PROCESSO Nº 13805-001.902/84-86

MINISTÉRIO DA FAZENDA

MHP

Sessão de 19 de maio de 19 87 ACORDÃO N.º 101-77.169

Recurso n.º 91.262 - IRPJ - Exercício de 1984

Recorrente RUNIMEX ASSESSORIA COMERCIAL S/C LTDA.

Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO (SP).

IRPJ - OPERAÇÕES "DAY-TRADE" NO MERCADO DE OPÇÕES - PREJUÍZOS ARTIFICIAIS E INDEDUTÍVEIS. - As circunstâncias em que a contribuinte operou no mercado de opções da Bolsa, descritas nos autos, revelam a "fabricação de prejuízos" que, além de indedutíveis, tornam inquestionável o evidente intuito de fraude.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por RUNIMEX ASSESSORIA COMERCIAL S/C LTDA.:

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões (DF), em 19 de maio de 1987.

URGEL PEREIRA LOPES - PRESIDENTE E RELATOR

AGOSTINHO FLORES - PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

VISTO EM
SESSÃO DE: 21 MAI 1987

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES, FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, CRISTÓVÃO ANCHIETA DE PAIVA, CELSO ALVES FEITOSA, RAUL PIMENTEL, ALCEU DE AZEVEDO FONSECA PINTO e JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN.

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

PROCESSO Nº 13805-001.902/84-86

RECURSO Nº: 91.262

ACÓRDÃO Nº: 101-77.169

RECORRENTE Nº: RUNIMEX ASSESSORIA COMERCIAL S/C LTDA.

R E L A T Ó R I O

RUNIMEX ASSESSORIA COMERCIAL S/C LTDA., contribuinte jurisdicionada à D.R.F. em São Paulo-SP, recorre a este Conselho inconformada com a decisão de primeiro grau.

2. De acordo com o Auto de Infração de fls. 20, lavrado em 17.12.84, foram apuradas as irregularidades a seguir descritas:

Exercício de 1984, período-base encerrado em 31.12.83

I) Dedução indevida, na determinação do lucro real, de prejuízos gerados em operações "day-trade" irregulares no mercado de opções das Bolsas de Valores, no ano de 1983, efetivadas com artificialismo nos termos da Deliberação CVM nº 14/83, desse modo gerando prejuízos que não satisfazem os requisitos de dedutibilidade previstos na legislação do imposto de renda: Cr$ 38.930.000.

II) Dedução indevida, na determinação do lucro real, das comissões consignadas ao agente interveniente dessas operações, conforme notas de corretagem nºs 69, 12 e 29, datadas respectivamente de 08.07.83, 01.09.83 e 02.09.83: Cr$ 2.121.312.

Indicou-se como enquadramento legal: os arts. 172,

§ único, e 191 e §§ do RIR/80, e o Parecer Normativo CST nº 28/83. Aplicou-se a multa de 150%, prevista no art. 728, III, do mesmo Regulamento.

3. Tempestivamente, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 23/34. Cita a Deliberação CVM nº 14, de 23.12.83 para afirmar que as operações que realizou nela não se enquadram. Que nem a Bolsa de Valores de São Paulo, nem a CVM consideraram as operações artificiais, razão pela qual não as anularam. Se a CVM não considerou as operações como simuladas, não pode a fiscalização fazê-lo, já que o Auto de Infração procura fundamentar-se na Deliberação CVM nº 14/83. Que a Deliberação CVM nº 14/83 e o PN-CST nº 28/83 pretenderam descrever condutas delituosas típicas para o que não têm competência. Invoca o § 16 do art. 153 da Constituição, que consagra o aforisma "nullum crimen sine lege", com apoio doutrinário quanto à tipicidade no Direito Tributário. Insurge-se quanto à multa de 150%, pois, se a impugnante tivesse agido com dolo, o ônus da prova cabe a quem alega, o que não foi feito. Incursiona na análise das presunções, recurso que alega ter presidido a autuação, argüindo a ilegalidade da tributação com base em presunções e conjeturas. Discorre sobre presunções absolutas e ficção legal, equiparando-as, e o princípio da verdade material na investigação dos fatos, que extrai do art. 148 do CTN, relacionado com o lançamento.

4. Na repartição de origem foi produzida a informação de fls. 59/68, descrevendo, em detalhes, as operações da autuada e os pressupostos fáticos e jurídicos da autuação e do conseqüente lançamento.

