



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 10768.015727/2001-62
Recurso nº. : 139.847
Matéria: : IRPJ E OUTROS – EX: DE 1996
Recorrente : BANCO BOAVISTA INTERATLÂNTICO S. A.
Recorrida : 2ª Turma da DRJ no RIO DE JANEIRO – RJ.
Sessão de : 12 de setembro de 2005
Acórdão nº. : 101-95.168

PRELIMINAR – DECADÊNCIA – SIMULAÇÃO – comprovada a simulação a regra decadencial desloca-se, para os tributos lançados por homologação, do artigo 150, parágrafo 4º, para a do artigo 173, I, ambos do CTN.

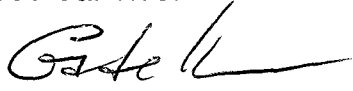
OPERAÇÕES DE OPÇÕES FLEXÍVEIS DE DÓLAR – PREJUÍZOS – ALEGAÇÃO DE FRAUDE – Comprovada a simulação nas operações de opções flexíveis de dólar, sem garantia, há que ser mantido o lançamento que glosou as perdas decorrentes daquelas operações.

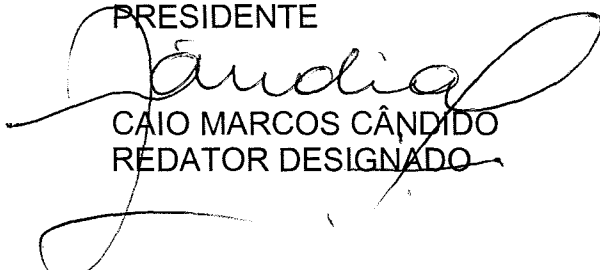
MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA – presente o verdadeiro intuito fraudulento, na figura da simulação do negócio jurídico, a que se manter a qualificação da multa de ofício.

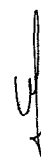
Recurso voluntário não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO BOAVISTA INTERATLÂNTICO S A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Mário Junqueira Franco Júnior (Relator), Sebastião Rodrigues Cabral e Orlando José Gonçalves Bueno. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Caio Marcos Cândido.


MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

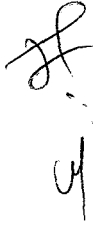

CAIO MARCOS CÂNDIDO
REDATOR DESIGNADO



Processo n.º 10768.015727/2001-62
Acórdão n.º 101-95.168

FORMALIZADO EM: 02 MAI 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: VALMIR SANDRI,
SANDRA MARIA FARONI e PAULO ROBERTO CORTEZ.



Processo nº. : 10768.015727/2001-62
Acórdão nº. : 101-95.168

Recurso nº. : 139.847
Recorrente : BANCO BOAVISTA INTERATLÂNTICO S.A.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto pela contribuinte em epígrafe, em face de acórdão da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro, que manteve integralmente, por maioria de votos, as exigências de IRPJ, CSL e IRF (artigo 44 da Lei 8.541/92), vencido um dos julgadores quanto ao IRF, sendo todas as exigências referentes ao ano-calendário de 1995.

Observo de pronto que a ora recorrente desistiu parcialmente de seu recurso, incluindo no PAES, as exigência de IRPJ e CSL, remanescendo em litígio tão-somente o IRF.

A ação fiscal culminou com a glosa de despesas com perdas em operações de opções flexíveis de dólar, havendo inclusive a imposição de multa qualificada de 150%. A ciência do auto de infração ocorreu em 21/12/01.

O Relatório da Atividade Fiscal de fls. 728 discorre sobre os fatos que ensejaram referida autuação. Procuro abaixo resumi-lo:

- as operações de opções flexíveis de dólar têm parametrização reduzida, permitindo ampla margem de definição de preços, prêmios, prazos etc, ocorrendo casos em que não há garantias, situação na qual "parte e contraparte se conhecem e escolhem uma ou mais corretoras para registrar o negócio no sistema eletrônico da BM&F";

- a autuada teria realizado 10 operações de opções flexíveis de dólar sem garantia, nos meses de setembro e outubro de 1995, tendo como contra-partes as empresas Banco Bozano, Máster Engenharia e Octopar, tendo ocorrido liquidação antecipada e reconhecimento de perdas por parte da autuada.



