK OF AMÉRICA - LIBERAL S.A. CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS.

RELATÓRIO

A contribuinte supra identificada teve contra si lavrados Autos de Infração, referentes a Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 1204/1207) e Contribuição Social (fls. 1208/1211) referentes a fatos geradores do ano-calendário 1998.

O início da fiscalização deu-se em data de 21 de maio de 2001 (fls. 12), amparando-se no MPF nº 0716600 2001 00077 1, com a solicitação de apresentação de documentos e livros fiscais, que a fiscalizada colocou à disposição.

A Infração apurada, encontra-se assim descrita no auto de infração referente ao IRPJ: *CUSTOS, DESPESAS OPERACIONAIS E ENCARGOS NÃO NECESSÁRIOS - Valor apurado conforme Relatório da Atividade Fiscal anexo, que é parte integrante deste Auto de Infração.*

O enquadramento legal dado foi: arts. 195, inciso I, 197 e parágrafo único, 242 e 243, do RIR/94.

Foi aplicada a multa de ofício no percentual de 150%, dando como infringido o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.

A ciência da contribuinte deu-se em data de 20/06/2002.

As infrações e os valores apurados, estão descritas no Relatório da Atividade Fiscal de fls. 1168/1203, referido no auto de infração, que é apresentado em plenário, do qual destaco alguns tópicos:

- Analisando as demonstrações financeiras da fiscalizada, foi identificada movimentação financeira em algumas contas contábeis, entre elas: *Credores por*
135.327*MSR*05/05/04



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Empréstimos de Ações e Despesas de Empréstimos. Solicitando a apresentação das fichas razão respectivas, correspondente ao período de janeiro de 1998 a dezembro de 1999 (fls. 50), foi atendida a intimação, sendo entregues os documentos solicitados (fls. 51/54). Para a comprovação das operações, foram também apresentas cópias de contratos celebrados com as empresas TELENERGIA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 00.945.104/0001-79 e TEGENER PARTICIPAÇÕES S/A (antiga denominação de LIB PARTICIPAÇÕES S/A), CNPJ 00.299.045/0001-09, que tinham como objeto o empréstimo de ações possuídas pelas empresas citadas (mutuantes) ao BANK OF AMÉRICA - LIBERAL S/A CORRETORA DE CâMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS, CNPJ 35.780.063/0001-92 (fls. 643/1058).

- Ainda atendendo a intimação, a contribuinte apresentou correspondência das bolsas de valores do Rio de Janeiro e de São Paulo, com as cotações das ações objeto dos empréstimos que serviram de base para a atualização das referidas obrigações (fls. 56/61).

- Para entender a operação, o relatório transcreve as disposições de contabilização das operações de empréstimo de ações, baixadas pelo Banco Central do Brasil, através da Carta Circular nº 2.747 (fls. 1171/1172), explicando as operações de forma que entende mais didático, com as seguintes palavras:

- "a) Uma empresa, nominada por nós de empresa **ALFA**, é detentora de ações de outras companhias;
b) Outra empresa, por nós chamada de **BETA**, necessita de recursos;
c) **BETA** e **ALFA** firmam um contrato em que **ALFA** empresta suas ações para **BETA**, que se compromete a devolvê-la em data futura, previamente acordada, com remuneração estipulada;
d) De posse das ações, **BETA** vende-as no mercado à vista e como os recursos passa a aplicá-los na sua atividade;
e) Quando do vencimento do prazo de mútuo, **BETA** volta ao mercado de capitais, compra as ações objeto de empréstimo e devolve-as a **ALFA** com as remunerações pactuadas."*

- Mais adiante esclarece:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

"Quando BETA (se instituição financeira) recebe as ações objeto do empréstimo contabiliza conforme item 2.1 da Carta-Circular nº 2.747 (...).

O valor a ser registrado no ativo é o valor das ações no mercado à vista. Neste momento BETA registra a obrigação pelo mesmo valor.

Como o objeto de empréstimo é a ação de empresa com negociação no mercado e a empresa BETA deve devolver as ações na data acordada, ela atualiza suas obrigações de acordo com a cotação do papel no mercado à vista.

Isto quer dizer que se o papel se valorizar, a empresa incorre em uma despesa, pois o valor a desembolsar para adquirir as ações era maior do que o valor recebido quando da negociação inicial das mesmas.

Caso contrário, ou seja, se o papel se desvalorizar, a empresa auferirá um ganho, pois o valor a desembolsar na recompra de ações é inferior ao obtido na negociação primária.

É importante salientar que estas perdas ou estes ganhos se referem apenas à negociação das ações, não levando em conta os resultados que a empresa apura aplicando os recursos captados com a venda dos papéis no mercado à vista"

- Continuando o seu relato, aduz:

"Deixando de usar empresas fictícias, e passando para a nossa fiscalização, a empresa anteriormente nominada BETA é o BANK OF AMÉRICA – LIBERAL S/A CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS, tomadora das ações por empréstimos. Já a empresa ALFA, na verdade não é apenas uma, e sim as empresas TEENERGIA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. e TEGENER PARTICIPAÇÕES S/A que foram as empresas que emprestaram as ações."

- No item 3.2 do Relatório, o autuante trata da valorização das ações objetos dos empréstimos, esclarecendo que quando analisou os demonstrativos financeiros da empresa verificou grande volume de despesas na conta Despesas de Empréstimos, através do balancete contido às fls. 51/55, cujos valores são:

DATA/MÊS	Valor (R\$)
Abril 1988	2.744.000,00
Maio 1.988	(2.591.490,00)
Junho 1.988	4.140.488,09
Total	4.292.998,09

- Complementa:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

"Apesar de não termos identificado mais operações deste tipo nos meses subsequentes, buscamos descobrir como a empresa havia chegado a estes valores.

Como já havia entregue correspondência da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro e da Bolsa de Valores de São Paulo com as cotações dos valores mobiliários, concluímos que os valores encontrados se referiam a aplicação do valor de negociação das ações no mercado em cima da quantidade de ações adquiridas por empréstimo pela fiscalizada. O contador confirmou o procedimento."

A seguir (fls. 1175/1177), o Relatório, em seu item 3.2.1 – DA FISCALIZAÇÃO JUNTO AO BANK OF AMÉRICA – LIBERAL S/A (nova denominação de Banco Liberal S/A), assim descreve:

"Na mesma data do início da fiscalização junto ao Bank of América – Liberal S/A - Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários, iniciamos fiscalização junto ao banco do grupo (vide cópia do Termo de Início de Fiscalização nesta empresa às fls. 180). Identificamos que nos anos de 1998 e 1999 esta empresa também realizou operações de empréstimos de ações. Ao solicitarmos os comprovantes dos empréstimos, a empresa apresentou contratos iguais aos já citados anteriormente e apresentados pelo Bank of América - Liberal S/A - Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários, e cujas cópias também estamos anexando a este auto de infração.

Continuando a análise das operações solicitamos que a corretora disponibilizasse as notas de negociações de suas operações (vide intimação realizada em 04.07.2001). Neste momento identificamos as negociações com as ações das empresas TEGENER PARTICIPAÇÕES S/A (nova denominação de LIB PARTICIPAÇÕES S/A) e ENERTEL ENERGIA E TELECOMUNICAÇÕES PARTICIPAÇÕES S/A. Separamos estas notas pois as ações objeto do mútuo já citado eram de emissão destas empresas.

Como já tínhamos a informação das quantidades de negociações das ações objeto de verificação, que foram fornecidas pelas bolsas de valores, constatamos que todas as operações haviam sido intermediadas pela corretora da fiscalizada. Através da confrontação dos relatórios emitidos pelas bolsas de valores com as notas de corretagem verificamos que todas as operações com os dois tipos de ações (Tegener Participações S/A e Enertel Energia e Telecomunicações S/A) foram realizadas por esta corretora, tanto intermediando a ponta compradora como a ponta vendedora, a chamada operação "DIRETA"



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Com a identificação das partes contratantes, passamos a pesquisar se essas empresas possuíam alguma ligação. Abaixo citamos todas as empresas que operaram com as referidas ações, dentro do período sob fiscalização, ou seja, 1998 e 1999:

- a) ESSENSE CORPORATION;
- b) LIBERAL BANKING CORPORATED LTD;
- c) LIBERAL FUND;
- d) TEGEENER PARTICIPAÇÕES S/A;
- e) BANK OF AMÉRICA - LIBERAL S/A - CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES;
- f) TIGER INTERNATIONAL OVERSEAS FUND. LTD;
- g) TELENERGIA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA;
- h) DELAWARE ASSET MANAGEMENT ADM FINANC E CONSULTORIA LTDA;
- i) BANK OF AMÉRICA LIBERAL S/A;
- j) DRAW ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA E CONSULTORIA LTDA;
- k) ENERTEL ENERGIA E TELECOMUNICAÇÕES PARTICIPAÇÕES S/A;
- l) LIBERAL PLUS FUNDO MÚTUO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES - CARTEIRA LIVRE.