5. Em decorrência, reabriu-se o prazo para impugnação, ou aditamento da impugnação.

6. Ciente em 22.05.86, a contribuinte, em 23.06.86, respondeu que, não havendo fato novo, nem alteração do lançamento, reiterava sua defesa anterior.

7. Decisão de primeiro grau a fls. 81/87 bem resumida na ementa que se transcreve:

"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 da bolsa de valores, com o artificialismo e a atipicidade descritos no Parecer Normativo CSI 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 cinqüenta por cento) prevista no art. 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."

8. Cientificada em 10.02.87 a contribuinte interpôs o recurso voluntário de fls. 92/224, protocolizado em 06.03.87, no qual, de maneira mais desenvolvida, aborda a linha da defesa inicial.

É o relatório.

V O T O

Conselheiro URGEL PEREIRA LOPES, Relator:

O recurso é tempestivo.

O mercado de opções, nas Bolsas de Valores, à época em que ocorreram os fatos em discussão nestes autos, consistia, basicamente, em negócios com opções de compra ou de venda de ações das companhias abertas.

Embora se revestisse de elevado grau de complexidade e tecnicismo melhor dominado pelos profissionais do ramo, pode-se dizer que, em linhas gerais, os procedimentos eram como se resume a seguir:

Era feito um lançamento por quem propunha um negócio (o lançador). Realizado o negócio, o adquirente da opção denominava-se titular (do direito de opção).

Se a opção era de compra, e houvesse negócio, o lançador obrigava-se a vender as ações ao titular do direito de opção de comprá-las.

Se a opção era de venda, e houvesse negócio, o lançador obrigava-se a comprar as ações do titular do direito de opção de vendê-las.

Tudo isso segundo o preço e demais especificações estabelecidos quando da negociação das opções.

Portanto, a opção era para comprar ou para vender ações. As ações objeto da opção lançada eram denominadas ações-objeto, no jargão do mercado.

As opções recaíam sobre lotes de ações. A quantidade pré-determinada de títulos a que se referia uma opção denomina-se lote-padrão.

O preço de compra ou de venda das ações-objeto era, frequentemente, igual ao preço à vista da ação-objeto.

O preço das ações-objeto seria pago se, no prazo para concretização do negócio objeto da opção, o titular exercitasse seu direito à compra ou à venda negociada anteriormente. Esse prazo variava. Correspondia ao período que medeava entre a data do lançamento, ou da compra da opção, e a data de seu vencimento. Na BOVESPA os vencimentos ocorriam bimestralmente, na quarta-feira mais próxima do dia 15 dos meses de fevereiro, abril, junho, agosto, outubro e dezembro.

Outra coisa era o preço da opção, denominado prêmio.

O prêmio (preço) pelo qual uma opção podia ser comprada ou vendida era determinado por acordo entre as partes numa transação no pregão da BOVESPA. Era pago pelo titular e recebido pelo lançador da opção, fosse ela de compra ou de venda.

Seu valor dependia da tendência de alta ou de baixa que os preços das opções pudessem apresentar, em função de maior ou menor número de aplicadores querendo comprar ou vender opções. Vale dizer: segundo os princípios da lei da oferta e da procura.

O prêmio da opção não era uma entrada para a compra da opção: ele era auferido pelo lançador da opção, quer a opção fosse ou não fosse exercida, e era pago pelo titular. A oferta e a procura das opções não era idêntica à oferta e à procura da ação-objeto.

Vários fatores afetavam os preços das opções, valendo destacar:

a) o preço atual de mercado da ação-objeto com relação ao preço de exercício da opção.

"Quanto mais alto o preço da ação, mais alto é o prêmio da opção. Uma opção de compra com um preço de exercício de Cr$ 6,00 — que dá o direito de comprar a ação a Cr$ 6,00 cada — vale mais se o preço atual das ações for de Cr$ 7,00 e não de Cr$ 6,50."

b) o período de tempo que restasse até o vencimento: quanto mais tempo houvesse, mais alto seria o prêmio.

"Uma opção é um "ativo exaurível". Quanto mais próxima a data do vencimento, menor será o valor tempo, que tende a zero."

c) a volatilidade (oscilação histórica) da ação-objeto. Também conhecido como "valor de risco".

"Quanto mais volátil o preço da ação, mais alto o prêmio da opção."

Importante assinalar que o valor do prêmio correspondia ao preço da opção, mas não integrava o preço a ser pago, ou recebido, pelas ações, no caso em que o titular exercesse o direito de opção de compra ou de venda, respectivamente.