- as perdas glosadas, em montante superior a R\$80M, foram as relativas às operações com as empresas Máster Engenharia e Octopar, tão-somente;

- no caso da empresa Máster Engenharia, indica a fiscalização que os valores recebidos foram repassados e depositados em contas corrente não pertencentes à empresa, conforme quadro de fls. 748;

- intimando sócio e procurador da referida empresa, não houve resposta acerca dos detalhes da operação, tendo sido alegada "prescrição" para que os documentos e esclarecimentos não fossem entregues ou prestados;

- aprofundando a investigação, o autuante traz aos autos informações acerca de duas outras empresas de propriedade ou administradas pelas mesmas pessoas que representam a Máster Engenharia, todas com problemas de ordem formal ou indícios veementes de inexistência, como endereços não confirmados em diligências, fls. 750 a 754;

- afirma o autuante que em trabalho realizado pela Polícia Federal, por força da CPI dos Títulos Públicos, restou demonstrado que tais empresas, inclusive a Máster Engenharia, faziam parte de um grupo denominado Monte Cristo, com o fito de desvio de dinheiro público;

- concluiu que a Máster Engenharia era empresa de fachada, utilizada apenas para permitir a perda antecipada em operações como as realizadas pela ora autuada;

- no caso da empresa Octopar, a mesma, após regular intimação, declarou que as operações foram realizadas a pedido da empresa João Ibrahim Jabour Investimentos S/C Ltda., sendo que os ganhos obtidos nas operações foram transferidos para diversas pessoas, conforme os quadros de fls. 757 e 758, sendo uma parcela de aproximadamente 8% do total em depósito no próprio Banco Boavista;

- diligenciando na empresa João Ibrahim Jabour, recebeu a fiscalização, inicialmente, resposta de que tais operações não teriam sido realizadas pela empresa intimada, embora possua a fiscalização contratos originais assinados pelo seu

representante legal. Alegou que teria sido enganada na operação pelo Banco Fonte (Octopar);

- voltando-se a fiscalização para a Octopar, recebeu resposta negativa para entrega dos recibos relativos ao cheques pagos, bem como declaração de que não houve contabilização tendo em vista que atuou somente como mandatário de João Ibrahim Jabour Investimentos Ltda.;

- constatou a fiscalização, portanto, que o *modus operandi* era o mesmo que foi utilizado com a empresa Máster Engenharia, concluindo que a autuada usou João Ibrahim como "testa de ferro", sendo que a parcela que veio a ser depositada no próprio Banco Boavista Interatlântico serviu para quitação de um contrato de abertura de capital de giro firmado entre a autuada e a empresa Jabur Pneus, sugerindo a fiscalização que tal parcela seria provavelmente uma comissão pelo uso do nome, fls. 761;

- justifica suas conclusões informando que a empresa João Ibrahim tinha passivo a descoberto de mais de R\$65M, sendo inconcebível que a autuada fizesse com esta contraparte operação sem garantia, envolvendo R\$600M e prêmio de R\$63M;

- informou ainda que dentre os beneficiários há empresas já fiscalizadas pela SRF, concluindo-se pela sua inexistência fática.

- discorreu sobre o caráter doloso das operações realizadas e dos registros de custos inexistentes, aplicando a multa qualificada, e afastando a ocorrência de decadência em razão da conseqüente aplicação do artigo 173 do CTN.

Após tempestiva impugnação, sobreveio o acórdão recorrido, com a seguinte ementa:

"DECADÊNCIA. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Nos lançamentos por homologação o direito de constituir o crédito tributário decai após decorridos 5 anos, a contar do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional -CTN, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação, cujo prazo passa a ser de 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN).

Processo nº. : 10768.015727/2001-62
Acórdão nº. : 101-95.168

OPERAÇÕES FINANCEIRAS SIMULADAS. OPÇÕES FLEXÍVEIS DE DÓLAR. PERDAS INDEDUTÍVEIS.

Caracterizada a simulação na operação são indedutíveis as perdas decorrentes.

MULTA QUALIFICADA. TRANSAÇÕES SIMULADAS.

Aplica-se a multa qualificada nos casos de evidente intuito de fraude, tendente a reduzir o tributo devido.

REDUÇÃO INDEVIDA DO LUCRO LÍQUIDO. DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA.

Presumem-se distribuídos aos sócios os recursos despendidos em operações financeiras simuladas.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Inexistindo fatos novos a serem apreciados, estende-se ao lançamento decorrente os efeitos da decisão prolatada no lançamento matriz."

Irresignada com tal decisão, interpôs a ora recorrente o presente voluntário, com as seguintes razões:

- afirma, inicialmente, que a premissa de simulação adotada pelo acórdão recorrido é falsa, pois não comprovada, fato que importa na ausência de sustentação dos fundamentos do *decisum*;

- elenca argumentos que, no seu entender, deixaram de ser enfrentados pelo aresto recorrido, e que militam no sentido da regularidade das operações, notadamente os seguintes:

1) inexistência de impugnação, por parte da fiscalização, dos contratos de opção flexível de dólar por razões objetivas, relacionadas com a necessidade e razoabilidade dos mesmos;

2) a razoabilidade dos valores envolvidos resultaria de aprovação implícita pela BM&F, haja vista seu registro e a possibilidade desta, ao não concordar com os valores, infirmar a operação, à luz do Ofício Circular que aponta;