Com a identificação das pessoas jurídicas que participaram das negociações verificamos a situação cadastral das mesmas. Abaixo informamos as situações relativas a endereço e CNPJ, e quando for o caso representação:

- a) Essense Corporation: Fundo Estrangeiro, anexo IV, representado pelo Bank of América - Liberal S/A CCVM, e como procurador Eugênio Q. Mesquita, CPF 043.434.097/91;
- b) Liberal Banking Corporated Ltda, Investidor Estrangeiro, representado pelo Bank of América - Liberal S/A CCVM, e como procuradores Antônio Carlos Braga Lemgruber CPF 042.855.227-72 e Aminadabe Andrade Luz CPF 608.219.148-04;
- c) Liberal Fund: Fundo Estrangeiro, anexo IV, representado pelo Bank of América - Liberal S/A CCVM, e como procuradores José Alfredo Lamy CPF 370.162.617-00 e José Alfredo Justa CPF 872.262.787-15;
- d) Tegeener Participações S/A: Sede social à Rua do Carmo nº 7, 8º andar, parte, CNPJ 00.299.045/0001-09, e responsável perante a Secretaria da Receita Federal, Salvador Vairo, CPF 218.821.857-49;
- e) Bank of América - Liberal S/A - Corretora de Câmbio e Valores: Sede Social à Rua do Carmo nº 7, 8º andar, parte, sob fiscalização;
- f) Tiger International Overseas Fund. Ltd: Fundo Estrangeiro, anexo IV, representado pelo Bank of América - Liberal S/A CCVM, e como procurador Aminadabe Andrade Luz CPF 608.219.148-04;
- g) Telenergia Administração e Participações Ltda: Sede social à Rua do Carmo nº 7, 8º andar, parte, CNPJ 00.945.104/0001-79,

Assinatura 7

Assinatura



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

responsável perante a Secretaria da Receita Federal, Salvador Vairo, CPF 218.821.857-49;

h) Delaware Asset Management Adm Finan e Consultoria Ltda: Endereço à Rua do Carmo nº 7, 8º andar, parte, CNPJ 01.233.579/0001-03, responsável perante a Secretaria da Receita Federal, Aminadabe Andrade Luz, CPF 608.219.148-04;

i) Bank of América Liberal S/A: Sede Social à Rua do Carmo nº 7, 8º andar, empresa sob fiscalização;

j) Draw Administração Financeira e Consultoria Ltda: Endereço à Rua São José 90 Grupo 1103, CNPJ 01.579.285/0001-20, responsável perante a Secretaria da Receita Federal João Bosco Barros, CPF 288.352.637-00;

k) Enertel Energia e Telecomunicações Participação S/A, CNPJ 00.751.913/0001-40, responsável perante a Secretaria da Receita Federal Salvador Vairo, CPF 218.821.857-49;

l) Liberal Plus Fundo de Investimento em Ações – Carteira Livre: Endereço à Rua do Carmo 7, 8º andar.

Com as informações acima, constatamos que todas as pessoas envolvidas pertencem ao mesmo grupo, mesmo que não formalmente constituído, em que funcionam no mesmo endereço e/ou são administradas por pessoas em comum. Todas são (ou foram) funcionários ou diretores do Bank of América Liberal S/A ou do Bank of América – Liberal S/A – CCVM. A identificação de todas as pessoas físicas acima relacionadas encontram-se às fls. 1086 a 1118."

No Item 3.3 - DA MANIPULAÇÃO DAS COTAÇÕES DAS AÇÕES OBJETO DO MÚTUO - descreve que após a constatação de que todas as negociações de ações objeto do mútuo foram realizadas pelo mesmo grupo (mesmo que juridicamente não constituído), a fiscalização elabora fluxograma de todas as operações com estes valores mobiliários, por mês e por tipo de papel, anexados às fls. 1119 a 1166 e descritas no relatório às fls. 1178 e 1179.

- Após transcrever a Instrução CVM nº 8, de 08 de outubro de 1979 (fls. 1180/1182), o relatório, assim descreve (fls. 1182):

"As operações efetuadas com ações de emissão das companhias Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A e Tegener Participações S/A foram todas realizadas dentro de um mesmo grupo, conforme já explicado. Essas operações resultaram em uma elevação de suas cotações, gerando o reconhecimento de uma elevada despesa na instituição financeira fiscalizada. Pode-se observar que os únicos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

prejudicados pelas elevações dos preços das ações foram as empresas que tomaram esses papéis emprestados. Estes fatos geraram despesas nas empresas, reduzindo, consequentemente, o lucro tributável.

Através dos fluxogramas levantados e já citados, que se encontram às folhas 1119 a 1166, nota-se claramente o artificialismo das operações, levando a uma cotação das ações que melhor interessassem ao grupo, não respeitando as condições de mercado, que norteiam este tipo de operação."

- Registra que as informações constantes dos demonstrativos, foram obtidas junto às bolsas de valores e também através das notas de corretagem obtidas junto a corretora, que estão anexadas ao processo.

No item 4 - DO MERCADO DE CAPITAIS - após transcrever legislação pertinente, ressalta que as operações com as ações, foram todas realizadas dentro de um mesmo grupo, resultando em uma elevação de suas cotações, gerando o reconhecimento de uma elevada despesa na instituição financeira fiscalizada. Observa que os únicos prejudicados pelas elevações dos preços das ações foram as empresas que tomaram esses papéis emprestados, gerando despesas, reduzindo o lucro tributável.

- Através dos fluxogramas apresentados, nota-se claramente o artificialismo das operações, levando a uma cotação das ações que melhor interessassem ao grupo, não respeitando as condições de mercado, que norteiam este tipo de operação.

- No item 5 do relatório - DO RESULTADO ENCONTRADO COM AS NEGOCIAÇÕES DAS AÇÕES OBJETO DO MÚTUO - inicialmente são elaborados quadros com as transações efetuadas, levando em conta às relativas à compra e venda dos valores mobiliários, mostrando o resultado das operações no Bank of América – Liberal S/A Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários, apresentando a data, o tipo de operação, a quantidade negociada, o valor unitário e o total da operação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

- Nos quadros elaborados, apura-se um resultado financeiro negativo de R\$ 235.680,00 e R\$ 3.944.460,00, com as operações realizadas com ações das empresas Tegener Participações S/A e Enertel Energia e Telecomunicações Participações S/A, respectivamente.

- São igualmente elaborados quadros, com resultados apurados pela instituição financeira Bank of América - Liberal S/A.

- A seguir, são elaborados quadros, identificando as pessoas e as ações que apuraram ganhos nas operações realizadas.

No item 6 - DA MULTA AGRAVADA - assim registra:

"Os fatos acima narrados, mostram a clara intenção da empresa de aumentar despesas através da manipulação das cotações dos títulos mobiliários. Esta ação da fiscalizada denota o intuito de se reduzir, DOLOSAMENTE, o montante do lucro tributável e consequentemente o total do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, incorrendo, então, na multa de 150%, conforme artigo 44 da Lei nº 9.430/96."

- O relatório é concluído nos seguintes termos:

"Através da farta exposição acima, e analisando os fluxogramas elaborados, tendo como prova as notas de corretagem emitidas pela corretora, constatamos que todas as negociações das ações objetivaram elevar artificialmente a cotação das mesmas, gerando uma perda patrimonial de R\$ 4.180.140,00 (quatro milhões, cento e oitenta mil, cento e quarenta reais) (somatório de R\$ 235.680,00 e R\$ 3.944.460,00). Este valor é inferior em R\$ 112.858,09 do total lançado como DESPESAS DE EMPRÉSTIMOS (conta 8.1.2.30.00.00.001-6) que totalizaram R\$ 4.292.998,09 (conforme item 3.2 acima). Esta diferença se refere ao montante de juros pagos pela empresa e que constavam no contrato de empréstimo de ações, já registrados acima."

Todo o montante de R\$ 4.292.998,09 está sendo lançado como redução indevida do lucro líquido do exercício, tendo em vista os motivos largamente explicados neste Relatório da Atividade Fiscal."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

Um questionamento a ser feito, se refere ao fato de que se não houvesse o contrato de mútuo de ações, a instituição financeira não conseguiria os recursos necessários a alavancagem de suas operações. É verdade que através das ações captadas com os mútuos, a empresa obteve recursos e pôde aplicá-los no mercado financeiro. O que se questiona neste auto de infração é a manipulação da cotação das ações objeto do mútuo, que geraram perdas à empresa.

Apesar de ter apurado lucro tributável, a empresa reduziu-o drasticamente com as perdas patrimoniais apuradas nestas transações. Repare que quem emprestou as ações não obteve o ganho deste mútuo. O único ganho destas empresas foi a remuneração via juros. As empresas que auferiram os ganhos foram aquelas que inicialmente adquiriram os valores mobiliários. Estas pessoas, investidores estrangeiros, cuja administração era feita por pessoas comuns a instituição fiscalizada, não sofreram tributação, de acordo com a legislação tributária. Excetua-se no caso o Liberal Plus Fundo Mútuo de Investimentos Ações Carteira livre, que apesar de não ser fundo estrangeiro, também era administrada por pessoas comuns à instituição financeira."

Localizo às fls. 84/85, o comunicado do Banco Central do Brasil DESP/GABON-2001/1094, no qual é informado à Secretaria da Receita Federal, que em fiscalização realizada junto ao Bank of América – Liberal S.A., foram apurados fatos seguintes:

- 1. Empresas não financeiras, entre as quais, Telenergia Administração e participações Ltda. e Enertel Energia e Telecomunicações Participações S.A., adquiriram ações de pouca liquidez da empresa Tegener Participações S. A. (ex-Lib Participações S.A.), por valores bem superiores aos valores dos referidos títulos, sugerindo implicações de natureza fiscal, haja vista o provável reconhecimento de prejuízos decorrentes de uma eventual reavaliação ou venda desses ativos.*
- 2. Realização de prejuízo sistemáticos por parte do Bank of América – Liberal S.A. e da corretora Bank of América – Liberal S.A. CCVM, decorrentes de negociações, de ações adquiridas por empréstimos, de emissão das empresas Enertel Energia e Telecomunicações Participações S.A., e Tegener Participações S. A. (ex-Lib Participações S.A.).*
- 3. Os fatos descritos poderiam configurar indícios de apropriação de despesas em desacordo com a legislação tributária.*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Ainda identifico às fls. 1281/1287, cópia de intimação do Banco Central do Brasil, ao Bank of América - Liberal S. A., à apresentar defesa em face de irregularidades apuradas, referentes a negociações de ações emitidas pelas empresas Enertel Energia e Telecomunicações Participações S.A., e Tegener Participações S. A. (ex-Lib Participações S.A.), que resultaram em prejuízos.

