



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 16327.000757/99-37
Recurso nº. : 125.684
Matéria: : IRPJ E OUTROS – EXS: DE 1996 e 1997
Recorrente : BANFORT BANCO FORTALEZA S/A (EM LIQUIDAÇÃO
EXTRAJUDICIAL)
Recorrida : DRJ em São Paulo – SP.
Sessão de : 18 de outubro de 2001
Acórdão nº. : 101-93.657

DESPESAS OPERACIONAIS – Prejuízos suportados em operações financeiras no mercado de opções flexíveis de taxa de câmbio. Glosa imposta ao fundamento de que se trata de alto e injustificado risco. Improcedência.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL S/ O LUCRO – Aplica-se aqui o decidido em relação ao IRPJ, por se tratar de tributação reflexa, ante o nexa causal existente.
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BANFORT BANCO FORTALEZA S/A (EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL).

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


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 13 NOV 2001

Processo nº. :10889.043149/89-83
Acórdão nº. :101-93.657

2

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: KAZUKI SHIOBARA, SANDRA MARIA FARONI, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, RAUL PIMENTEL, LINA MARIA VIEIRA e CELSO ALVES FEITOSA.

Recurso nº. : 125.684
Recorrente : BANFORT BANCO FORTALEZA S/A (EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL)

RELATÓRIO

BANFORT BANCO FORTALEZA S/A (EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL), qualificado nos autos, foi alvo da ação fiscal a que alude o Auto de Infração de fls. 06/10, no qual lhe foi imputada a prática de redução indevida da base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica, no período-base de 1995, decorrente de contabilização de despesas operacionais, julgadas desnecessárias à sua atividade.

O Termo de Verificação Fiscal de fls. 11/19, dá conta de que a atuada atuou na intermediação de títulos públicos, integrando a cadeia de negociações de Letras Financeiras de Alagoas-LFTAL; obtendo lucro de R\$ 2.558.410,00 na negociação desses títulos.

No período de 27/11/95 a 21.12.95, efetuou operações de compra de opções flexíveis de taxa de Câmbio de reais por dólar comercial dos Estados Unidos, contabilizando perdas com os valores dos prêmios pagos pelo não exercício das opções, no montante de R\$ 2.111.500,00, registrando na conta "PREJUÍZO EM OPERAÇÕES COM MERCADORIAS", as importâncias de R\$ 1.907.100,00 em dezembro de 1995 e R\$ 204.400,00 em janeiro de 1996, conforme cópia de documentos contábeis de fls. 59/62, e reduzindo conseqüentemente a base de cálculo do imposto de renda (lucro real).

A liquidação financeira das operações foi efetuada através de cheques administrativos nominais emitidos pelo contribuinte às contrapartes envolvidas nessas operações com opções de dólar (fls. 52/58), referentes ao pagamento dos prêmios pela compra da opções, acrescido do valor dos custos operacionais de R\$ 322,77 para a



contrapartida FIRST COMMODITIES que atuou também como corretora nas respectivas negociações.

Referidas operações foram registradas na Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F, documentadas através das notas de negociação de fls. 42/51.

Registra ainda o Termo de Verificação que o contribuinte, como titular das opções, não oferecia riscos ao cumprimento das operações, pois o máximo que poderia perder seria o próprio prêmio pago, o que de fato aconteceu. No entanto, para os lançadores, qual já haviam recebido o prêmio do titular, o risco de perdas seria ilimitado, caso o mercado de futuros houvesse operado dentro das projeções, por não saber antecipadamente o resultado financeiro do exercício das opções. Como as operações foram realizadas sem garantia da BM&F o BANFORT assumiu risco injustificado ao negociar com as empresas lançadoras.

As empresas vendedoras das opções de dólar foram:

SAGRES DTVM LTDA;
INDÚSTRIAS J.B. DUARTE S/A;
FIRST COMMODITIES LTDA.

Essas empresas receberam a título de prêmio pela venda das opções ao BANFORT, as importâncias quantificadas no Termo.