3) que as operações não foram ocultadas, mas realizadas às claras, em mercado de balcão organizado, com registro na BM&F;

4) não houve qualquer irregularidade apontada quanto às corretoras que intermediaram as operações;

5) as irregularidades indicadas em relação à empresa Máster Engenharia se referem a períodos subseqüentes, havendo apenas a entrega da Declaração de Rendimentos sem movimento, fato que não pode ser imputado à recorrente;

6) não houve qualquer imputação de irregularidades à empresa Octopar, mas tão-somente em função de suas relações com a empresa João Ibrahim, fato que também não pode ser imputado à recorrente;

7) o reconhecimento da regularidade jurídica das partes cabe às empresas corretoras, e não ao contratante, conforme o Regulamento anexo à Resolução BACEN nº 1.655/89;

8) as sociedades corretoras estavam perfeitamente identificadas, e a liquidação das operações passa sempre indiretamente por elas, não havendo análise de crédito de contrapartes, pois as corretoras são responsáveis por honrar os compromissos, ainda que as operações sejam não possuam garantia, salvo se notificarem a BM&F de que a inadimplência foi causada por seu cliente;

- defende que para se ter como comprovada a simulação fiscal ter-se-ia que demonstrar “a existência de uma vantagem ou provento que o simulador retira da prática do ato desonesto”, não sendo razoável pressupor que alguém gastaria 100 para aproveitar 34, “perdendo definitivamente a diferença (66)”;

- afirma que: “caso se tivesse comprovado que os beneficiários das retransferências eram pessoas ligadas conexas ao recorrente, aos seus diretores, aos seus sócios e familiares, funcionando como seus ‘laranjas’, ‘fantasmas’, ‘testas de ferro’ ou ‘homens de palha’, então sim, haveria, se não prova, indícios de uma retrocessão dos recursos para os bolsos de onde originariamente saíram”;

- conduz argumentos no sentido de que “o princípio da livre convicção significa tão-somente a liberdade da apreciação das provas e a admissibilidade de todos os meios de prova, mas não significa a possibilidade de abandonar a prova, ou seja, a de

Processo nº. : 10768.015727/2001-62
Acórdão nº. : 101-95.168

substituir um juízo de certeza por um juízo de credibilidade, verossimilhança ou probabilidade”;

- no tocante especificamente do IRF, suscita a inaplicabilidade ao caso dos autos do disposto no artigo 44 da Lei 8.541/92, seja porque não provada a simulação ou benefício aos sócios, seja por força da retroatividade benigna em razão da revogação do dispositivo legal pela Lei 9.249/96;

- por fim, suscita a decadência, pela impossibilidade da multa qualificada, requerendo, outrossim, o cancelamento das exigências.

É o Relatório.



VOTO VENCIDO

Conselheiro MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, merecendo, portanto, ser conhecido.

A matéria não é nova a esta colenda Primeira Câmara, pois já analisada no Acórdão 101-94.606/2004, com voto condutor meu, em análise de recurso de ofício, interposto pela 8ª Turma da mesma DRJ no Rio de Janeiro, da qual a 2ª Turma é agora recorrida.

Naquela oportunidade assim me manifestei:

“No mérito, para a CSL, inclinava-me para, com todas as vênias, reformar o decidido pela douda decisão recorrida, dado o conjunto significativo de indícios convergentes contrários ao defendido pela interessada.

Em verdade, há fortes suspeitas de que o Banco Cindam, empresa incorporada, tenha construído perdas substanciais em sucessivas operações com dólar flexível.

Outrossim, as empresas que realizavam os ganhos eram comprovadamente de fachada, sem qualquer substância econômica, o que reforça ainda mais tais suspeitas. Mais ainda, o tipo de operações realizadas, sem garantia, deixa no ar a possibilidade de artificialismo, com controle de resultados e pleno conhecimento das pessoas jurídicas envolvidas, tudo conforme o Termo de Verificação Fiscal de fls. 462/507.

No entanto, as operações eram registradas na Bolsa de Mercadoria e Futuros, fato que milita a favor da interessada, bem como existem pagamentos devidamente registrados para as corretoras intermediárias, ficando apenas, portanto, no campo de vigorosas suspeitas, tudo o que destacado acima.

Maiores investigações seriam necessárias, o que demonstra a exigüidade do prazo decadencial de cinco anos para questões como a presente.

Por isso, também concordo no mérito com a decisão recorrida.”

