



MINISTÉRIO DA FAZENDA

CYGC

Sessão de 22 de fevereiro de 1988.....

ACÓRDÃO Nº 103-08.239

Recurso nº 91.894 - IRPJ - EX: DE 1984

Recorrente MPG ASSESSORIA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

Recorrid DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO - RJ

IRPJ - DESPESAS OPERACIONAIS - OPERAÇÕES DE
"DAY TRADE" REALIZADAS COM ARTIFICIALISMO.

São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, não podendo ser consideradas como tais, portanto, as representadas por prejuízos criados em operações denominadas de "day trade" realizadas com artificialismo.

MULTA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

Provado o evidente intuito de fraude, impõe-se a aplicação da multa de 150% prevista no art. 728, inciso III, do RIR/80.

Recurso a que se nega provimento.

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

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 22 de fevereiro de 1988.

ANTONIO DA SILVA CABRAL

PRESIDENTE E RELATOR

LUIZ CARLOS PIVA

PROCURADOR DA FAZENDA
NACIONAL

VISTO EM
SESSÃO DE:

25 FEV 1988

Participaram, ainda do presente julgamento, os seguintes Conselheiros:
CARLOS AUGUSTO DE VILHENA, LÓRGIO RIBEIRO, THEREZA ARRUDA BORREGO BI -
JOS (Suplente), DÍCLER DE ASSUNÇÃO, FRANCISCO XAVIER DA SILVA GUIMA -
RÃES, RICHARD ULRICH KREUTZER e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
Recurso nº 91.894
Acórdão nº 103-08.239

Processo nº 13705/000.092/85-13

Recorrente: MPG ASSESSORIA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

R E L A T Ó R I O

MPG ASSESSORIA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., empresa sediada na cidade do Rio de Janeiro, inscrita no CGC sob o nº 30.500.656/0001-34, não se conformando com a decisão de fls. 98/107 recorre a este Conselho, para os efeitos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72..

Contra a empresa foi lavrado o auto de infração de fls. 2, por dedução indevida, na determinação do lucro real, no exercício de 1984, ano-base de 1983, de prejuízos gerados em operações day trade irregulares no mercado de opções, realizadas em Bolsas de Valores, durante o ano de 1983, efetivadas com artificialismo e caracterizadas pela compra e venda de opções de compra de ações, seguidas de operações reversas, em curtíssimo lapso de tempo, com o mesmo intermediário e com o mesmo cedente/adquirente, desse modo gerando prejuízos que não satisfazem os requisitos de dedutibilidade previstos na legislação do imposto de renda.

O enquadramento legal foi calcado nos arts. 172, parágrafo único, e 191 e parágrafos, do RIR/80, combinados com a Deliberação CVM nº 14/83 e Parecer Normativo CST nº 28/83. Foi imposta a multa prevista no art. 728, inciso III, do RIR/80.

O demonstrativo do cálculo feito pela fiscalização se resume no seguintes:

Valores contabilizados em 31.12.83 nas seguintes contas:

410.03 - Deságio	Cr\$ 97.200.000	
300.22 - Corretagens	Cr\$ 2.149.000	
300.45 - Despesas Gerais	<u>Cr\$ 849.750</u>	Cr\$ 100.198.750
410.03 - Deságio	Cr\$ 65.000.000	
300.22 - Corretagens	Cr\$ 2.300.000	

5. não é possível aceitar-se a afirmativa de que seu procedimento conflita com as disposições da Deliberação CVM nº 14/83 e do PN CST nº 28/83, em primeiro lugar porque a citada deliberação é posterior à data em que foram realizadas as operações e, por outro lado, porque a CVM jamais pôs qualquer reparo em sua atitude. O PN CST nº 28/83, por sua vez, supõe a existência de fraude, o que não é o seu caso;

6. em data anterior, a fiscalização fazendária esteve analisando os seus documentos e escrituração e, como se pode ver pelo termo de encerramento da ação fiscal, nada foi encontrado de irregular, conforme declararam os próprios fiscais;

7. tal atitude da fiscalização importou, naquela ocasião em verdadeiro ato de "homologação" do lançamento referente ao exercício de 1984, ano-base de 1983, pelo que não há como se revisar, agora, sua declaração. Impossível, pois, haver lançamento suplementar;

8. não tem sentido, igualmente, a multa de 150%, que só se justifica nos casos de infração qualificada. No caso, esta intenção de fraudar o fisco não existe, sobretudo pelo seguinte:

a) não pode ser fraudulenta uma operação realizada através de instituições financeiras credenciadas, em Bolsa de Valores, e que não foi objeto de reparo pela fiscalização da Bolsa e da CVM;

b) não pode ser acusado de fraude quem não participou da operação: a impugnante funcionou apenas como cliente, em nada influindo na concretização da operação;

c) os títulos transacionados estão entre os mais cotados na Bolsa: é impossível que a cotação seja diversa da fixada pelo próprio mercado;

d) a impugnante não se beneficiou da operação; pelo contrário, obteve prejuízo.

As fls. 74/81 foi inserida informação fiscal da qual destaco os seguintes tópicos:

"4. Através da utilização de processamento de dados, que passou a constituir-se num programa eletrônico elaborado pela Secretaria da Receita Federal, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo SERPRO, foram selecionadas, investigadas e analisadas, em seu conjun



to, as operações realizadas no mercado de opções da Bolsa de Valores de São Paulo, em 1983. A partir de determinados parâmetros reveladores de características de anormalidade e de atipicidade foi possível identificar as operações "DAY TRADE" pré-ajustadas, com a finalidade de evitar a incidência do imposto de renda.

5. Tais operações anormais e atípicas foram registradas numa listagem denominada rede de negócios (doc. fls. 787/953) e integram um conjunto fechado de negócios em que seus participantes entrecruzam operações no mercado, numa mesma série de opções, de sorte a comprar e venderem a mesma quantidade de opções de per se, num mesmo dia, em curtos lapsos de tempo, todos fechando operações "DAY TRADE", das quais, sistematicamente, resultam prejuízo para pessoas jurídicas e lucro para pessoas físicas.