A conclusão do Termo lavrado foi de que o BANFORT negociou operações de altíssimo risco, comprando ações flexíveis de dólar sem garantias da BM&F para a liquidação dos contratos, cujos preços de exercício foram livremente pactuados entre as partes, fora do pregão da bolsa, em valores muito superiores às projeções realizadas com base em negociações de dólar no mercado de bolsa da BM&F; mercado de futuros e mercado de opções de compra sobre disponível.



Constata ainda o Termo, que embora notificada a autuada para justificar a realização de tais operações, ela não encontrou documentação pertinente em seus arquivos. Além disso o fisco constatou a ausência da capacidade financeira das empresas vendedoras (lançadoras) de fato das opções de dólar, após a interposição das contrapartes que atuaram diretamente com a BANFORT para honrar os contratos negociados.

Levantada a situação fiscal/financeira das empresas envolvidas.

Entende o fisco que apesar da obediência aos requisitos de ordem formal, previstos na regulamentação da BM&F, diante os fatos aqui relatados, dificilmente haveria exercício de compra nas citadas operações, ou seja, lucro e, conseqüentemente, foram gerados prejuízos, transferindo-se então recursos através da cadeia formada na presunção de obtenção de proveito fiscal perante o imposto de renda.

Face o exposto, os prejuízos registrados pelo BANFORT, contabilizados como despesas operacionais no ano-calendário de 1995, foram adicionados de ofício aos resultados da pessoa jurídica para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição social s/ o lucro, porque, na opinião fiscal não satisfazem os requisitos de dedutibilidade previstos na legislação tributária.

Não se conformando com o lançamento, a interessada ingressou com a Impugnação de fls. 299/326, na qual apresenta as razões assim sintetizadas:

“1. **Preliminarmente**, argüi a nulidade dos Autos de Infração, alegando que os mesmos foram lavrados pelo Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, Mauro Valério Batista, do qual não consta qualquer informação, nos Autos, quanto à inscrição do Agente Fiscal no CRC – Conselho Regional de Contabilidade, cuja não comprovação de estar técnica e legalmente habilitado eiva de nulidade o lançamento, face ao que estabelece o item nr. 36 e § 1º do artigo 3º da Resolução CFC –

FM

Conselho Federal de Contabilidade nr. 560, de 28.10.83, e artigo 25 do Decreto-Lei nr. 9.295 de 27.05.46 (fls. 300-301);

2. Ainda, **preliminarmente**, pugna pelo não cabimento de multa e juros, face ao que estabelece o art. 18 da Lei nr. 6.024/74, que regulamenta as liquidações extrajudiciais, regime especial em que se encontra a **IMPUGNANTE** (fls. 304-305);

Quanto ao **mérito**, pugna a contribuinte pela necessidade, usualidade e normalidade dos prejuízos auferidos, alegando o que segue:

3. As operações realizadas pela impugnante foram devidamente formalizadas entre as partes por instrumentos particulares e mediante notas de negociação (documentos presentes nos autos), registradas no sistema eletrônico da BM&F, contrato tipo OFC2 – opção flexível de compra dólar tipo 2, tudo como relata o próprio Agente Fiscal no item 2.3 do Termo de Verificação Fiscal;

Mesmo assim, embora diante da devida formalização e realização dos negócios em questão, acima mencionados, entendeu o Sr. Agente Fiscal que, nos termos do Artigo 179, combinado com o Artigo 242, ambos do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 1.041/94, os valores em questão deveriam integrar a base de cálculo para tributação do Imposto sobre a Renda, porquanto não dedutíveis;

“Premissa venia”, apenas “ad argumentandum tantum”, face ao exposto, mesmo se nos meios financeiros fossem as operações consideradas de alto risco ou impróprias ao porte das entidades envolvidas, quando se fala em gravames tributários não podemos olvidar e tampouco permitir a ausência dos nucleares princípios da legalidade e da tipicidade na tributação (fls. 306-307);

