



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63
Recurso n.º : 145.218
Matéria : IRPJ - EXS.: 1993 a 1995
Recorrente : SOMARTEC DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 23 DE FEVEREIRO DE 2006
Acórdão n.º : 105-15.555

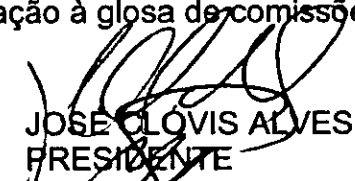
COMISSÕES - As importâncias pagas a título de comissões não dispensam pormenores a respeito da operação que lhes dê causa, por meio de íntimo relacionamento que demonstre, inequivocamente, ter o beneficiário interferido na obtenção do rendimento operacional.

OPERAÇÕES *DAY TRADE* - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - Tendo a fiscalização glosado a perda em operações de *day trade* com resultados de operações de outra espécie, sob a égide da Lei nº 8.541/92, mesmo estando a empresa desobrigada do ônus do imposto de renda na fonte, continuava sob a restrição do artigo 28 da Lei nº 8.383/91.

Recurso voluntário conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SOMARTEC DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Eduardo da Rocha Schmidt e Gileno Gurjão Barreto (Suplente Convocado) que davam provimento parcial em relação à glosa de comissões.


JOSE CLOVIS ALVES
PRESIDENTE


JOSE CARLOS PASSUELLO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 04 MAI 2006



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NADJA RODRIGUES ROMERO, LUÍS ALBERTO BACELAR VIDAL, IRINEU BIANCHI e FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ (Suplente Convocado). Ausente, justificadamente o Conselheiro DANIEL SAHAGOFF.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

Recurso n.º : 145.218

Recorrente : SOMARTEC DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto por SOMARTEC DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA., em 13.07.2004 (fls. 626 a 675), contra a decisão da 2ª Turma da DRJ em São Paulo, SP, consubstanciada no Acórdão nº 3.926/2003 que foi assim ementado:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Exercício: 1993, 1994, 1995

Ementa: COMISSÕES – Para que um gasto procedido pela empresa a título de comissões possa ser considerado como despesa operacional é imprescindível, entre outras condições, que fiquem, pelo menos, provadas a efetividade e a necessidade dos serviços que geraram estas despesas.

PREJUÍZOS COM OPERAÇÕES DAY-TRADE – Os prejuízos decorrentes de operações iniciadas e encerradas no mesmo dia somente podem ser compensados com ganhos auferidos em operações da mesma espécie, sendo indedutíveis para efeito de determinação do lucro real.

*Lançamento Procedente**

A intimação expedida para o endereço da recorrente foi devolvida pelos Correios com a informação de que a recorrente havia mudado de endereço (fls. 525 verso).

Seguiu-se a intimação por Edital (fls. 526) cujo prazo expirou sem que fosse interposto o recurso adequado, sendo os débitos encaminhados à PFN para inscrição em dívida ativa.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

Através do Memorando nº 316/04 (juntado em três vias – fls. 595 a 597), a autoridade administrativa solicitou à PFN o cancelamento da inscrição em dívida ativa, dando notícia de que fora cientificada em 21.06.2004 da decisão da 2ª Vara da Justiça Federal de Primeira Instância Seção Judiciária do Estado de São Paulo, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário contido no presente processo.

Peças judiciais foram juntadas, com a conclusão de fls. 603, de que:

“Desta forma, defiro a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para determinar a reabertura do prazo para interposição do recurso voluntário nos autos do Processo Administrativo nº 13805.005658/97-63, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário em questão, em vista da pendência do recurso administrativo.”

A decisão acima, de 18.06.2004, seguiu-se pela apresentação do recurso voluntário, em 13.07.2004, dentro do prazo deferido pelo judiciário.

A recorrente deixou de proceder ao arrolamento de bens diante da alegação da inexistência de bens arroláveis (fls. 676 e seguintes) e o processo teve seguimento apoiado no despacho de fls. 687.