Algumas irregularidades apontadas:

- Durante o período em que ocorreram os empréstimos de ações, as cotações das mesmas, para fins de ajuste ao preço de mercado do saldo da rubrica que registra as obrigações por empréstimos de ações, sempre subiram;
- O valor patrimonial dessas ações esteve sempre bem abaixo do valor pelo qual as mesmas foram negociadas;
- Logo após a rescisão dos últimos contratos de empréstimo, a cotação dos papéis ENERTEL e TEGENER caiu vertiginosamente;
- As ações apresentaram pouca liquidez, haja vista o pequeno número de negócios realizados, conforme apurado através dos relatórios fornecidos pelas Bolsas de valores do Rio de Janeiro e de São Paulo;
- Todos os negócios realizados com ações ENERTEL e TEGENER no período analisado coram intermediados por uma única corretora, a Liberal S. A. CCVM (atual Bank of América – Liberal S.A. CCVM), instituição financeira controlada pelo próprio Banco Liberal (atual Bank of América – Liberal S.A.);
- Existe uma coincidência de pessoas na figura de sócios, conselheiros, diretores e gestores das empresas envolvidas, quer sejam como mutuários, mutuantes, intermediários financeiros ou clientes de Anexo IV;
- Considerando que diretores da Liberal CCVM e do Banco Liberal possuíam conhecimento das ações negociadas, uma vez que participavam da gestão das empresas Tegener e Enertel, sendo sabedores, portanto, de suas situações patrimoniais, e da mesma forma, por participarem na administração e/ou serem representantes legais de todas as partes envolvidas nos negócios realizados com essas ações, inclusive nos contratos de mútuo, fica evidenciada a ampla disponibilidade dessas pessoas para a realização das operações;
- Desta forma, com base nos dados acima levantados, fica comprovado que os prejuízos realizados com essas ações propiciaram a saída de recursos do Banco Liberal, beneficiando as diversas contrapartes envolvidas;
- Como consequência da valorização das ações, as despesas decorrentes do empréstimo das mesmas cresceu de forma substancial.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

O Banco Liberal teve, desta forma, seu lucro reduzido, bem como a base de cálculo de seu imposto de renda;

- Os investidores estrangeiros que estavam na outra ponta das operações, se apropriaram da quase totalidade dos lucros provenientes dessas operações, uma vez que venderam as ações por um preço sempre mais alto do que compraram.

A impugnação foi protocolada em data de 22/07/2002 (fls. 1220/1259) acompanhada de documentos de fls. 1261/1279, arguindo basicamente:

Inicialmente esclarece que atua como instituição financeira, especificamente como corretora de valores mobiliários, podendo intermediar oferta pública e distribuição de títulos e valores mobiliários no mercado, comprar e vender títulos e valores mobiliários por conta própria e de terceiros, encarregar-se da administração de carteira e de custódia de títulos e valores mobiliários etc.

O foco da autuação foi centralizado em operações de mútuo de ações realizadas entre a impugnante e as empresas Telenergia Administração e Participações Ltda., Enertel Energia e Telecomunicações e Participações S/A e, Tegener Participações S/A. Nessas transações, a impugnante era a interessada em captar os recursos, portanto a mutuária, sendo as demais empresas as mutuantes das ações.

Por essas operações, as mutuantes emprestavam ações de Tegener e Enertel à impugnante, pelo prazo de 360 dias, recebendo como remuneração o equivalente a 0,5% ao ano do valor das ações mutuadas, tomando como base a cotação média das ações, na data do pagamento. Ao final do contrato, a impugnante era obrigada a devolver as ações ou comprá-la, segundo as condições estipuladas nos instrumentos contratuais.

Argüi como questão prejudicial - a necessidade de suspensão do procedimento administrativo, visto os fatos controvertidos apurados, fugir à competência da Secretaria da Receita Federal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Afirma ser de competência exclusiva da Comissão de Valores Mobiliários – CVM -, a verificação de possíveis irregularidades no mercado do capitais, que jamais se pronunciou a respeito. A Lei nº 6.385/76 dispõe que compete à CVM fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários.

O Banco Central, que comunicou sua investigação à Receita Federal, embora mencione investigações sobre as transações realizadas, não apurou qualquer irregularidade quanto às cotações das ações no mercado, mas cuidou apenas de possível irregularidade na *"realização sistemática de operações por parte da antiga Liberal S.A. CCVM no período de março/1998 a junho 1998, envolvendo negociações de ações emitidas pelas empresas Enertel Energia e Telecomunicações Participações S. A. e Tegener Participações S. A. (ex- Lib Participações S. A.), que resultaram em prejuízos"*. Contra essa apuração, a impugnante também em nome de sua sucedida, apresentou defesa administrativa.

Os auditores fiscais "julgaram e condenaram" a impugnante por práticas irregulares, nitidamente excedendo sua competência, não podendo subsistir o auto de infração.

Caso não se entenda que a hipótese é de extinção do feito, para que não haja julgamento conflitante entre os diversos órgãos da Administração, é necessário que o presente procedimento seja suspenso até que (i) o procedimento administrativo instaurado pelo Banco Central tenha decisão definitiva; e (ii) a CVM se pronuncie a respeito da suposta manipulação do mercado ilegalmente declarada pelo auditor fiscal atuante.

Apresenta como preliminares:

1 . Incompetência da Divisão de Fiscalização do Rio de Janeiro.



Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

Informa que embora à época do início da ação fiscal, a sede da pessoa jurídica estivesse localizada no Rio de Janeiro, hoje tem sua sede localizada em São Paulo. A ciência do auto de infração foi dada pessoalmente pela fiscalização da DEINF do Rio de Janeiro à pessoa que é apenas procuradora da impugnante na sede em São Paulo. Em razão da alteração de endereço, a autoridade competente para fiscalizar e autuar a impugnante seria a DEINF de São Paulo, sendo incompetente a do Rio de Janeiro para lavrar auto de infração contra a nova sociedade.

A incompetência da DEINF do Rio de Janeiro resultaria em nulidade do auto de infração, nos termos do inciso I do art. 49 do Decreto 70.235/72.

2 . Erro de Enquadramento Legal

Diz que, se nas palavras do auditor fiscal "o que se questiona neste auto de infração é a manipulação da cotação das ações objeto do mútuo, que geraram as perdas à empresa", e, ainda de acordo com o auditor, se as pessoas envolvidas na operação eram do mesmo grupo, ocorreu um grave erro de enquadramento legal.

A capitulação legal aplicável ao caso seria distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual pessoa jurídica adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada (inciso II do art. 432 do RIR/94). Nesses casos, a lei determina que a diferença entre o custo de aquisição e o valor de mercado, não constituirá custo ou prejuízo dedutível na posterior alienação ou baixa (art. 436 do RIR/94). Esses seriam os dispositivos que deveriam ter sido utilizados como enquadramento legal, e não a norma genérica de dedutibilidade de despesas, inaplicável ao caso, haja vista que as despesas seriam operacionais e dedutíveis.

Não teria sido provado de que as compras e vendas de ações foram feitas por pessoas ligadas ou acima do valor de mercado. Não existiriam provas de que qualquer das pessoas supostamente associadas atuou em benefício do banco em vez de atuarem em seu próprio benefício.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Nos termos da legislação, se esse fosse um caso de distribuição disfarçada de lucros, a despesa incorrida não seria indedutível, indedutível, sim, seria a diferença entre o custo de aquisição do bem e o valor de mercado ou posterior alienação ou baixa.

No mérito.

Presunção Fiscal de Existência de Manipulação de Cotação de Ações

Alega que não ficou comprovado que houve efetiva manipulação da cotação das ações pela impugnante.

O conceito de grupo, como empregado pelo auditor fiscal, não tem qualquer fundamento jurídico. Grupos de empresas ou filiação ou ligação entre empresas no direito brasileiro pressupõem a existência de participação de umas nas outras. Juridicamente, para se ter um grupo de empresas, é necessário a observância dos artigos 265 a 277 da Lei nº 6.404/76.

Presume-se que as negociações de títulos no mercado acionário são sempre realizados a preços de mercado, já que realizadas em leilão público. Essa é a presunção que deve prevalecer e cede apenas em face de manifestação definitiva dos órgãos governamentais competentes sobre possíveis ocorrências de ilícitos nessa negociação.

Despesas Operacionais

As conclusões constantes do Relatório são absolutamente equivocadas, não sendo possível à fiscalização, afirmar categoricamente que o objetivo das operações seria manipular cotações de ações.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

A atividade de instituição financeira é de alto risco, podendo resultar em ganhos ou perdas significativos. Apesar das despesas apuradas nas operações verificadas, no ano de 1988 foram obtidos lucros consideráveis. O fato de uma operação isolada ter gerado uma despesa elevada, não pode levar à conclusão imediata que essa despesa não existiu.

São dedutíveis as despesas que contribuem para o resultado operacional da empresa. E as despesas incorridas neste caso, contribuíram para a rentabilidade da impugnante, na medida em que constituíram fonte de captação no mercado de risco, sendo integralmente dedutíveis.

O lançamento excessivo.

Argumenta que mesmo que se mantivesse a presunção de manipulação das cotações, seria excessiva a glosa. A glosa totalizou o montante de R\$ 4.292.998,09, sendo R\$ 4.180.140,00 correspondente às perdas nas negociações das ações, mais R\$ 112.859,09 referente aos juros pagos aos mutuantes em razão do disposto nos contratos de mútuos.

Ataca quatro questões relativas ao lançamento: 1) Despropósito da glosa dos juros contratados; 2) O custo de captação dos recursos; 3) Os resultados gerados pela captação dos recursos; e 4) As negociações no mercado – ganho por fundo brasileiro.

Considera despropositada a glosa das despesas com juros contratuais, pois os juros são encargos dedutíveis de qualquer pessoa jurídica, e em se tratando de uma instituição financeira, necessários na captação de recursos para incremento das atividades e geração de resultados e manutenção da fonte produtora dos rendimentos.