Havia também salientado no relatório a motivação para a decisão naquele julgado recorrida de ofício, conforme abaixo:

“Examinado, então, o âmago da questão, noto que, apesar de todos os indícios reunidos pelos autuantes de que os negócios realizados com opção flexível de dólar foram tramados pelo Banco Cindam, faltou a apresentação de um, que, pela sua eloquência, converteria todos de meros indícios a provas indiciárias: os titulares das contas nas quais foram depositados, pelas corretoras envolvidas, os lucros derivados das opções suspeitas. Essa apuração, cuja ausência, aliás, foi oportunamente denunciada pela interessada, provavelmente permitiria que se conhecesse o verdadeiro beneficiário dos ganhos. E este, por sinal, teria que ser direta ou indiretamente o Banco Cindam e, por consequência, a interessada, para 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, de per si, é significativamente menor que aquela.”

Como visto a questão se repete.

Novamente estão presentes os indícios de fraude. Abalou-me as questões que demonstram a inexistência fática da empresa Máster Engenharia, bem como a circunstância de que seu patrimônio líquido era invertido, sendo por demais improvável que a recorrente não soubesse disso e corresse risco de crédito, se verdadeira a operação, cujos montantes eram vultosos.

No entanto, a despeito do excelente trabalho fiscal, que deixou claros os indícios de operações arranjadas, perturbando-me o espírito de justiça, falta-lhe mais um elemento, extremamente necessário: **a confirmação da destinação final dos valores.**

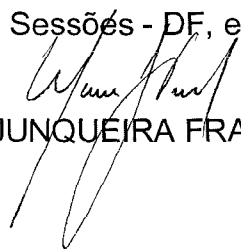
Não consigo avaliar com maior precisão qual a extensão das diligências que seriam necessárias para esta verificação, nem tampouco se de fato lograriam resultado, muito embora o auditor autuante tivesse conhecimento das contas bancárias que receberam os depósitos diretamente das corretoras, por ordem das contrapartes. Mas afirmo que, não obstante os fortíssimos indícios destacados exemplarmente no Relatório Fiscal, sem a clara prova de que os valores foram de alguma forma devolvidos a ora recorrente, por meios diversos, tais como remessas ao exterior, pagamento a empresas vinculadas etc., não se pode alcançar a convicção jurídica necessária de que as operações foram arranjadas de maneira a criar prejuízos e desviar recursos.

Processo nº. : 10768.015727/2001-62
Acórdão nº. : 101-95.168

Assim sendo, deixo de analisar os demais argumentos apresentados pela recorrente, bem como a questão da decadência, por prejudicados, e dou provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 12 de setembro de 2005


MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR 

VOTO VENCEDOR

Conselheiro CAIO MARCOS CANDIDO, Redator Designado

No julgamento do recurso voluntário nº 139.847, restou vencido o Conselheiro Relator, que dava provimento ao recurso voluntário, em relação ao lançamento do Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF, tendo em vista que a recorrente desistiu parcialmente de seu recurso em relação às exigências do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

A infração imputada à contribuinte decorre da glosa de perdas nas operações de opções flexíveis de dólar, realizadas na Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F, nos meses de setembro e outubro de 1995, por utilização de empresa de “fachada” (Máster Engenharia e Construções Ltda.) e de “testa de ferro” (João Ibrahin Jabur Investimentos S/C Ltda. – operações que, em verdade foram realizadas pela pessoa jurídica Octopar Empreendimentos e Participações Ltda.). Os valores despendidos nas liquidações tiveram destinos diversos dos participantes diretos das operações. Estando presente o evidente intuito de fraude foi aplicada a multa qualificada de 150%, prevista no inciso II do artigo 44 da lei nº 9.430/1996.

Reproduzo excertos do voto vencido para aclarar as razões deste voto vencedor, deixando de declinar acerca dos fatos já relatados naquele.

Citando voto proferido nesta Primeira Câmara, na análise do recurso de ofício e que deu origem ao acórdão 101-94.606:

“No mérito, para a CSL, inclinava-me para, com todas as vênias, reformar o decidido pela douta decisão recorrida, dado o conjunto significativo de indícios convergentes contrários ao defendido pela interessada.

Em verdade, há fortes suspeitas de que o Banco Cindam, empresa incorporada, tenha construído perdas substanciais em sucessivas operações com dólar flexível.

Outrossim, as empresas que realizavam os ganhos eram comprovadamente de fachada, sem qualquer substância econômica, o que reforça ainda mais tais suspeitas. Mais ainda, o tipo de operações realizadas, sem garantia, deixa no ar a possibilidade de artificialismo, com controle de resultados e pleno conhecimento das pessoas jurídicas envolvidas, tudo conforme o Termo de Verificação Fiscal de fls. 462/507.

No entanto, as operações eram registradas na Bolsa de Mercadoria e Futuros, fato que milita a favor da interessada, bem como existem pagamentos

Processo nº. : 10768.015727/2001-62
Acórdão nº. : 101-95.168

devidamente registrados para as corretoras intermediárias, ficando apenas, portanto, no campo de vigorosas suspeitas, tudo o que destacado acima.

Maiores investigações seriam necessárias, o que demonstra a exigüidade do prazo decadencial de cinco anos para questões como a presente.

