



MINISTÉRIO DA FAZENDA

~~CAS.~~

Sessão de 06 abril de 1987

ACORDÃO Nº 103-07.903

Recurso n.º 91.091 - IRPJ - EX: DE 1984

Recorrente RESERVA CORRETORA DE VALORES E CâMBIO S/A

Recorrido DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO (SP)

Cerceamento do Direito de Defesa

Não há cerceamento do direito de defesa quando os fatos, estão corretamente enquadrados na legislação tributária.

Distribuição Disfarçada de Lucros

Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada, a qual deve estar identificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por RESERVA CORRETORA DE VALORES E CâMBIO S/A.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso a fim de se excluir da tributação a importância de Cz\$ 22.649.177.

Sala das Sessões, em 06 de abril de 1987

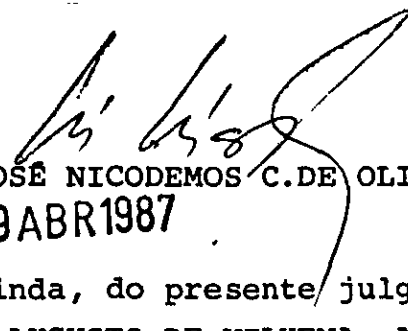
ANTONIO DA SILVA CABRAL

PRESIDENTE

RICHARD ULRICH KREUTZER

RELATOR

VISTO EM
SESSÃO DE


JOSE NICODEMOS C.DE OLIVEIRA

09ABR1987

PROCURADOR DA
ZENDA NACIONAL

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Con-
selleiros: CARLOS AUGUSTO DE VILHENA, AMAURY JOSÉ DE AQUINO CARVA-
LHO, LÓRGIO RIBEIRO, DÍCLER DE ASSUNÇÃO, FRANCISCO XAVIER DA SI-
VA GUIMARÃES e SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL.

h

R E L A T Ó R I O

Reserva Corretora de Valores e Câmbio S.A., inscrita no CGC sob nº 61.780.391/0001-07, sucessora de Levy, Vieira, Pereira Lopes e Associados Corretores de Valores e Câmbio S.A., recorre da decisão do Chefe da Divisão de Tributação da Delegacia da Receita Federal em São Paulo o qual manteve o lançamento de ofício efetivado conforme auto de infração datado de 11/04/86.

2. Para a descrição dos fatos e enquadramento legal os auditores fiscais autuantes reportaram-se, no auto de infração, ao relatório fiscal. Dada a clareza com que foi redigido o referido relatório fiscal, transcrevo sua parte inicial:

" Conforme consta do "Termo de Intimação nº 10" a epigrafada praticou as operações de compra e venda de ORTN's ali descritas, proporcionando aos aplicadores um lucro de Cr\$ 38.049.128 que corresponde a uma rentabilidade de 39,40389417% para um período de sete dias, ou linearmente, a 168,873832% $(39,40389417 \times 7 \times 30)$ ao mês. É notório que supera qualquer taxa de remuneração no mercado que pauta seu procedimento em torno das taxas oferecidas para remuneração das operações de "over night" lastreadas por títulos públicos, que jamais chegaram sequer, a vislumbrar tal hipótese em 1983.

2. As obrigações foram vendidas no dia 22 de fevereiro de 1983, a um preço médio de Cr\$ 4.138,61, compradas no dia 19 de março também de 1983, a um preço, igualmente médio de Cr\$ 5.769,61. Segundo a formação do Banco Central, "os títulos em questão, data de 01.03.83, foram cotados, para operações com o Banco Central (Res.550) a Cr\$ 4.503.89.

3. Tomando-se como base para negociação, a cota oferecida pelo Banco Central, avaliamos a compra de 23.331 ORTN's em Cr\$ 105.080.257,60 $(23.331 \times 4.503.89)$. Como foi paga a importância de Cr\$ 134.610.978, vemos que o custo desses papéis foi onerado em Cr\$ 29.530.720 $(134.610.978 - 105.080.257)$. Com estes dados, a rentabilidade da operação para os aplicadores passa a ser de 8,821712% para o período de

dias, ou linearmente, 37,8073% a.m., taxas mais próximas da realidade, porém, ainda exageradas.