Na quantificação do montante excluído do lucro real, o auditor fiscal autuante foi parcial, sem demonstrar números que são fundamentais nessas operações.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Supondo que a impugnante não tivesse celebrado os contratos e realizado as operações da forma como aconteceram, esta captação teria um custo. Esse custo não poderia ser desconsiderado, pois ele existiria em qualquer circunstância em que alguma instituição financeira pretendesse obter esses mesmos recursos, sendo inerente e necessário à atividade, como as despesas com aluguel, luz, limpeza, sem os quais não seria possível permanecer na atividade bancária.

Argüi que com a aplicação dos recursos auferidos nas vendas das ações em investimentos diversos, a impugnante auferiu resultados positivos, que nada mais são do que o objeto de qualquer sociedade com fins lucrativos.

Ainda que fosse possível a glosa, a quantificação deveria ter considerado a operação como um todo, isto é, analisando despesas e receitas, pois a glosa das perdas, sem considerar os ganhos auferidos com os recursos captados nas operações de vendas das ações, possibilitaria ao fisco tributar tanto o resultado da venda das ações quanto as despesas necessárias à captação desses recursos.

Ainda quanto ao lançamento excessivo, questiona a impugnante quanto ao ganho por fundo brasileiro, assim se manifestando:

"Como do procedimento fiscal iniciado contra a impugnante também decorreu a lavratura de auto de infração lavrado contra o Bank of América Brasil S. A. (Banco Múltiplo) sucessora por incorporação de Bank of América – Liberal S. A. (Banco Múltiplo), o auditor fiscal efetuou um cálculo totalizando os supostos ganhos resultantes da operação. Assim, do valor de R\$ 68.854.934,00 apontado pelo auditor fiscal como o ganho total desses fundos supostamente não tributados, R\$ 36.340.360,00 foram receitas sujeitas a incidências tributárias no Brasil auferidas pelo Liberal Plus Fundo Mútuo de Investimentos Carteira Livre, fundo domiciliado no Brasil.

A adição das despesas operacionais da Impugnante, decorrentes de atividade efetivamente inerentes à sua atividade, pareceu ao fiscal muito plausível, sobretudo diante da suposição de que a outra ponta, a de quem auferiu lucros com a operação, não estaria sujeita a qualquer tributação por se tratar de fundo estrangeiro não tributável.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

Por aqui se verifica que apenas quem ganha não são os "fundos estrangeiros", como denomina o auditor fiscal, mas sim o fisco, já que recebeu os tributos devidos pelo fundo brasileiro sobre os rendimentos de R\$ 36.340.360,00, sobre os ganhos nas operações da Impugnante e ainda quer adicionar ao lucro real da Impugnante as despesas que entende não dedutíveis."

Contesta a aplicação da multa agravada de 150% sobre o valor do imposto lançado, com fundamento no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, bem como a aplicação da taxa SELIC, no cálculo dos juros.

Conclui a impugnação requerendo diligências e perícias, bem como:

- ii) a suspensão do processo enquanto: a) o procedimento administrativo no Banco Central não tiver decisão administrativa transitada em julgado; b) a CVM não se pronunciar sobre a questão de manipulação das cotações sugeridas no Relatório;*
- iii) caso os julgadores entendam por bem julgar de imediato a autuação, então que declarem nulo o auto de infração: a) por incompetência do agente autuante; ou b) em razão do erro no enquadramento legal da suposta infração;*
- iv) que seja julgado improcedente o auto, pelas razões expostas nessa impugnação ou que, ao menos, seja revista a base de cálculo dos tributos*
- v) que reduzam para 75% a multa de ofício, por ausência de cumprimento dos requisitos da multa agravada, nos termos do inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96;*
- vi) por fim, sejam excluídos do montante cobrado aqueles valores referentes à aplicação dos juros de mora calculados com base na variação da taxa SELIC.*

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro / RJ, através da Decisão DRJ/RJOI nº 2320, de 22 de novembro de 2002 (fls. 12891330), considera os lançamentos procedentes, assim ementando:

*"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Exercício: 1999*

Ementa: QUESTÃO PREJUDICIAL - NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Nos termos do artigo 1º do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF 259, de 24/08/2001, alterada pela Portaria SRF 3.022, de 29.11/2001 que trata das finalidades do órgão



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

compete à SRF promover o lançamento de tributos e contribuições e demais receitas da União. Deste modo, ao efetuar o lançamento em tela, agindo em estrita observância ao disposto no artigo 142 do CTN e dentro da esfera de atuação legal, deve-se prosseguir o julgamento do procedimento administrativo.

QUESTÃO PRELIMINAR - INCOMPETÊNCIA DA DEINF/RJ

Rejeitada a preliminar em virtude da falta de comprovação da transferência da sede da pessoa jurídica para São Paulo.

QUESTÃO PRELIMINAR - ERRO DE ENQUADRAMENTO LEGAL

Rejeitada a preliminar de nulidade posto encontrar-se a autuação em perfeito acordo com o inciso IV do artigo 10 do Dec. 70.235/72 e com o artigo 142 do Código Tributário Nacional.

GLOSA DE DESPESAS- PRESUNÇÃO FISCAL DE EXISTÊNCIA DE MANIPULAÇÃO DE COTAÇÕES DE AÇÕES

Encontrando-se comprovada nos autos a manipulação de preços e verificada minuciosamente a ocorrência do fato gerador, mantém-se a glosa de despesas não necessárias, face à plena subsunção dos fatos à norma.

Nos termos do artigo 242 do RIR/94 são operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506/64, art. 47). Na falta desta comprovação mantém-se a glosa.

Quando comprovada a necessidade da despesa admite-se a dedução de juros contratuais e o custo da captação dos recursos. Na falta de comprovação mantém-se a glosa.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Exercício: 1999

Ementa: CSLL. DECORRÊNCIA. Tratando-se de exigência fundamentada na irregularidade apurada em ação fiscal realizada no Imposto de Renda Pessoa Jurídica, o decidido quanto àquele lançamento é aplicável, no que couber, ao lançamento decorrente.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Exercício: 1999

Ementa: MULTA AGRAVADA. Comprovado o dolo, elemento essencial para a aplicação da multa prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, e a existência dos três elementos ensejadores da aplicação da multa qualificada (o fato, o intuito e a fraude), a infração deve ser penalizada com a aplicação da multa de 150%.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento, com fatos geradores ocorridos a partir de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

1º de janeiro de 1995, serão acrescidos de juros de mora, equivalentes, a partir de 1º de abril de 1995, à taxa referencial do SELIC para títulos federais.

A recorrente toma ciência do acórdão proferido pelo órgão encarregado do julgamento em primeiro grau, em data de 02/01/2003 (quinta-feira), conforme consta à folha 1333.

Às fls. 1336/1387, consta recurso voluntário, protocolado com data de 03 de fevereiro de 2003 (segunda-feira), alegando a ocorrência de erros na autuação e decisão, basicamente repetindo os argumentos já expendidos por ocasião da impugnação, que apresento em plenário, do qual, a seguir, destaco alguns tópicos:

- Diz ser ilegal e inaceitável a afirmação contida na decisão, de que despesas operacionais dedutíveis são apenas aquelas que geram resultado positivo a uma pessoa jurídica.

- Reapresenta os argumentos de erro no enquadramento legal, por entender incabível a classificação das infrações apuradas no art. 242, quando deveriam ser enquadradas no art. 432, ambos do RIR/94.

- Quanto ao item nominado de "Presunção de Existência de Manipulação de Cotações de Ações", diz que a autuação e a decisão recorrida cometem o mesmo erro: baseiam suas premissas em meros indícios e tornam o ato de lançamento ilegal, visto ser vedado pelo direito tributário, já que esse ramo do direito consagra dentre os mais importantes princípios, os da legalidade e da tipicidade fechada.

- Destaca três pontos tratados na decisão recorrida que afirma:

- (i) a manipulação de preços estaria comprovada (decisão fl. 30);
- (ii) seria de se supor que as operações gerassem lucro, o que não se deu;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

(iii) não seria incoerente supor que as operações tenham tido a finalidade de gerar déficit porque as empresas que tiveram lucro funcionavam no mesmo endereço e teriam dirigentes em comum.

Analisando as assertivas acima, assim se manifesta a recorrente:

- A primeira afirmativa não veio acompanhada de provas contundentes, a única coisa que a ela se segue é a imputação à recorrente do desejo de distorcer fatos. Além disso, a decisão supõe que as operações deveriam ter gerado lucro e que sua finalidade era gerar perda. O verbo *supor* significa "estabelecer por hipótese, conjecturar, presumir, trazer à idéia". Os fatos em se baseiam são fruto de suposição e presunção.

- Há casos em que as presunções são admitidas: quando a lei assim determinar. Sem lei que a estabeleça não seria válida a presunção porque isso violaria diversos princípios constitucionais. No caso dos autos, não há autorização legal para a presunção de alegada manipulação de preços ou de alegada finalidade contrária ao objeto social da pessoa jurídica.

- Existe sim, uma presunção legal aplicável a este caso. Mas é presunção a favor da recorrente, o parágrafo 1º do art. 894 do RIR/94.

- Volta a contestar o entendimento da fiscalização quanto a formalização e existência de um grupo "informal", pois, para a existência de um grupo de empresas, é necessário que se observe o disposto nos artigos 265 a 277 da Lei nº 6.404/76. Também é improcedente a assertiva de que as empresas formariam um grupo econômico. Instituições financeiras somente podem formar grupos de sociedades mediante autorização do Banco Central do Brasil, que jamais presumiu a existência de um grupo de empresas. Funcionarem no mesmo endereço ou serem administradas por pessoas em comum, fatos que levam o auditor fiscal autuante a crer que formam um grupo de empresas, são dados inconclusivos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

- Não havendo efetiva e minuciosa investigação na constituição do crédito tributário, o lançamento é inválido e defeituoso, porque em desacordo com a norma legal que trata do lançamento, art. 142 do CTN.