Por isso, também concordo no mérito com a decisão recorrida."

Prossegue o Conselheiro Relator afirmando quanto à motivação para a decisão no julgado daquele recurso de ofício:

"Examinado, então, o âmago da questão, noto que, apesar de todos os indícios reunidos pelos autuantes de que os negócios realizados com opção flexível de dólar foram tramados pelo Banco Cindam, faltou a apresentação de um, que, pela sua eloquência, converteria todos de meros indícios a provas indiciárias: os titulares das contas nas quais foram depositados, pelas corretoras envolvidas, os lucros derivados das opções suspeitas. Essa apuração, cuja ausência, aliás, foi oportunamente denunciada pela interessada, provavelmente permitiria que se conhecesse o verdadeiro beneficiário dos ganhos. E este, por sinal, teria que ser direta ou indiretamente o Banco Cindam e, por consequência, a interessada, para 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, de per si, é significativamente menor que aquela."

Conclui o Relator do voto vencido:

Novamente estão presentes os indícios de fraude. Abalou-me, as questões que demonstram a inexistência fática da empresa Máster Engenharia, bem como a circunstância de que seu patrimônio líquido era invertido, sendo por demais improvável que a recorrente não soubesse disso e corresse risco de crédito, se verdadeira a operação, cujos montantes eram vultosos.

No entanto, a despeito do excelente trabalho fiscal, que deixou claros os indícios de operações arranjadas, perturbando-me o espírito de justiça, falta-lhe mais um elemento, extremamente necessário: a confirmação da destinação final dos valores.

Não consigo avaliar com maior precisão qual a extensão das diligências que seriam necessárias para esta verificação, nem tampouco se de fato lograriam resultado, muito embora o auditor autuante tivesse conhecimento das contas bancárias que receberam os depósitos diretamente das corretoras, por ordem das contrapartes. Mas, afirmo que não obstante os fortíssimos indícios destacados exemplarmente no Relatório Fiscal, sem a clara prova de que os valores foram de alguma forma devolvidos a ora recorrente, por meios diversos, tais como remessas ao exterior, pagamento a empresas vinculadas etc., não se pode alcançar a convicção jurídica necessária de que as operações foram arranjadas de maneira a criar prejuízos e desviar recursos.

Assim sendo, deixo de analisar os demais argumentos apresentados pela recorrente, bem como a questão da decadência, por prejudicados, e dou provimento ao recurso voluntário.



Pelo visto o Conselheiro Relator do voto vencido reafirma a existência de “conjunto significativo” de “indícios de operações arranjadas”, tais como:

1. a suspeita de que o Banco Cindam tenha construído perdas substanciais em sucessivas operações com dólar flexível;
2. as empresas que realizavam os ganhos eram comprovadamente de fachada, sem qualquer substância econômica;
3. o tipo de operações realizadas, sem garantia, deixa no ar a possibilidade de artificialismo das mesmas;
4. a inexistência fática da pessoa jurídica Máster Engenharia, com patrimônio invertido;
5. a falta de probabilidade de que a recorrente não soubesse do risco de prestar crédito àquelas operações para a Máster.

A despeito de tal conjunto indiciário, conclui o Conselheiro Relator daquele voto no sentido de que restou ausente um elemento, extremamente necessário, para formar a convicção jurídica “de que as operações foram arranjadas de maneira a criar prejuízos e desviar recursos”: a confirmação da destinação final dos valores resultantes daquelas operações.

Passo a analisar os fatos:

Quanto à participação da Bolsa de Mercadorias e Futuro – BM&F nas operações o que militaria a favor da recorrente, no entender do Relator do voto vencido, cabe reproduzir parte da resposta da própria BM&F ao termo de Diligência de fls. 250/251:

(...) as operações de Opções Flexíveis ocorrem no balcão, nas modalidades com e sem garantia. Na modalidade “com garantia”, as partes não se conhecem e a Corretora intermedia a operação, registrando-a com outra Corretora ou com ela mesmo. 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.”

No item 08 do documento “Especificações do Contrato de Opções de Compra Flexíveis de Taxa de Câmbio Reais por Dólar dos EUA”, anexado à resposta suscitada (fls. 254/256) em seu item 8, em relação à responsabilidade da BM&F em relação aos contratos conta que:

"(...) Para contratos sem garantia, a responsabilidade da BM&F limita-se, apenas e tão-somente, ao registro das operações, ao controle escritural das posições e à informação dos valores de liquidação financeira. Conseqüentemente, a BM&F não se responsabiliza, em nenhuma hipótese, pela liquidação dessas operações, que, igualmente, não estão sob amparo das disposições contidas nos capítulos IX e X de seus Estatutos Sociais."