4. Pelo exposto, conclue-se que as compras foram realizadas com favorecimento para os investidores em razão da disparidade entre o preço praticado e a cotação do Banco Central.

5. Em razão dos levantamentos procedidos, verificou-se a participação de Diretores da Corretora nessas operações (tanto na compra quanto na venda) conforme o comprovam os cheques utilizados nas liquidações e descritos no "Termo de Intimação nº 10".

6. Na resposta ao Termo de Intimação, limitou-se a intimada a esclarecer que a cotação de mercado "nos dias 22 de fevereiro e 19 de março de 1983, era de aproximadamente Cr\$ 4.138,50/Cr\$ 5.769,60, valores com que foram efetivadas, nessa mesma época, operações com terceiros;", não juntando sequer um único exemplo de operação que comprovasse a alegação.

6.a Deixou de identificar os aplicadores, cuja única finalidade da intimação a esse respeito, era comprovar que não se tratavam de pessoas ligadas à Corretora, o que inviabilizaria a conclusão de que se tratava de distribuição disfarçada de lucros, ainda que pudesse ocorrer favorecimento de terceiros não ligados. Alega a intimada "que os aplicadores ali referidos fizeram suas aplicações na forma de "investimentos ao portador", consoante faculta a legislação vigente", Realmente não existe dispositivo legal que impeça a negociação de papéis na forma "Ao Portador", razão porque da existência do imposto de renda na fonte, mas, ainda que o valor mobiliário possa ser negociado "ao portador" e em muitos casos ser emitido na forma "ao Portador" ou ainda endossado em branco que o tornaria em "ao Portador", é obrigatória sua inclusão na declaração de bens, de forma por menorizada, conforme preceitua o § 6º, art. 619, do RIR/80, "verbis":

"É obrigatória a inclusão, na declaração de bens da pessoa física, dos títulos ou valores mobiliários ao portador, possuídos pelo declarante no ano base (Decreto - lei nº 1.351/74, art. 6º)." (grifamos)

6.b Esclarece que nas operações em questão que "quanto ao fato de aparecerem dois diretores de nossa empresa como participantes em pequena escala, das

1

[Assinatura]

transações ali mencionadas, tal envolvimento deu -se tão somente em relação as duas primeiras operações referidas (N. Venda 85.871/72; 81.659/58), nenhum envolvimento ocorrendo com relação à terceira (N. Venda 85.870/81.655).

Efetivamente há de se reconhecer que a participação dos diretores da Corretora, detectada pela Fiscalização não é expressiva, porém, não é menos verdadeira que é concludente, efetiva e real. A forma utilizada para a liquidação das operações de compra e venda, através do recebimento e pagamento de parte dos valores, em papéis também "ao portador", impede que se atribua participação ínfima aos Diretores, além de impossibilitar a Fiscalização de apurar a real e efetiva participação de cada um. Diante disso, presume-lhes a totalidade da operação e o benefício de todo o ganho.

7. Por falta de outro meio de quantificar a parcela do lucro disfarçadamente distribuído a cada Diretor, entre os envolvidos Manoel Otávio Pena Pereira Lopes e Luiz Carlos de Azevedo Vieira, utiliza-se a Fiscalização do arbitramento que lhe permitem os incisos I e II, art. 678 do RIR/80, atribuindo a cada um, cinquenta por cento da parcela de Cr\$ 29.530.720, calculada conforme o item "3" retro, correspondendo-lhes Cr\$ 14.765.360 individualmente.

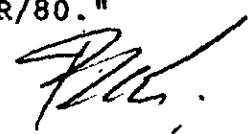
8. A presunção de distribuição disfarçada de lucros no negócio efetuado, descrita no inciso II do art. 367, combinado com o inciso I do art. 368, está comprovada pelas razões expostas nos itens 2 a 5 deste relatório.

9. Diante de todo o exposto conclue-se:

1º) -A diferença entre o custo de aquisição das ORTN's e o valor apurado a custo de mercado, na importância de Cr\$ 29.530.720, não constituirá custo dedutível na posterior negociação ou resgate, na forma determinada pelo inciso II, art. 370 do RIR/80. O resgate ocorreu no vencimento do papel em 15/03/83.