- Volta a afirmar que as despesas glosadas são operacionais e que não há nos autos, provas suficientes do contrário.

- O art. 242 do RIR/94 deixa clara a definição de despesas operacionais e o PN nº 32/81, reforça o conceito legal de necessidade da despesa, explicando que o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimentos.

- As despesas glosadas atenderiam aos três requisitos para a dedutibilidade de uma despesa operacional: (i) necessidade; (ii) ususalidade e (iii) normalidade, sendo portanto inaplicável o art. 242 do RIR/94.

- As despesas questionadas são operacionais porque permitiram à recorrente realizar seu objetivo social, fazendo investimentos e aplicações para gerarem receita. Apesar das perdas incorridas nas operações de mútuos de ações, obteve um resultado total de suas atividades operacionais considerável no ano de 1998.

- Contesta a decisão que considerou necessário o registro público dos contratos de mútuo, para considerar dedutível as despesas. A questão não foi levantada pelos fiscais autuantes, caracterizando uma inovação do lançamento, o que é inadmissível.

- No item argüindo ser o Lançamento Excessivo, ressalta que a análise quanto à existência de excesso de glosa é absolutamente independente da análise acerca da finalidade da operação.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

- O pagamento de juros por qualquer instituição financeira na captação de recursos para o incremento das atividades e geração de resultados é operacional e estritamente necessário à manutenção da fonte produtora dos rendimentos.

- O custo de captação dos recursos, contribuíram efetivamente para as atividades da empresa e para a manutenção da fonte de produção. As operações de mútuo foram idealizadas como forma de captação de recursos, e a obtenção de recursos para incrementar a atividade e gerar lucro é o objetivo social de qualquer sociedade comercial.

- No caso, houve efetivamente a captação de recursos, tendo contribuído para a manutenção da fonte de produção e a captação no mercado tem um custo a ela inerente. Tendo contribuído para a manutenção da fonte de produção, os respectivos custos devem ser considerados como despesas operacionais necessárias.

- Informa ter obtido junto a PricewaterhouseCoopers, empresa que presta serviços de auditoria independente, análise econômico-financeira da operação de mútuo de ações que redundou em parecer em que ficou atestada a geração de receitas e resultados positivos na aplicação dos recursos auferidos (doc. 2 – fls. 1396/1398).

- Diz que o negócio de mútuo de ações é um negócio de larga utilização no Brasil, tanto que regulamentado pela Resolução BACEN nº 2.268, e intensamente praticado nos Estados Unidos e na Europa, embora não seja uma espécie de captação de recursos dita “tradicional” no mercado brasileiro.

- Através da declaração do Sr. Michael W. Coppins, Vice-Presidente do Global Equities Group do Bank of América, “muitas outras instituições financeiras no mundo consideram as transações com ações uma parte integral e necessária de seus negócios.” (doc. 3 – fls. 1400/1407).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

- Exemplifica que, se houvesse realizado um mútuo de numerário com contratação de juros correspondente a 20% ao mês, quando a média praticada no mercado fosse 10%. *"Segundo a lógica dos "negócios tradicionais". Caso as autoridades fiscais entendessem que o excesso dos juros (a diferença de 10% comparativamente à média do mercado) constitui liberalidade da empresa, certamente a despesa não seria integralmente glosada, mas apenas a parte referente ao excesso. Isso porque reconhecidamente a obtenção de recursos via mútuo para aplicação em incremento da atividade da empresa é necessária à manutenção da atividade comercial em geral."*

- No caso do mútuo de ações, ter-se-ia idêntica situação, em roupagem diferente, não sendo razoável entender-se que o custo não é necessário à pessoa jurídica, pois o custo existiria em qualquer situação, sendo inerente e necessário à atividade como demais despesas.

- Os resultados gerados pela captação de recursos, não foram considerados. Deveria ter sido considerada a operação como um todo, analisando as despesas geradas e as receitas proporcionadas dentro e fora do âmbito dos mútuos de ações. A glosa apenas das perdas, sem considerar os ganhos auferidos com os recursos captados em cada uma das operações de venda, possibilitaria ao fisco tributar tanto o resultado da venda das ações quanto as despesas necessárias à captação desses recursos.

- Mereceriam reparo a conclusão do autuante e da decisão, no que se refere aos fundos com os quais foram negociadas as ações objeto dos mútuos. Pelas suas conclusões, a recorrente não teria auferido qualquer ganho com os mútuos das ações, ao contrário, apenas incorrido em perdas, enquanto outras pessoas teriam sido beneficiárias de ganhos com as negociações das ações, esses ganhos não seriam tributáveis, haja vista que se trataria de fundos estrangeiros investindo nas ações no Brasil.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

- Entretanto parte desses ganhos foram receitas sujeitas a incidências tributárias no Brasil, auferidas pelo Liberal Plus Fundo Mútuo de Investimentos Carteira Livre, fundo domiciliado no Brasil.

- Volta a contestar a aplicação da multa agravada e a utilização da Taxa SELIC, no cálculo dos juros de mora.

- Finaliza o recurso pedindo:

(i) reconhecer a nulidade do auto de infração, por erro na capitulação legal da suposta infração e por violação ao artigo 10 do Decreto 70.235/72;

(ii) julgar-se improcedente o auto, pelas razões expostas no presente recurso voluntário, ou ao menos julgar-se improcedente em parte, com revisão da base de cálculo utilizada na autuação;

(iii) reduzir-se a multa de ofício para 75%, já que é indevida a imposição da multa agravada por ausência dos requisitos do inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96;

(iv) por fim, excluir-se do montante cobrado os valores referentes à aplicação dos juros de mora calculados com base na variação da taxa SELIC.

Às folhas 1389/1394, consta Relação de Bens e Direitos para Arrolamento, visando a permitir o seguimento dos recurso voluntário apresentado.

Requerimento de fls. 1408, requer a juntada do original da declaração juramentada de Michael W, Coppins, assinada nas versões em inglês e Português (fls. 1409/1416), cuja cópia encontra-se acostada no doc. 03.

Despacho de fls. 1417, solicita o registro do arrolamento de bens apresentado pelo recorrente, junto a BM&F, o que é devidamente providenciado, conforme documentos de fls. 1418/1460 e despacho de fls. 1461.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Documentos de fls. 1462/1473 constituem-se de substabelecimentos, pedidos de vista e cópias do processo, bem como encaminhamento ao Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

VOTO VENCIDO

Conselheiro NILTON PÊSS, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, e preenchendo as demais condições de admissibilidade, previstas no Decreto 70.235/72 e no Regimento Interno do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, dele tomo conhecimento.

Insurge-se a recorrente contra o acórdão proferido pela 5ª turma da DRJI no Rio de Janeiro, argumentando que o mesmo manteve os lançamentos contidos no presente processo, que tem como objeto principal a glosa de perdas decorrentes de operações de captação de recursos no mercado financeiro, por meio de operações de mútuo de ações. Os recursos obtidos nessas operações seriam estritamente necessários à recorrente, como instituição financeira que é.

A decisão teria mantido as exigências, por seus fundamentos, reforçando o argumento de que a despesa desautorizada seria na realidade desnecessária à manutenção da fonte produtora da recorrente. O que chama a atenção, é a afirmação de que as despesas operacionais, dedutíveis, seriam apenas aquelas que geram resultado positivo a uma pessoa jurídica.

O entendimento manifestado seria ilegal e inaceitável, pois o conceito de despesa operacional, fornecido pela Lei nº 4.506/64 (art. 47), tem como requisito a necessidade à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, sendo necessários os dispêndios que guardem relação direta com as atividades principais da empresa.

O entendimento equivocado das autoridades julgadoras somente se justificaria tendo-se em vista o total desconhecimento das atividades financeiras desempenhadas por uma instituição financeiras.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Passemos a análise da preliminar apresentada:

Erro de enquadramento legal.

Argumenta a recorrente ser inaplicável o art. 242, visto a infração, como descrita pela fiscalização, revestir as características previstas no art. 432, ambos do RIR/94.

Verifica-se que o art. 242 do RIR/94, trata das despesas operacionais necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, traçando as condições para sua dedutibilidade. Já o art. 432, trata dos Lucros Distribuídos Disfarçadamente pela pessoa jurídica.

Por tratar os lançamentos, de glosa de despesas operacionais, consideradas não necessárias, portanto não dedutíveis, conforme descrito no Relatório da Atividade Fiscal e nos Auto de Infração, perfeito o enquadramento das infrações no artigo 242 do RIR/94.

A descrição da infração, por parte dos auditores fiscais autuantes, não autoriza interpretação diferente à manifestada nos lançamentos, independentemente de as exigências virem a ser, quando da análise do mérito, consideradas exigíveis ou não.

Andou bem a profunda análise desenvolvida no acórdão recorrido, não merecendo receber reparo neste item.

Ressalto também que, mesmo que por hipótese, o enquadramento legal dado nos atos constitutivos do crédito tributário, não fosse o plenamente aplicável, se mesmo assim, pela descrição das infrações, fosse permitido ao contribuinte, o exercício pleno de defesa, não estaria viciado o procedimento fiscal, conforme farta jurisprudência administrativa dos Conselhos de Contribuintes.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

Por entender não infringido o art. 10 do Decreto 70.235/72, afasto a preliminar suscitada.

No mérito.

Passemos a análise do Relatório da Atividade Fiscal (fls. 1167/1203); das contestações da recorrente; da decisão recorrida; e, demais peças que compõem o processo fiscal:

A recorrente, na qualidade de MUTUÁRIA, obteve por empréstimo, ações possuídas pelas empresas TELEENERGIA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. e TEGENER PARTICIPAÇÕES S/A (antiga denominação LIB PARTICIPAÇÕES S/A), na qualidade de MUTUANTES.

