



MINISTÉRIO DA FAZENDA

fas/.

Sessão de 15 de julho de 19 87

ACORDÃO N.º 101-77.254

Recurso n.º 91.231 - IRPJ - EX: DE 1984

Recorrente EPP - ENGENHARIA PROJETO E PLANEJAMENTO 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; descrita 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 EPP - ENGENHARIA PROJETO E PLANEJAMENTO 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 15 de julho de 1987.


URGEL PEREIRA LOPES - PRESIDENTE E RELATOR


VISTO EM AGOSTINHO FLORES - PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL
SESSÃO DE 16 JUL 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 13811-002.268/84-74

RECURSO Nº: 91.231

ACÓRDÃO Nº: 101-77.254

RECORRENTE Nº: EPP - ENGENHARIA PROJETO E PLANEJAMENTO LTDA.

R E L A T Ó R I O

EPP - ENGENHARIA PROJETO E PLANEJAMENTO LTDA., con-
tribuinte jurisdicionada à D.R.F. em São Paulo-SP, recorre a este
Conselho pleiteando a reforma da decisão de primeiro grau.

2. Em consequência de ação fiscal externa, iniciada em
14.12.84, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 265, com data de
18.12.84, onde se lê que a contribuinte, no exercício de 1984, a-
no-base de 1983, fez:

"Dedução indevida, na determinação do lucro real,
de prejuízos gerados em operações "day-trade" ir-
regulares no mercado de opções das Bolsas de Valo-
res, no ano de 1983, efetivadas com artificialis-
mo nos termos da Deliberação CVM nº 14/83, des-
se modo gerando prejuízos que não satisfazem os
requisitos de dedutibilidade previstos na legisla-
ção do imposto sobre a renda."

3. Dentro do prazo a contribuinte apresentou a impug-
nação de fls. 30/41. Alegou, em síntese: (a) que a intimação para
pagamento do imposto de renda encontra-se eivada de erros. Citou o
art. 642 do RIR/80 e afirmou que nenhum procedimento pode derivar
de simples presunção de irregularidades. (b) Que o Auto foi lavrado
por supostas irregularidades no mercado de opções, não apuradas'
nem comprovadas. (c) Que operou e opera no mercado de opções, su-
jeita a lucros e prejuízos, mas não procede a alegação, sem pro-
vas, materiais e seguras, que operou com malícia e artificialismo.

Acórdão nº 101-77.254

Daí em diante argumenta na mesma linha, confrontando a lisura do seu proceder com a falta de provas em contrário.

4. Na repartição de origem foi produzida a informação de fls. 65/74, descrevendo, em detalhes, as operações da autuada e os pressupostos fáticos e jurídicos da atuação e do conseqüente lançamento.

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

6. Ciente em 24.04.86, a contribuinte, em 21.05.1986, aduziu as razões de defesa de fls. 76/82, na linha de raciocínio da impugnação primeira.

7. Decisão de primeiro grau a fls. 96/103, 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 CST nº 28/83 e Deliberação CVM nº 14/83, visando a geração de prejuízos fictícios com a finalidade de reduzir ou evitar o pagamento de imposto de renda.

Provada a ocorrência de evidente intuito de fraude, impõe-se a aplicação da Multa de 150% (cento e cinquenta por cento) prevista no 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. Ciente em 13.02.87, a contribuinte interpôs o recurso voluntário de fls. 108/119, com protocolo de 10.03.87. Reitera e ratifica as defesas anteriores, inclusive quanto ao pedido de

Acórdão nº 101-77.254

diligências com base no art. 17 do Decreto nº 70.235/72, junto à corretora Comind. Diz que o Auto de Infração é escudado na Deliberação nº 14, de 23.12.83, da C.V.M., declarando ilegítimas as operações que fossem realizados com a finalidade de gerar lucros ou prejuízos, mas admite que essas operações atenderam aos requisitos legais e formais, entrando em contradição. Que o dolo não se presume. Que as listagens complexas fornecidas pela CVM deveriam vir lastreadas em provas em concreto, pela própria CVM, através de apuração minuciosa, com abertura de inquérito administrativo. Relaciona jurisprudência contrária à tributação com base na prova indiciária.

Prossegue nesse diapasão. Reporta-se a pareceres de juristas de São Paulo favoráveis aos interesses dos investidores na modalidade "day trade".

É o relatório.

V O T O

Conselheiro URGEL PEREIRA LOPES, Relator:

O recurso é tempestivo.

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.

Extrai-se da peça de fls. 65/74 que complementou e explicitou o lançamento consubstanciado no auto de infração de fls. 25:

"A pessoa jurídica acima identificada foi lançada através do auto de infração de fls. 25, em razão de ter deduzido indevidamente, na determinação do lucro real do exercício financeiro de 1984 - período-base de 1983, a importância de Cr\$ 68.230.915, referente aos prejuízos obtidos duran-



te o ano de 1983 em operações "day-trade" irregulares no mercado de opções da Bolsa de Valores de São Paulo (Cr\$ 64.925.000) e às despesas relativas a comissões e taxas (Cr\$ 3.305.915).

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 as 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. 59/61), foi iniciada a apuração das irregularidades e de 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. 63/64) 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 prejuízo para pessoas jurídicas e lucro para pessoas físicas.

6. Essa configuração de negócios em que as partes e contra-partes se repetem ou se entrecruzam tanto na ida quanto na volta dos lotes de opções que fecham as respectivas operações "DAY-TRADE" é comprobatória da existência de um prévio - ajuste, pois, num contexto de operações regulares no mercado de opções, é razoável que um ou vários especuladores realizem operações "DAY-TRADE" aproveitando-se das freqüentes oscilações das cotações dos



Acórdão nº 101-77.254

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 IN VARIABELMENTE 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 nº 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 estatuidos na Lei número 6.385/76 que disciplina o mercado de valores mobiliários, tanto assim que a Comissão de Valores Mobiliários baixou a Deliberação nº 14, de 23.12.83, definindo que os negócios do tipo comentado, "realizados com a finalidade de gerar lucro ou prejuízo previamente 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 nas regulamentação das Bolsas de Valores.



Acórdão nº 101-77.254

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. 62), apresenta o resumo da(s) rede(s) de negócios das quais o referido impugnante participou, identificando no seu cabeçalho o impugnante através do seu respectivo nome, endereço, CGC/CPF e natureza jurídica de sorte a apresentar os resultados que obteve na(s) REDE(s) em que esteve envolvido, destacando-se os elementos principais das operações realizadas pelo impugnante na REDE, ou seja, sua identificação por código da própria corretora na Bolsa; número de identificação da REDE; código da série de opção negociada; data das operações; registro, em milhares, de quantidade das ações negociadas através das opções de compra, registro 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 do impugnante numa determinada corretora e a linha "TOTAL DO CGC/CPF" expressa o somatório dos resultados obtidos em cada corretora.

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

a) Na parte superior:

DATA: dia da realização das operações em Bolsa;

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



Acórdão nº 101-77.254

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 corretora que intermediou a operação;

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

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

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

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

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

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

QUANTIDADE: registra, em milhares, por comitente;

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

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

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

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

Acórdão nº 101-77.254

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 realizam 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. 62- que a pessoa jurídica EPP ENGENHARIA PROJETO E PLANEJAMENTO LTDA., atuando na corretora COMIND S/A CCVM - código 051-5, com o código de cliente 13994-4, participou de 2 redes de negócios nos dias 12.07.83 e 13.07.1983, realizando "prejuízos" no montante de Cr\$ 64.925,000, utilizando-se dos esquemas: "IDA E VOLTA" dos lotes e "MISTO".

17. Examinemos preliminarmente a rede de número 0274, fls. 536, do esquema "IDA E VOLTA" dos lotes, onde a corretora COMIND S/A CCVM - código 051-5, compra entre 13:07 hs e 13:15 hs. em nome de sua cliente pessoa jurídica EPP ENGENHARIA PROJETO E PLANEJAMENTO LTDA. - código 13994-4, através de 6 negócios, opções sobre 61,4 milhões de ações VALE DO RIO DOCE PP, sendo: 35,7 milhões de CELSÔ



SILVEIRA MELLO FILHO - código 00956-0, cliente da corretora ACEITE CCVM S/A - código 047-7 e 25,7 milhões da SOVALORES DTVM LTDA. - código 01411-4, cliente da corretora BOZANO SIMONSEN S/A CCVM, ao preço unitário de Cr\$ 2,90 a opção sobre cada ação.


18. Decorridos 20 minutos da última compra inicia-se a reversão das posições, com a realização de 8 negócios seqüenciados, envolvendo no seu total a mesma quantidade de opções da mesma série, só que, agora a posição vendedora é atribuída à EPP ENGENHARIA PROJETO E PLANEJAMENTO LTDA. e a compradora a: SOVALORES DTVM LTDA e CELSO SILVEIRA MELLO FILHO, sendo: 25,7 milhões e 35,7 milhões, respectivamente, ao preço médio unitário de Cr\$ 2,20, fechando a operação "day-trade", na qual a pessoa jurídica EPP ENGENHARIA PROJETO E PLANEJAMENTO LTDA realizou um prejuízo de Cr\$ 42.980.000 e a pessoa física CELSO SILVEIRA MELLO FILHO e a pessoa jurídica SOVALORES DTVM LTDA "lucraram" coincidentemente Cr\$ 42.980.000.

19. O fato da SOVALORES DTVM LTDA aparecer como ganhadora nesta rede de nº 0274 é uma aparente exceção, pois a sua qualidade de integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários lhe possibilita refaturar as operações que obtêm lucros para clientes pessoas físicas, o que foi observado sistematicamente nestes casos.

20. Importa ressaltar que nas operações como a descrita acima os "prejuízos" realizados pelas pessoas jurídicas sempre correspondem aos "lucros" auferidos pelas pessoas físicas, tudo dentro do contexto das operações "pré-ajustadas", com evidente conotação de evasão fiscal.

21. Examinemos agora a rede de nº 0279, fls. 64, do esquema "MISTO", onde há a participação de 5 corretoras e 9 comitentes, sendo 3 pessoas jurídicas e 6 pessoas físicas, com o esperado resultado de prejuízo para as pessoas jurídicas, com exceção de AUTO POSTO VEIGA FILHO e lucro para as pessoas físicas.

22. Vejamos como a pessoa jurídica EPP ENGENHARIA PROJETO E PLANEJAMENTO LTDA realiza o seu "prejuízo" de Cr\$ 21.945.000. Às 12:12 hs. e 12:17 hs. a corretora COMIND S/A CCVM - código 051,5, compra por conta da sua cliente EPP ENGENHARIA PROJETO E PLANEJAMENTO LTDA - código 13994-4, em 3 negócios um lote de opções sobre 34,1 milhões de ações VALE DO RIO DOCE PP, ao preço unitário de Cr\$ 2,55, sendo: 11 milhões de ZAKI SALIM ELIA - código 005503, cliente da corretora CIDADE DE SÃO PAULO CVMC LTDA - código 065-5 e 23,1 milhões de RUBENS OMETTO SILVEIRA DE MELLO - código 00934-9 ,



Acórdão nº 101-77.254

cliente da corretora ACEITE CCVM S/A - código 047-7.

23. Decorrida 1 hora e 4 minutos, através da realização de 11 negócios, inicia-se a reversão de sua posição, vendendo o lote de 34,1 milhões, ao preço médio unitário de Cr\$ 1,90, sendo: 4 milhões a SYRIACO A. NETO, 4 milhões a SERGIO MACHADO DÓRIA; 3 milhões a AUTO POSTO VEIGA FILHO LTDA e 23,1 milhões a RUBENS OMETTO SILVEIRA MELLO, realizando um prejuízo de Cr\$ 21.945.000 acima apontado.

24. Outros participantes desta rede realizaram operações "day-trade" de sorte que as pessoas jurídicas realizaram "prejuízos", no montante de Cr\$ 42.105.000, com exceção da AUTO POSTO VEIGA FILHO LTDA, que juntamente com as pessoas físicas obtiveram "lucros" que somam coincidentemente Cr\$ 42.105.000.

25. Embora a pessoa jurídica AUTO POSTO VEIGA FILHO LTDA participante desta rede de negócios nº 0279 apareça como ganhadora, reconheceu tacitamente a origem artificial do resultado obtido, não computando-o na apuração do lucro real.

26. Cabe ressaltar ainda por curioso e revelador que as pessoas físicas: ARMÊNIO DOS SANTOS GASPAR NETO, SÉRGIO MACHADO DÓRIA, SYRIACO ATHERINO NETO e ALEXANDRE ATHERINO participantes da rede de negócios nº 0279, reconheceram a origem artificial dos resultados obtidos, pagando o imposto suplementar lançado pela SRF, correspondente aos ganhos obtidos em operações "day-trade" irregulares.

27. Por outro lado, o Sr. ZAKI SALIM ELIA participante da rede nº 0279, também reconheceu a origem artificial dos resultados obtidos, declarando-os na cédula H da declaração de rendimentos.

28. Não resta dúvida, portanto, que as operações retro descritas resultaram de um conluio entre as corretoras envolvidas para numa manobra de despistamento tentarem conferir aparência de normalidade às operações nas quais ajustam previamente o ganho e a perda de seus clientes."

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.



Acórdão nº 101-77.254

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 ocorrência 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 readquirirá 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 op



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL Processo nº 13811-002.268/84-74

Acórdão nº 101-77.254

ções 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 mercado, 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

B.

Acórdão nº 101-77.254

pouquíssimos compreendem ou são capazes de explicar como funcio
nam. A operacionalidade complexa e sofisticada que lhe é ineren
te somente uns poucos iniciados dominam.

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

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 "esquen
tar" ou "esfriar" recursos, fugindo à incidência do tributo.

Nada melhor do que utilizar instituição tão pres
tigiosa, pública e sabidamente fiscalizada, para afastar suspei
tas e questionamentos sobre ganhos obtidos na "economia subter
rânea", 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 essencial
mente imune a irregularidades. Do contrário, não haveria a neces
sidade da ação fiscalizadora e sancionalizadora da CVM.

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

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

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



Acórdão nº 101-77.254

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

A prova do procedimento doloso da contribuinte resalta 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, susceptíveis 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 número 401/68, e a multa de 150% estão reproduzidos no art. 729, II, do RIR/80.

M.

Acórdão nº 101-77.254

Em vista do teor dos dispositivos legais que tipificam o evidente intuito de fraude, acima transcritos, não é preciso recorrer 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 das 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 dispositivos 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 força 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 soli

Acórdão nº 101-77.254

citados 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 recorrente insiste na realização de diligências fiscais junto à corretora COMIND. A pretensão não foi acolhida em primeira instância e não se vislumbra por que haveria de sê-lo por esta Câmara.

Os fatos probandos dão-se por provados pela sua notoriedade, assim como pelos trabalhos já demonstrados na peça acima transcrita. A contribuinte dá a impressão de querer deslocar a ação fiscal para o seio das corretoras. Com a devida vênia, tergiversa, em lugar de refutar, objetivamente, as gravíssimas irregularidades que lhe são imputadas.

Aliás, ante a contundência dos fatos arrolados em que se envolveu, ladéia em aparente subestimação da percepção

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL Processo nº 13811-002.268/84-74

Acórdão nº 101-77.254

alheia.

Sustenta, também, que o auto de infração é escudado na Deliberação nº 14, de 23.12.83, da C.V.M.

Em verdade, se bem analisadas as razões pelas quais essa Deliberação foi citada ao longo deste processo (tendo na devida consideração o seu conteúdo), 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.

Evidentemente, as práticas descritas na Deliberação seriam igualmente irregulares independentemente de sua existência.

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 dedutiveis, perante a legislação do imposto de renda.

Parece pretender-se 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 tipificar o ilícito tributário. Difícil "conspícua absurdeza" mais flagrante.

Enfim, para esses e outros argumentos da defesa, se o que foi dito não bastasse, melhor remate não se conseguria do que aquele que vem de ser dado pelo Egrégio Tribunal Federal de Recursos, por sua douta 6ª Turma, contido no Acórdão unânime prolatado no julgamento da Apelação Civil 110.406-Rio de Janeiro (7128126), sendo Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, que peço vênia para transcrever(ementa e voto):



Acórdão nº 101-77.254

APELAÇÃO CÍVIL 110.406 - RIO DE JANEIRO (7128126)

RELATOR: MINISTRO EDUARDO RIBEIRO

APELANTE: MOISÉS BENNESBY

APELADA: UNIÃO FEDERAL

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

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

V O T O

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO:- Peço vên̄ia para a dotar como razões de decidir as da sentença recorrida, verbis:

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

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

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

- 1 - os 27 negócios foram casados entre os sete comitentes;
- 2 - Os 27 negócios foram fechados somente com pessoas físicas negociando com pessoas jurídicas, e somente as pessoas físicas obtendo lucros, enquanto as empresas obtinham prejuízo;
- 3 - Em quatro negócios o autor somente negociou com a Camargo, apesar de estarem negociando "livremente" outros cinco comitentes.

Acórdão nº 101-77.254

- 4 - Em quatro negócios "livremente" feitos, com prou-se e revendeu-se a mesmíssima quantidade de ações, fenômeno que ocorreu nos outros 23 negócios.

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

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

A este Juízo merecem acolhimento as seguintes ponderações da ré:

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

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

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

Além dessas combinações impossíveis de ocorrerem livremente, é inacreditável e ilógico que experimentadas sociedades cujo objetivo social é a distribuição de títulos e valores mobiliários, possam antever, com uma fantástica clareza, nos reduzidos minutos que medeiam uma operação da outra, que irão ter prejuízo tal, daí a trinta ou sessenta dias quando se finalizar a opção, prejuízos estes projetados em decorrência da movimentação da ação no mercado à vista, nestes reduzidos minutos, e possam tomar a corajosa decisão de realizar um

Acórdão nº 101-77.254

prejuízo menor neste minguado tempo, sem aguardar um outro dia, ou outra oportunidade para anular o possível prejuízo acontecido nestes reduzíssimos segundos.

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

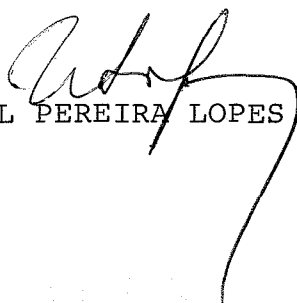
Porém, o que é absolutamente impossível de ocorrer, livremente, no livre mercado da bolsa, é que ordenado o fechamento do negócio pela sociedade, para realizar um concreto prejuízo, em substituição a um hipotético maior prejuízo daí a trinta dias, surja logo quem interessada no negócio?

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

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

Nego provimento."

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.


URGEL PEREIRA LOPES - RELATOR.