2º) -O lucro disfarçadamente distribuído, apurado no item "3", na importância total de Cr\$ 29.530.720, arbitrado na forma do item "7", em Cr\$ 14.765.360, a cada um dos Diretores Manoel Otávio Pena Pereira Lopes e Luiz Carlos de Azevedo Vieira, será tributado como rendimento, classificado na cédula "H" da declaração de rendimentos do exercício de 1984, ano base de 1983, conforme prevê o art. 371 do RIR/80."

h

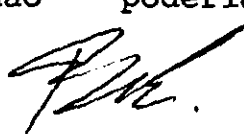


2.1 Embora não tenha havido a identificação dos aplicados, os auditores fiscais constataram que na liquidação das vendas realizadas em 22/02/83 foi utilizado o cheque nº 56.687.901, sacado contra o Banco Nacional S.A., na importância de Cr\$ 25.000.000, pago à MOP - Pereira Lopes com. e Adm. Ltda., a título de adiantamento, sendo que esta empresa pertence ao Sr. Manoel Octávio P. Pereira Lopes, diretor da recorrente. Adicionalmente, entre outros, foram utilizados os seguintes cheques sacados contra o Banco Nacional S.A.: nº 59.661.437, no valor de Cr\$ 1.360.408, o qual foi depositado no Banco sacado, em conta da emitente, a crédito de Manoel Octávio P. Pereira Lopes e o de nº 56.688.146 no valor de Cr\$ 5.000.000, com igual procedimento, a crédito do Sr. Luiz Carlos de Azevedo Vieira, também diretor da recorrente.

3. A recorrente apresentou tempestivamente a sua impugnação, alegando que a distribuição disfarçada de lucros não estaria corretamente enquadrada.

3.1 Disse que a aquisição de bens de pessoa ligada por valor notoriamente superior ao de mercado está caracterizada no inciso II do artigo 367 do RIR/80. Destacou que o inciso II do artigo 370 do RIR/80 estabelece: "II - no caso do inciso II do artigo 367, a diferença entre o custo de aquisição do bem pela pessoa jurídica e o valor de mercado não constituirá custo ou prejuízo dedutível na posterior alienação ou baixa, inclusive por depreciação, amortização ou exaustão;"

3.2 Em razão do dispositivo transcrito, concluiu sua argumentação que não caberia considerar violado o inciso II do artigo 370, supra transcrito, e aplicar o procedimento previsto aos casos de enquadramento no inciso I do artigo 367, todos do RIR/80, isto é, não caberia adicionar ao lucro líquido do exercício, para efeito de determinar o lucro real, a diferença entre o custo de aquisição das ORTN's e o seu valor de mercado. Assim, tal diferença não poderia constituir custo na posterior alienação das ORTN's.



4. Na informação fiscal um dos auditores fiscais esclarecem que o resgate das ORTN's ocorreu no seu vencimento em 15/03/83. Aduziu que o resgate, que constitui posterior alienação, ocorreu no ano-base do fato (1983), quando então "a diferença entre o custo de aquisição do bem pela pessoa jurídica e o valor de mercado " não pode ser considerada custo ou prejuízo dedutível, devendo ser adicionada ao lucro líquido do exercício para efeito de tributação, o que foi feito no auto de infração.

5. A recorrente foi cientificada da decisão de primeira instância em 13/11/86 e em 12/12/86 apresentou seu recurso a este Conselho.

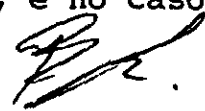
6. No recurso é alegado que não teriam sido observados os princípios da legalidade e da tipicidade, bem como haveria conflito de normas legais.

6.1 No tocante ao princípio da legalidade reporta-se ao § 2º do artigo 153 da Constituição, aos artigos 3º, 4º, 96, 97 e 114 do Código Tributário Nacional, assim como aos §§ 1º e 2º do artigo 174 do RIR/80. A vista do disposto nos parágrafos do artigo 174 do RIR/80 entende que caberia à fiscalização fazer a prova da in^{ver}acidade dos fatos documentados e registrados na escrituração da recor^{re}nte.