Numa opção de compra, por exemplo, o alienante da opção obrigava-se a entregar ao titular o lote-padrão pelo preço negociado, até o vencimento. O titular pagaria o prêmio ajustado, pelo qual adquiriria o direito de comprar as ações-objeto. Em seguida, poderia negociar a opção adquirida ou, se preferisse, exercer ele mesmo a própria opção, em qualquer data até o vencimento.

O preço que o lançador receberia pela ação, se a opção fosse exercida, era o preço de exercício especificado na opção. Além disso, o lançador retinha o prêmio recebido, fosse a op

ção exercida ou não.

Exemplo:

> "Tício lança uma opção de compra XYZ/6, e recebe o prêmio de Cr$ 0,60 por ação, um total de Cr$ 30 mil pela opção de 50 mil ações. Se a opção não for exercida, Tício terá Cr$ 30 mil a mais como resultado por ter lançado a opção. E continuará proprietário das ações.
>
> Mas se durante a vigência da opção o preço da ação subir acima de Cr$ 6,00, a opção poderá ser exercida e Tício receberá Cr$ 6,00 por ação; sem contar o prêmio unitário de Cr$ 0,60 — o que lhe derá um ingresso total de Cr$ 6,60 por ação vendida."

Ao lançar uma opção de compra sobre ações que possuia, o lançador abria mão da possibilidade de ter um retorno maior se, em determinado momento, durante a vigência da opção, houvesse um aumento substancial no valor de mercado das ações e a opção fosse exercida. Esse aumento de valor seria usufruído pelo titular da opção.

Exemplo:

> "Tício lança uma opção XYZ/6,00 e recebe um prêmio de Cr$ 0,60 por ação. Depois o preço da ação sobe para Cr$ 6,80 e a opção é exercida. O ganho total de Tício de Cr$ 6,60 (Cr$ 6,00 mais Cr$ 0,60) representa Cr$ 0,20 a menos do que teria ganho se não tivesse lançado a opção e tivesse vendido a ação a Cr$ 6,80."

Vemos, então, que comprar um opção de compra era adquirir o direito de comprar um lote de 50 mil ações (ou múltiplos) ao preço de exercício especificado.

Comprar uma opção de compra XYZ/agosto/6,00 assegurava ao titular o direito de adquirir 50 mil ações XYZ ao preço de Cr$ 6,00 por ação, a qualquer momento, até o vencimento, em agosto.

Obviamente, o titular esperava que esse direito de comprar a ação a um preço fixado fosse adquirindo valor à medida' em que subia o preço de mercado da ação. Depois, em algum momento antes do vencimento, poderia ser lucrativo exercer a opção, ou mesmo vendê-la a outro aplicador, também com lucro.

Exemplo:

> "Primus paga um prêmio de Cr$ 6,00 por ação para adquirir uma opção de compra de XYZ/6,00 no momento em que o preço de mercado da ação está a Cr$ 6,20 cada. Suponha-se que o preço da ação aumente posteriormente para Cr$ 6,80. Para realizar o lucro resultante deste aumento, Primus pode exercer seu direito de compra ou vendê-lo no mercado a outro aplicador. Exercendo a opção de compra, Primus pode comprar, por Cr$ 6,00 cada, ações cujo valor atual é de Cr$ 6,80 por unidade. A diferença de Cr$ 0,80 por ação resulta num aumento de Cr$ 0,20 (33,3%) sobre a aplicação inicialde Cr$ 0,60 na opção.
>
> Outra alternativa seria vender e não exercer a opção. Com o preço de mercado da ação a Cr$ 6,80, uma opção de compra XYZ/6,00 poderia chegar a um prêmio de Cr$ 0,80, mais um valor pelo tempo que ainda resta de validade da opção. Primus poderia recuperar os Cr$... 0,80, que pagou pela opção, e obter lucro de pelo menos Cr$ 0,20, sem contar os custos da transação."

Entretanto, assim como lançar opções sobre ações que o lançador possuia podia resultar num retorno menor quando os mercados estavam em alta, ocorria o contrário, na situação inversa , com os mercados em baixa. Aí o prêmio de lançamentos das opções de compra proporcionava uma proteção contra a queda dos preços das ações de uma determinada pessoa, isto é, tornava menor a sua perda.

Exemplo:

> "Caius compra uma ação XYZ a Cr$ 6,00 cada e lança uma opção de compra XYZ/6,00 a um prêmio de Cr$ 0,60 por ação. Se o preço da ação baixar para Cr$ 5,35 sua perda líquida em caso de venda da ação fica reduzida a Cr$ 0,05 por ação (Cr$ 0,65 de queda no preço de mercado menos Cr$ 0,60 recebidos como Prêmio)."