As ações emprestadas por TELEENERGIA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., eram de emissão de TEGENER PARTICIPAÇÕES S/A (LIB), enquanto as emprestadas por TEGENER PARTICIPAÇÕES S/A (LIB), eram de emissão de ENERTEL ENERGIA E TELECOMUNICAÇÕES PARTICIPAÇÕES S/A.

Como remuneração do empréstimo, o Mutuário se obrigava a pagar ao Mutuante, o equivalente a 0,5% a. a. (meio por cento ao ano), do valor das ações mutuadas, tomando como base a cotação média da Bovespa, comprometendo-se a devolver as ações, no prazo contratado, ou então a comprar definitivamente as mesmas, nas condições estipuladas no contrato.

De posse das ações, a recorrente passa a negocia-las no mercado à vista, em bolsa de valores.

Decorrente das negociações (compra e venda) das ações referidas, a recorrente contabiliza DESPESAS DE EMPRÉSTIMO, no valor de R\$ 4.292.998,09, que é glosada pela fiscalização, como adiante veremos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

Consta no Relatório, a informação de que conjuntamente com a recorrente, foi iniciada fiscalização junto ao banco do grupo, conforme Termo de Início de Fiscalização às fls. 180, que também realizou operações de empréstimos de ações, envolvendo ações dos mesmos emitentes.

Segundo informações obtidos das bolsas de valores, todas as operações envolvendo as ações da Tegener e da Enertel, tanto da recorrente, como do banco, foram intermediadas pela recorrente, tanto intermediando a ponta compradora com a ponta vendedora, a chamada operação "DIRETA".

Com a identificação das partes contratantes que operaram com as referidas ações, dentro do período sob fiscalização, passou-se a pesquisar se essas empresas possuíam alguma ligação entre si.

Verifica-se no Relatório, ter a recorrente realizado operações de compra e venda com ações da TEGENER PARTICIPAÇÕES S/A (item 5.3.1 - perdas de R\$ 235.680,00) e da ENERTEL ENERGIA E TELECOMUNICAÇÕES PARTICIPAÇÕES S/A (item 5.3.3. - perdas de R\$ 3.944.460,00). com as seguintes "pessoas":

- a) Liberal Fund - Fundo Estrangeiro com sede nas Ilhas Cayman, anexo IV, representado pelo Bank of América - Liberal S/A CCVM, e como procuradores José Alfredo Lamy CPF 370.162.617/00 e José Alfredo Justa CPF 872.262.787,15;
- b) Liberal Banking Corporated Ltda., Investidor Estrangeiro com sede nas Ilhas Cayman, representado pelo Bank of América - Liberal S/A CCVM, e como procuradores Antônio Carlos Braga Lemgruber CPF 042.855.227-72 e Aminadabe Andrade Luz CPF 608.219.148,04;
- c) Bank of América - Liberal S/A - Sede Social à Rua do Carmo nº 7, 8º andar.

Verifica-se assim, que todas as "pessoas" envolvidas pertencem ao mesmo grupo econômico, mesmo que não formalmente constituído, funcionando no mesmo endereço e/ou sendo administradas por pessoas em comum. Todos sendo (ou foram) funcionários ou diretores do Bank of América Liberal S/A ou do Bank of América –



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Liberal S/A - CCVM. A identificação das pessoas físicas relacionadas encontram-se às fls. 1080 a 1118.

Registro que às fls. 1176/1177 do Relatório, estão relacionadas outras "pessoas", que entretanto somente participaram de negociações envolvendo o Bank of América Liberal S/A e não a recorrente.

Pelo exposto, fica evidente a possibilidade de manipulação das cotações das ações negociadas, já que todas as operações foram realizadas pelo mesmo grupo, resultando em uma elevação de suas cotações, gerando o reconhecimento de uma elevada despesa na instituição fiscalizada, que tomando as ações emprestadas, geraram despesas, reduzindo, conseqüentemente o lucro tributável.

O artificialismo das operações, levando a uma cotação das ações que melhor interessavam ao grupo, não respeitando as condições de mercado, que norteiam este tipo de operação, estão demonstradas às fls. 1119 a 1166 e fluxograma constantes às fls. 1178 e seguintes.

Reforçando o entendimento acima mencionado, consta às fls. 84/85, o comunicado do Banco Central do Brasil DESP/GABON-2001/1094, no qual é informado à Secretaria da Receita Federal, que em fiscalização realizada junto ao Bank of América - Liberal S.A., foram apurados fatos:

1. Empresas não financeiras, entre as quais, Telenergia Administração e participações Ltda. e Enertel Energia e Telecomunicações Participações S.A., adquiriram ações de pouca liquidez da empresa Tegener Participações S. A. (ex-Lib Participações S.A.), por valores bem superiores aos valores dos referidos títulos, sugerindo implicações de natureza fiscal, haja vista o provável reconhecimento de prejuízos decorrentes de uma eventual reavaliação ou venda desses ativos.

2. Realização de prejuízo sistemáticos por parte do Bank of América - Liberal S.A. e da corretora Bank of América - Liberal S.A. CCVM, decorrentes de negociações, de ações adquiridas por empréstimos, de emissão das empresas Enertel Energia e Telecomunicações Participações S.A., e Tegener Participações S. A. (ex-Lib Participações S.A.).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Ainda para reforçar, identifico às fls. 1281/1287, cópia de intimação do Banco Central do Brasil, ao Bank of América - Liberal S. A., a apresentar defesa em face de irregularidades apuradas, referentes a negociações de ações emitidas pelas empresas Enertel Energia e Telecomunicações Participações S.A., e Tegener Participações S. A. (ex-Lib Participações S.A.), que resultaram em prejuízos.

Algumas irregularidades apontadas:

- Durante o período em que ocorreram os empréstimos de ações, as cotações das mesmas, para fins de ajuste ao preço de mercado do saldo da rubrica que registra as obrigações por empréstimos de ações, sempre subiram;
- O valor patrimonial dessas ações esteve sempre bem abaixo do valor pelo qual as mesmas foram negociadas;
- Logo após a rescisão dos últimos contratos de empréstimo, a cotação dos papéis ENERTEL e TEGENER caiu vertiginosamente;
- As ações apresentaram pouca liquidez, haja vista o pequeno número de negócios realizados, conforme apurado através dos relatórios fornecidos pelas Bolsas de valores do Rio de Janeiro e de São Paulo;
- Todos os negócios realizados com ações ENERTEL e TEGENER no período analisado foram intermediados por uma única corretora, a Liberal S. A. CCVM (atual Bank of América - Liberal S.A. CCVM), instituição financeira controlada pelo próprio Banco Liberal (atual Bank of América - Liberal S.A.);
- Existe uma coincidência de pessoas na figura de sócios, conselheiros, diretores e gestores das empresas envolvidas, quer sejam como mutuários, mutuantes, intermediários financeiros ou clientes de Anexo IV;
- Considerando que diretores da Liberal CCVM e do Banco Liberal possuíam conhecimento das ações negociadas, uma vez que participavam da gestão das empresas Tegener e Enertel, sendo sabedores, portanto, de suas situações patrimoniais, e da mesma forma, por participarem na administração e/ou serem representantes legais de todas as partes envolvidas nos negócios realizados com essas ações, inclusive nos contratos de mútuo, fica evidenciada a ampla disponibilidade dessas pessoas para a realização das operações;
- Desta forma, com base nos dados acima levantados, fica comprovado que os prejuízos realizados com essas ações propiciaram a saída de recursos do Banco Liberal, beneficiando as diversas contrapartes envolvidas;
- Como consequência da valorização das ações, as despesas decorrentes do empréstimo das mesmas cresceu de forma substancial.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

O Banco Liberal teve, desta forma, seu lucro reduzido, bem como a base de cálculo de seu imposto de renda;

- Os investidores estrangeiros que estavam na outra ponta das operações, se apropriaram da quase totalidade dos lucros provenientes dessas operações, uma vez que venderam as ações por um preço sempre mais alto do que compraram.

Muito embora tratando de outro item, cabível aqui as colocações do acórdão recorrido, que assim concluiu:

- 1) Tanto o Banco Central como a SRF constataram que todas as operações foram realizadas pela mesma corretora de valores – Bank of América – CCVM*
- 2) Tanto o Banco Central como a SRF constataram uma coincidência de pessoas na figura de sócios, conselheiros e gestores das empresas envolvidas,*
- 3) Tanto o Banco Central como a SRF comprovaram que os prejuízos realizados com essas ações propiciaram a saída de recursos do Banco Liberal, beneficiando os investidores estrangeiros, os quais se apropriaram dos lucros provenientes dessas operações,*
- 4) Tanto o Banco Central como a SRF constataram a valorização irreal da cotação das ações, ocasionando o crescimento das despesas decorrentes de empréstimos das mesmas e a redução da base de cálculo do imposto de renda;*

Pelo exposto, verifica-se que a manipulação de cotação de ações, realmente ficou comprovado, não se tratando de meros indícios ou presunções, como alegado no recurso voluntário, não acarretando portanto, qualquer vício nos lançamentos realizados.

A alegada presunção a favor da recorrente, prevista pelo parágrafo 1º do artigo 894 do RIR/94, no caso presente também não tem aplicação. Os elementos constantes nos autos, comprovam de forma segura, o entendimento manifestado pelos autuantes, muito bem corroborado pelas autoridades julgadoras de primeira instância, conforme acima demonstrado.

Tem razão a recorrente quando diz que é de se esperar que as operações realizadas por uma instituição financeira para alavancar recursos sejam



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

lucrativas, muito embora também possam não ser, por caracterizar uma operação de risco.

Em se tratando de operações normais, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora, mesmo os resultados negativos podem revestir as condições necessárias à sua dedutibilidade.