A exigência está calcada em dois tópicos levantados pela fiscalização, sendo:

a) Glosa de despesas de pagamentos de comissões relativas a agenciamento, intermediação e indicação de clientes de operações com títulos de renda fixa consideradas não comprovadas; e,

b) Prejuízo com operações financeiras *day-trade*, com Bônus do Tesouro Nacional.

A autoridade julgadora manteve a exigência com base em argumentos que resumidamente podem ser expressos como:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

a) – Despesas com comissões, porque, mesmo no procedimento de circularização feito pela fiscalização ter sido declarado pelos beneficiários que receberam as comissões, os aplicadores desconheciam qualquer forma de intermediação ou intervenção de qualquer espécie dos beneficiários das comissões;

b) e c) Operações *day-trade*, como se pode verificar pelo item 16 e seguintes do voto:

“16. Quanto aos prejuízos em operações financeiras iniciadas e encerradas no mesmo dia (day-trade), o art. 28 da Lei 8.383/1991 dispõe:

“Art. 28. Os prejuízos decorrentes de operações financeiras de compra e subsequente venda ou de venda e subsequente compra, realizadas no mesmo dia (day-trade), tendo por objeto ativo, título, valor mobiliário ou direito de natureza e características semelhantes, somente podem ser compensados com ganhos auferidos em operações da mesma espécie ou em operações de cobertura (hedge) à qual estejam vinculadas nos termos admitidos pelo Poder Executivo.”

17. Parte dos prejuízos apurados nas operações day-trade, com Bônus do Banco Central (BBC), realizadas pela impugnante e descritas no Termo de Verificação Fiscal, foram compensados com ganhos auferidos em outras operações day-trade, que se encontravam registradas no grupo de contas Cosit nº 7.1.06.20.10.00 – Lucros com Títulos de Renda Fixa. Porém, a parcela de prejuízos restante foi deduzida como despesa, em desacordo com a norma anteriormente reproduzida, justificando o lançamento de ofício.

18. Os arts. 36 e 37 da Lei 8.541 de 23/12/1992, invocados pela impugnante, tratam do imposto de renda retido na fonte, mais especificamente sobre o imposto sobre a renda calculado sobre aplicações financeiras de renda fixa. A referida legislação não trata em momento algum de operações day-trade, de forma a tornar falsa a proposição pretendida pela impugnante.

19. Somente a título de informação, a indedutibilidade das perdas com operações day-trade não alcança as perdas apuradas por instituição financeira, sociedade de seguro, de previdência e de capitalização, sociedade corretoras de títulos e valores mobiliários e sociedade de arrendamento mercantil, em operações day-trade realizadas nos mercados de renda fixa, de renda variável e de câmbio, a partir de 1º



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

de janeiro de 1996, é o que dispõe o art. 17, §6º da Instrução Normativa nº 02 de 19/01/1996."

O recurso voluntário alinhou extenso arrazoado (fls. 626 a 675), sendo que com relação às comissões reproduziu em boa parte o conteúdo dos documentos, aduzindo (fls. 644):

"Desta maneira, a Recorrente pretendeu demonstrar à autoridade fiscalizadora que em casos como este, é comum que quem tenha indicado o negócio nem apareça na negociação, de modo que tal entidade jamais poderá ser identificada como parte no processo negocial.

E mais, que tendo em vista que as pessoas que fecharam tais negociações, ou não estão mais trabalhando em mencionadas entidades, ou não mais se lembram em razão do volume expressivo praticado diariamente, fica praticamente impossível que, por outros métodos, que não a apresentação das provas documentais, se prove a efetividade da prestação dos serviços em questão.

Contudo, a fiscalização federal não foi sensível a tais argumentos e entendeu que, pelo conjunto de elementos do processo, contata-se "notória evidência de que efetivamente não houve serviços prestados, como descritos nos recibos, e, não havendo comprovação contrária, com documentos hábeis e idôneos, por parte da empresa Somartec DTVM Ltda., os dispêndios se tornam passíveis de glosa." (g.n.)"