Eram variadas as modalidades de negócios com opções, como eram múltiplos os objetivos perseguidos e as estratégias para alcançá-los.

Requeria-se elevado grau de especialização do investidor, ou sofisticada (e confiável) assessoria das Corretoras.

Podiam ser lançadas opções cobertas (quando o lançador possuía as ações) ou a descoberto (quando não as possuía).

Nesta última hipótese, o lançador garantiria que as ações podiam ser compradas, depositando uma margem em dinheiro no seu corretor.

Podiam ser feitas operações casadas. Se o aplicador lançara uma opção de compra podia, antes do exercício, liquidar a sua obrigação comprando uma opção idêntica à lançada anteriormente.

Exemplo:

> "As obrigações assumidas por ter lançado uma opção de compra XYZ/agosto/6,00 podem ser anuladas se posteriormente o lançador adquirir uma opção de compra XYZ/agosto/6,00. Se o prêmio tiver diminuído, haverá lucro; se tiver aumentado, a segunda operação trará prejuízo."

Esse o casamento de opções ("straddle"). Era feito sobre uma única ação-objeto, com idênticos preços de exercício e data de vencimento.

Havia, também, "combinação de opções", que correspondia a "alternativas possíveis de compra ou venda de duas ou mais séries de opções sobre a mesma ação-objeto, porém, com preços de exercício e/ou datas de vencimentos diferentes".

De se esclarecer que as "séries de opções" correspondiam a "opções do mesmo tipo" (venda ou compra), referentes à mesma ação-objeto, tendo o mesmo mês de vencimento e o mesmo preço de exercício.

.....

Toda a questão a deslindar há de partir do confronto das práticas adotadas pela recorrente, ou em seu nome, no mercado de opções da BOVESPA com as práticas usuais dos investidores em geral naquele mercado.

Com relação a alguns antecedentes do caso, e à maneira como operou a contribuinte, creio que será útil transcrever' a peça contida a fls. 59/68 que complementou e explicitou o lançamento consubstanciado no auto de infração de fls. 20.

> "A pessoa jurídica acima identificada' foi lançada através do auto de infração de fls. 20, em razão de ter deduzido indevidamente, na determinação do lucro real do exercício financeiro de 1984 - período—base de 1983, a importância de Cr$ 41.051.312, referente aos prejuízos obtidos durante o ano de 1983 em operações "day-trade" irregulares no mercado de opções da Bolsa de Valores de São Paulo (Cr$ 38.930.000) e às despesas' relativas a comissões e taxas (Cr$ 2.121.312).
>
> 2. A ação fiscal que resultou na exigência tributária ora impugnada teve origem na constatação feita pela CVM, na sua atividade rotineira de acompanhamento do mercado de ações, da ocorrência, durante o ano de 1983, de elevado número de operações realizadas no mercado de opções com características de artificialismo e com a finalidade de lesar o fisco, nas quais os comitentes, pessoas físicas e jurídicas, trocam posições entre si com a realização sistemática de prejuízos para as pessoas jurídicas e lucros para as pessoas físicas.
>
> 3. Comunicado o fato à SRF, através do ofício CVM/PTE/Nº 651/83 (doc. fls. 52/54) , foi iniciada a apuração das irregularidades' e seus reflexos na área tributária:
>
> 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 conjunto, 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. 56/58) e integram um conjunto fechado de negócios em que seus participantes entrecruzam operações no mercado, numa mesma série de opções, de sorte a comprarem 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 prejuízos 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 a 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. Essa 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 comentando, "realizados com a finalidade de gerar lucro ou prejuízo previamente ajustados", 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 seqüência em que foram realizados com todos os seus elementos básicos, ou 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. 55), apresenta o resumo da(s) rede(s) de negócios das quais a referida impugnante participou, identificando no seu cabeçalho a 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 envolvida, destacando-se os elementos principais das operações realizadas pela 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 do 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 da 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 respetiva 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 registro na bolsa da corre

tora 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.

12. O programa eletrônico mencionado no parágrafo 4 desta informação demonstrou a existência de três esquemas básicos criados pelas corretoras, para o fechamento das operações "day-trade" de seus clientes e por nós denominados de "IDA E VOLTA" dos lotes, ENTRECRUZAMENTO DE LOTES" e"MISTO".