6. Essa configuração de negócios em que as partes e contra-partes se repetem ou se entrecruzam tanto na ida quanto na volta dos lotes de opções que fecham as respectivas operações "DAY TRADE" é comprobatória da existência de um prévio ajuste, pois, num contexto de operações regulares no mercado de opções, é razoável que um ou vários especuladores realizem operações "DAY-TRADE" aproveitando-se das freqüentes oscilações das cotações dos prêmios. Todavia, a ocorrência da repetição ou entrecruzamento sistemático das partes do negócio, em posições inversas, é um evento de ocorrência praticamente impossível. Primeiro porque, em condições normais de mercado, existiria interferência de vários compradores e vendedores com expectativas diferenciadas quanto à evolução dos negócios. Em segundo lugar porque, de acordo com as normas de funcionamento do pregão público, os negócios são realizados no recinto das Bolsas de Valores com a intermediação de corretores e sem a presença dos compradores e vendedores cuja identidade não é revelada. Na medida em que as partes e contrapartes necessariamente não se conhecem, essa sistemática coincidência torna-se impossível. Ademais, esse jogo de cartas marcadas fere o princípio da racionalidade econômica dos negócios, na medida em que obtenção de lucro ou prejuízo não resulta das leis do mercado, mas do fato de ser pessoa física ou jurídica, o comitente. SE PESSOA FÍSICA INVARIavelmente OBTERÁ LUCRO: SE PESSOA JURÍDICA TERÁ SEMPRE PREJUÍZO.

7. Não se questiona a licitude das operações "DAY-TRADE" no mercado de opções, quando realizadas dentro dos objetivos que inspiraram a sua instituição e na conformidade da regulamentação disciplinadora das operações efetuadas em Bolsas de Valores. Acontece que diversas pessoas físicas e jurídicas, passaram a utilizar-se dessas operações com a finalidade precípua de gerar prejuízos para pessoas jurídicas e lucros para pessoas físicas, com ajuste prévio desse objetivo. Es-

sa prática tem como finalidade escapar à tributação do imposto de renda na pessoa física, em razão da isenção existente no caso de rendimentos decorrentes de lucros na venda de ações negociadas em Bolsa de Valores, conforme dispõe o art. 4º, letra "a", do Decreto-lei número 1.510/76 (letra "a" do § 5º do art. 40 do RIR/80), ao mesmo tempo em que reduz a tributação da pessoa jurídica envolvida no negócio, em face do prejuízo por esta sofrido na venda das mesmas ações.

8. Esse tipo de operações com as nuances descritas contraria frontalmente os princípios estatuídos na Lei número 6.385/76 que disciplina o mercado de valores mobiliários, tanto assim que a Comissão de Valores Mobiliários baixou a Deliberação nº 14, de 23.12.83, definindo que os negócios do tipo comentado, "realizados com a finalidade de gerar lucro ou prejuízo previamente ajustado", não são operações legítimas e, por isso mesmo, não se enquadram dentre aquelas que constituem o mercado a futuro ou de opções, muito embora executados com obediência aos requisitos de ordem formal, previstos na regulamentação das Bolsas de Valores.

9. O caso sob exame figura em "Rede(s)" que, como se viu, é o elemento utilizado como prova de existência de um conjunto de operações irregulares. Na medida em que tais conjuntos iam sendo identificados (via processamento eletrônico) ocorria a emissão de uma listagem, onde estão registrados os negócios na sequência em que foram realizado com todos os seus elementos básicos, os seja, número do negócio, horário de realização, código das Corretoras e dos Comitentes compradores e vendedores, quantidade negociada e o preço (valor do prêmio). Ademais, cada REDE contém um resumo, onde estão totalizados, por comitente dela participante, as quantidades e valores, comprados e vendidos, bem como os respectivos ganhos e prejuízos.

10. Assim é que, em relação à impugnante, a listagem emitida pelo SERPRO, denominada "Extrato de Operações em Bolsa de Valores", (doc. fls. 70/73), apresenta o resumo da(s) rede(s) de negócios das quais o referido impugnante participou, identificando no seu cabeçalho o impugnante através do seu respectivo nome, endereço, CGC/CPF e natureza jurídica de sorte a apresentar os resultados que obteve na(s) REDE(s) em que esteve envolvido, destacando-se os elementos principais das operações realizadas pelo impugnante na REDE, ou seja, sua identificação por código da própria corretora na Bolsa; número de identificação da REDE; código da série de opção negociada; data das operações; registro, em milhares, de quantidade das ações negociadas através das opções de compra; registro no valor, em milhares de cruzeiros, comprado e vendido; registro do respectivo resultado por REDE, se lucro ou prejuízo; sendo que a linha "TOTAL DO CÓDIGO" indica o resultado

das operações do impugnante numa determinada corretora e a linha "TOTAL DO CGC/CPF" expressa o somatório dos resultados obtidos em cada corretora.

11. Os documentos mencionados no item 9 acima, são as listagens que registram a rede da qual a contribuinte fez parte, identificada pelo código. Esta listagem apresenta os seguintes elementos:

a) Na parte superior:

DATA: dia da realização das operações em Bolsa;

PAPEL: abreviatura usada em Bolsa para se referir à empresa emissora das ações, à classe de ações negociadas e ao código dessas ações no mercado de opções e à respectiva série de opções negociadas;

REDE: identifica a rede de negócios, de acordo com o número dado pelo computador do SERPRO.

b) 1º QUADRO - Resumo da rede em ordem seqüencial dos negócios.

NEGÓCIO: registra o número do negócio efetivado no pregão da BOVESPA.

HORA: momento do registro das operações;

COMPRADOR/VENDEDOR: 1º CÓDIGO: número do registrante na Bolsa da corretora que intermediou a operação;

2º CÓDIGO: número de registro do cliente na corretora;

QUANTIDADE: registra, em milhares, a quantidade das ações negociadas através das opções de compra;

PREÇO: valor unitário do prêmio referente a opções de compra de uma ação;

c) 2º QUADRO - Resumo, por cliente, das operações realizadas e dos resultados obtidos na rede;

CÓDIGOS/CORR.CLIENTE: 1º CÓDIGO - número de registro da corretora na Bolsa;

2º CÓDIGO - número de registro do cliente na corretora;

QUANTIDADE : registra, em milhares, por comitente;

COMPRADA/VENDIDA : o total de ações compradas e vendidas através de opções de compra;

VALORES COMPRADOS/VENDIDOS : representa o valor, em milhares de cruzeiros, do total das compras e das vendas realizadas, por comitente;

LUCRO/PREJUÍZO : indica, em milhares de cruzeiros e, em termos percentuais, o resultado obtido por comitente em cada rede.

Atendendo à possibilidade de aduzir novas razões, o interessado entendeu que a informação, na realidade, representava novo lançamento, distinto do primeiro, pelo seguinte:

"a)-Uma memória histórica e geral das providências tomadas pela CVM e pela SRF em consequência do ofício CVM-651/83 que denunciou a existência de operações alegadamente irregulares no mercado denominado de "day trade".

b)-Uma memória discriminativa das operações realizadas pelo suplicante contemplando o investimento feito e as operações subsequentes com o mesmo papel."

Nenhum destes dois argumentos, segundo a contribuinte, poderá afastar as impossibilidades legais de se constituir no caso o crédito fiscal em razão dos argumentos já aduzidos na impugnação inicial e que ora se ratificam.