Completa (fls. 648) afirmando que a ação da fiscalização adotou simples presunção acerca da não comprovação da necessidade, usualidade e normalidade das despesas, já que apresentou toda a documentação necessária à sua comprovação, e que seus procedimentos são compatíveis com a dinâmica de como são feitos os negócios. Afirma ainda que tais operações se revelam lucrativas, sob pena de não serem realizadas, e o *modus operandi* está estampado em algumas das respostas dadas pelas sociedades beneficiárias das comissões, e *"para que o Fisco Federal pudesse desconsiderá-los, deveria ter apresentado provas irrefutáveis de que se tratam de documentos ideologicamente falsos, o que não foi feito."* Conclui que (fls. 659) *"Desta forma, os pagamentos das comissões, como se verificou, não significam mera liberalidade: eles se inserem em uma exigência (necessidade) do próprio mercado."* E mais (fls. 668), que *"Por*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

*fim, ainda neste tópico, é importante que se mencione que em todas as operações pactuadas, a Recorrente auferiu lucro, o que demonstra que se tratou de operações feitas no seu mais absoluto interesse.**

Com relação às operações de *day-trade* o recurso trata a fls. 669 a 672, onde define as características das operações conceitualmente e defende que são operações cujo resultado deve integrar o lucro real, na forma do artigo 37 da Lei nº 8.541/92, sendo oriundos de aplicações financeiras de renda fixa.

Ataca a aplicação de juros moratórios calcados na variação da Taxa Selic e pede o cancelamento integral da exigência.

Assim se apresenta o processo para julgamento.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

VOTO

Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO, Relator

O recurso teve seguimento garantido em decisão judicial e, como consequência, deve ser apreciado.

O primeiro item diz respeito à glosa de pagamento de comissões relativas a agenciamento e indicação de clientes de operações com títulos de renda fixa. As despesas foram consideradas não comprovadas.

Conforme consta do processo, a recorrente teria efetuado o pagamento de comissões sem que fosse comprovada com documentação hábil e idônea a efetividade da prestação dos serviços remunerados. As comissões seriam relativas a agenciamento, intermediação ou indicação de clientes de operações com títulos de renda fixa, conforme consta de Despesas de Serviços do Sistema Financeiro – Comissão de Colocação e Intermediação de Títulos – Conta Cosif nº 8.1.07.54.10.10, com pagamentos a Banco Dime s/a, Compete DTVM Ltda, Positiva DTVM Ltda, Gradual CTVM Ltda e Banco Crefisul s/a (fls. 15) e outros, mencionados pela recorrente a fls. 629.

A fiscalização promoveu a circularização dos pagamentos, sendo que os beneficiários confirmaram os recebimentos das comissões, sem, contudo especificar as operações sobre as quais foram cobradas, salvo a Positiva que informou corresponderem à operações com títulos da dívida agrária para o Unibanco.

Foram consultadas instituições financeiras que negociaram com a recorrente e nenhuma delas demonstrou ou comprovou a participação de terceiros nas operações da recorrente, não sendo possível estabelecer a participação dos beneficiários das comissões nas operações da recorrente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

A recorrente afirma ser praxe no mercado a indicação de negócios que merece a contraprestação de comissões, sem que os pagadores mantenham registros detalhados da base de formação da comissão, o mesmo acontecendo com os beneficiários.

As glosas de comissões foram, conforme consta de fls. 24 e 25, de:

Período	Empresa	Valor Cr\$
Ano de 1992	Banco Dime s/a	263.230.252,00
	Compete DTVM Ltda	205.222.829,00
	Gradual DTVM Ltda	1.818.000,00
	Banco Crefisul s/a	13.851.000,00
	Soma do ano de 1992	484.122.081,00
Março de 1993	Compete DTVM Ltda	386.276.124,00
Maio de 1993	Compete DTVM Ltda	1.060.059.933,00
Dezembro 1993	Positiva DTVM Ltda	3.985.425,74

O recurso voluntário trata, no item das Comissões Pagas, ao Banco Dime s/a (Atual Bando de Crédito Metropolitano s/a), Compete DTVM Ltda, Positiva DTVM Ltda, Gradual DTVM Ltda, Banco Sogeral e Banco Crefisul. Estarei tratando das empresas elencadas no termo de verificação fiscal e integradas ao auto de infração, somente.