6.1.1 Diz que a fiscalização, ao invés de apresentar as provas seguras exigidas, expôs em seu relatório:

"Diante disso, presume-lhes a totalidade da operação e o benefício de todo o ganho" (o grifo é da recorrente).

Entende a recorrente que a fiscalização, além de não obedecer ao disposto em lei, pretende imputar-lhe um procedimento doloso através de presunção, quando o dolo jamais se presume, mas deve ser provado. Acrescenta que esta exigência é facilmente compreensível, pois se a presunção carrega sempre consigo uma dúvida, e no caso



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

Acórdão nº 103-07.903

de dúvida a legislação obriga a interpretação mais favorável ao contribuinte, não podendo o fisco trazer para si o benefício da dúvida.

6.2 Em relação ao princípio da tipicidade diz que para que um fato desencadeie efeitos tributários seria absolutamente indispensável que ele corresponda em sua configuração total a um dos modelos de tributos existentes na legislação, entendendo-se daí com bastante clareza que qualquer efeito tributário não se produz sem que sua conformação se reporte integral e expressamente à forma da lei. Assim, a tipicidade do fato tributário exige por conseqüência, uma descrição rigorosa de todos seus elementos constitutivos.

6.2.1 Em defesa de sua argumentação transcreve textos de filósofo, tributaristas, ementas de acórdãos, bem como parte do Parecer Normativo CST nº 11/83.

6.2.2 Prossegue expondo que os elementos constitutivos que necessariamente devem existir para a configuração de uma distribuição disfarçada de lucros são:

- a) uma pessoa jurídica;
- b) alienação;
- c) valor notoriamente inferior ao de mercado;
- d) pessoa física ligada à pessoa jurídica.

6.2.2.1 Observa a recorrente que para a perfeita tipificação exigida pela lei tem-se: a) pessoa jurídica e alienação perfeitamente configuradas; b) valor notoriamente inferior ao de mercado bastante inconsistente e passível de discussão; e c) pessoa física ligada à pessoa jurídica completamente inexistente, eis que o próprio fisco acentua que como não tem condições de determinar (provar) quem é essa pessoa física, achou mais fácil presumir quem são seus diretores.



6.2.3 Conclui a recorrente, entendendo não terem ocorrido os pressupostos obrigatórios para a tipificação da distribuição disfarçada de lucros.

6.3 No concernente ao conflito de normas legais diz que os dignos auditores fiscais lavraram o auto de infração, dando por infringido o artigo nº 367, inciso II, do RIR/80, o qual tem como procedimento de ajuste o estatuído no artigo 370, inciso II, do mesmo regulamento. Porém para a total perplexidade da recorrente os autuantes ajustaram o lucro líquido do exercício, para fins de determinação do lucro real, conforme o preceituado no inciso I do artigo nº 370 do RIR/80.

6.3.1 Dados estes procedimentos de parte do fisco, alega a recorrente que lhe foi cerceado seu direito de defesa, pois em razão desta contradição está impossibilitada de ordenar corretamente a sua linha de defesa.

6.4 Finaliza seu recurso pedindo o cancelamento do auto de infração e extinção do procedimento fiscal.

L É o relatório.



V O T O

Conselheiro RICHARD ULRICH KREUTZER, Relator:

O recurso é tempestivo.

2. Cerceamento do Direito de Defesa.

2.1 Entendo que não houve o alegado cerceamento do direito de defesa. A recorrente adquiriu no dia 1º de março de 1983 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN's a um preço médio de Cr\$ 5.769,61, quando sua cotação pelo Banco Central for de Cr\$.. 4.503,89 (fls. 21). Em 15 de março de 1983 as supra referidas ORTN's foram resgatadas (fls. 23 e 36), ocasião em que a recorrente foi caracterizada como alienante.

