



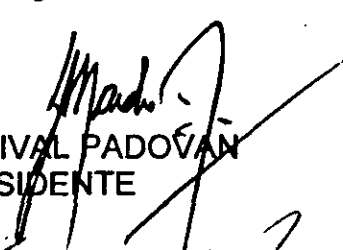
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

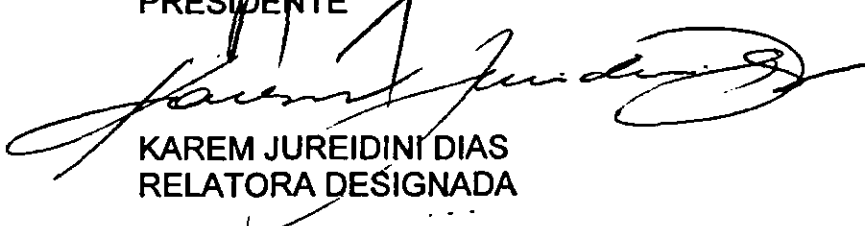
Processo nº. : 16327.000491/2004-88
Recurso nº. : 145.256
Matéria: : IRPJ e OUTRO – EX.: 2000
Recorrente : BANCO DAYCOVAL S.A.
Recorrida : 8ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 27 DE JULHO DE 2006

R E S O L U Ç Ã O Nº. 108-00.338

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANCO DAYCOVAL S.A.

RESOLVEM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, CONVERTER o julgamento em diligência. Vencidos os Conselheiros Nelson Lósso Filho (Relator), Ivete Malaquias Pessoa Monteiro e José Carlos Teixeira da Fonseca. Declarou-se impedido de participar do julgamento o Conselheiro José Henrique Longo. Designada a Conselheira Karem Jureidini Dias para redigir o voto vencedor.


DORIVAL PADOVAN
PRESIDENTE


KAREM JUREIDINI DIAS
RELATORA DESIGNADA

FORMALIZADO EM: 23 OUT 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: MARGIL MOURÃO GIL NUNES e HELENA MARIA POJO DO REGO (Suplente Convocada).



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000491/2004-88
Resolução nº. : 108-00.338
Recurso nº. : 145.256
Recorrente : BANCO DAYCOVAL S.A.

RELATÓRIO

Contra a empresa Banco Daycoval S.A., foram lavrados autos de infração do IRPJ, fls.185/188, e CSL, fls. 189/192, por ter a fiscalização constatado a seguinte irregularidade no exercício de 2000, ano-calendário de 1999, descrita às fls. 188 e no Termo de Verificação Fiscal de fls. 181/184:

"Custos, despesas operacionais e encargos não necessários. Redução indevida do lucro líquido – dedução de perdas em operações de day-trade.

Dedução indevida dos valores relacionados a perdas em operações de day-trade, originários em manobras ilícitas para a obtenção de fins vantajosos, apurados pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, contabilizadas no AC/1999, provocando a redução do Lucro Líquido para fins da determinação do Lucro Real e Contribuição Social s/ o Lucro Líquido – CSLL."

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 181/184 complementa o autuante a descrição dos fatos, do qual extraio o seguinte excerto:

"As operações eram realizadas da seguinte forma: o Banco Daycoval adquiria contratos Ibovespa Futuro a preços mais elevados e os vendia, a determinadas pessoas físicas a preços inferiores à cotação média do dia, apurando um prejuízo. Ao mesmo tempo, essas mesmas pessoas físicas adquiriam do Banco Daycoval, contratos Ibovespa Futuro a preços inferiores e os vendiam a preços do dia, apurando um lucro, exatamente igual ao prejuízo sofrido pelo Banco Daycoval. As operações não eram efetuadas diretamente (BANCO DAYCOVAL X PESSOAS FÍSICAS), mas, sim, concluídas sempre através de um intermediário (São Paulo Corretora de Valores).

Na Nota nº 004 de 25 de fevereiro de 2003, assim se posiciona a COFIS/DIMEI, analisando as denúncias da Comissão de Valores Mobiliários - CVM: "Estas operações aparentemente lícitas no mercado de valores mobiliários, porém, com um grau



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000491/2004-88

Resolução nº. : 108-00.338

de orquestração, visam de forma deliberada a produzir prejuízos para aqueles que pretendem 'esfriar dinheiro' ou seja, apresentar perdas com finalidade de contabilizá-las, reduzindo eventual lucro tributável do perdedor, sendo, portanto, uma transgressão às normas tributárias".