E em relação à liquidação dos contratos, o item 11, "b", da citada regulamentação observa que no caso de contratos sem garantia "o valor de liquidação será informado pela Bolsa, mas não constará dos mapas de compensação financeira, e será liquidado diretamente entre as partes contratantes".

Acerca da participação da BM&F nas operações de opções flexíveis de dólar, sem garantia, concluiu a autoridade julgadora de primeira instância:

Assim, conclui-se que, em operações de "opção flexível" sem garantia, as partes se conhecem, a BM&F e as corretoras não se responsabilizam pelo contrato entre as partes, agindo de forma meramente cartorial (evidentemente que se responsabilizam pelos excessos praticados). Os fundos mantidos pela BM&F para situações de inadimplência não contemplam operações de "opção flexível" sem garantia, como também a BM&F e as corretoras não garantem a renegociação do contrato no mercado. Pode haver a tentativa, mas não há qualquer garantia.

Neste sentido, se vê ser rechaçada a afirmativa do Conselheiro Relator do voto vencido de que a participação da BM&F nas operações que resultaram na glosa de perdas nas operações de opções flexíveis de dólar, militaria a favor da interessada, posto que, conforme demonstrado a participação da BM&F em tais operações, sem garantia, é meramente cartorária, não ultrapassando os limites do mero registro da operação no seu sistema eletrônico.

Quanto à descrição dos fatos que deram causa à glosa das perdas naquelas operações, reproduzo parte do voto condutor da decisão vergastada, naquilo necessário para a formação da convicção deste julgador:

As três operações realizadas com a Máster iniciaram em 20/9/1995, totalizando opções de compra de US\$ 900 milhões, e foram liquidadas antecipadamente em 10/1995, com a realização de prejuízos de R\$ 50.830.800,00.

13- O interessado foi intimado a apresentar os documentos que suportaram as operações, a indicação do nome das pessoas com as quais negociaram e o contato para localizá-las (fl. 258). Em resposta, informa que "(...) não foram localizados, sendo possível que talvez nem existam, dado o alto grau de informalidade com que normalmente são realizadas pelas mesas de operações das instituições financeiras, tal como as demais operações no mercado financeiro e de capitais." (fl. 260)

14- O procurador da Máster Engenharia Construções Ltda., Sr. Samir Assad (procuração às fls. 303/304), foi intimado a prestar esclarecimentos sobre as operações (fls. 280/281), tendo declarado que não era sócio da Máster e nem possuía procuração dela (fl. 281).

15- O sócio da Máster, Sr. Eduardo Casseb, foi intimado a apresentar a documentação contábil da empresa (fls. 289/291), tendo informado da impossibilidade "(...) devido à antiguidade do exercício, que inclusive encontra-se prescrito." (fls. 292/293).

16- Em depoimento na Delegacia de Combate ao Crime Organizado e Inquéritos Especiais – DELECOI (Polícia Federal/SP), a ex-Tesoureira do grupo Monte Cristo do qual faz parte a Máster, a Sra. Maria Delfina F. Nicolini informa que: ao final de 1995 houve uma operação de remessa de US\$ 500,000.00 para o exterior, através da Corretora Safic, com a participação do Banco Boavista; nenhuma das empresas do grupo Monte Cristo possuía contabilidade regular; a assinatura do contador aposta no balanço patrimonial da Máster, em 31/12/1995, é falsa (fls. 421/423).

17- Depondo na DELECOI, o Gerente-Administrativo do grupo Monte Cristo, Sr. Jacinto F. Sobral, informa que: as empresas do grupo não possuíam contabilidade com controles regulares; os balanços patrimoniais dos anos de 1995 e 1996 da Máster são falsos (fls. 427/431).

18- Parte dos valores recebidos pela Máster na liquidação antecipada foram endossados por ela e depositados em contas de terceiros (fls. 747/748).

19- Diante do apurado, verifica-se que a Máster, integrante do grupo Monte Cristo, esteve envolvida em diversos ilícitos tributários e penais. A Máster não apresentou sua documentação contábil, como também não demonstrou capacidade econômico-financeira para participar da vultosa operação. Nem o interessado faz prova de tal capacidade.

20- Não é convincente a alegação de que a informalidade predomina nas operações do mercado financeiro e de capitais. Se para o fornecimento de um mísero "cheque especial" o cliente do banco é submetido a um cadastro onde se consulta o Serviço de Proteção ao Crédito – SPC, SERASA etc, só faltando submetê-lo ao "soro da verdade" (talvez não se aplique porque é vedado pela Constituição), imagine que cuidados teria a instituição financeira numa operação envolvendo a fabulosa quantia de US\$ 900 milhões. É evidente que não se espera um cadastro nos moldes de uma solicitação de crédito, mas indubitavelmente o mercado financeiro conhece seus parceiros.

20.1- O interessado ao realizar o contrato com a Máster sabia perfeitamente com quem estava operando, as reais intenções da negociação e até o destino dos valores.