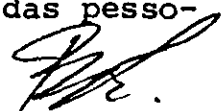
2.2 Os autuantes enquadraram a operação como sendo de distribuição disfarçada de lucros. Neste pressuposto a diferença entre o custo de aquisição das ORTN's e o seu valor de mercado não pode ser aceita como custo dedutível na posterior alienação (no caso, melhor, resgate) nos termos do inciso II do artigo 370 do RIR / 80. Portanto, correto o procedimento dos autuantes e o respectivo enquadramento legal.

2.3 Examinando o presente processo, percebe-se que a recorrente teve perfeitas condições de se defender constituindo a sua argumentação de cerceamento de direito de defesa um mero sofisma.

2.4 Rejeito a preliminar arguida.

3. Mérito.

3.1 A figura da distribuição disfarçada de lucros é caracterizada quando, dentre outras hipóteses admitidas na lei, a pessoa jurídica adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada. Os sócios e os administradores das pesso-



as jurídicas são considerados pessoas ligadas, tanto na redação original do § 3º do artigo 60 do DL nº 1.598/77, como na redação que lhe foi dada pelo inciso IV do artigo 20 do DL nº 2.065/83.

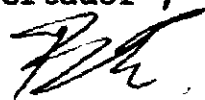
3.2 No presente processo tem-se comprovado que dois diretores receberam, no mínimo, Cr\$ 31.368.408 de uma aquisição de ORTNs que totalizam Cr\$ 134.610.978, o que nos dá uma relação percentual de 23,303%.

3.3 Conforme já destacado neste voto, os títulos foram recomprados a um preço médio de Cr\$ 5.769,61 no dia 1º de março de 1987, quando sua cotação foi de Cr\$ 4.503,89, valor não contestado pela recorrente. Tal espécie de negócio normalmente não é feito com pessoas estranhas ao quadro societário de qualquer empresa, visto que caracteriza um grande favorecimento ao aplicador. As importâncias pagas pela pessoa jurídica efetivamente caracterizam um valor notoriamente superior ao de mercado.

3.4 A recorrente pretende infirmar o lançamento com base no artigo 174 do RIR/80, o qual estabelece, em seu parágrafo 2º, que cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados na escrituração mantida com observância das disposições legais. Ora, a operação não foi inquinada de inverídica. Ao contrário, justamente por verídicos os fatos apontados pelo fisco é que foi lavrado o auto de infração. Houve uma operação altamente ruínosa para a recorrente, e muito benéfica para o comprador e posterior vendedor do título.

3.5 De se ressaltar que o fisco não qualificou a operação como dolo, pois a multa aplicada foi de 50%, prevista no inciso II do artigo 728 do RIR/80.

3.6 No tocante à tipificação, ela ocorreu, pois, como pretende a recorrente, tem-se uma pessoa jurídica, alienação, valor notoriamente superior ao de mercado e pessoa física ligada à pessoa jurídica. De se destacar que tratou-se de uma operação ao portador,

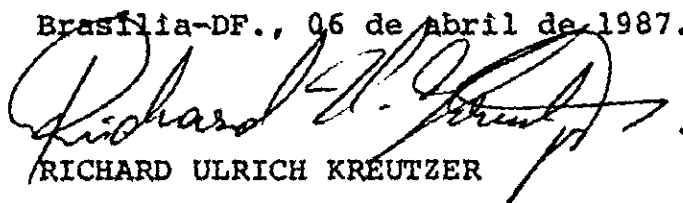


da qual participaram no mínimo dois administradores com uma participação, também no mínimo, de 23,303%.

3.7 No caso do presente processo, embora perfeitamente compreensíveis as razões dos zelosos auditores fiscais autuantes, tem-se plenamente caracterizada a distribuição disfarçada de lucros somente em relação a 23,303% de Cr\$ 29.530.720 (montante do lucro lançado como distribuição disfarçada de lucros), o que importa em Cr\$ 6.881.543; a diferença entre estes dois valores - Cr\$.... 22.649.177 - não tem vinculação específica com pessoa ligada.

4. De todo o exposto, voto por DAR provimento, em parte, ao recurso, para excluir da tributação o valor de Cr\$..... 22.649.177.

Brasília-DF., 06 de Abril de 1987.



RICHARD ULRICH KREUTZER

RELATOR