4. Atuar habitualmente no mercado financeiro, significa ter que conviver e estar sujeito às oscilações mercadológicas. Ou seja, sempre haverá possibilidade de se registrar tanto prejuízos como lucros nas operações, quando do desenvolvimento das atividades **NORMAIS** de qualquer entidade financeira;

Contudo, uma vez que as operações realizadas nestes mercados envolvem, constantemente, riscos substanciais, torna-se totalmente compreensível, o auferimento de prejuízos pelo impugnante;

Esses prejuízos **DESPESAS USUAIS. NECESSÁRIAS E NORMAIS** para a manutenção das atividades do Impugnante, como instituição



financeira, tendo em vista o seu objeto social. O que o artigo 242 do RIR/94 proíbe é a dedutibilidade de despesas que não possuem as características acima descritas (fls. 308-309);

5. O artigo 242 do RIR/94 prescreve que, para se determinar a dedutibilidade de uma despesa, deve-se, antes de mais nada, CONSIDERAR O RAMO DE ATIVIDADE exercida pela pessoa jurídica, as transações e operações por ela efetuadas e assim verificar se a despesa é normal, necessária e usual;

6. No caso específico do impugnante, tendo em vista que no seu dia-a-dia realizava operações e transações no mercado financeiro os prejuízos obtidos, efetivamente, DECORREM DE SUA OPERACIONALIDADE, transcrevendo trecho do PN CST 32/81;

7. Quanto à comprovação das despesas, traz esclarecimento de DE PLÁCIDO E SILVA, segundo o qual *documento* é uma representação material, destinada a reproduzir, com idoneidade, uma certa manifestação do pensamento e que o documento possui sentido geral abrangendo toda espécie de escrito ou papel escrito, seja simples carta missiva, recibo, futura, como incluindo o próprio instrumento, que, na verdade, também documento é. Que o instrumento é pois uma *PROVA MATERIAL E LITERAL DA RELAÇÃO JURÍDICA INSTITUÍDA ENTRE DUAS OU MAIS PESSOAS DECORRENTE DE CONVENÇÃO OU CONTRATO*;

8. Acrescenta que NÃO HÁ, portanto, QUALQUER NORMA ESPECÍFICA que teria sido infringida pelo Impugnante. Em assim sendo, considera comprovadas as operações (fls. 310-311);

9. O Impugnante não pode ser penalizado pela lei tributária por efetuar operações decorrentes de Instrumentos Particulares, uma vez que não desobedeceu qualquer dispositivo legal, ou seja, não fez nada que a lei vedasse. Não há, portanto, QUALQUER NORMA ESPECÍFICA que teria sido infringida pelo Impugnante. Penalizar o Impugnante no caso, seria desrespeitar o princípio da legalidade (fls. 311-312);

10. O princípio da legalidade, a que está adstrita a administração pública, não permite à Secretaria da Receita Federal aplicar qualquer penalidade, por falta de previsão legal EXPRESSA quanto às práticas por ela adotadas, uma vez que à administração pública somente é dado fazer ou deixar de fazer alguma coisa mediante expressa permissão legal. Ante o exposto, a pretensão fiscal exigida no Termo de Verificação Fiscal não pode prosperar (fls. 312 e 314);

11. A Fiscalização constatou que as empresas com as quais a Impugnante efetuou as operações decorrentes dos Instrumentos Particulares, encontram-se em situação irregular perante a Secretaria da Receita Federal ("SRF"). No entanto, como o Impugnante poderia saber que tais sociedades não eram regulares, se as mesmas eram devidamente constituídas e, inclusive, possuíam sócio-administrador que respondia por todos os atos? Não se pode estender ao Impugnante uma responsabilidade que não é sua (fl. 314);

12. Em diversas oportunidades, *no TVF*, ficou claro o **juízo de valor** dos Srs. Fiscais sobre todas as transações efetuadas pelo Impugnante trazendo como "verdade absoluta", meras alegações. Contrariamente, pelo risco que envolve as operações do mercado financeiro e de capitais, nos parece NADA estranho que o Impugnante tenha prejuízos em algumas de suas operações. Sendo assim, a presunção dos Sr. Fiscais não corresponde à verdadeira realidade dos fatos, ao concluírem os referidos Autos de Infração (fls. 315-316);