Conforme verificações no processo, os beneficiários das comissões confirmaram seu recebimento e, invariavelmente, sob alguma ou outra forma de expressão informaram ser operações de praxe no mercado, mas não possuem qualquer registro extra contábil, anotação ou memória que possa indicar a base e os termos das comissões recebidas. Isso, mesmo contando de alguns recibos a indicação de algumas operações.

Os titulares dos títulos negociados, Goldfarb (fls. 199) afirma que nas operações *"não houve participação de terceiros"*; Safic (fls. 202) declara que *"foi negociada diretamente com a Somartec ..."*; GHG (fls. 205 e 206) relata operações sem menção a intermediação; Unibanco (fls. 209 a 211), *"... não dispomos de qualquer informação adicional, que permita confirmar a ocorrência de intermediação ..."*; Banco Paulista (fls. 215) *"... não havendo meios de sabermos se houve ou não intermediação de terceiros ..."*; Laeta



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

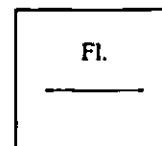
(fls. 218), relata a operação de compra junto à Somartec sem menção a intermediários; Banco de Crédito de São Paulo (fls. 221) afirma ter realizado operação diretamente com a Somartec, *"Não houve participação de outra Instituição na negociação."*; Multi Banco s/a (fls. 224) afirma ter operado diretamente com a Somartex, e que *"Não houve intermediação de terceiros ..."*; Deutsche Bank (fls. 227) informa que operou diretamente com a Somartec; Lloyds Banc (fls. 231) informa que operou *"diretamente e somente com a Somartec"*; Banco BBA (fls. 237) informa que operou diretamente com a somartex; Socopa (fls. 240) afirma que *"Não existiram participações de terceiros nem tampouco de outras instituições financeiras."*; Torre DTVM (fls. 244) informa que *"... diretamente com a Somartex Não houve participação de instituição financeira."*; Cedro (fls. 250) afirma que *"... diretamente com a Somartec"*; Sendo (fls. 253), afirma que *"... diretamente com a Somartec não havendo participação de terceiros."*; Orla (fls. 256), declara que a operação foi direta com a Somartec *"... não podemos precisar se houve contatos telefônicos com outras instituições pois tais fatos não ficam registrados."*; Máxima (fls. 259), afirma serem os negócios diretos, *"não sendo de nosso conhecimento participações de outras instituições."*, ainda CEF (fls. 262), Engeglobal (fls. 266) e Banespa (fls. 270) confirmam que as operações envolvendo a Somartec são diretas e não indicam qualquer intermediário, agente ou comissionado.

A Somartec, em correspondência dirigida à Receita Federal (fls 272) indicou com clareza sua explicação dos fatos:

"Como é praxe de mercado, visando lícitos interesses comerciais, a indicação de clientes entre instituições financeiras é ato legalmente válido e eficaz. Através deste procedimento processam-se operações normais de venda e compra em que as partes, por vezes, não desejando revelar ao cliente sua presença direta no negócio, entabula com outra instituição financeira a efetiva realização do negócio, passando a ser esta instituição a que consuma a operação. Assim, em tais casos é bastante comum que quem tenha indicado o cliente para a instituição financeira nem apareça diretamente no negócio, motivo pelo qual o cliente jamais poderá identificá-lo como parte no processo negocial."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA



Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

No caso presente, as solicitações materiais formuladas por V.Sas. não podem ser obtidas diretamente com os clientes envolvidos, pois que estes não obrigatoriamente sabem do modo operacional utilizado entre as instituições financeiras envolvidas. Para que tanto fosse satisfeito, somente as partes que pessoalmente fecharam o negócio estariam autorizados a confirmar ou não a ocorrência das indicações.