13. Dentre esses esquemas o mais simples e o

mais utilizado é o denominado "IDA E VOLTA" dos lotes de opções entre a parte e a contraparte 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.

14. No entanto, no afã de tornarem o prévio ajuste menos transparente, foi desenvolvido outro esquema, o qual denominamos de "ENTRECRUZAMENTO DE LOTES". A característica básica deste esquema é a não ocorrência dos negócios de "IDA e VOLTA" dos lotes de opções entre os mesmos pares de comitentes, interpondo, para tal, mais pares em combinações variadas para evitar que "A" tendo vendido para "B" não completasse a operação "day-trade" comprando de "B" e sim de C, D, E, F...., como é o normal no mercado. Para que esse esquema atinja o seu propósito de fabricar "lucros" para pessoas físicas e "prejuízos" para pessoas jurídicas, cada participante introduzido no esquema, para fechá-lo, necessariamente tem que realizar operações "day- trade", o que ressalta ainda mais a anormalidade de acontecer numa determinada série de opções, um conjunto de operações onde todos os seus participantes realizem operações "day-trade", pois, por ser uma sucessão de eventos improváveis, é de impossível ocorrência em situação normal de mercado.

15. Finalmente, o último esquema desenvolvido é o resultado da combinação dos dois anteriores, o qual denominamos de "MISTO".

16. Conhecendo-se os elementos sobreditos, verifica-se, então, através do "Extrato de Operações em Bolsa de Valores" fls. 55, que a empresa RUNIMEX ASSESSORIA COMERCIAL S/C, LTDA., atuando na corretora DORIA & ATHERINO S/A CCVM - código 131-7, com o código 01437-4, participou de 3 redes de negócios, nos dias 08.07.83, 01 e 02.09.83, obtendo PREJUÍZOS no montante de Cr$. 38.930.000, utilizando-se do esquema "IDA e VOLTA" dos lotes.

17. Examinemos, a guisa de exemplo, a rede de nº 0362, fls. 57, onde a corretora DORIA & ATHERINO S/A CCVM - código 131-7, às 11 horas e 51 minutos vende em nome de sua cliente a empresa RUNIMEX ASSESSORIA COMERCIAL S/C LTDA. - código 01437-4, em 4 negócios, opções sobre 15 milhões de ações BELGO MINEIRA-OP à pessoa física FABIO DE PAULA COSTA - código 01494-3, também seu cliente, ao preço unitário de Cr$ 2,10 a opção sobre cada ação.

18. Decorrida 1 hora e 7 minutos, é feita a reversão da posição, com a realização de 3 negócios, envolvendo a mesma quantidade de opções da mesma série, só que, agora a posição vendedora é atribuída à pessoa física FABIO DE PAULA COSTA e a compradora à empresa RUNIMEX ASSESSORIA COMERCIAL S/C LTDA., ao preço unitário de Cr$.. 2,77, fechando a operação "day-trade" na qual a empresa RUNIMEX ASSESSORIA COMERCIAL S/C LTDA. "perdeu" Cr$ 10.050.000 e a pessoa física envolvida "coincidentemente" realizou um lucro de Cr$ 10.050.000.

19. Na rede de nº 0262 constata-se a ocorrência do fracionamento dos negócios, indicando a existência de mais de 1 comitente em cada uma das pontas de um mesmo negócio.

20. Como neste caso não existe a possibilidade de se vincular diretamente cada parte do negócio com sua contraparte e sim o conjunto destas partes com suas contrapartes, o programa eletrônico adotou uma representação gráfica especial desses negócios, na listagem que registra a referida rede.

21. Desse modo, se em 1 negócio com as características referidas acima, se apresenta inicialmente o conjunto dos comitentes compradores e respectivas quantidades, como é o caso da rede nº 0262, a ponta vendedora estará representada' pelo sinal de indefinição (...); em seguida, na apresentação do conjunto dos comitentes vendedores e respectivas quantidades, a ponta compradora estará representada pelo mesmo sinal.

22. Tal representação gráfica permite identificar a participação de cada comitente de "per-se", apesar de não se vincular individualmente as partes do negócio, e sim os conjuntos compradores e vendedores.