Referindo-se ao Parecer Normativo CST nº 28/83 e à Deliberação CVM nº 14/83, disse que as operações por ela realizadas não foram operações simuladas. O conceito de simulação se acha no art. 102 do Código Civil e os negócios realizados jamais se enquadrariam nesta definição. Para que tivesse havido simulação teria sido necessário que as transações realizadas no mercado de bolsa não tivessem transmitido a propriedade das ações e que a interessada, pessoalmente, tivesse sido responsável pela realização das alienações supostamente simuladas. Em seguida, alegou que não cabe à Receita Federal dizer quais operações são reputadas como corretas, quais não são, pois esta é competência apenas da CVM. Em relação a qualquer operação por ela praticada, a CVM não pôs qualquer reparo. Repetiu o argumento de que o investidor não pode ser um simulador, pois quem atua em seu nome é a instituição finan



ceira e esta é que deveria ter sido punida. Além do mais, as operações realizadas obedeceram aos preços de mercado.

A seguir, elaborou as seguintes conclusões:

- "a) - Não há qualquer elemento de fato que possa induzir à conclusão de que as transações tenham sido simuladas.
- b) - Ao contrário, foram realizadas por preços de mercado através de público pregão em Bolsa.
- c) - O suplicante não tinha qualquer controle sobre a execução da operação confiada à instituição financeira, e logo não podia ser ele o simulador, se fraude houvesse.
- d) - A única entidade governamental competente para declarar a licitude de operações de mercado acionário é a CVM.

Esta no caso concreto, não opôs qualquer reparo à transação.

- e) - Se a operação fosse como se alega simulada, impunha-se à Bolsa de Valores a sua anulação.

Ao contrário, ela foi considerada válida, mantido inclusive o pagamento da correção.

- f) - A isenção na alienação de títulos decorre do art. 40 do RIR e o lançamento deve atender a tal determinação legal.

Determiná-lo em contrário, é, não só agir ilegalmente, como inviabilizar, na prática, o efeito econômico da transação legitimamente praticada sem qualquer base de fato.

- g) - As normas administrativas de caráter genérico que se baseia a autuação (o PN-23/83 da CST e a Deliberação 14/83 da CVM), são posteriores as transações realizadas e dispõe em caráter genérico, a elas não se aplicando de nenhum modo.

- 
- h) - A multa agravada supõe o intuito de fraude, no caso inexistente, e assim,

em qualquer caso deve ser excluída ou quando muito, reduzida para a multa normal aplicada ao lançamento de ofício.

O Delegado da Receita Federal negou acolhida à impugnação, em decisão assim ementada:

"Considera-se evidente intuito de fraude, nos termos do disposto no inciso III, do artigo 728, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 85.450/80, a realização por pessoa jurídica, de operações do tipo "day trade", no mercado de opções de bolsa de valores, com o artificialismo e a atipicidade descritos no Parecer Normativo CST nº 28/83 e Deliberação CVM nº 14/83, visando à geração de prejuízos fictícios com a finalidade de reduzir ou evitar o pagamento de imposto de renda.

Provada a ocorrência de evidente intuito de fraude, impõe-se a aplicação da multa de 150% (cento e cinquenta por cento) prevista no artigo 728, item III, do RIR/80, sobre a totalidade do imposto devido, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Por outro lado, os prejuízos dessa forma gerados não satisfazem aos requisitos de dedutibilidade para efeito de determinação do lucro real.

Exigência fiscal procedente."

Para chegar a esta conclusão o julgador de primeiro grau partiu do fato de as operações de day trade, que estão sendo tributadas, terem sido realizadas com artificialismo, nos termos da Deliberação nº 14 / 83 da CVM. "Trata-se, portanto, de operações que, embora atendendo aos requisitos de ordem formal, são intrinsecamente fraudulentas. Ao prejuízo forjadamente obtido pela pessoa jurídica corresponde lucro de igual monta, auferido por uma mais pessoas físicas que, invariavelmente, o declarou como não-tributável, como forma de dar cobertura a acréscimo patrimonial decorrente de renda auferida em outras atividades ou negócios." Citou, a seguir, vários acórdãos deste Conselho, que vem sistematicamente dando acolhida à pretensão da Fazenda.

Sob o fundamento legal calcado no art. 47 da Lei nº 4.506/64 (art. 191 do RIR/80), lembrou a autoridade julgadora que a dedutibilidade de prejuízos está aliada, essencialmente, à necessidade de determinada atividade para a empresa e só poderão ser deduzidas as despesas usuais e normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa. "É evidente que os



prejuízos foram gerados com artificialismo e de forma fraudulenta, está afastada qualquer possibilidade de admiti-los como necessários à atividade da empresa ou à manutenção da fonte produtora. Por outro lado, conforme ficou minuciosamente demonstrado na informação fiscal de fls. 956/973 e nas demais peças destes autos, as operações "day trade" realizadas pela impugnante no mercado de opções estão em absoluto desacordo com os padrões de regularidade e de normalidade estabelecidos para esse mercado. Por serem "prejuízos" apenas do ponto de vista formal, dado o flagrante abuso das formas jurídicas adotadas e a atipicidade e irregularidade dos negócios de que resultaram, não há como aceitá-los como usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da atuada."

No tocante ao argumento a respeito do Parecer Normativo CST nº 28/83 e da Deliberação CVM 14/83, discorreu longamente sobre o equívoco da impugnante ao pretender que o lançamento tivesse sido realizado com base nestes atos administrativos. Na verdade, estes atos nada mais são do que manifestações de caráter interpretativo. Esses atos simplesmente descreveram, em tese, em que consistiria o artificialismo em operações de day trade, mas a fiscalização analisou, caso a caso, as várias ocorrências. Não há que se falar em princípio da anterioridade da lei, posto que esses atos normativos não têm natureza de lei.

Rejeitou o julgador singular a tese da impugnante, no sentido de se tornar necessário, primeiro, recorrer-se ao Poder Judiciário, para questionar se existiu ou não simulação nas operações de day trade, pois a Administração não tem necessidade de recorrer ao Judiciário para proceder a lançamento. "Na busca da verdade dispõe a Administração Fiscal, como num verdadeiro processo inquisitório, de todos os meios probatórios admitidos em direito, não ficando, em nenhuma hipótese, adstrita à prévia manifestação do Poder Judiciário quanto à validade de determinado ato jurídico ou quanto à ocorrência de simulação, fraude ou dolo. Na instância administrativa, a formação de juízo de valor sobre a existência ou não dessas circunstâncias é inerente ao próprio ato de julgar, com este confundindo-se. Do contrário, a pesquisa da verdade dos fatos estaria profundamente desviada de seu curso natural e impedida de alcançar os fins pretendidos."