Contudo, face ao tempo transcorrido entre as operações objeto e a presente data, vários dos operadores envolvidos já não mais trabalham nas instituições financeiras mencionadas por V.Sas., isso sem se considerar o fato de que, em decorrência do número elevadíssimo de operações que o Mercado realiza no seu dia-a-dia.

*Portanto, não é possível à Contribuinte atender as solicitações formuladas por V.Sas. quanto ao tópico aqui observado, pois independe dela apenas a confirmação dos fatos sob questionamento.**

Nessa linha de fatos a questão pode ser dirimida.

As operações apontadas pela recorrente, pelos documentos do processo, se revelam verdadeiras e o pagamento das comissões foi efetuado em cheques e sua contabilização foi confirmada pelos beneficiários.

O que não está demonstrado nos autos é a participação dos beneficiários das comissões em qualquer das operações mencionadas, agindo como intermediário, agente, indicador de negócios ou de qualquer outra forma que pudesse ser remunerada por comissão ou receitas de qualquer forma.

A jurisprudência deste Colegiado é pacífica pela exigência da descrição da causa, dos cálculos e da comprovação da necessidade do pagamento de comissões, como se pode exemplificar:

** – COMISSÕES – As importâncias pagas ou creditadas a título de comissões não dispensam pormenores a respeito da operação que dê causa à concessão do benefício, por meio de íntimo relacionamento que demonstre, inequivocamente, ter o beneficiado interferido na obtenção do rendimento operacional (Ac. 1º CC 101-72.727/81 e*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

72.812/81 – Resenha Tributária, Seção 1.2, Ed. 02/82, pág. 64, e Ed. 05/82, pág. 157).

- COMISSÃO – São indedutíveis as importâncias pagas a título de comissões, sem indicação da operação ou da causa que lhes deu origem (Ac. 1º CC 101-73.307/82 e 103-06.630/85 – Resenha Tributária, Seção 1.2, Ed. 40/82, pág. 1194, e Ed. 39/85, pág. 1106).

- COMISSÕES – Indedutíveis como despesas as que não forem adequadamente comprovadas (Ac. 1º CC 103-5.041/82 – Resenha Tributária, Seção 1.2, Ed. 29/83, pág. 805).

- COMPROVAÇÃO – As despesas com comissões sobre vendas devem ser provadas com documentos hábeis, não bastando a menção de cheques pagos a pessoa que se denomina de “representante” (Ac. 1º CC 103-9.723/89 – DO 24/07/90).

- PROVA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – Para deduzir uma despesa, não basta comprovar que ela foi assumida e que houve o desembolso. É indispensável, principalmente, comprovar que o dispêndio corresponde à contrapartida de algo recebido e que, por isso mesmo, torna o pagamento devido. Inaceitável a dedução de pagamentos de serviços identificados, em nota fiscal, como de assessoria, sem quaisquer documentos comprobatórios de sua prestação e descrição da assessoria (Ac. 1º CC 103-5.385/83 – Resenha Tributária, Seção 1.2, Ed. 14/84, pág. 337).”

Não vejo no processo a necessária intervenção dos beneficiários das comissões nas operações que poderiam ter-lhe dado causa, mesmo diante das alegações da recorrente de que as declarações trazidas ao processo apresentem dúvidas de interpretação. Nem mesmo diante de sua alegação de ser praxe do mercado a intervenção de terceiras pessoas, indicando de forma anônima negócios ou interessados.

E não se trata de negar validade aos pagamentos ou negar sua existência, trata-se apenas de apreciar as condições de sua dedutibilidade diante da não comprovação de positiva atuação de terceiros nas operações indicadas nos recibos de comissões.