13. Os tributos incidem sobre fatos, e não sobre meras suposições ou presunções. O Direito Tributário rege-se pelo princípio da verdade material. Compete ao agente fiscalizador provar que realmente ocorreu determinado fato gerador e que, portanto, aquele contribuinte é devedor de uma quantia X de tributo. Não lhe cabe, ao seu livre arbítrio, exigir tributos sobre o que apenas lhe parece ocorrido (fl. 316);

14. É dever da Fiscalização comprovar a efetiva ocorrência de todos os elementos que compõem a obrigação tributária, "(...) sob pena de não se poder afirmar ter ocorrido o fato gerador. Os tribunais não têm acolhido o lançamento por presunção, sem a devida produção de provas, posto que o mesmo contraria os princípios da legalidade e tipicidade da tributação (fls. 322);

15. Ora, no presente caso, as conclusões dos Srs. Fiscais (sic) **NÃO ESTÁ FUNDAMENTADA** em norma jurídica tributária que consagre a presunção de infração fiscal. Melhor dizendo, as conclusões decorrem de meros indícios, suposições, e não de determinação legal, como é o caso das presunções legais (fl. 320);

16. Conclui a defesa que: *De todo o exposto sobre a questão das presunções em matéria tributária e do ônus da prova, fica patente que o auto de infração que ora se contesta CARECE DE SUPORTE LEGAL (fls. 325).*



Por fim, entendendo o Impugnante que não pode ser punido, em termos tributários ou fiscais, de nenhuma forma, pela realização das operações decorrentes dos instrumentos Particulares, tendo em vista que essas operações configuram-se, perfeitamente, como usuais, normais e necessárias à sua atividade, e que não fora infringido ou violado qualquer dispositivo legal tributário quando da realização dessas operações, requer sejam os Autos de Infração julgados totalmente improcedentes, com sua conseqüente anulação e arquivamento.

A DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA

Pela decisão de fls. 333/349, o julgador monocrático rejeitou a nulidade do Auto de Infração e bem assim a preliminar do não cabimento da imposição da multa e juros, face encontrar-se a pessoa jurídica no regime especial de liquidação extra-judicial (art. 18 da Lei 6.024/74), e, no mérito, julgou procedente o lançamento mantendo a exigência formulada na peça básica de autuação.

Os fundamentos da decisão são lidos em plenário (fls. 346/348).

Intimado dessa decisão em 21.09.2000, o interessado protocolizou em 20.10.2000, o recurso de fls. 353/385, onde reproduz, em linhas gerais, a mesma argumentação desenvolvida na fase impugnatória.

É o Relatório.



VOTO

Conselheiro FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA, Relator.

O recurso é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Bem andou a decisão recorrida ao não acolher a 1ª preliminar de nulidade do Auto de Infração reiterada nas razões de recurso, por isso que, o autor do procedimento fiscal não necessita ser inscrito no CRC para poder exercer sua função fiscalizatória.

No que pertine a 2ª preliminar, entendo que razão assiste à Recorrente em se rebelar contra a imposição da multa e juros, eis que se encontra no regime especial de liquidação extra-judicial, conforme vedação contida no art. 18 da Lei nr. 6.024/74.

Quanto ao mérito a questão posta nos autos consiste em saber se a decisão recorrida agiu com acerto ao concluir que:

“... os prejuízos registrados pelo BANFORT, contabilizados como despesas operacionais na conta 8.1.5.60.00.002 Prejuízos em Operações com Mercadorias”, decorrentes de prêmios pagos pela aquisição de opções flexíveis de dólar não exercidas, no montante de R\$ 1.907.200,00, no ano-calendário de 1995, serão adicionados “ex-officio” aos resultados da pessoa jurídica para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da contribuição sobre o lucro, uma vez que não satisfazem aos requisitos de dedutibilidade previstos na legislação tributária.”