No recurso voluntário a empresa salientou os seguintes tópicos:

- 
1. ANALISE DA DECISÃO RECORRIDA: a decisão contempla

duas conclusões que por si sô são independentes. Em primeiro lugar considera o rendimento auferido como tributável e neste caso se coloca ao arrepio da lei e da jurisprudência vigente. Em segundo, alega ter sido provada a existência de fraude e pretende aplicar a multa de 150%, o que não tem qualquer embasamento legal e nem se coaduna com a verdade dos fatos. Alega contra a atitude do fisco, ainda, o seguinte:

a) a inexistência de qualquer ajuste prévio entre comprador e vendedor, já que as operações foram submetidas a público pregão;

b) se a operação fosse simulada, impunha-se que a CVM e a própria Bolsa anulassem a operação, o que não aconteceu;

c) os efeitos patrimoniais consequentes da transferência de propriedade dos títulos em causa jamais foram contestados;

d) a instituição financeira é que compra e vende os títulos por conta e ordem do cliente;

e) a recorrente não tendo participado da operação não pode ser acusada de ter agido com fraude.

2. FUNDAMENTOS DO LANÇAMENTO: O lançamento tem como fundamento o item 2.3 do PN CST nº 28/83, segundo o qual, "o ganho obtido por pessoa física em consequência de operações da espécie constitui rendimentos tributável classificável na cédula "H" da declaração de rendimentos." Isto veio a ser confirmado pela decisão, sempre se pretendendo alegar ter existido simulação, prática que inviabilizaria os efeitos normais atribuídos, segundo o art. 40 do RIR/80, ao lucro auferido na alienação das ações.

3. O CONCEITO DE SIMULAÇÃO: Tem-se que voltar os olhos para conceito previsto no art. 102 do Código Civil, o que exigiria, no caso:

a) que as transações realizadas no mercado de Bolsa não tivessem transmitido a propriedade das ações respectivas;

b) que a empresa tivesse sido responsável pela realização das alienações ditas simuladas.

4. A FISCALIZAÇÃO DO MERCADO: A fiscalização do merca

do está a cargo do Conselho Monetário Nacional e da CVM, conforme o art. 4º da Lei nº 6.835/76. A receita Federal não pode proceder a a veriguações nem tem competência supletiva para apurar irregularidades no mercado de opções.

5. OPERAÇÕES JULGADAS CORRETAS PELA CVM: Note-se que a CVM não pôs qualquer reparo nas operações invocadas pela Receita Federal.

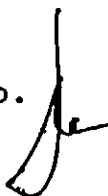
6. INVESTIDOR NÃO PODE SER SIMULADOR: É impossível que o investidor seja parte em qualquer simulação, pois confia a uma instituição financeira a compra e venda de papéis.

7. PREÇOS IGUAIS AOS DE MERCADO: A diferença apurada entre a compra e a venda de papéis da qual resultou o valor ganho que ora se pretende tributar correspondeu absolutamente às condições de mercado para o dia em que foram realizadas.

8. MULTA INDEVIDA: Só está sujeita a multa majorada a operação em que especificamente ficar demonstrado a ação do agente diretamente no sentido de simular o resultado tributável efetivamente inexistente segundo as características reais da transação;

9. ENTENDIMENTO JUDICIAL: Cita o julgado em mandado de segurança nº 668.315 de 2 de julho de 1985. O Poder Judiciário reconheceu a validade das operações do tipo das praticadas pela recorrente.

É o relatório.



V O T O

Conselheiro ANTONIO DA SILVA CABRAL, Relator:

O recurso é tempestivo, uma vez que a ciência da decisão recorrida se deu em 24.10.87 (AR de fls. 109), enquanto a protocolização ocorreu em 20.11.87 (doc. de fls. 110).

Quanto ao mérito, entendo que o recurso não deva receber provimento, pelas razões que passo a expor.

A Lei nº 6.385/76 já dizia o seguinte:

"Art. 4º - O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de:

.....

III - assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da Bolsa e de balcão;

.....

V - evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado."

Bastava este inciso V para, por si só, ficar evidenciado que operações como as que foram efetuadas pela recorrente envolveram a prática de atos que têm por finalidade criar situações artificiais de demanda no mercado de opções.

Apesar disso, a Comissão de Valores Mobiliários baixou, no dia 8 de outubro de 1979, a Instrução CVM nº 8, nos seguintes termos:

"O Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários torna público que, em sessão realizada nesta data, e de acordo com o disposto nos arts. 4º, V e VII, e 18, II, da



Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976,

RESOLVE

I - É vedada aos administradores e acionistas de companhias abertas, aos intermediários e aos demais participantes do mercado de valores mobiliários, a criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, a manipulação de preço, a realização de operação fraudulenta e o uso de práticas não equitativas;

II - Para os efeitos desta Instrução conceitua-se como:

a) condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários aquelas criadas em decorrência de negociação pelas quais seus participantes ou intermediários, por ação ou omissão dolosa provocarem, direta ou indiretamente, alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários."

Note-se que esta Instrução foi baixada para interpretar o art. 4º da Lei nº 6.385/76, e na qual já constava a definição de "condições artificiais de demanda, oferta e preço", definição esta que, por si só, bastaria para enquadrar as operações de day trade feitas com artificialismo.

A Deliberação CVM nº 14/83 teve, também, natureza de ato meramente interpretativo da lei. É óbvio que deliberação da CVM jamais poderia criar exigência não prevista em lei, pois, segundo o § 2º do art 153 da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou não alguma coisa senão em virtude de lei.

Não bastasse isto, o próprio texto da Deliberação nº 14/83 da CVM foi expresso, ao se reportar à própria Instrução CVM nº 8/79 e à própria Lei nº 6.385. Diz o texto desta Deliberação:

"O Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários torna público que, em reunião realizada nesta data, tendo em vista o disposto nos incisos III e V do art. 4º, combinado com o inciso II, letra "a", do art. 18 da Lei nº 6.385/76 e considerando...

DELIBEROU



I - Declarar que as operações consideradas legítimas nos mercados de opções e a futuro não se confundem com negociações nesses mercados, que, embora atendendo a requisitos de ordem formal, sejam realizadas com a finalidade de gerar lucro ou prejuízo, previamente ajustados...

II - RESSALTAR aos participantes do mercado, especialmente às instituições intermediárias, que as operações a futuros e de opções de compra de ações, que configuram negócios com resultados da rede acertados, por provocarem alterações indevidas no fluxo de ordem de compra e venda de valores mobiliários e, conseqüentemente, no volume de negócios e na formação regular de preços são capituladas pela Instrução CVM nº 8, de 08.10.79, que vedou a prática e definiu o conceito de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, em obediência ao artigo 18 (item II, "b") da Lei nº 6.385, de 07.12.76."