23. Feitos esses esclarecimentos, podemos analisar a participação do impugnante na rede nº 0262; às 12:35 hs. a empresa RUNIMEX ASSESSORIA COMERCIAL S/C LTDA. compra 18,3 milhões de opções do papel BANCO DO BRASIL-PP a Cr$ 3,50 o preço unitário sendo: 8,3 milhões do conjunto de compradores formados pelas pessoas físicas:JEAN OMAR ALEKSANDROWICZ, CELSO SILVEIRA MELLO FILHO e ARY FERREIRA FEITOSA ROSAS; 4 milhões de CHULEM DERBANDER e 6 milhões de ARY FERREIRA FEITOSA, para minutos após vender o mesmo lote de opções ao preço unitário de Cr$ 2,75, a essas mesmas pessoas físicas, obtendo um prejuízo de Cr$ 13.725.000.

> 24. Como se vê, trata-se de negócios caracterizados pela "IDA E VOLTA" dos lotes de opções entre as partes envolvidas numa operação irregular de "day-trade", ou seja, A vende uma opção para B, para, minutos após, através de uma operação reversa, recomprar do mesmo B, a opção anteriormente vendida, ou vice-versa. Esta sistemática coincidência é, em condições normais de mercado, de ocorrência praticamente impossível, conforme ficou demonstrado no parágrafo 6 desta informação.
>
> 25. Nas operações como a descrita acima os "prejuízos" realizados pelas pessoas jurídicas sempre correspondem aos "lucros" das pessoas físicas, tudo dentro do contexto das operações "pre-ajustadas", com evidente conotação de evasão fiscal.
>
> 26. Cabe ressaltar, por curioso e revelador, que o Sr. ROBERTO RIVELINO, participante da rede nº 0366, fls. 58, reconheceu tacitamente a origem artificial dos resultados assim obtidos, uma vez que pagou o imposto suplementar lançado pela SRF correspondente aos ganhos obtidos em operações "day-trade" irregulares."

Estão aí, suficientemente explícitos, a meu ver, os fatos e os elementos para se estabelecer o contraste a que aludi acima.

A simples comparação faz ressaltar, com absoluta nitidez, a irregularidade das intervenções da contribuinte naquele mercado.

Não a irregularidade formal, mas a de fundo.

Qualquer iniciado no mercado de valores mobiliários, de opções inclusive, sabe que o elevado número de Corretoras e o elevadíssimo número de investidores, a rapidez, a informalidade, a impessoalidade dos incumbentes, a informática, o generalizado uso de códigos e de símbolos etc. etc., tornam praticamente impossível qualquer hipótese de ocorrências de operações com a identidade de pessoas e de objetos como aquelas em que a contribuinte interveio.

À luz da pura probabilística pode-se até supor que num ou noutro caso, o alienante de uma opção a readquira no mesmo pregão.

Porém, o que estravasa o próprio plano das probabilidades estatísticas é a realização de reiterados e numerosos negócios com opções em que, invariavelmente, a mesma pessoa jurídica vende uma determinada opção a uma pessoa física e, momentos depois, readquire aquela mesma opção, da mesma pessoa física, ou de outra que compõe a "rede", sempre por preço inferior, sempre com prejuízo para a pessoa jurídica e sempre com lucro para a pessoa física.

Ora, as operações com opções de compra ou de venda de ações, dentro dos parâmetros traçados pela C.V.M. e pelas Bolsas, são regulares, tanto na forma como no conteúdo, pelo menos até prova em contrário.

Nesse plano de normalidade também se enquadram os negócios de um dia, conhecidas como operações "day-trade".

Portanto, é preciso deixar claro, de uma vez por todas, que o Fisco não se insurge, nem tem como nem por que fazê-lo, contra os negócios com opções, considerados em si mesmo, sejam eles a longo ou a curto prazo, ou mesmo "day-trade".

Tanto assim é que no universo das operações com opções só um número proporcionalmente pequeno foi classificado como anormal e ensejou autuações fiscais.

No mercado de valores mobiliários, fluindo sem injunções estranhas, umas vezes ganha-se, outras perde-se.

Não há memória, conhecida, de investidor que sempre tenha ganho, ou que tenha perdido sempre.

Há certo consenso, entre os intervenientes do mer

cado, de que o grau de aleatoriedade raia as fronteiras do jogo. O "jogo da Bolsa".

Como em todo o jogo, se um parceiro sempre ganha e outro perde sempre, ou bem que estão conluiados, ou o baralho, os dados ou a roleta estão viciados.

Ficou evidenciado que as operações realizadas pelo contribuinte, no mercado de opções, nada tinham a ver com a razão de ser desse mercado, nem com os motivos normais daqueles que nele intervêm.