A fiscalização aprofundou a ação de pesquisa de forma a esgotar a oitiva das empresas envolvidas nas operações e não se revelou visível uma sequer operação que



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

justificasse o pagamento de comissão por efetiva participação dos beneficiários nas possíveis operações de que poderiam ter participado.

Nessa pesquisa ficou indicado o percentual das comissões nas operações, sendo que, com relação às comissões pagas ao Banco Dime e Compete foram os seguintes os percentuais, com relação ao ganho bruto (amostragem):

Fis.	Percentual Comissões Terceiros	Percentual Ganho Líquido
26	80,00	20,00
26	80,00	20,00
26	72,15	27,85
26	76,94	23,06
27	90,00	10,00
28	89,99	10,01
29	86,43	13,57
30	94,99	5,01
31	95,3	4,70
32	95,00	5,00
33	90,00	10,00
34	86,78	13,22
35	57,40	42,60

Como se observa a divisão do ganho bruto teria ocorrido em vantagem significativa aos beneficiários diante da remuneração da requerente, não sendo possível avaliar tal relação diante da praxe do mercado, uma vez que as declarações dos beneficiários (algumas) indicam que não praticavam idênticas operações com outras instituições.

Quanto a representarem praxe no mercado, é possível que realmente o mercado pratique tal modalidade de participação anônima em operações de terceiros, mas isso, por si só não convalida os aspectos fiscais das operações, uma vez que devem ser elas devidamente demonstradas e atendidos todos os requisitos de dedutibilidade.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

Assim, encaminho meu voto pela manutenção da exigência, relativamente a esse item.

O segundo item versa sobre operações de *day-trade* realizadas no período de novembro e dezembro de 1993 e fevereiro de 1994.

As operações não ocorreram, portanto, sob a vigência do art. 20, I, da Lei nº 8.383/91, que passou a exigir a compensação de resultados com operações semelhantes e, apesar de não trazer no auto de infração a capitulação legal, mencionou no termo de verificação fiscal (fls. 25) o artigo 28 da Lei nº 8.383/91¹. Isso porque a Lei nº 8.541/92 instituiu nova modalidade de tributação para as distribuidoras de títulos e valores mobiliários. Se verá adiante, porém, se ambas as legislações podem coexistir sob certos aspectos, ou seja, se houve a revogação apenas parcial.

A recorrente se defende alegando que *"quanto aos prejuízos auferidos em operações day-trade, compensados com ganhos de outra natureza: por se tratar de instituição financeira, ou equiparada, a limitação imposta no artigo 28, da Lei nº 8.383/91 não lhe é aplicável."* (fls. 645).

A recorrente traz, a fls. 646, trecho da decisão recorrida, de teor:

¹ Art. 28. Os prejuízos decorrentes de operações financeiras de compra e subsequente venda ou de venda e subsequente compra, realizadas no mesmo dia (*day-trade*), tendo por objeto ativo, título, valor mobiliário ou direito de natureza e características semelhantes, somente podem ser compensados com ganhos auferidos em operações da mesma espécie ou em operações de cobertura (*hedge*) à qual estejam vinculadas nos termos admitidos pelo Poder Executivo.

§ 1º O ganho líquido mensal corresponde às operações *day-trade*, quando auferido por beneficiário dentre os referidos no art. 26, integra a base de cálculo do imposto de renda de que trata o mesmo artigo.

§ 2º Os prejuízos decorrentes de operações realizadas fora de mercados organizados, geridos ou sob responsabilidade de instituição credenciada pelo Poder Público, não podem ser deduzidos da base de cálculo do imposto de renda e da apuração do ganho líquido de que trata o art. 26, bem como não podem ser compensados com ganhos auferidos em operações de espécie, realizadas em qualquer mercado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

"f) "19. Somente a título de informação, a indedutibilidade das perdas com operações day trade não alcança as perdas apuradas por instituição financeira, sociedade de seguro, de previdência e de capitalização, sociedade corretoras de títulos e valores mobiliários e sociedade de arrendamento mercantil, em operações day trade realizadas nos mercados de renda fixa, de renda variável e de câmbio, a partir de 1º de janeiro de 1996, é o que dispõe o art. 17, § 6º da Instrução Normativa nº 02 de 19/01/1996."