Por sua vez, assim conclui a comissão responsável pela condução do Inquérito Administrativo CVM nº 02/02, designada pela Portaria CVM/PTE/nº040 de 15/03/2002, em seu parágrafo 110 (fls. 173): "Assim, é da essência de uma operação 'esquenta-esfria' que os lucros e prejuízos produzidos sejam fictícios, apenas para justificar, respectivamente, a entrada ou saída contábil dos recursos. Do ponto de vista financeiro, porém, os que perdem fazem, de fato, um pagamento, mas recebem, 'por fora', o equivalente em espécie. (...) Fica claro que as operações objeto do presente inquérito foram montadas, deliberadamente, para gerar lucros para alguns e prejuízos para outros, o que se evidencia pela conta de 'soma zero' demonstrada nos parágrafos 64 a 67".

Essas operações, de acordo com as conclusões finais da Comissão de Inquérito instituída na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, encampadas pela Divisão de Mercado Financeiro e Assuntos Internacionais – da Coordenação de Fiscalização da SRF – COFIS/DIMEI, foram definidas como fraudulentas posto que montadas deliberadamente.

Por todo o exposto e considerando a constatação da inidoneidade dos procedimentos implementados pelo contribuinte, ao contabilizar suposta perda (prejuízo) em operações de day-trade, o lucro líquido do ano-calendário de 1999 foi indevidamente reduzido, para fins de cálculo do Lucro Real na determinação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

As operações acima caracterizaram a montagem de um esquema visando provocar prejuízo para o contribuinte em flagrante ofensa às disposições do artigo 299 do RIR/99.

Em razão do evidente intuito de fraude dos fatos descritos anteriormente, a multa de ofício capitulada no art. 957 do RIR/99 deverá ser agravada com base no inciso II do mencionado artigo".

Inconformada com a exigência, apresentou impugnação protocolizada em 13 de maio de 2004, em cujo arrazoado de fls. 210/249, alega, em apertada síntese, o seguinte:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000491/2004-88
Resolução nº. : 108-00.338

1- as infrações descritas no auto de infração estão baseadas exclusivamente em informações apresentadas nos relatórios elaborados pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, em inquérito administrativo ainda pendente de julgamento e instaurado por autoridade federal distinta, cujas competências divergem integralmente daquelas atribuídas à Secretaria da Receita Federal;

2- no inquérito administrativo tratou a CVM de fiscalizar operações de pessoa jurídica diversa, intermediadora de negociações de terceiros;

3- não foram efetuadas diligências para verificação da veracidade das provas apontadas no processo instaurado pela CVM;

4- a suposição fiscal de que as operações de *day-trade* são irregulares e, por isso, indedutíveis, fere o art. 142 do CTN, pois o fato jurídico tributário deve ser efetivamente verificado, para que se exija o tributo;

5- o fisco federal utilizou-se de prova emprestada, oriunda de processo administrativo instaurado por autoridade não competente para verificar descumprimento da legislação tributária. Esse processo teve a finalidade de apurar eventuais irregularidades em operações realizadas por pessoa jurídica diversa da autuada, e cujo julgamento ainda está pendente de conclusão;

6- é descabido o fundamento para a realização do lançamento tributário e, muito menos, a alegação de evidente intuito de fraude, que deve ser comprovado pela autoridade fiscal, não podendo ser admitida a simples presunção de tal ocorrência;

7- há vício na tipificação da hipótese de incidência tributária, pois os dispositivos legais indicados no enquadramento legal do auto de infração devem ter ligação com o fato descrito. Os dispositivos legais elencados pelo autuante não encontram subsunção nos fatos narrados, haja vista que os prejuízos decorrentes das operações de *day-trade* correspondem a despesas usuais, normais e necessárias, diretamente relacionadas com a atividade da empresa;

8- as operações de *day-trade* são de renda variável, imprevisíveis, cujos ganhos ou perdas não são previamente estipulados, não podendo ser



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000491/2004-88

Resolução nº. : 108-00.338

caracterizadas, à simples verificação de seus resultados, como operações de resultados combinado;

9- as operações de day-trade foram realizadas em pregão na BM&F, segundo as regras, usos e costumes do ambiente de bolsa de mercadorias e futuros. Não se pode pretender questionar a validade ou regularidade de tais operações pelo simples fato de que seus resultados implicaram redução da base de cálculo de tributos;

10- está demonstrada a legalidade das operações realizadas, não podendo ser atribuída à empresa qualquer responsabilidade pela apuração de prejuízos nas operações de day-trade, dedutíveis na apuração do lucro real;