Analisadas as práticas do contribuinte, naquele mercado, e os reflexos fiscais resultantes, sobressaem nítidos, em seus contornos, os reais propósitos das estranhas intervenções no mercado de opções.

O mercado de valores mobiliários (A Bolsa) é instituição indissociável do regime capitalista de produção. Neste, é relevantíssimo um sólido mercado de capitais. Daí a importância das Bolsas de Valores, sua notoriedade e divulgação. É do conhecimento dos minimamente informados a sua existência, bem como a seriedade e respeitabilidade que lhe procuram imprimir os particulares e as autoridades monetárias, coibindo abusos de intervenientes inescrupulosos.

Além do mais, o mercado bursátil possui a auréola, um tanto mítica, das coisas de que todos houvem falar mas pouquíssimos compreendem ou são capazes de explicar como funcionam. A operacionalidade complexa e sofisticada que lhe é inerente somente uns poucos iniciados dominam.

Para completar o fascínio e a atração de muitos, a reputação de servir de veículo para se ganharem fortunas rapidamente.

Com um perfil tão bem acabado, não admira que con

tribuintes interessados em buscar meios e modos de escaparem às suas obrigações tributárias se dessem conta de que o mercado de opções, na Bolsa, poderia ser o instrumento ideal para "esquentar" ou "esfriar" recursos, fugindo à incidência do tributo.

Nada melhor do que utilizar instituição tão prestigiosa, pública e sabidamente fiscalizada, para afastar suspeitas e questionamentos sobre ganhos obtidos na "economina subterrânea", trazendo-os à tona passados a limpo pela utilização das inatacáveis formas jurídicas de que se revestem as operações da bolsa. Isto quanto às pessoas físicas.

Mas nem tudo nas Bolsas é intrínseca e essencialmente imune a irregularidades. Do contrário, não haveria a necessidade da ação fiscalizadora e sancionalizadora da CVM.

Assim, pessoas jurídicas surgiram interessadas em utilizar o mercado de opções para forjar prejuízos com efeitos redutores na base de cálculo do imposto.

Concomitantemente, apareceram pessoas físicas pos suidoras de ganhos obtidos em atividades ou negócios que não eram necessariamente apuráveis pelo Fisco, mas que apresentavam inconveniências caso não oferecidos à tributação.

Conseqüentemente, os "prejuízos" das pessoas jurídicas e os "lucros" das pessoas físicas, nas operações "day-trade" de que se trata nestes autos, só existiram na forma, jamais na realidade.

A questão toda enquadra-se, à perfeição, como de evidente intuito de fraude por parte da contribuinte e da(s) pessoa(s) física(s) sua(s) contraparte(s).

A prova do procedimento doloso da contribuinte ressalta cristalina dos fatos analisados.

A legislação do imposto de renda, desde o Decreto—lei nº 401/68, art. 21, "c", sujeita à multa de 150% sobre a totalidade' ou diferença do imposto, os casos de evidente intuito de fraude definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Vale transcrever esses artigos:

> "Art. 71 - Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária.
>
> I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;
>
> II - das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.
>
> Art. 72 - Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou a modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.
>
> Art. 73 - Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas visando a qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72."

Portanto, para a legislação do imposto de renda há o evidente intuito de fraude com a simples configuração do conluio, ou da fraude, ou da sonegação, qualquer dessas figuras consideradas isoladamente ou em conjunto.

Atualmente, o art. 21, "c", do Decreto-lei nº 401/68 , e a multa de 150% estão reproduzidos no art. 729, II, do RIR/80.

Em vista do teor dos dispositivos legais que tipificam' o evidente intuito de fraude, acima transcritos, não é preciso recor

rer à figura da simulação regulada nos arts. 102 a 105 do Código Civil para provocar a anulação dos atos jurídicos e, só então, promover o lançamento tributário.

Consoante DE PLÁCIDO E SILVA (in "Vocabulário Jurídico", vol. IV, Forense, 1967, 2ª ed. pág. 1453):

> "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 violar 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 da Ordenações (t. 4º, 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." (Destaques do original).

Evidentemente, o que acima se lê sobre o conceito de simulação, assim como o que a respeito se pode ler em qualquer bom Autor, enquadra-se à perfeição no conteúdo dos dipositivos legais sobre "evidente intuito de fraude" acima transcritos. Por essa razão, entendo que o Direito Tributário, no seu conjunto, dispõe de regras jurídicas próprias para penalizar os atos dolosos ou fraudulentos, sem necessidade de recorrer a prévia ação judicial para anulá-los. Do contrário, seria praticamente impossível aplicar os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 sem prévia anulação dos atos jurídicos que implicassem sonegação, fraude ou conluio. E não há notícia de que assim se venha entendendo, dada a falta de decisões judiciais a respeito, ao menos em número suficiente para documentar esse ponto de vista.