O texto da Deliberação é claro, ao dizer que simplesmente se reportava à Lei nº 6.385. Disse mais, que não só se reportava à lei como também alertava para o que já tinha sido alertado na Instrução CVM nº 8/79. O próprio verbo RESSALTAR, empregado na Deliberação nº 14/83 teve por finalidade avisar os aplicadores que as autoridades estavam atentas para os abusos que vinham sendo praticados no mercado.

O Parecer Normativo CST nº 28/83 também teve a finalidade de alertar o mercado para o fato de que a Fazenda estava atenta para os abusos que vinham sendo cometidos mediante a utilização de operações previstas em lei para se alcançar fins ilícitos em que a fraude era o elemento fundamental.

Não pode ser invocado o art. 40, § 5º, do RIR/80, como pretende a recorrente, pois jamais uma não-incidência poderia estar amparada em negócios fraudulentos. Quando o artigo prevê a não-tributação das operações realizadas em Bolsas de Valores com títulos das sociedades anônimas é óbvio que se referiu aos lucros obtidos mediante as operações lícitas e não mediante fraude, em que apenas a operação tem aparência de operação lícita. Pelo contrário, a ação do Fisco deverá contribuir para moralizar as atividades realizadas nas Bolsas de Valores por indivíduos que se prevalecem de negócios que normalmente são feitos com seriedade e representam um jogo lícito ope

rado em Bolsa, para conseguirem fins ilícitos.

As razões apresentadas no recurso não podem prosperar.
Com efeito,

1º - quanto ao fundamento do lançamento, conforme a autoridade monocrática teve oportunidade de explicar, o lançamento não foi baseado em parecer normativo, mas na lei. A citação do PN CST nº 28/83, bem como a Deliberação nº 14/83, tiveram por fim simplesmente ilustrar o procedimento fiscal;

2º - quanto à questão da simulação, esqueceu-se o recorrente que a lei fiscal também define fraude, simulação, dolo, conluio, etc. Basta que se consulte a Lei nº 4.502, de 1964, arts. 72 e seguintes. Na realidade, quando a autoridade fiscal falou em operação simulada quis referir-se à fraude, pois o que se verifica em operações como as praticadas pelo recorrente é fraude.

3º - quanto à fiscalização do mercado, a Fazenda não se arvorou em fiscal de Bolsa de Valores, mas sim deixou de aceitar uma operação que, embora realizada em Bolsa, o foi com o objetivo de sonegar imposto.

4º - não é verdade que a CVM se tenha mantido impassível no caso em julgamento. Pelo contrário, o lançamento que ora se examina só foi possível graças à colaboração da CVM. Aliás, o próprio Presidente dessa instituição elaborou o Ofício/CVM/PTE/Nº 651/83, de 09 de setembro de 1983, no qual está dito o seguinte:

OFÍCIO/CVM/PTE/nº 651/83

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 1983

Senhor Secretário da Receita Federal,

Tendo em vista o convênio celebrado em
06.02.82, entre a Secretaria da Receita Federal e esta Autarquia, para a implantação de sistema de intercâmbio de informações e da realização conjunta de atividades de fiscalização, estudos e pes -



quisas, levamos ao conhecimento de V.Sa. as ocorrências apuradas pela CVM nos chamados "mercados de opções e a futuro" das Bolsas de Valores, no curso de suas atividades de fiscalização.

Preliminarmente, cumpre-nos observar que o mecanismo de funcionamento dos citados mercados pode ser desvirtuado, por permitir a eventual efetivação de negociações com o exclusivo intuito de realização de lucro e prejuízo previamente acertados entre as partes da operação, que podem ser pessoa natural ou jurídica.

Nestas condições, apuramos a existência, nos citados mercados em funcionamento nas Bolsas de Valores de São Paulo e do Rio de Janeiro, de negociações nas quais o comitente pessoa jurídica negocia diretamente com pessoa ligada ou interposta pessoa, havendo fortes indícios de que realiza intencionalmente prejuízo com o intuito de favorecê-la.

Verificamos, ainda, acontecerem, nos mesmos mercados, negociações destinadas a transferir recursos de uma pessoa natural ou jurídica para outra, também mediante prévio acerto de prejuízo e lucro, com aparente finalidade de legitimar acréscimos patrimoniais não justificáveis.

Devemos assinalar que o propósito desses comitentes em realizar deliberado prejuízo ressalta do exame das circunstâncias em que se processam as negociações em tela, tais como operações realizadas entre pessoas ligadas; simultaneidade de emissão de ordens de negociação: ordens de compra e venda com coincidência de intermediário, comitentes, preços, hora ou valor total; negociação envolvendo séries de opções de compra de ações de pouca liquidez ou lotes de volume elevado, no caso de séries de maior liquidez.

Tratando-se, como assinalamos, de negociações adrede planejadas com vistas à realização de prejuízo, chegamos à conclusão de que o comitente que arca com a perda pode visar, com essas negociações, obter redução do lucro tributável e transferências desse lucro para terceiro. Por sua vez, o comitente que auferir o ganho pode ser beneficiário da distribuição disfarçada de lucros, querer legitimar acréscimos patrimoniais ou, mesmo, receber pagamentos, ficando desonerado, em qualquer das hipóteses, do recolhimento do imposto de renda, em virtude da não tributação dos ganhos de capital decorrentes de negociações em Bolsa de Valores.

Desta forma, sem embargo de prosseguir-mos na

apuração das ocorrências antes relatadas, mas considerando que o assunto deva merecer a atenção da Secretaria em face das mencionadas implicações de ordem tributária, colocamos à sua disposição, nos termos do citado convênio, os órgãos técnicos desta Autarquia para os esclarecimentos que eventualmente se fizerem necessários.

Finalmente, visando a inibir a continuidade dessas operações verificadas em segmento do mercado de valores mobiliários com o objetivo de evasão fiscal, permitimo-nos lembrar que, em caso semelhante, essa Secretaria da Receita Federal houve por bem emitir o Parecer Normativo nº 11, de 10.08.83, que caracteriza como distribuição disfarçada de lucros a alienação de ORTN's do ativo de pessoa jurídica a pessoa ligada, por valor inferior ao de mercado.

Servimo-nos do ensejo para reiterar a V.Sa. nossos protestos de elevado apreço e consideração."

5º - quanto ao argumento no sentido de que o investidor nada tem a ver com a simulação, não merece acolhida, já que a financeira age, na Bolsa, em seu nome e por sua conta e ordem. Se houve culpa in eligendo, a questão deve ser resolvida entre as partes, nada tendo a ver o Fisco com o caso.