11- conforme definido no art. 8º da Lei nº 9.959/00, não há restrições na legislação tributária para a dedutibilidade de tais prejuízos para fins de IRPJ e CSLL, não restando dúvidas que os prejuízos incorridos pela empresa atendem a todos os requisitos do art. 299 do RIR/99, na medida em que: (i) as operações são legalmente permitidas pela legislação, (ii) estão devidamente incluídas entre as operações regularmente e usualmente realizadas pelas instituições financeiras, (iii) estão diretamente relacionadas à atividade-fim da empresa e (iv) portanto, podem ser facilmente consideradas como normais, usuais e necessárias;

12- a fraude e simulação não se presumem, devendo ser sobejamente comprovadas. A Câmara Superior de Recursos Fiscais tem firmado entendimento que para restar configurada a simulação, é necessário que o ato efetivamente praticado não pudesse ser realizado, seja por vedação legal, seja por outras circunstâncias fáticas,

13 – analisando-se o conjunto de operações realizadas pela empresa durante o ano-calendário de 1999, próprias ou com seus clientes, nada

indica a existência de qualquer pretensão de transferir lucros ou “fabricar” prejuízos, não tendo fundamento a afirmação do autuante de que as operações day-trade visavam gerar prejuízos para a autuada e ganhos para terceiros;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000491/2004-88

Resolução nº. : 108-00.338

14- a autuação está apenas calcada em meros indícios. Para a lavratura de auto de infração é necessária a certeza do cometimento de alguma irregularidade;

15- não está caracterizado o evidente intuito de fraude, o que requereria a presença da figura do dolo específico, de sorte que a multa qualificada (ou qualquer multa) não se justifica;

16- ainda que se admitisse que as despesas fossem desnecessárias, e portanto indedutíveis para fins de IRPJ, seriam tais despesas dedutíveis na apuração da CSLL, pois a legislação desta contribuição não prevê a indedutibilidade de despesas desnecessárias. Quando o legislador quis atribuir a indedutibilidade de despesas para fins de CSLL o fez de forma expressa, como foi o caso dos brindes e doações, cuja indedutibilidade foi introduzida pelo art. 13 da Lei nº 9.249/95;

17- é inconstitucional a aplicação da taxa Selic como juros de mora.

Em 07 de dezembro de 2004 foi prolatado o Acórdão nº 6.239, da 8ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo, fls. 279/293, que considerou procedente o lançamento, expressando seu entendimento por meio da seguinte ementa:

"PROVA EMPRESTADA. É válido extrair de processo administrativo instaurado por outra autoridade administrativa elementos de prova para fundamentar a exigência fiscal, desde que concedido o direito de defesa ao contribuinte. A prova emprestada não se confunde com o empréstimo de conclusão. OPERAÇÕES DE DAY-TRADE. INDEDUTIBILIDADE. São indedutíveis as perdas relativas a operações de day-trade, escrituradas como de renda variável, nas quais se comprovou inexistir risco, uma vez que foram realizadas com o ajuste

doloso entre diversas pessoas físicas e jurídicas com o único fim de produzir prejuízos para uns e lucros para outros.

FRAUDE. MULTA QUALIFICADA. Demonstrado o evidente intuito de fraude nas operações perpetradas pela autuada, que visou unicamente modificar as características essenciais da ocorrência do fato gerador para reduzir o montante do imposto devido, é de se aplicar a multa de ofício qualificada.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000491/2004-88

Resolução nº. : 108-00.338

TAXA SELIC. Utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, que deve ser observada no lançamento efetuado pela autoridade fiscal. Não cabe à instância administrativa apreciar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas da legislação tributária.

AUTUAÇÃO REFLEXA. O decidido quanto ao IRPJ se estende à autuação reflexa de CSLL, por indedutíveis na apuração da base de cálculo desta contribuição os prejuízos havidos em operações que evidenciam intuito de fraude. Lançamento Procedente."

Cientificada em 14 de janeiro de 2005, AR de fls. 298, e novamente irresignada com o acórdão de primeira instância, apresenta seu recurso voluntário protocolizado em 11 de fevereiro de 2005, em cujo arrazoadado de fls. 299/312 repisa os mesmos argumentos expendidos na peça impugnatória, agregando, ainda, que:

1- não foi provado o fato jurídico tributário, tendo os elementos do inquérito da CVM apenas natureza indiciária;

2- não existe trabalho algum de auditoria no lançamento, aproveitando o fisco as conclusões de terceiros, pois o relatório da CVM não pode ser considerado como prova;

3- para reforçar seu entendimento, transcreve ementas de acórdãos deste Conselho.