Entretanto nas operações, mesmo que normais ou usuais, quando as perdas foram decorrentes de manipulação de cotação de ações, como no caso sob análise, não se pode dar o tratamento de despesa dedutível, pelos vícios nelas contido.

Verifica-se que as "pessoas" envolvidas nas negociações das ações, mesmo não caracterizando um grupo econômico juridicamente constituído, com participação societária umas nas outras, reuniam conhecimentos, influências e poderes suficientes para a transferência de lucros de uma ponta para outra. O Banco Central do Brasil, conforme documento supra mencionado, constatou o relatado.

O art. 242 do RIR/94, assim dispõe:

"Art. 242. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506/64, art. 47).

§ 1º São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506/64, art. 47, § 1º).

§ 2º As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506/64, art. 47, § 2º)."

Como bem dito no recurso voluntário apresentado, *"para ser necessária, a despesa, ela deve guardar correlação, direta ou indireta, com o objeto social da empresa"*.

Diante da afirmativa acima, e do que consta nos autos, anteriormente exposto, não se pode considerar necessária uma despesa, quando deliberadamente a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

operação que a gerou, foi com o intuito deliberado de provocar perdas para a empresa, transferindo resultados para terceiros, ligados ou não, provocando redução do resultado tributável.

Muito embora a tentativa da recorrente de distorcer os fatos, alegando que o fato gerador foi presumido, entendo devidamente comprovada a manipulação dos preços das ações negociadas, não caracterizando a necessidade para a manutenção das fontes produtoras da empresa, justificando-se sim para a redução dos resultados tributáveis.

Da mesma forma, não podem as referidas perdas, serem consideradas usuais ou normais, não revestindo portanto, as condições necessárias para serem admitidas como dedutíveis.

Quanto a obrigação legal de registro público dos contratos de mútuo, considerada como necessária para comprovação dos negócios jurídicos, perante terceiros, pelo acórdão recorrido, tendo em vista o já anteriormente votado, considero ter o assunto perdido seu objeto, razão pela qual deixo de apreciar as alegações recursais.

No item reclamando ser o lançamento excessivo, o recurso divide-o nos seguintes tópicos:

- (i) Glosa dos Juros Contratuais;
- (ii) O custo de Captação dos Recursos;
- (iii) Os Resultados Gerados pela Captação de Recursos; e
- (iv) Ganhos por Fundo Brasileiro.

Glosa dos Juros Contratuais

Quanto a glosa dos juros contratados, abstraindo-se do fato de os contratos estarem transcritos, ou não, no Cartório de Registro Público, considerando-se que os mesmos fazem parte do mesmo processo de majoração de custos, através dos procedimentos já antes analisados, entendo que sua dedutibilidade é igualmente incabível, visto seu custo estar contaminado pelas simulações ocorridas quando das



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

negociações das ações, realizadas junto as bolsas de valores, todas intermediadas pela mesma corretora, já anteriormente estudado.

O custo de Captação dos Recursos

Quanto aos custos de captação de recursos, como bem analisado no acórdão recorrido, ainda que a recorrente tenha obtido recursos, incorrendo assim em custos, os mesmos foram gerados de forma inadmissível, visto que contaminados, pela manipulação na cotação das ações, não podendo revestir portanto, as condições de dedutibilidade.

Encontrando-se comprovada a manipulação de preços, a despesa então gerada, deve ser considerada como não necessária à manutenção da fonte produtora, devendo ser glosada, não cabendo aqui maiores considerações.

Os Resultados Gerados pela Captação de Recursos

Quando da realização da fiscalização, foram considerados todos os resultados obtidos nas operações de mútuo, envolvendo as ações, sendo consideradas as operações em sua totalidade, no podendo prosperar as alegações recursais de que seria cabível a glosa apenas da diferença entre as despesas e as receitas decorrentes das operações de empréstimo e nunca apenas as despesas, pois as operações foram analisadas em sua íntegra.

Ganhos por Fundo Brasileiro

Alega a recorrente que dos valores glosados, deveriam ser excluídos os ganhos auferidos pelo fundo domiciliado no Brasil – Liberal Plus Fundo Mútuo de Investimentos Carteira Livre, não beneficiado pelas isenções tributárias cabíveis aos fundos estrangeiros, nos investimentos em ações no Brasil.

Lembro aqui que, conforme consta no Relatório e em parte do presente voto, já relatado, o Fundo brasileiro - Liberal Plus Fundo Mútuo de Investimentos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Carteira Livre, somente manteve negociações envolvendo o Bank of América – Liberal S.A. (banco múltiplo), no período lançado, não estando registrado nos presentes autos, qualquer negociação entre o referido fundo e a recorrente.

Igualmente neste caso, os argumentos recursais apresentados, perderam seu objeto, não merecendo maiores comentários.

Quanto a multa de ofício agravada, lançada no patamar de 150%, com fundamento no artigo 44, inciso II da Lei nº 9.430/96.

A infração apurada e lançada pela fiscalização, deu-se pela tributação a menor de receitas efetivamente auferidas, devidamente demonstrado pela fiscalização.

Entendeu a fiscalização, ter a fiscalizada realizado negociações com o intuito de reduzir o lucro tributável, através de manipulação das cotações das ações, no mercado de capitais.

No caso das arguições dirigidas contra a multa de ofício agravada, a caracterização do intuito doloso, já acima fartamente demonstrado, também serve à declaração da irregularidade da penalidade mais gravosa aplicada. Afinal, como se poderia qualificar a prática, senão como o comportamento tendente à caracterização da fraude, prevista no inciso II do artigo 44 da lei nº 9.430/96 e definida no artigo 72 da Lei nº 4.502/64.

Nos termos dos dispositivos citados, fraude *“é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento”*. Ora, é indiscutível que a prática adotada pela recorrente, inclui-se entre as ações dolosas elisivas referidas no preceito, posto que nenhum outro objetivo pode-se vislumbrar para tais práticas que não seja o de impedir a ocorrência do fato gerador e/ou o não pagamento de tributos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Pelos fatos apresentados e constantes nos presentes autos, entendo perfeitamente constatado e provado, o evidente intuito de fraude na conduta adotada pela recorrente, reunindo os elementos necessários e suficiente para o enquadramento dado, merecendo a sua aplicação.

Quanto a utilização da taxa SELIC, entendo não caber, na esfera administrativa, a discussão proposta pela recorrente, acerca da sua inaplicabilidade e/ou inconstitucionalidade, uma vez que tal questão pressupõe a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, competindo, em nosso ordenamento jurídico, exclusivamente, ao Poder Judiciário, a atribuição para apreciar a aludida arguição (CF, artigo 102, I, "a", e III, "b").

Coerentemente com esta posição, tem-se consolidado nos tribunais administrativos o entendimento de que a arguição de inconstitucionalidade de lei não deve ser objeto de apreciação nesta esfera, a menos que já exista manifestação do Supremo Tribunal Federal, uniformizando a matéria questionada, o que não é o caso dos autos.

Finalizando, entendo não caber, na esfera administrativa, a discussão acerca de inconstitucionalidade de leis, uma vez que tal questão pressupõe a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, competindo, em nosso ordenamento jurídico, exclusivamente, ao Poder Judiciário, a atribuição para apreciar a aludida arguição (CF, artigo 102, I, "a", e III, "b").

Ainda nesta mesma linha, o Poder Executivo editou o Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, o qual, em seu artigo 4º, parágrafo único, determina aos órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, que afastem a aplicação de lei, tratado ou ato normativo federal, desde que declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

Assim, considero que o controle da constitucionalidade das leis pertence ao Poder Judiciário, de forma difusa ou concentrada, e só a este Poder. Somente na hipótese de reiteradas decisões dos Tribunais Superiores é que se poderia, haja vista a vantagem que a celeridade processual traria a ambas as partes, considerar hipótese na qual este Colegiado viesse a deixar de aplicar texto legal ainda não extirpado de nosso ordenamento pátrio pelo Senado Federal.

Cabe ao Conselho de Contribuintes a interpretação das normas e sua aplicação ao fato concreto, não porém negar vigência à norma, sobre a qual não pairam dúvidas acerca de seu conteúdo objetivo.

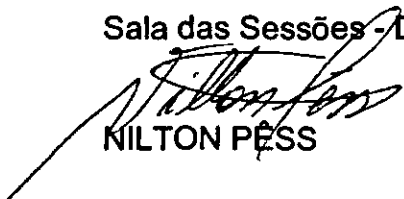
A Constituição Federal em vigor, atribui ao Supremo Tribunal Federal a última e derradeira palavra sobre a constitucionalidade ou não de lei, interpretando o texto legal e confrontando-a com a constituição.

Pacífico igualmente, no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, o entendimento que não é permitido a órgão do Poder Executivo apreciar a constitucionalidade ou não de lei regularmente emanada do Poder Legislativo, tal procedimento configuraria uma invasão indevida de um poder na esfera de competência exclusiva de outro, além de ferir a independência dos Poderes da República preconizada na Magna Carta.

Neste sentido, voto por negar provimento ao recurso voluntário, merecendo o acórdão recorrido, ser confirmado.

É o meu voto.

Sala das Sessões - DF, em 14 de abril de 2004


NILTON PÊSS





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

VOTO VENCEDOR

Conselheiro VICTOR LUIS DE SALLES FREIRE - Relator Designado

1. Designado com prolator do voto vencedor, que mais unificou o pensamento deste Colegiado para apenas desagravar o lançamento, desde logo não posso deixar de estampar a minha estranheza, senão até perplexidade, em face da pluralidade de entendimentos por que perfilharam os membros da Corte ao exame da acusação até se chegar ao resultado final prevalente na votação.