6º - O fato de os preços serem iguais aos de mercado, o que não foi provado, não infirma o lançamento, eis que não foi por esse motivo que o Fisco impugnou a operação do contribuinte, mas por causa da fraude manifestada pelo conjunto de circunstâncias que cercaram a operação. Além disso, esta é uma questão prática e teria que ser provada, pois quem alega algum fato tem o dever de prová-lo, o que não fez o recorrente. Por falta de prequestionamento desta matéria, aliás, não se torna necessário, agora, proceder a diligência, pelos motivos antes expostos.

7º - A respeito dos julgados do Judiciário, poder-se-ia, ao contrário, invocar outros casos em que o Judiciário reconheceu o direito da Fazenda. Além do mais, as decisões do Judiciário não são normativas para a Fazenda e esta só tem obrigação de cumprir as decisões ju-



diciais a respeito de determinado caso concreto.

Veja-se agora, em que consistiu a fraude. Basta, para tanto, transcrever o que disse o autuante:

"Conhecendo-se os elementos sobreditos, verifica-se então, através do "Extrato de Operações em Bolsa de Valores", fls. 70/73, que MPG ASSESSORIA EMPREENDE. E PART. LTDA., atuando nas corretoras 118-0- BMG CORRETORA S/A e 127-9 - CONVENÇÃO S/A CVC, com os códigos de cliente 04652-7 e 04267-9, respectivamente, participou de 3 redes de negócios nos dias 14 e 16/12/83, obtendo "prejuízo" no valor de Cr\$ 162.200.000.

As redes de que a Impugnante participou são as de nºs 0718, 0729 e 0732.

Estas 3 redes revelam uma característica em comum que é a utilização pelas corretoras do esquema de "ida e volta" dos lotes de opções entre a parte e a contra parte dos negócios que fecham uma operação "day-trade", ou seja, tendo A comprado uma opção de B, minutos após, através de uma operação reversa, vende para o mesmo B a opção anteriormente comprada, ou vice-versa. Essa sistemática coincidência é, em condições normais de mercado, de ocorrência praticamente impossível, conforme ficou demonstrado no parágrafo 6º desta informação.

A seguir, será feita análise destas 3 redes e para facilitar o exame foram sublinhados os negócios nos quais MPG ASSESSORIA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. esteve envolvida.

Observa-se que na rede 0718 MPG ASSESSORIA EMPREENDIMENTOS E PART. LTDA., código 04652-7, entre 11:41 e 11:43, através de 2 negócios, vende um lote total de opções sobre 18 milhões de ações PETROBRÁS PP, ao preço unitário de Cr\$ 9,10, sendo um lote de 4,5 milhões para OSCAR SAMPAIO ALVES - código 13206-1, um lote de 4,5 milhões para ANDRÉ ROGÉRIO FROES CRUZ - código 13038-7, um lote de 4,5 milhões para ANTONIO RAMIRO ANTUNES - código 13177-4 e um lote de 4,5 milhões para JORGE MANOEL ANTUNES - código 35823-0, todos clientes da corretora 066-3 - UNIBANCO CVM S/A.

Entre 12:10 e 12:12 MPG ASSESSORIA LTDA. reverte sua posição comprando ao preço unitário de Cr\$ 14,50, através de 2 negócios, das mesmas pessoas físicas para as quais havia vendido, o mesmo lote total de opções sobre 18 milhões de ações PETROBRÁS PP, subdividido em 4 lotes de 4,5 milhões, fechando, assim, sua operação "day-trade" com um "prejuízo" de Cr\$ 97.200.000.



Na rede 0729 MPG ASSESSORIA LTDA, código 04267-2, às 10:59, através de 1 negócio, compra opções sobre 23 milhões de ações SOUZA CRUZ OP, ao preço unitário de Cr\$ 4,00, de JOÃO FERNANDES NETO, cliente código 02594-8, da corretora 128-7 - SN - CREFISUL S/A. S.CORRETORA e, decorridos 20 minutos, vende este mesmo lote de opções para o mesmo comitente pessoa física, pelo preço unitário de Cr\$ 3,00, obtendo "prejuízo" de Cr\$. 23.000.000.

Nota-se que na rede 0732 MPG ASSESSORIA LTDA, código 04267-9, negocia opções sobre 42 milhões de ações VALE PP com o comitente pessoa física - EDDI .. ALBERTO CURY, cliente código 00122-0, da corretora 034-5 -SCHA MIN CURY S/A, obtendo um "prejuízo" de Cr\$ 42.000.000.

Importa ressaltar que o "prejuízo" registrado pela pessoa jurídica nas 3 redes analisadas corresponde ao somatório do "lucro" auferido pelas pessoas físicas, tudo dentro do contexto, das operações "pré-ajustadas", com evidente conotação de evasão fiscal."

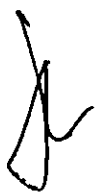
O Fisco não está dizendo que a empresa usou de simulação, mas de fraude, na forma do art. 728 do RIR/80, em cujo inciso III, a respeito da multa de 150%, se lê o seguinte:

"III - de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou a diferença do imposto devido, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."

Jamais o fisco recorreu à noção de "simulação" prevista nos arts. 102 e 105 do Código Civil, mesmo porque não se tornava necessário que assim o fizesse, já que a própria legislação do impostos de renda possui previsão específica para os casos de evidente intuito de fraude.

De resto, a noção de simulação tangencia a de fraude, quando se lê, por exemplo, o "Vocabulário jurídico" de DE PLÁCIDO E SILVA, que afirma:

"No entanto, a simulação somente se converte em vício ou defeito jurídico, que afete a validade do contrato, quando houver intenção de prejudicar terceiros, ou de vio-



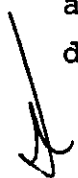
lar a lei. (Arg. a contrário do artigo 103 do código Civil). Assim, somente a fraude atribuirá à simulação o caráter de vício suficiente para anular o ato simulado.

Neste particular, já SILVA PEREIRA, no Repertório das Ordenações (t. 49, página 666) ensina que, "para se incorrer na pena de simulação, devem intervir não somente o dolo como a fraude com prejuízo de terceiro, não sendo punível a simulação em que tais predicados não existam."

É óbvio que a recorrente tentou invocar a questão relacionada com a simulação para conseguir o seu intento, que era o de afirmar que a simulação deverá ser primeiramente reconhecida pelo Poder Judiciário. Ora, isto é desconhecer o que dispõe o art. 142, do Código Tributário Nacional, o qual atribuiu competência à Administração para proceder ao lançamento, independentemente do assentimento do Poder Judiciário. Pelo contrário, o Poder Judiciário não tem competência para efetuar o lançamento, já que o art. 142 determina que compete PRIVATIVAMENTE à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento. Outra coisa é o julgamento, posteriormente, da legalidade do lançamento. Não se nega, pois, o direito de a recorrente vir a se socorrer do Judiciário.

A circunstância de o Parecer Normativo nº 28/83 ter feito alusão à palavra "simulação" não significa que este ato normativo tenha querido dizer que, primeiro, se recorresse ao Judiciário. Isto seria o mesmo que pretender anular toda a tradição tanto da Administração quanto do próprio Judiciário, que jamais exigiram dos Fiscais que, para aplicação da multa de 150% se recorresse primeiro ao Poder Judiciário.

Para se ter idéia da distância entre os preceitos meramente de direito privado e os do direito público, basta verificar que o prazo prescricional do art. 178, § 9º, V, "b", do Código Civil, é bem diverso do prazo decadencial do art. 173 do CTN. Em outros termos, enquanto o prazo prescricional do Código Civil é de quatro anos a contar do dia em que se realizar o ato ou o contrato, o prazo decadencial é de cinco anos. Querer, pois, trazer para direito tributário



rio uma legislação específica do Código Civil, sobretudo quanto a matéria prevista de modo diverso pelo CTN, é pretender aplicar uma legislação impossível ao caso.

Nem há necessidade, além disso, que um auto de infração seja precedido de punição pela CVM. Cada órgão possui atribuições distintas. A competência da Secretaria da Receita Federal é diversa daquela da CVM, pois o que está em jogo, no caso, é a tributação, área esta específica da SRF.

É preciso não perder de vista que a fiscalização não impugnou todas as operações de day trade, em 1983, pois só as que evidenciaram a fraude é que foram objeto de autuação. A operação de day trade, em si, é operação válida e normal nas bolsas. Nem a fiscalização afirmou, em momento algum, que a recorrente não realizou operação de day trade, mas sim que estas operações foram realizadas com evidente intuito de fraude.

Quem leu a obra de TULLIO ASCARELLI sobre o negócio indireto pode perceber como, através dos tempos, os indivíduos lançam mão das formas jurídicas para conseguir certos fins não previstos em lei. Entre os muitos exemplos, cita ASCARELLI o caso do paterfamiliae romano que, desejando atribuir parte de sua herança a um estranho, lançava mão do instituto da adoção. Na qualidade de adotado, o terceiro passava a fazer parte de sua família e se tornava herdeiro. Não há qualquer proibição, no sentido de se conseguir, mediante o uso de uma forma jurídica, a obtenção de um fim não diretamente visado pela lei. Ao adotar o terceiro, o paterfamiliae não queria propriamente adotar esse terceiro, mas transmitir-lhe a herança. Vários autores já escreveram a respeito do negócio indireto em matéria fiscal, destacando-se ALBERTO PINHEIRO XAVIER e A. SAMPAIO DÓRIA. Aliás, BLUMENSTEIN, como se sabe, já formulara o princípio, hoje sobrejamente repetido por todos quantos se interessam pelo Direito Tributário, no sentido de que ninguém é obrigado a pagar mais imposto do que deve pagar. Se há dois meios, um mais gravoso do que o outro, o contribuinte pode escolher o meio menos gravoso.



TULLIO ASCARELLI, no entanto, acentuou que o emprego do negócio indireto só é viável quando não se pretende utilizar simulação ou fraude. Uma coisa é servir-se de um instituto jurídico para se alcançar um fim não visado pela lei e outra coisa é a utilização desse intuito para se conseguir um fim contrário à lei. Quem se debruça sobre o tema do abuso de formas sabe muito bem que o emprego de uma forma jurídica pode encobrir a fraude. No tempo em que o lucro imobiliário recaía sobre a compra e venda de imóveis, muitos contribuintes se utilizavam do instituto da doação para mascarar a compra e venda. Ora, não é o fato de alguém ir até um Cartório e registrar um contrato de doação, com obediência a todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos relativos à doação, que realmente de doação se tratará. No exemplo, a doação foi utilizada para esconder a verdade que era fraudar o fisco.

O mesmo fenômeno está ocorrendo no caso das operações de day-trade realizadas com artificialismo. Todos os contribuintes que se têm dirigido a este Colegiado insistem sempre no fato de a operação ser fiscalizada pela Bolsa de Valores, de os requisitos extrínsecos e intrínsecos terem sido obedecidos, etc. Na realidade, trata-se de fraude, mediante a utilização de instituto apoiado em lei, mas para obtenção de fim ilícito.

O Vocabulário Jurídico, de DE PLÁCIDO E SILVA (vol II, Forense, Rio, 1980, pág. 718) pode colaborar para a elucidação do caso presente, mediante a seguinte definição:

"FRAUDE - Derivado do latim fraus, fraudis, (engano, má-fé, logro), entende-se geralmente como o engano mali-
cioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever. Nestas condições, a fraude traz consigo o sentido de engano, não como se evidencia no dolo, em que se mostra a manobra fraudulenta para induzir outrem à prática de ato, de que lhe possa advir prejuízo, mas o engano oculto para furtar-se o fraudulento ao cumprimento do que é de sua obrigação ou para logro de terceiros. É a intenção de causar prejuízo a terceiros. Assim, a fraude sempre se funda na prática de ato lesivo a interesses de terceiros ou da coletividade, ou seja, em ato, onde se evidencia a intenção de frustrar-se a pessoa aos deveres obrigacionais ou legais. E a prova da fraude se faz por todos os meios permitidos em Direito



admitindo-se mesmo a sua evidência em face de indícios e conjecturas, tanto bastando a verificação do prejuízo ocasionado a outrem pela prática do ato oculto ou enganoso. A fraude, assim, firma-se na evidência do prejuízo causado internacionalmente, pela oculta maquinação."

No caso presente, pretendeu a empresa, mediante o em-prego da fraude, fugir à tributação de maneira sofisticada e lançou como despesa operacional um prejuízo criado artificialmente. Muito bem apontou a decisão recorrida o verdadeiro significado do art. 191 do RIR/80, que só permite se lancem como operacionais as despesas realmente necessárias e, é claro, que realmente tenham ocorrido, bem como as que são normais no giro dos negócios. Inexiste a possibilidade de se escriturar despesa "criada" mediante fraude à lei.

Para mim, portanto, está caracterizada plenamente a fraude e tenho como válida a aplicação da multa de 150%.

De resto, a matéria, se acha pacificada no judiciário, conforme se vê pela leitura do voto do Ministro Eduardo Ribeiro, que transcrevo:

"APELAÇÃO CÍVEL 110.406 - RIO DE JANEIRO (7128126)

RELATOR: MINISTRO EDUARDO RIBEIRO
APELANTE: MOISÉS BENNESBY
APELADA: UNIÃO FEDERAL

EMENTA: - Imposto de renda - Compra e venda de ações em bolsa de valores - Day-trade - Decreto-lei nº 1.510/76, artigo 4º.