21- As três operações realizadas com a Octopar (agindo por conta e ordem de João Ibrahin Jabur Investimento S/C Ltda.) iniciaram em 30/10/1995, totalizando opções de compra de US\$ 600 milhões, e foram liquidadas antecipadamente em 11/1995, com a realização de prejuízos de R\$ 30.985.300,00.

22- Nesses contratos o mandante (Jabur Investimentos) nega que tenha feito as operações, alegando que pode ter sido enganado pela Octopar. Curiosamente, parte do valor recebido na liquidação (R\$ 2.530.000,00) foi utilizado na liquidação de um contrato de capital de giro firmado entre o Banco Boavista e Jabur Pneus (empresa integrante do grupo Jabur Investimentos).

23- A situação aqui pouco difere daquilo apresentado pela Máster. O mandante Jabur Investimentos também não demonstrou capacidade econômico-financeira para participar da operação e a quase totalidade dos valores recebidos (R\$

Processo nº. : 10768.015727/2001-62
Acórdão nº. : 101-95.168

28.453.325,00 – fls. 501/522 e 757) pela Jabur Investimentos na liquidação antecipada foram transferidos para terceiros.

23.1- Quanto à capacidade econômico-financeira, é curioso que se o grupo Jabur Investimentos vinha sendo executado pelo interessado por uma dívida de aproximadamente R\$ 3 milhões (fls. 961/968), como poderia envolver-se num contrato de opções flexíveis de US\$ 600 milhões?

24- A conclusão quanto às operações com a Octopar, a mando da Jabur Investimentos, são as mesmas apresentadas nos parágrafos 20 e 20.1 acima.

Forte nos seguintes argumentos a autoridade julgadora de primeira instância entendeu configurada a simulação no caso narrado:

25- O interessado através de contratos com aparências lícitas encobriu sua real intenção, tendo como consequência imediata a sonegação tributária.

(...)

26- Nas operações com a Máster e a Octopar, a vontade interna divergiu da vontade manifestada, houve um acordo simulatório entre as partes (todos sabiam perfeitamente o que faziam) e o objetivo foi de enganar terceiros com os atos simulados.

Quanto à prova do negócio simulado, prossegue:

(...) A prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente; ao revés, freqüentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções, para chegar à convicção de sua existência.”

A motivação para o provimento do recurso voluntário constante do voto vencido seria a falta da confirmação da destinação final dos valores das operações que restaram glosadas pela fiscalização, apesar de todo o conjunto indiciário de que exista, no caso concreto, “a forte suspeita de que o Fonte Cindam, empresa incorporada, tenha construído perdas substanciais em sucessivas operações com dólar flexível”.

Concordo com o Conselheiro Relator em relação ao forte conjunto indiciário que comprova nos presentes autos a construção de prejuízos fiscais pela recorrente, dele divergindo apenas, por entender suficiente tal conjunto indiciário para comprovar a simulação daquelas operações.

Entendo, ainda, que mesmo o elemento faltante apontado no voto vencido, a falta da confirmação da destinação final dos valores das operações, encontra-se comprovado nestes autos, mesmo que parcialmente, senão vejamos:



1. que a corretora Octopar, agindo por conta e ordem de João Ibrahin Jabur Investimento S/C Ltda., realizou três operações de opção de compra de US\$ 600 milhões, a partir de 30 de outubro de 1995, tendo sido liquidadas antecipadamente em novembro de 1995, com a realização de prejuízos de R\$ 30.985.300,00.
2. Nesses contratos o mandante (Jabur Investimentos) nega que tenha feito as operações, alegando que pode ter sido enganado pela Octopar.
3. que o mandante Jabur Investimentos, não demonstrou capacidade econômico-financeira para participar da operação e a quase totalidade dos valores recebidos (R\$ 28.453.325,00 – fls. 501/522 e 757) pela Jabur Investimentos, na liquidação antecipada, foram transferidos para terceiros não identificados nos presentes autos.
4. A quase totalidade, mas não a totalidade. Parte do valor recebido na liquidação (R\$ 2.530.000,00) foi utilizada na liquidação de um contrato de capital de giro firmado entre a recorrente (Banco Boavista) e Jabur Pneus (empresa integrante do grupo Jabur Investimentos).

Fica comprovado, portanto, o retorno de parcela daqueles valores à recorrente, elemento indicado como faltante para a comprovação da cadeia simulatória, que resultou, em última instância na “produção” de prejuízos fiscais para a recorrente.

Passo a analisar os outros argumentos apresentados no recurso voluntário e não analisados no voto vencido, por desnecessários à solução da lide adotada naquela oportunidade, inclusive, quanto à alegação de decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário, mas que, tendo em vista a superação da tese de inexistência de comprovação da simulação, devem ser analisados.