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº : 16327.000491/2004-88
Resolução nº : 108-00.338

VOTO VENCIDO

Conselheiro NELSON LÓSSO FILHO, Relator

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para sua admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

À vista do contido no processo, constata-se que a contribuinte, cientificada do Acórdão de Primeira Instância, apresentou seu recurso arrolando bens, fls. 322/325, entendendo a autoridade local, pelo despacho de fls. 491, restar cumprido o que determina o § 2º, do art. 33, do Decreto nº 70.235/72, na nova redação dada pelo art. 32 da Lei nº 10.522, de 19/07/02.

Preliminarmente, antes de proceder ao exame do mérito do presente recurso, após a leitura do relatório, devo registrar meu posicionamento quanto à proposta de transformação do julgamento em diligência efetuada pela ilustre conselheira Karem Jureidini Dias, no sentido do retorno dos autos à repartição de origem para que sejam juntados os possíveis desdobramentos ou conclusões finais do Inquérito Administrativo CVM nº 02/02, designado pela Portaria CVM/PTE/nº 040 de 15 de março de 2002, fls. 123/180.

Entendo desnecessária tal iniciativa, pois considero os elementos constantes do processo, relatórios, quadros demonstrativos e notas de corretagens, suficientes para formar minha convicção. Os fatos descritos no relatório CVM nº 02/02 são passíveis de interpretação se configurariam ou não ilícito fiscal, mas as operações ali descritas, perdas e ganhos em operações day trade, em nenhum momento foram contestadas pela autuada, o que permite ao julgador seu estudo sem a necessidade de qualquer conclusão final do inquérito CVM.



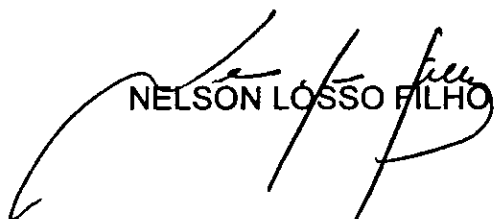
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 16327.000491/2004-88
Resolução nº. : 108-00.338

O ponto fundamental da análise destes autos é se as operações foram realizadas com artificialismo. Que elas ocorreram é cristalino, não há contestação, inclusive, das operações informadas nas notas de corretagem emitidas pela BM&F, juntadas aos autos às fls. 55/74, e das cópias do Livro Razão de fls. 48/54.

Assim sendo, por entender despicienda a realização da diligência, voto no sentido de rejeitar a proposta para sua realização.

Sala das Sessões - DF, em 27 de julho de 2006.


NELSON LOSSÓ FILHO 



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº : 16327.000491/2004-88
Resolução nº : 108-00.338

VOTO VENCEDOR

Conselheira KAREM JUREIDINI DIAS, Relatora Designada

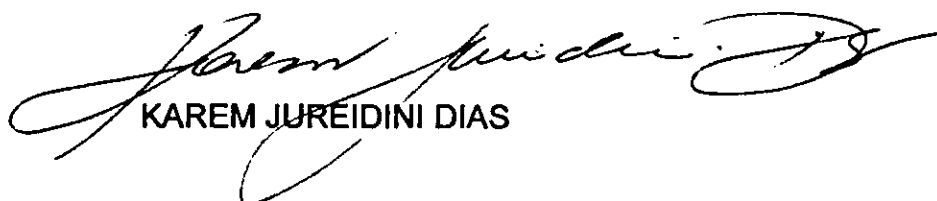
Em breve resumo, a questão em apreço cinge-se em averiguar se, de fato, houve a redução indevida do lucro líquido do Recorrente, em razão de perdas ocorridas em operações de *day-trade*, originadas em manobras ilícitas para a obtenção de fins vantajosos.

Da análise dos autos, verifica-se que as operações de *day-trade* que deram margem ao lançamento tributário são objeto de inquérito administrativo na Comissão de Valores Mobiliários – CVM sob o nº 02/02, designado pela portaria CVM/PTE/ nº 40 de 15 de março de 2002.

Dessa maneira, para maior segurança no deslinde da questão em apreço, é salutar a conversão do julgamento em diligência, para que os autos retornem à repartição de origem, a fim de que sejam juntadas aos presentes autos as informações acerca dos desdobramentos e das conclusões finais auferidas no inquérito administrativo pela Comissão de Valores Mobiliários.

Ao final da diligência, elaborar relatório conclusivo, cientificando o contribuinte do seu teor, para, se assim desejar, manifestar-se a respeito. Após a adoção das providências solicitadas, o processo deve retornar para prosseguimento do julgamento.

Sala das Sessões - DF, em 27 de julho de 2006.


KAREM JUREIDINI DIAS