Demonstrado que as operações em causa apresentaram-se eivadas de simulação, devem ser consideradas como rendimento tributável.

V O T O

O Sr. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: - Peço Vênia para adotar como razões de decidir as da sentença recorrida, verbis:

"conforme já referido, insurge-se o autor contra lançamento complementar no valor de Cr\$ 68.442.591, referente ao exercício de 1984, alegando terem sido legais as operações que realizou através da Bozano Simonsem S/A. Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários, em julho e setembro de 1983. Alega também que não houve simulação

nas referidas operações, que gozam de isenção tributária.

Examinando a hipótese verifico que o autor realizou, em 04 e 07 de abril, e 27 e 28 de setembro de 1983, operações mirabolantes, alcançando lucros consideráveis com venda e requisição das mesmas ações em poucos minutos. E o mais curioso é que as primeiras operações eram efetuadas diretamente, sem mediação de terceiros, com estranhas coincidências quanto às partes e ao momento da venda, casando vários negócios e fechando a mesma quantidade de ações. E subsequentes (do mês de setembro) envolveram várias corretoras e comitentes, mas sempre com as mesmas coincidências.

As 27 operações levadas a efeito em 27.09.83 apresentam as seguintes singularidades:

- 1 - Os 27 negócios foram casados entre os sete comitentes;
- 2 - Os 27 negócios foram fechados somente com pessoas físicas negociando com pessoas jurídicas, e somente as pessoas físicas obtendo lucros, enquanto as empresas obtinham prejuízo;
- 3 - Em quatro negócios o autor somente negociou com a Camargo, apesar de estarem negociando "livremente" outros cinco comitentes.
- 4 - Em quatro negócios "livremente" feitos, comprou-se e revendeu-se a mesmíssima quantidade de ações, fenômeno que ocorreu nos outros 23 negócios.

Em suma, através de poucas operações, todas casadas com pessoas jurídicas, tipo "day trade", o autor teria vendido avultado número de ações, sem intromissão de terceiros, nas quais somente ele teve "lucro", enquanto as empresas, todas altamente qualificadas para o tipo de transação, só tiveram "prejuízos".

Tais operações sem dúvida, revestem todas as características de simulação, visando obter rendimentos não tributáveis para ensejar prejuízos fictícios de molde a permitir a dedução do imposto das empresas "prejudicadas".

A este Juízo merecem acolhimento as seguintes ponderações da ré:

"Como é sabido, os negócios simulados ou os negócios indiretos, somente podem ser invalidados ou desconsiderados, tendo em vista a sua incompatibilidade com a realidade dos fatos, que demonstram por sua inverossimelhança, não ser acreditável ou crível que tenham sido realizados de boa-fé.



Nestas operações fraudadas sob o rótulo de "day - trade", a matemática, mais especialmente análise combinatória e o cálculo de probabilidade demonstram, até mesmo à primeira vista, que seriam impossíveis de combinar todas as coincidências relacionadas anteriormente, já que o autor, em cada dia, somente se combinou com a mesma pessoa, apesar de haver realizado, em cada dia, vários negócios ou combinações.

As exclusivas combinações entre pessoas físicas com pessoas jurídicas são impossíveis de ocorrer, livremente, no montante de combinações realizadas.

Além dessas combinações impossíveis de ocorrerem livremente, é inacreditável e ilógico que experimentadas sociedades cujo objetivo social é a distribuição de títulos e valores mobiliários, possam antever, com uma fantástica clarividência, nos reduzidos minutos que medeiam uma operação da outra, que irão prejuízo tal, daí a trinta ou sessenta dias quando se finalizar a opção, prejuízos estes projetados em decorrência da movimentação da ação no mercado à vista, nestes reduzidos minutos, e possam tomar a corajosa decisão de realizar um prejuízo menor neste minguido tempo, sem aguardar um outro dia, ou outra oportunidade para anular o possível prejuízo acontecido nestes reduziísimos segundos.

Não se deve olvidar, também, as dificuldades operacionais provocadas pela necessidade do comitente ordenar à sua corretora, neste mingua-tempo, para fechar o negócio com prejuízo, já que se pode admitir que a pessoa física pré-ordene o fechamento da operação quando houver lucro, no "day-trade", não se pode admitir que a pessoa jurídica pré-ordene, de boa-fé, o fechamento da operação com prejuízo, havendo necessidade, portanto, da ordem ser emitida após o primeiro negócio, o que exigiria uma agilidade operacional extrema neste reduzido tempo.

Porém, o que é absolutamente impossível de ocorrer, livremente, no livre mercado da bolsa, é que ordenado o fechamento do negócio pela sociedade, para realizar um concreto prejuízo, em substituição a um hipotético maior prejuízo daí a trinta dias, surja logo quem interessada no negócio?

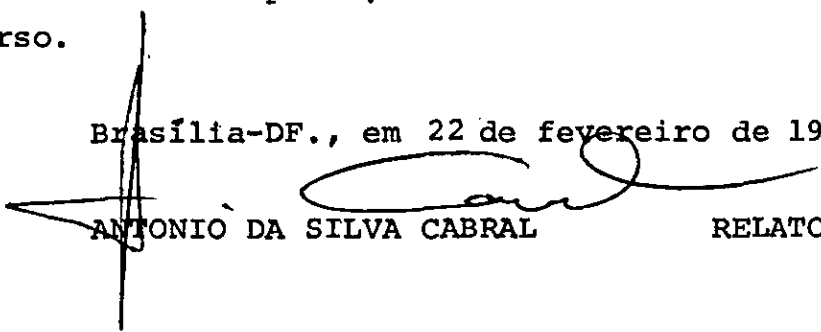
A mesmíssima pessoa física que anteriormente, no reduzido tempo, estava na outra ponta do negócio.

Portanto, sendo impossível de acontecerem "livremente" tais operações de "day-trade", a consequência lógica, e jurídica, que se pode extrair é que foram operações simuladas, operações fraudulentas, visando obter rendimentos não tributáveis para uns e prejuízos dedutíveis do imposto de renda para outros. Sendo operações simuladas ou fraudulentas, consequentemente, não podem produzir os efeitos irreais obtidos mediante fraude, isto é, a isenção tributária concedida para as legítimas e reais operações praticadas em Bolsas de Valores."

Nego provimento."

Ante o exposto, voto no sentido de se negar provimento ao recurso.

Brasília-DF., em 22 de fevereiro de 1988.


ANTONIO DA SILVA CABRAL

RELATOR