Desde o voto de se negar integralmente as razões do apelo (neste sentido o voto do Conselheiro Relator Nilton Pess acompanhado pela Conselheira Nadja Rodrigues Romero) ao voto de provê-lo integralmente pelo seu mérito (neste sentido o voto do Conselheiro Alexandre Barbosa Jaguaribe), passando pelo voto de provê-lo pelo seu mérito em menor extensão (neste sentido os votos dos Conselheiros Marcio Machado Caldeira e Paulo Jacinto do Nascimento), ao final, por escassa maioria se chegou à decisão prevalente no sentido de se prestigiar o lançamento, apenas afastando-se a multa lançada ao percentual mais exacerbado (150%) para se unificá-la ao percentual normal (75%). No fundo um misto de aceitação total do mérito da acusação, apenas com o desagravamento da penalidade, restando vencidos o provimento integral e o em menor extensão também pleiteado pelo sujeito passivo. De qualquer maneira quatro teses que somente se tornaram maioria na fixação da multa pelo computo majoritário dos votos daqueles que ora assim especificamente votaram pelo provimento integral e parcial.

É, sem sombra de dúvida, no mínimo uma decisão que comporta alguma digressão, mesmo que esta não seja especificamente a tarefa do Conselheiro designado para redigir o voto vencedor na medida em que restou para este apenas a tarefa de consubstanciar o entendimento vencedor, para repetir restrito ao desagravamento do lançamento de ofício. Isto porque nesta Câmara, regra geral, o



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

Julgamento tem pendido pela unificação do julgamento e se ela não se concretiza, o faz-se sempre por escassa maioria

Por isso a divagação que ponho a priori para cogitação, ante a bipartição das teorias lançadas, é se ao sujeito passivo afinal se prestou a devida justiça, ou de resto, na prestação jurisdicional fez-se cumprir o famoso brocado latino "suum cuique tribuere". Foi outorgada na espécie a melhor prestação jurisdicional? Somente outra instância poderá responder a estas questões que me incomodam e torturam.

Isto à guisa de explicação inaugural.

2. No âmbito da confirmação, e especialmente por isso acompanhei o I. Conselheiro Relator vencido, tenho para mim que a glosa se debruça sobre famosa trilogia tributária: usualidade, normalidade e necessidade da despesa para efeito de reconhecimento de sua dedutibilidade. Refiro-me mais especificamente à última, como a seguir voltarei e, como elas são alternativas e não cumulativas, já lanço meu entendimento de que a falta de uma por si só já é suficiente para macular a despesa e torna-la indedutível até porque no RIR/94, como de resto em outros Estatutos, vem elas tratadas separadamente ora no parágrafo 1º, ora parágrafo 2º do art. 242:

"Art. 242. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

Parágrafo 1º. São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.

Parágrafo 2º. As despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa"

Volvendo para a hipótese sob discussão vejo que o sujeito passivo, a teoricamente escudar a operação questionada de mutuo de ações, tinha para seu suporte norma com supedâneo legal emanada da Comissão de Valores Mobiliários, que lhe permitia tomar ações a título de empréstimo, eventualmente aliená-las no curso do mútuo, para ao fim deste ir ao mercado recomprar outras tantas que lhe permitissem devolver igual montante à entidade mutuante repondo-lhe o patrimônio. Até aí nenhuma



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

irregularidade, apenas com o destaque de que o empréstimo poderia se tornar uma operação de risco, não comum a empréstimos tomados em moeda brasileira quando previamente se fixa a taxa de juros na liquidação da operação. E o risco, obviamente, poderia decorrer de uma oscilação para maior entre o valor apurado na venda e o valor dispendido na compra para perfazer o mutuo. Talvez um risco comparável ao empréstimo em moeda estrangeira.

Mas o curioso na espécie, apesar do risco apontado e apesar do fato de que as ações foram ao final compradas por um preço maior do que aquele que decorreu da venda das ações recebidas à contratação, assim gerando perdas, é que, no fundo, feitos os devidos cálculos a perda, se o empréstimo tivesse sido em moeda brasileira, resultaria em que então teríamos um juro de aproximadamente 1% ao mês em face da compra com ágio e em valor maior do que aquele quando da entrega. Esta taxa, além de encontrar respaldo no texto constitucional, seguramente era muito inferior à taxa Selic vigente à época posto que já de longa data não tem o Brasil taxas de juros de 1% ao mês. E neste aspecto, particularmente sob esta consideração, não vejo anormalidade ou não usualidade, seja porque fosse a fonte supridora do mutuo uma operação equivalente a de empréstimo em dinheiro (até com taxas superiores ao do empréstimo em ações) seria considerada mais do que normal para efeito de dedutibilidade, seja porque encontrando respaldo pela permissibilidade outorgada pela CVM, assim não se poderia considerá-la não usual no mercado. Ao adotar este parâmetro de mútuo vislumbrou a autoridade encarregada do controle do mercado bursatil uma fonte adicional de suprimento do capital de giro das empresas na eventual escassez ou iliquidez bancária frente aos chamados depósitos compulsórios, até seguramente tendo em mente que a liberdade de contratar o mutuo em tais condições representava fator de risco autorizado maior do que aqueles de mutuo em dinheiro (onde aliás se risco existe, é ele calculado)

3. O ponto que mais intrigou a Fiscalização na constituição do lançamento, para até agravá-lo, resulta de uma suposta manipulação do preço das ações. Mas isto não me impressiona posto que, se manipulação houve, esta não é assustadora assim



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

até em face de haver respeitado, para muito menos do que o normal, o limite da taxa de juros de mercado. E de resto existem norma e foro próprios para o exame desta suposta manipulação, que necessariamente não passam pela Receita mas pela CVM, inexistindo nos autos prova definitiva da condenação da operação. Neste diapasão o ponto que mais me bati foi o agravamento.

Ao deixar de acolher a dedutibilidade vislumbrei apenas a falta de sua necessidade na apontada trilogia. Fi-lo porque em tese relaciono a necessidade do gasto à necessidade da assunção do empréstimo. Em geral não me parece que uma empresa sadia, exibindo lucro, tenha necessidade de recorrer ao mercado financeiro para tomar empréstimo. Ao contrário dela se valem aquelas que tem dificuldades de caixa ou insuficiência de capital de giro.

A tese defensiva justifica-se dentro do parâmetro que a tomada do empréstimo contribui para a feitura de maiores lucros e, ipso facto, maior pagamento de imposto de renda ao Erário. Isto, em tese, é possível, mas refoge ao conceito de tornar a despesa necessária já que menores lucros necessariamente não geram menor recolhimento de imposto ou maiores lucros maior recolhimento, tudo dependendo de certos ajustes fiscais. Neste diapasão, para se aquilatar corretamente se o empréstimo tornou o sujeito passivo mais lucrativo e via de conseqüência levando-o a recolher maior parcela de tributo, implicaria em obrigatoriamente se caracterizar o fato gerador, a cada operação de receita e custos a ela inerentes. O Imposto se apura globalmente e não de forma isolada e por tal efeito deixei até de acompanhar os Conselheiros que pleitearam em seus votos provimento para a a "parcela correspondente à receita obtida nas operações e empréstimos de ações", o que, de resto, se prevalente, poderia levar à inexequibilidade da execução do julgado.

Dentro da ausência da necessidade do mútuo é que acompanhei o Relator vencido, mas, de qualquer maneira, no brilho de seu voto, subscrevo-o pela conclusão e às ementas a mim propostas, à exceção da versando



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

"Inconstitucionalidade", criando apenas uma própria para o afastamento da multa agravada

Isto à guisa de explicação adicional.

4. Por último, voltando para aquilo que efetivamente devo considerar no âmbito do voto vencedor - o afastamento da multa qualificada - , impetrando a devida vênica às considerações acima que dizem mais respeito ao mérito, mas que influem no conseqüente, não vejo na ausência do fator necessidade, como elemento mais fundamental para a glosa, pressuposto para o agravamento. De mais a mais a abordagem do mérito também me serve, para repetir, de supedâneo para manter o meu entendimento quanto à impossibilidade de se outorgar ao sujeito passivo a penalidade mais violenta.

De início, fosse o caso, compartilharia do entendimento dos Ilustres Patronos no sentido de que, a prevalecer o entendimento fiscal, qualquer glosa de despesa jamais poderia ser construída dentro do parâmetro menos oneroso de multa. Ao reverso quantos são os procedimentos que corriqueiramente transitam por esta Corte onde a glosa da despesa passa apenas pela aplicação da multa simples. Piormente o "passivo fictício", o "saldo credor de caixa" que nunca são agravados?

Na espécie todas as operações foram franqueadas à fiscalização, que assim pode enriquecer soberanamente o lançamento. Todas tiradas da contabilidade e da escrita do sujeito passivo com precisão de detalhes. Nenhum desejo de escamoteamento de parte do autuado. Quem pratica ato doloso seguramente não abre sua contabilidade. De resto as negociações até operaram em bolsa

O dolo, sabidamente não se presume e a pseudo manipulação, pelo que inclusive antes manifestei, não me pareceu conferir ao sujeito passivo "clara intenção" de "aumentar despesas através da manipulação das cotações dos títulos mobiliários" ou ficticiamente cria-las até porque se o valor adotado na recompra foi o mote da acusação,



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 10768.010248/2002-31

Acórdão nº : 103-21.587

haver-se-ia que considerar a possibilidade de a manipulação se distribuir por outras pessoas físicas ou entes jurídicas citados, que não a autuada, a cuja fiscalização a autoridade lançadora não se debruçou., assim estabelecendo responsabilidades e eventualmente lançamentos fiscais com fundamentação diversa.

Por isto dou provimento parcial ao recurso para desagrar o lançamento

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 14 de abril de 2004

VICTOR LUIS DE SALLES FREIRE



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.010248/2002-31
Acórdão nº : 103-21.587

INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria Ministerial nº 55, de 16/03/98 (D.O.U. de 17/03/98).

Brasília - DF, em


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE

Ciente em,

PAULO ROBERTO RISCADO JUNIOR
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL