



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo n° 16327.0001482/2007-5
Recurso n° 165.962 Voluntário
Matéria IRPJ, CSLL e IRRF- Ano-calendário 2002
Acórdão n° 1101-00.027
Sessão de 13 de março de 2009
Recorrente Forte S.A. Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários
Recorrida 8ª Turma/DRJ em São Paulo - SP. I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

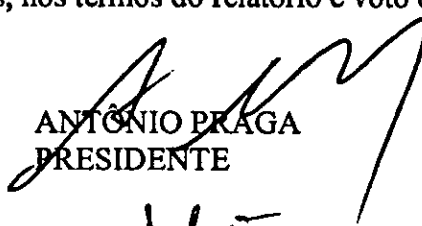
Ano-calendário: 2002

Ementa: IRPJ/CSLL/IRRF - CUSTOS/DESPESAS INEXISTENTES. – Não subsiste o lançamento quando não há nos autos elementos suficientes para provar a inexistência das despesas contabilizadas com prêmio decorrente de operações com opções flexíveis de venda de dólar.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


ANTÔNIO PRAGA
PRESIDENTE


SANDRA MARIA FARONI
RELATORA

FORMALIZADO EM: 22 JUN 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Valmir Sandri, José Ricardo da Silva, Aloysio José Percinio da Silva, José Sergio Gomes (Suplente Convocado), Alexandre Lima Andrade da Fonte Filho e Antonio Praga (Presidente da Câmara). Ausente justificadamente o Conselheiro João Carlos de Lima Junior.

Relatório

Forte S.A. Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários recorre da decisão da 8ª Turma de Julgamento da SRJ em São Paulo, que julgou procedente os lançamentos formalizados mediante autos de infração de IRPJ, CSLL e IRRF relativos a fatos geradores ocorridos em 2002, e para os quais foi imposta a multa qualificada de 150%.

O termo de verificação de infração de fls. 156/164 descreve os seguintes fatos, tidos como irregulares:

- A BM&F informou à CVM a realização de operações com opções flexíveis de dólar, na modalidade sem garantia, que, por apresentarem as características de realização, repetidamente, entre as mesmas partes com seguidos ganhos e perdas; volume e natureza das operações; e incerteza quanto à compatibilidade das respectivas movimentações de recursos com a atividade econômica e a capacidade financeira das partes em face das respectivas fichas cadastrais, foram enquadradas no art. 6º da Instrução CVM nº 301/69 e na Lei nº 9.613/98.
- Dentre as operações identificadas destacam-se aquelas realizadas entre os lançadores José Carlos Batista e Grandfood Indústria e Comércio Ltda., que obtiveram lucro, e a titular, que arcou com prejuízos, Ipanema S/A Corretora de Câmbio, Título e Valores Mobiliários, atualmente denominada Forte S/A Corretora de Câmbio, Título e Valores Mobiliários, conforme tabela abaixo:

	Lançador	Titular	Data da Operação	Data do Vencimento	Tamanho do Contrato (US\$)	Total do Prêmio (R\$)
1	São Paulo CV Ltda.	Ipanema CCTVM	22/01/02	01/03/02	18.880.000,00	136.000,00
2	São Paulo CV Ltda.	Ipanema CCTVM	22/01/02	01/03/02	40.000.000,00	500.000,00
3	São Paulo CV Ltda.	Ipanema CCTVM	24/01/02	01/03/02	24.000.000,00	249.840,00
	Total dos prêmios pagos pela Ipanema CCTVM à São Paulo CV Ltda.					885.840,00
1	Grandfood Ind. Com.	São Paulo CV Ltda.	22/01/02	01/03/02	18.880.000,00	136.000,00
2	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	22/01/02	01/03/02	40.000.000,00	500.000,00
3	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	24/01/02	01/03/02	24.000.000,00	249.840,00
	Total dos prêmios pagos pela São Paulo CV Ltda.					885.840,00

- Em todas essas operações a São Paulo Corretora de Valores Ltda. atuou como “anteparo” entre os titulares e lançadores, ou seja, figurava concomitantemente como titular de um contrato e como lançadora de outro, sendo ambos os contratos na mesma data e tendo exatamente os mesmos parâmetros, preços e quantidades.
- Em decorrência dessas operações a contribuinte deduziu do lucro líquido para apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, relativamente aos prêmios das mencionadas opções, o montante de R\$ 885.840,00, pagos a José Carlos Batista e Grandfood Indústria e Comércio Ltda., por intermédio da São Paulo Corretora de Valores Ltda.
- Pelas informações prestadas, a contribuinte, em 22/01/2002, era credora de R\$ 5.641.533,48, em contratos de *swap* cambial, razão pela qual, em operação que denominou de *hedge*, adquiriu as opções de venda de dólar, no montante de R\$ 74.880.000,00, pagando de prêmio o valor total de R\$ 885.840,00. Assim, após essa

2

operação o contribuinte ficou “vendido”, em dólar em R\$ 73.994.160,00, ou seja, seus ativos e passivos ficaram totalmente descasados.

- As justificativas das operações com opções flexíveis de dólar apresentadas pela contribuinte, no sentido de que as mesmas foram realizadas a título de *hedge*, são totalmente improcedentes, pois, ao realizar essas operações, seu patrimônio ficou “vendido” em dólar, em R\$ 73.994.160,00, não havendo qualquer proteção de risco, mas, ao contrário, o patrimônio ficou totalmente desprotegido contra variações na taxa de câmbio.
- De acordo com o laudo de fls. 04/60, ficou devidamente comprovado que as operações relacionadas no parágrafo 1.4 são fraudulentas, tendo sido montadas, deliberadamente, para resultar lucros para José Carlos Batista e Grandfood Indústria e Comércio Ltda., e prejuízos para Ipanema S/A Corretora de Câmbio, Título e Valores Mobiliários, atualmente denominada Forte S/A Corretora de Câmbio, Título e Valores Mobiliários.
- As operações não tiveram por escopo a proteção do patrimônio da contribuinte, bem como, não atenderam aos requisitos da usualidade, necessidade e normalidade, de que trata o art. 299 e §§ do RIR/99.
- Não tendo sido comprovada a operação através da qual resultou o pagamento dos valores discriminados, bem como a sua causa, eis que as operações foram consideradas inidôneas, haverá a incidência do imposto de renda na fonte, nos termos do art. 61 e §§ da Lei nº 8.891/92.
- Em face do relatado e do que consta do laudo, fica expressamente comprovado o evidente intuito de fraude, de que tratam o art. 4º, II, da Lei nº 8.291/91 e o art. 44, II, d Lei nº 9.430/96, havendo inclusive a participação da São Paulo Corretora de Valores Ltda.

Em impugnação tempestiva a empresa suscitou a decadência relativa aos fatos geradores ocorridos no mês de janeiro de 2002, por ter sido intimada dos autos de infração em 4 de setembro de 2007, aplicando-se o art. 150, § 4º, do CTN.

Quanto ao mérito propriamente, dito, desenvolveu esclarecimentos acerca das operações sob análise e demonstração de sua substância econômico-financeira, e apontou os seguintes equívocos que, a seu ver, foram cometidos no Termo de Verificação Fiscal:

- a) No item 1.2, a fiscalização alega que o indício de irregularidade viria anunciado na “realização, repetidamente, entre as mesmas partes com seguidos ganhos e perdas”. O fato é que a Impugnante realizou apenas 2 operações com a São Paulo Corretora (uma das quais foi registrada como duas operações separadas, a pedido da própria São Paulo CV).
- b) Sobre a capacidade financeira, veja-se que o montante total expendido pela Impugnante foi de R\$ 885.840,00 correspondente a 14,8% do seu lucro acumulado apenas com operações cambiais, e muito inferior ao patrimônio da corretora na época.
- c) No item 1.3, pretende-se, forçadamente, fundir duas operações e negócios distintos, como se fosse apenas um. Em momento nenhum houve transferência de fundos da

 3

Impugnante para as pessoas mencionadas no item 1.3, não tendo existido nenhum vínculo entre a Ipanema ou seus diretores e aquelas pessoas.

- d) Quanto ao afirmado no item 1.5, o prêmio de R\$ 885.840,00 foi uma despesa contraída pela Ipanema a fim de adquirir proteção à sua posição cambial (via aquisição de opções de venda de dólar). Nunca efetuou pagamentos às pessoas ali mencionadas. Contratou as opções, e pagou o prêmio, à São Paulo CV Ltda., em sua conta bancária.
- e) No item 2.1, há confusão entre o tamanho da posição cambial da Impugnante (que, como demonstrado acima, era de quase US\$ 18 milhões em 22/01/2002) com o lucro acumulado oriundo desta posição (igual a R\$ 5.991.013,00). Olvidou-se também a inclusão do lucro acumulado de R\$ 349.480,00 da posição em contratos futuros de dólar e mencionou-se apenas o lucro acumulado nos *swaps*.
- f) Ainda no item 2.1, resta consignado equívoco ainda mais grave, quando se afirma que a posição vendida deixou os “ativos e passivos da Ipanema totalmente descasados”. O grande erro é desconsiderar que uma opção de venda de dólar representa um direito, mas não uma obrigação, de se vender um dado montante de dólares à taxa de exercício. Assim, se na data de vencimento, a taxa de câmbio caísse abaixo de R\$ 2,29/US\$, no caso da opção adquirida em 22/01/2002, a corretora teria o direito de vender dólares a esta taxa. Por outro lado, se a taxa estivesse acima de R\$ 2,29/US\$, a Impugnante simplesmente abandonaria a opção e venderia os seus dólares, se quisesse, à taxa de mercado, superior a R\$ 2,29/US\$. Ou seja, em qualquer situação, a Impugnante se beneficiaria e jamais ficaria com seus “ativos e passivos totalmente descasados”. De fato, como foi visto acima, ao adquirir as opções a Impugnante limitou o prejuízo máximo que poderia ter e, além disso, passou a ter a possibilidade de auferir um lucro substancial.
- g) As citações doutrinárias citadas pela fiscalização adotam noção um tanto limitada, de que o “hedge” (proteção) consistiria na realização de “transações casadas iguais e de sentido contrário, simultaneamente no mercado a vista e no mercado a termo”. São ignoradas as opções, que são utilizadas com esta finalidade no Brasil (e no resto do mundo) há várias décadas.

Em seguida, diz ser improcedente a glosa das despesas apropriadas, afirmando que os Balanços Analíticos de 2002, o Lalur, as DIPJ'S e os documentos comprobatórios das operações, não apresentam nada de irregular. Além da regularidade contábil, constatou-se a existência de origem hábil a suportar tais pagamentos.

Aduz que o texto e a planilha consignados nos itens 1.3 e 1.4 do TVF, vão além do que fora aventado na CVM, e que o autor promove a fusão de 2 negócios jurídicos distintos, como se fossem apenas 1, daí decorrendo diversas ilações eivadas de vícios.

Afirma não haver nenhum indício de relação com “Grandfood” ou José Carlos Batista; nenhum pagamento, nem contrato, nem telefonema, nem depoimento, que pudesse descaracterizar o que está na contabilidade, nos registros da BM&F e nestes autos. Assevera que contratou apenas com a São Paulo CV Ltda, e somente para tal empresa efetuou o pagamento dos prêmios.



Diz que todo o contexto enfocado pela CVM em nada modifica o aspecto fiscal da apropriação da despesa pelo pagamento do prêmio, já que a opção não foi exercida. Assim, não há que se cogitar de lucro ou de prejuízo que se possa dizer forjado. Nenhum dos dois ocorreu, já que a Impugnante não optou pela compra do dólar no vencimento do exercício.

Argumenta que o que a CVM alega ter sido forjado é o prejuízo no mercado de opções, e não a despesa pelo prêmio pago. Por sua vez, no presente contexto da definição do lucro real, está em foco exatamente a despesa com o pagamento do prêmio, que não foi atacada na CVM..

Pondera que o único elemento econômico-fiscal relevante à tributação é incontroverso: a interessada pagou pelo serviço da São Paulo CV Ltda., e o fez para constituir proteção (*hedge*) com relação à sua exposição cambial. Trata-se de medida absolutamente normal, usual e necessária na atividade da Impugnante, que é corretora de câmbio, títulos e valores mobiliários.

Quanto ao IRRF, diz que a tese da fiscalização se apóia em relatório da CVM que as teria considerado como inidôneas. Alega que essa inidoneidade traz dois vícios: (i) ainda pende de apreciação e julgamento a defesa administrativa apresentada perante a CVM; (ii) na CVM o ilícito averiguado consistia em suposta “criação de condições artificiais de demanda e oferta no mercado de valores mobiliários”. Ou seja, questiona a legitimidade das opções. Ocorre que o prêmio pago não interfere nas condições de demanda e oferta e, portanto, não foi enfoque da CVM, sendo objeto de enfoque da Receita Federal. Em sua seara nada há para inquinar de inidôneo quanto aos pagamentos dos prêmios

Alega que o lançamento revela dupla incidência, descabida, sobre o mesmo fato dito infracional. Se não estivessem identificadas as operações, tal infração seria “corrigida” pela glosa das despesas apropriadas. Da forma como está, é nítida a dupla incidência sobre um mesmo fato supostamente contrário ao conjunto normativo. Requeru seja afastada a autuação, quer pela improcedência da capitulação na hipótese de pagamento sem causa é improcedente, pois devidamente identificados e contabilizados os pagamentos, quer pela ilegalidade da sobreposição de incidências.

Afirma que o relatório da CVM, bem como as suas conclusões são frágeis, e que houve tentativa de inserir a contribuinte em contexto alheio à sua atuação, como se integrasse tal conluio, o que não procede.

Aduz que tanto na definição do valor do prêmio, como nas margens de *hedge*, vigora a liberdade de negociação. Qualquer subjetivismo que se invoque para tentar invalidar as operações, não tem fundamento.

Quanto à qualificação da multa, diz que as imputações de fraude são precárias, na substância e na forma, devendo ser afastada a imputação de ilícito penal, com o correlato cancelamento da multa qualificada, na forma da lei.

A Turma de Julgamento rejeitou as preliminares e julgou procedentes os lançamentos.

Ciente da decisão em 22 de fevereiro de 2008, a interessada ingressou com recurso em 20 de março.



Alega nulidade da a decisão, que teria feito o enquadramento da infração, aperfeiçoando o auto de infração. Reafirma a precariedade formal do relatório da CVM e a regularidade da tributação dos seus resultados,. Diz ser descabido à decisão alegar impedimento para a verificação da legitimidade da operação de *hedge* por falta de comprovação, porque o autor do lançamento não formulou nenhuma oposição nesse sentido, anexa os documentos comprobatórios reclamados (Anexo 2) e reedita todas as demais alegações de defesa já apresentadas, inclusive quanto à decadência.

É o relatório.

Voto

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

Recurso tempestivo. Dele conheço.

O presente auto de infração originou-se de ofício encaminhado pela CVM, com cópia de relatório conclusivo da Comissão responsável pela condução de processo administrativo sancionador no âmbito daquela autarquia, para conhecimento e adoção das providências julgadas cabíveis pela Secretaria da Receita Federal.

O inquérito administrativo foi instaurado pela CVM para apurar eventual ocorrência de irregularidades relacionadas a negócios com opções flexíveis em dólar, na modalidade de registro sem garantia da BM&F, no período de 01.01.02 a 31.03.03

Por seu turno,.a investigação na CVM foi impulsionada por ofícios da BM&F informando a realização de operações com opções flexíveis de dólar, na modalidade sem garantia que apresentava as características de “realização, repetidamente, entre as mesmas partes com seguidos ganhos e perdas; volume e natureza das operações; e incerteza quanto à compatibilidade das respectivas movimentações de recursos com a atividade econômica e a capacidade financeira das partes em face das respectivas fichas cadastrais”.

No relatório da CVM consta que foram investigados 42 contratos registrados na BM&F e foi observado que a São Paulo Corretora de Valores Ltda. figurou como contraparte em praticamente todos os contratos. Segundo a CVM, a São Paulo atuou como “anteparo” entre titulares e lançadores, sem cobrar “spread”, tendo sua remuneração se restringido à comissão. Esse fato seria indicativo de que já se sabia de antemão que as opções não seriam exercidas, uma vez que as opções flexíveis na modalidade sem garantia da BM&F representavam alto risco para a corretora que, em caso de exercício, por sua posição vendida, seria obrigada a pagar mesmo sem receber o que lhe seria devido em virtude de sua posição comprada. Ou seja, apenas o conhecimento prévio de que não seriam exercidas as opções explica o fato de não se cobrado o spread relativo ao risco.

São as seguintes as operações, comunicadas pela BM&F, investigadas pela CVM:



	Lançador	Titular	Data da Operação	Data do Vencimento	Tamanho do Contrato (US\$)	Total do Prêmio (R\$)
1	Wellington S. Correa	São Paulo CV Ltda	08/05/02	10/06/02	15.950.000,00	140.360,00
2	Wellington S. Correa	São Paulo CV Ltda	28/05/02	13/06/02	17.790.000,00	222.375,00
3	Wellington S. Correa	São Paulo CV Ltda	15/08/02	26/09/02	35.000.000,00	780.500,00
4	Wellington S. Correa	São Paulo CV Ltda	06/09/02	25/10/02	11.850.000,00	750.105,00
5	Wellington S. Correa	São Paulo CV Ltda	11/09/02	16/10/02	14.000.000,00	789.600,00
6	Wellington S. Correa	São Paulo CV Ltda	10/02/02	25/10/02	11.700.000,00	824.850,00
7	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	22/01/02	01/03/02	40.000.000,00	500.000,00
8	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	24/01/02	01/03/02	24.000.000,00	249.840,00
9	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	19/03/02	23/04/02	22.000.000,00	*195.500,00
10	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	07/05/02	10/06/02	16.450.000,00	184.240,00
11	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	04/07/02	08/08/02	9.000.000,00	183.240,00
12	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	15/08/02	19/09/02	43.000.000,00	731.000,00
13	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	16/08/02	19/09/02	45.000.000,00	891.000,00
14	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	20/08/02	26/09/02	8.700.000,00	230.550,00
15	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	06/09/02	25/10/02	12.700.000,00	803.910,00
16	Mauro Lança F.Valle	São Paulo CV Ltda.	24/10/02	27/11/02	36.000.000,00	1.370.160,00
17	Grandfood Ind. Com.	São Paulo CV Ltda.	16/01/02	20/02/02	10.000.000,00	136.000,00
18	Grandfood Ind. Com.	São Paulo CV Ltda.	16/01/02	27/02/02	12.500.000,00	136.000,00
19	Grandfood Ind. Com.	São Paulo CV Ltda.	22/01/02	01/03/02	10.880.000,00	136.000,00
Total dos prêmios pagos .						9.147.940,00
1	São Paulo CV Ltda.	Banco Rendimento	08/05/02	10/06/02	15.950.000,00	140.360,00
2	São Paulo CV Ltda.	Ari Teixeira O.Ariza	08/05/02	13/06/02	17.790.000,00	222.375,00
3	São Paulo CV Ltda.	Poonet S.A.	15/08/02	26/09/02	35.000.000,00	780.500,00
4	São Paulo CV Ltda.	Poolnet S.A.	06/09/02	25/10/02	11.850.000,00	750.105,00
5	São Paulo CV Ltda.	Poolnet S.A.	11/09/02	16/10/02	14.000.000,00	789.600,00
6	São Paulo CV Ltda.	Poolnet S.A.	19/09/02	25/10/02	11.700.000,00	824.850,00
7	São Paulo CV Ltda.	Ipanema CCTVM	22/01/02	01/03/02	40.000.000,00	500.000,00
8	São Paulo CV Ltda.	Ipanema CCTVM	24/01/02	01/03/02	24.000.000,00	249.840,00
9	São Paulo CV Ltda.	Banco Rendimento	19/03/02	23/04/02	12.000.000,00	*106.800,00
10	São Paulo CV Ltda.	Laeta DTVM	19/03/02	23/04/02	10.000.000,00	*89.000,00
11	São Paulo CV Ltda.	Laeta DTVM	07/05/02	10/06/02	16.450.000,00	184.240,00
12	São Paulo CV Ltda.	Laeta DTVM	04/07/02	08/08/02	9.000.000,00	183.150,00
13	São Paulo CV Ltda.	Poolnet S.A.	15/08/02	19/09/02	43.000.000,00	731.000,00
14	São Paulo CV Ltda.	Poolnet S.A.	16/08/02	19/09/02	45.000.000,00	891.000,00
15	São Paulo CV Ltda.	Banco Rendimento	20/08/02	26/09/02	8.700.000,00	230.550,00
16	São Paulo CV Ltda.	Poolnet S.A.	06/09/02	25/10/02	12.700.000,00	803.910,00
17	São Paulo CV Ltda.	UTC Engenharia	24/10/02	27/11/02	36.000.000,00	1.370.160,00
18	São Paulo CV Ltda.	Eucatex	16/01/02	20/02/02	10.000.000,00	66.500,00
19	São Paulo CV Ltda.	Laeta DTVM	16/01/02	27/02/02	12.500.000,00	98.000,00
	São Paulo CV Ltda	Ipanema CTVM	22/01/02	01/03/02	10.880.000,00	136.000,00
Total dos prêmios recebidos						9.147.940,00

O auto de infração destacou, desse demonstrativo, as operações em que aparece a Ipanema CCTVM, antigo nome da Forte S.A Corretora de Títulos e Valores Mobiliários.

	Lançador	Titular	Data da Operação	Data do Vencimento	Tamanho do Contrato (US\$)	Total do Prêmio (R\$)
1	São Paulo CV Ltda.	Ipanema CCTVM	22/01/02	01/03/02	18.880.000,00	136.000,00
2	São Paulo CV Ltda.	Ipanema CCTVM	22/01/02	01/03/02	40.000.000,00	500.000,00
3	São Paulo CV Ltda.	Ipanema CCTVM	24/01/02	01/03/02	24.000.000,00	249.840,00
Total dos prêmios pagos pela Ipanema CCTVM à São Paulo CV Ltda.						885.840,00
1	Grandfood Ind. Com.	São Paulo CV Ltda.	22/01/02	01/03/02	18.880.000,00	136.000,00
2	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	22/01/02	01/03/02	40.000.000,00	500.000,00
3	José Carlos Batista	São Paulo CV Ltda.	24/01/02	01/03/02	24.000.000,00	249.840,00

[Assinatura]

Total dos prêmios pagos pela São Paulo CV Ltda.	885.840,00
---	------------

No item 4 do relatório, a comissão de inquérito da CVM apresenta sua conclusão, da qual transcrevo alguns trechos:

"180. O esquema fraudulento conhecido como "esquenta-esfria dinheiro" consiste, em tese, na realização de operações no mercado de valores mobiliários que, apesar de revestidas de aparente licitude, são na verdade operações simuladas para propiciar:

-Prejuízo para os participantes que pretendem apresentar perdas, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas. A contabilização deste prejuízo reduz eventual lucro tributável do perdedor, portanto, reduz o imposto a pagar, além de provocar redução efetiva no patrimônio do perdedor, pela saída dos recursos. Certamente, os recursos equivalentes a esse prejuízo são devolvidos aos perdedores pelos participantes do esquema que auferiram lucros, porém tal devolução usualmente ocorre depois que os recursos já tenham sido convertidos em moeda em espécie, em geral dólares americanos, de modo a inviabilizar o rastreamento.

Lucros para os chamados "ganhadores", que pretendem justificar o acréscimo patrimonial da pessoa física ou jurídica que o auferiu. O objetivo é conferir origem lícita a recursos já possuídos, mas que não têm origem lícita ou não foram declarados ao Fisco. Essas pessoas têm, assim, interesse concreto em dar uma origem lícita aos recursos e, portanto recolher os tributos incidentes sobre estes. Os "ganhadores" buscam a possibilidade de justificar o registro de recursos cuja fonte real se pretende ocultar, em regra dólares provenientes de transações ilícitas ou de transações não registradas perante o Fisco ou a contabilidade.

181. Quanto, todavia, o volume de recursos a ser esfriado extrapola o montante a ser esquentado. É comum a utilização de "laranjas", que, por sua vez. Podem participar consciente ou inconscientemente do esquema, mas sempre acabam por devolver ao menos boa parte do lucro.

182- Como exposto, na essência da operação "esquenta-esfria" se encontram lucros e prejuízos fictícios, criados para legalizar, respectivamente, entrada ou saída contábil de recursos. Do ponto de vista financeiro, porém, há uma real movimentação de recursos – os participantes que auferiram lucros recebem os recursos e, posteriormente, devolvem o equivalente "por fora", em espécie, para aqueles que sofreram prejuízos e fizeram o pagamento.

183- (...) a esta Autarquia cabe a investigação das operações realizadas no âmbito de sua competência, qual seja, das operações no mercado de opções, escapando-lhe, porém, a investigação tanto das origens dos recursos movimentados por meio do esquema "esquenta-esfria dinheiro", bem como das destinações dadas a estes recursos.

(...)



188. Resta claro, assim, que as operações objeto do presente inquérito se constituíram em meros artifícios criados para possibilitar a execução de um esquema, comandado pela São Paulo CV, que utilizou o mercado de opções flexíveis de dólar com a finalidade de simular a realização de operações aparentemente lícitas, mas que de fato foram arranjadas de modo a gerar lucro para os participantes interessados em apresentar ganhos e prejuízos para aqueles interessados em apresentar perdas.

(...)

195. Como interessados em apresentar perdas figuram as empresas Poolnet, Gramercy, UTC Engenharia, Banco Rendimento, Eucatex S.A., Ipanema CTVM, Laeta DTVM e Ari Teixeira de Oliveira Ariza (...)

(...)

200. Resta claro, assim, que as operações objeto do presente inquérito foram montadas, deliberadamente, conforme ficou evidenciado nos parágrafos 17 a 156, para gerar lucros para José Carlos Batista, Wellington Luis Silva Correa, Mauto de Freitas Vale e para a empresa Grandfood Indústria e Comércio Ltda. e prejuízos para Ari Teixeira de Oliveira Ariza e para as empresas Poolnet Soceedad Anonima, Gramercy Participações Ltda, UTC Engenharia Ltda., Banco Rendimento S.A., Eucatex S.A Indústria e Comércio., Ipanema S.A. Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários e, Laeta Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários (...)

201. Não resta dúvida, portanto, de que as operações descritas e analisadas no presente relatório são fraudulentas, conforme definidas pela alínea "c" do item II e vedadas pelo item I, ambos da Instrução CVM nº 08/79, uma vez que se tratou de ardil para, usando o mercado de opções, fabricar os lucros e prejuízos que interessavam aos participantes envolvidos.

202. Cabe destacar, por fim, que a Deliberação CVM nº 14/83 estabelece que as negociações efetuadas nos mercados de opções que, embora atendendo a requisitos de ordem formal, sejam realizadas com a finalidade de gerar lucro ou prejuízo previamente ajustados não se confundem com operações consideradas legítimas. Assim, por força da citada Deliberação ficou configurada, também, a criação de condições artificiais de demanda e oferta no mercado de valores mobiliários, definida pela alínea "a" do item II e vedada pelo item I, ambos da Instrução CVM nº 08/79."

De início, cumpre enfrentar as questões, levantadas pela Recorrente, relativas à utilização do Relatório da CVM para fins de lançamento tributário e à nulidade da decisão, que teria aperfeiçoado o auto de infração, procedendo ao enquadramento do lançamento, que, segundo o julgador, não restou definido no auto de infração.

Tem razão a Recorrente quando diz que o relatório da CVM não serve de "libelo pronto" para uma autuação fiscal. Porém é indubitoso que os fatos nele apurados podem ser utilizados para averiguação de suas repercussões tributárias.



Quanto ao “enquadramento” da infração, que no entendimento da Recorrente foi feito pelo julgador, não se trata, de fato, de qualquer aperfeiçoamento do lançamento, mas exclusivamente de explanação, feita pelo relator, dos motivos que conduziram a formação de sua convicção. Nesse mister, discorreu sobre a diferença entre despesa indedutível e despesa inexistente, ponderou ser necessário, à vista dos fatos descritos pela autoridade fiscal, precisar se a glosa do pagamento do prêmio pela aquisição das opções flexíveis de venda de dólar se deu por ter a autoridade considerado tratar-se de despesa indedutível ou de despesa inexistente. E da análise dos elementos colacionados pela fiscalização, entendeu que a acusação foi de despesa inexistente, pois a autoridade lançadora buscou demonstrar que o dispêndio com o prêmio foi falseado, inserido dentro de um esquema “esquenta-esfria dinheiro”, em que os resultados são pré-combinados entre as partes, com a fabricação de lucros para as contrapartes lançadoras e prejuízos para os titulares (os que arcaram com as despesas do prêmio).

Portanto, nada há de irregular, quer no auto de infração, quer na decisão recorrida, cumprindo a este Colegiado analisar o que consta dos autos e decidir se restou ou não comprovado que o pagamento do prêmio foi simulado.

Se houver prova, ainda que indireta, de que o pagamento do prêmio por parte da Recorrente não foi real, mas simulado, independentemente do resultado final do processo administrativo que corre no âmbito da CVM, e cujo escopo difere do presente, cabe recusar os efeitos tributários pretendidos pela contribuinte, que não podem causar prejuízo à Fazenda Pública.

A investigação levada a efeito no âmbito da CVM aponta vários fatos indicativos de que, sob o comando da São Paulo Corretora de Valores Ltda., ocorreu a criação de condições artificiais de demanda e oferta no mercado de valores mobiliários, num esquema destinado a conferir origem lícita a recursos pelos ganhadores, no caso José Carlos Batista, Wellington Luis Silva Correa, Mauro de Freitas Vale e para a empresa Grandfood Indústria e Comércio Ltda..

Particularmente em relação ao presente processo, o fato de a São Paulo, nos mesmos dias (22 e 24 de janeiro) em que, mediante pagamento de prêmios nos valores de R\$ 136.000,00, R\$ 500.000,00 e R\$ 249.840,00, figurou como titular de operações lançadas por José Carlos Batista e por Grandfood Indústria e Comércio Ltda., ter lançado operações nos mesmos valores, com vencimento nos mesmos dias, nas quais a Recorrente, na condição de titular, pagou-lhe prêmios em idêntico valor, e mais, que ninguém exerceu a opção, pode representar indício de que a Ipanema CCTVM tenha se prestado a participar operação simulada para “esquentar” recursos de José Carlos Batista e de Grandfood Indústria e Comércio Ltda., com ganho representado pela economia tributária que a dedução do prêmio pago lhe gerou.

Todavia, não obstante as coincidências apontadas constituam indício forte de que as operações foram formalmente montadas para aparentar os efeitos pretendidos pelas contrapartes (geração de lucro para uma e geração de perda para a outra), indícios não são provas, mas ponto de partida para a prova indireta, a presunção.

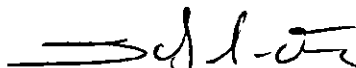
No caso, está provada a efetivação do pagamento, mediante transferência eletrônica debitada em conta corrente de titularidade da Ipanema CCTVM junto ao BCN, e não foi apontada nenhuma ligação, ainda que indireta, entre as partes, nem identificado nenhum movimento financeiro que demonstrasse a devolução dos recursos.. O relatório do inquérito, em sua conclusão, registra que *“certamente os recursos equivalentes a esse prejuízo são*

devolvidos aos perdedores pelos participantes do esquema que auferiram lucros, porém tal devolução usualmente ocorre depois que os recursos já tenham sido convertidos em moeda em espécie, em geral dólares americanos, de modo a dificultar o rastreamento.” Essa ilação, embora muito provavelmente esteja correta, não é suficiente para embasar o lançamento tributário.

Entendo não estar suficientemente provado nos autos que a despesa com o prêmio é inexistente. A simulação tem que ser provada, e embora haja fortes indícios nesse sentido, são eles insuficientes para estabelecer a presunção.

Por falta de provas suficientes, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões, DF, em 13 de março de 2009.


SANDRA MARIA FARONI