Da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário em decorrência do decurso do prazo legal para tanto.

Conforme vimos, os fatos narrados no presente caso configuram a simulação, defeito do ato jurídico, definido no artigo 167 Código Civil Brasileiro de 2002.

A simulação é a declaração da vontade enganosa visando produzir efeitos jurídicos diversos dos ostensivamente indicados pelas partes. Tal conceito se aplica perfeitamente aos fatos objeto dos presentes autos.

A consequência da simulação é a nulidade do negócio jurídico realizado.

A existência de simulação tem implicação direta na contagem do prazo decadencial, posto que, na presença de dolo, fraude ou simulação a regra decadencial, no caso de tributos cujo lançamento se dá por homologação, desloca-se do parágrafo 4º do artigo 150 do CTN para o artigo 173, I do mesmo diploma legal, conforme se pode ver Dos enunciados dos artigos citados.

O lançamento por homologação encontra-se definido no artigo 150 do Código Tributário Nacional, in verbis:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Este E. Conselho vem decidindo que a decadência do direito da Fazenda Nacional de constituir o crédito tributário, nos tributos "lançados por homologação", tem seu início na data de ocorrência do fato gerador, vide como ilustração o acórdão 101-93.392:

NORMAS PROCESSUAIS - DECADÊNCIA - Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

O citado parágrafo 4º tem a seguinte redação:

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que conforme define a parte final do citado parágrafo 4º tal regra não se aplica na presença de dolo, fraude ou simulação, caso em que se aplica a regra geral de decadência insculpida no artigo 173, I, *verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Aos fatos para verificar se ocorreu a decadência suscitada pela recorrente:

1. resta discutido nos presentes autos o lançamento de IRRF de fatos geradores do ano-calendário de 1995;
2. a ciência do auto de infração se deu em 21 de dezembro de 2001.

De acordo com a regra do artigo 173, I do CTN o lançamento pode ser efetuado em até cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O lançamento poderia ter sido efetuado no exercício de 1996, tendo o início da contagem do prazo decadencial no dia 01 de janeiro de 1997, se encerrando em 31 de dezembro de 2002.

Quanto à impossibilidade da aplicação, ao caso, do artigo 44 da lei nº 8.541/1995, que estaria previsto como penalidade a ser aplicada, pela aplicação retroativa do artigo 36, IV da lei nº 9.249/1995, que, beneficemente, para a recorrente a teria suprimido.

O artigo 44 da lei nº 8.541/1992 estabelecia que a receita omitida seria tributada em separado das receitas declaradas.

A partir da lei nº 9.249/1995, que revogou aquela legislação, as receitas omitidas são reunidas às receitas declaradas para a apuração do lucro líquido do período, base de cálculo do IRPJ.

Tenho acompanhado o entendimento da E. Câmara Superior de Recursos Fiscais pelo afastamento da sistemática prevista no artigo 44 da lei nº 8.541/1992, em relação às pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido, em função de que considera 100% da receita como lucro e, portanto, como base de cálculo do IRPJ, o que não se coaduna com a sistemática de apuração do lucro presumido, e não por entender presente, naqueles dispositivos legais, o caráter penal, o que implicaria na aplicação retroativa da lei nº 9.249/1995, que os revogou.

Para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, que é o caso da recorrente, o Conselho de Contribuintes tem entendido que é perfeitamente aplicável aquela legislação tendo em vista que os valores a serem descontados na apuração do lucro líquido

Processo nº. : 10768.015727/2001-62
Acórdão nº. : 101-95.168

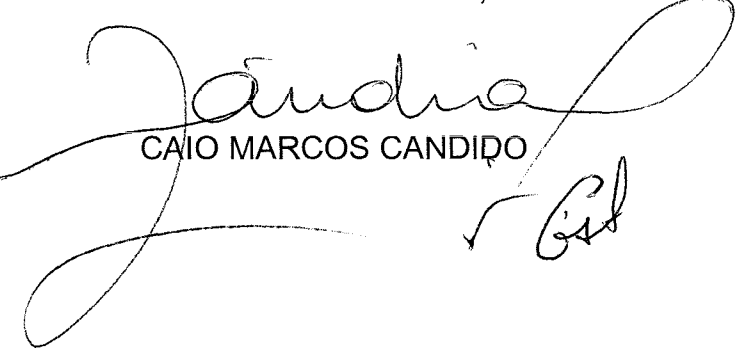
já o foram no momento da apuração do imposto, cabendo a tributação em separado da receita omitida.

Presente o evidente intuito de fraude, na figura da simulação, aplicável a multa de ofício qualificada em 150%.

Face ao exposto, voto no sentido de REJEITAR preliminar de decadência e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso voluntário, quanto às matérias objeto deste voto vencedor.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 12 de setembro de 2005.


CAIO MARCOS CANDIDO