Penso que tal argumento não encontra respaldo na legislação, uma vez que a IN nº 02/96 buscou interpretar a legislação produzida em 1995 (Lei nº 8.981/95, Lei nº 9.065/95, Lei nº 9.249/95 e MP nº 1.286/96).

A recorrente argumenta (fls. 670) que as empresas em geral eram tributadas exclusivamente na fonte, em operações desta natureza, na forma do artigo 36 da Lei nº 8.541/92 e que:

"no entanto, essa sistemática de tributação não era aplicável às instituições financeiras, dentre as quais as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários – caso da Recorrente -, nos termos do que estabelecia o artigo 37, da mesma Lei nº 8.541/92: (...)"

É verdadeira a afirmativa da recorrente de não estar submetida ao regime de exclusividade de fonte do artigo 36 da Lei nº 8.541/92, uma vez que se submete ao artigo 37, que em seu § 1º prevê que seus resultados comporão o lucro real.

O artigo 36 da Lei nº 8.383/91 previa expressamente a tributação exclusiva na fonte para operações iniciadas a partir de 01.01.1993, inclusive operações de *day-trade* (§ 6º).

A nova regulamentação trazida no bojo da Lei nº 8.541/92, em seu artigo 37 teve vigência a partir da publicação do ato (24.12.1992), estando as operações em questão sob exame sob sua vigência.

É de se ver se os argumentos trazidos pela recorrente a fls. 671 são adequados:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

“Assim, sendo a Recorrente uma sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, as operações de day-trade por ela efetuadas não estavam sujeitas ao regime de exclusividade de fonte.

Desta maneira, tais rendimentos eram tributados no balanço da sociedade, conjuntamente com os demais resultados dos períodos-base, mas não exclusivamente na fonte, regra aplicável às pessoas jurídicas não-financeiras. Assim, no caso de pessoas jurídicas financeiras, estes rendimentos com operações day-trade eram tributados juntamente com os demais rendimentos da sociedade, o mesmo acontecendo com as perdas apuradas em tais aplicações, as quais eram dedutíveis da apuração do lucro real, vez que não havia tributação diferenciada destas operações day trade, quando realizadas por pessoas jurídicas financeiras.

Esta interpretação é a única possível mediante a leitura da legislação em questão. E mais, se fosse intenção do legislador que a tributação no caso de operações day trade praticadas por instituições financeiras seguisse a regra geral, válida para as demais pessoas jurídicas, teria feito esta ressalva, conforme aconteceu exclusivamente em relação às operações com fundos de aplicação financeiras (FAF), nos termos do artigo 37 da Lei nº 8.541/92, quando ressaltou as operações de que trata o artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.383/91.”

O quadro que se desenha exige a interpretação integrada dos artigos 36 e 37 da Lei nº 8.541/92, uma vez que é necessário definir se a ressalva do artigo 37 tira das sociedades distribuidoras a submissão à regra de apuração periódica, fato que não se pode atrelar à sistemática do imposto de renda na fonte, uma vez que é possível coexistir a apuração periódica com a tributação de fonte, como é possível a apuração periódica com inclusão do resultado na base do lucro real.

A exemplificação de que seria necessária a exclusão das distribuidoras no mesmo tom dado às associações de poupança e empréstimo (§ 2º do art. 37) não me parece ser adequada, uma vez que ela está estabelecida com vistas à manutenção da sistemática de tributação exclusiva na fonte. Ao excluí-las da sistemática do lucro real resta entender que permaneceram elas na sistemática principal de tributação exclusiva na fonte, tratando-se de exceção da exceção.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

A exceção, se aplicada mediante menção expressa das distribuidoras, as remeteria à sistemática geral de retenção exclusiva na fonte, o que não condiz com o texto legal.