Na verdade, por foça do Parecer Normativo CST nº 28/83, que aludiu a simulação, a defesa apresentada nestes autos, como a oferecida em casos semelhantes, assim como pareceres solicitados pelos contribuintes autuados, discorrem longamente sobre a simulação e a necessidade de sua prova em juízo. Têm falhado, contudo, em subsidiar o julgador administrativo com a indicação de jurisprudência judicial orientada no sentido de prévia anulação dos atos jurídicos viciados como condição necessária para se aplicar a multa agravada de 150%.

Por outro lado, os apologistas da tese da anulação prévia dos atos viciados ainda não aprofundaram a compatibilização' do prazo prescricional do art. 178, § 9º, V, "b", do Código Civil com o prazo decadencial do art. 173 do Código Tributário Nacional.

Como se sabe, o prazo prescricional para a ação anulatória dos contratos viciados de erro, dolo, simulação ou fraude, é de quatro anos a contar do dia em que se realizar o ato ou o contrato. Por outra parte, o prazo decadencial do art. 173 c/c. o art. 150, § 4º, ambos do CTN, é de, no mínimo, cinco anos a contar do fato gerador.

Poderia dar-se o caso de prescrever a ação anulatória antes de esgotado o prazo decadencial, e as implicações daí decorrentes.

A contribuinte invoca, em seu recurso: o princípio da legalidade; (II) a indelegabilidade de competência para definição de infrações tributárias; (III) a irretroatividade das normas penais e tributárias; (IV) o princípio da tipicidade tributária; (V) e a impossibilidade do lançamento por presunção.

Considera que todos esses princípios ou regras foram ofendidos ou inobservados pelo fato de que a autuação foi baseada na Deliberação CVM nº 14, de 23.12.83.

Creio que não lhe assiste razão.

Na verdade, se bem analisadas as razões pelas quais a Deliberação da CVM foi citada ao longo deste processo, verificar-se-á que outras não foram senão as de aproveitar esse texto como referência para se descrever, em linguagem técnica, o tipo de irregularidades em discussão.

Lê-se na referida Deliberação;

> "I - Declarar que as operações consideradas' legítimas nos mercados de opções e a futuro não se confundem com negociações efetuadas ' nesses mercados, que, embora atendendo a requisitos de ordem formal, sejam realizadas' com a finalidade de gerar lucro ou prejuízo, previamente ajustados, caracterizando-se tais operações, em geral, pela emissão de ordens de compra e venda com coincidência de intermediário, comitente, preço, horário ou quantidade, envolvendo grandes lotes, em opções de compra ou em operações a futuro seguidas, em curto lapso de tempo, de operações reversas, ou com outras características que as diferenciam das negociações regulares.
>
> II - Ressaltar aos participantes do mercado, especialmente às instituições intermediárias, que as operações a futuro e de opções de compra de ações, que configurem negócios com resultados adrede acertados, por provocarem alterações indevidas no fluxo de ordem de compra e venda de valores mobiliários e, conseqüetemente, no volume de negócios e na formação regular de preços são capituladas pela Instrução CVMnº 8, de 08 de outubro de 1979, 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 de dezembro de 1976."

Ora, penso eu que as práticas descritas na Deliberação seriam igualmente irregulares independentemente da existência da Deliberação.

Com efeito, ainda não me foi dado conhecer a opinião de alguém no sentido de que antes da Deliberação seriam legítimas as "operações ... realizadas com a finalidade de gerar lucro ou prejuízo, previamente ajustados ...", e que esses "lucros" não fossem tributáveis ou que esses "prejuízos" fossem dedutíveis, perante a legislação do imposto sobre a renda.

Parece que se finge pretender que antes da Deliberação CVM nº 14/83, ou mesmo da Instrução nº 08/79, tudo isso era permitido e legítimo, só passando a ser ilegítimo com o advento desses atos da CVM, os quais, pela sua hierarquia, não poderiam ofender tantos princípios, regras e normas pertinentes à tributação, o que se me afigura absurdo.

É evidente que as comissões atribuídas aos intervenientes nas operações com opções são, igualmente, indedutíveis.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

URGEL PEREIRA LOPES - PRESIDENTE E RELATOR.