A recorrente admite que (fls. 671):

" ... as operações de day trade pactuadas com títulos de renda fixa, como ocorre no presente caso, eram consideradas operações de renda fixa, conforme expressamente mencionado no parágrafo 6º, do artigo 36, da Lei nº 8.541/92."

Logo, inquestionável a natureza das operações, o que limita o campo de análise ao elemento temporal de apuração dos resultados.

E mais, se o artigo 28 da Lei nº 8.383/91 pode conviver com a Lei nº 8.541/92.

Encontro no artigo 28 da Lei nº 8.383/91 a limitação na compensação das perdas pelo cotejo com resultado de operações com bens ou direitos de mesma natureza.

Essa sistemática não foi revogada nem alterada pela legislação superveniente no período alcançado pela ação fiscal.

Podem, portanto conviver o artigo 28 da Lei nº 8.383/91 e a normatização trazida na Lei nº 8.541/92.

A lei nº 8.541/92 veio, porém, alterar parcialmente a normatização da tributação dos resultados das operações de *day trade*, no que respeita à incidência do imposto de renda na fonte, tendo excluído as distribuidoras da norma geral de incidência de fonte e determinado a inclusão dos resultados (apurados na forma do art. 28 da Lei nº 8.383/91) na apuração do lucro real.

Entendo que a aplicação do limite das perdas em operações *day trade* não desnatura a tributação integrada dos resultados da empresa, apenas impõe um limite



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Fl. _____

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

isolado a determinado aspecto tributário, nada justificando a pretensão de aplicar a tais resultados as regras gerais de apuração dos resultados operacionais por simples comparação entre as receitas e despesas e custos gerais da empresa.

Ainda, a recorrente baseou argumentos no entendimento de que as operações eram praticadas na forma de praxe do mercado, o que as tornaria adequadas.

Nesse aspecto parece-me que o procedimento corrente no mercado não deve alterar as características tributárias das operações, que são regidas pela lei formal que somente é alterada por outro ato expresso do poder legislativo (nas diversas formas possíveis), independentemente de procedimentos diversos do mercado.

Assim, voto pela manutenção da glosa intentada pela fiscalização relativamente às operações de *day trade*.

Relativamente à utilização da variação da taxa Selic como parâmetro dos juros moratórios, é assente nesse Colegiado sua legalidade, como eco do Judiciário, sendo de se mencionar a decisão do STJ no Ag nº 663.218/RS, cuja ementa reproduzo:

"Agravado Regimental no Agravado de Instrumento. Aplicação da taxa Selic nos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública. Legalidade. Agravado desprovido. 1. A taxa Selic, por ser cabível nos casos de restituição ou compensação de tributos, deve incidir, mutatis mutandis, também nos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública, uma vez que entendimento contrário feriria o princípio da isonomia. 2. Agravado Regimental desprovido." (Ac. Um. Da 1ª T do STJ – AgRg no Ag 663.218/RS (2005/0035570-3) – Rel. Min Denise Arruda – j 18.10.2005 – Agte.: Cooperativa Mista Tucunduva Ltda.; Agdo.: INSS – DJU 1 14.11.2005, p 196 – ementa oficial) ²

Voto pela manutenção de seus efeitos financeiros.

² In Repertório de Jurisprudência IOB, Vol. 1 nº 23/2005, pág. 893 (1/21379).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

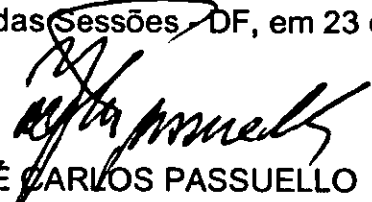
Fl.

Processo n.º : 13805.005658/97-63

Acórdão n.º : 105-15.555

Assim, diante do que consta do processo, voto por conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

Sala das Sessões - DF, em 23 de fevereiro de 2006.


JOSÉ CARLOS PASSUELLO