Como instituição financeira que é, o Recorrente realizou operações devidamente formalizadas entre as partes por instrumentos particulares e mediante notas de negociação registradas no sistema eletrônico da BM&F, contrato tipo OFC2-opção flexível de compra dólar tipo 2, conforme admitido no item 2.3 do Termo de Verificação Fiscal.

Na exploração de sua atividade o Recorrente suportou prejuízos nas operações formalizadas através dos instrumentos particulares que foram lançados como despesas operacionais, por representarem despesas usuais, necessárias e normais para a manutenção de suas atividades.

Inobstante reconhecer o fisco que foram obedecidos os requisitos de ordem formal previstos na regulamentação da BM&F, afirma que dificilmente haveria exercício de compra nas citadas operações, ou seja, lucro, e, conseqüentemente, foram gerados prejuízos, transferindo-se então recursos através da cadeia formada, na presunção de obtenção de proveito fiscal perante o imposto de renda.

A autoridade fiscal deixou a entender que, ao realizar a compra das opções, sabia antecipadamente o Recorrente que dificilmente haveria lucro, o que para o bom entendedor significa dizer que teriam sido concebidas para gerar prejuízos. Nessa linha de raciocínio as despesas não seriam necessárias ou normais para a manutenção das atividades da fonte produtora de receitas (a Recorrente). Daí a glosa imposta.

Fora de dúvidas que as operações realizadas nestes mercados envolvem, não raramente, substanciais riscos assumidos por aqueles que as realizam, que são riscos próprios da natureza da atividade explorada, resultando, não raramente, prejuízos nessas operações.

FMM

A lei fiscal ao permitir a dedutibilidade das despesas exige apenas que sejam necessárias, usuais e normais para a manutenção das atividades da empresa, não exigindo o cumprimento de qualquer outro requisito para a admissibilidade da dedução, não ser a comprovação.

Essa é a interpretação do art. 242 §§ 1º e 2º do RIR/94, então vigente.

Verbis:

“Art. 242 – São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

§ 1º : São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa;

§ 2º : As despesas operacionais admitidas são as usuais e normais do tipo de transações ou operações ou atividade da empresa.”

Como se vê do § supra-transcrito, a lei não estabelece critérios gerais em função da atividade da empresa, mas somente que as despesas pagas ou incorridas sejam, necessárias para a realização das transações ou operação exigidas.

Por outro lado identifica-se como despesa normal aquela que se verifica comumente no tipo de operações ou transações efetuadas e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito da usualidade deve ser interpretado na acepção de habitual espécie do negócio.

Sustenta a decisão recorrida que as condições das negociações foram acertadas diretamente entre as partes e, portanto, fora do pregão, apresentando preço de custo (preço de exercício acrescido do prêmio), muito distante do aceitável, quando



comparados com as operações negociadas no pregão da bolsa, cujos preços refletem o real valor de mercado desses ativos, o que evidencia a quase certeza de realizar perdas para o BANFORT e lucros para as empresa contrapartes das operações, concluindo que não logrou o contribuinte justificar a operação em função do necessário risco assumido e que, em contrapartida, trouxe como proveito, à interessada o abatimento do “prejuízo” da base de cálculo do imposto de renda. Daí manteve a glosa por considerar que não se trata de despesas necessárias, face a contratação de operações sem as cautelas e padrões usuais ao tipo de transação, assumindo a autuada altíssimo risco.

Dispõe o § 6º do art. 824 do RIR/94, que, não havendo encerramento ou exercício da opção, o valor do prêmio constituirá ganho para o lançador e perda para o titular, na data do vencimento da opção.

Não resta dúvida de que o não exercício da opção trouxe para o Recorrente uma perda, o que aliás foi reconhecido pela autoridade julgadora singular, que, contudo, não considerou despesa dedutível, por não justificada a necessidade do risco assumido.

Por se tratar de operações acertadas diretamente entre as partes (fora do pregão da bolsa), apresentando preço muito distante comparado com operações negociadas no pregão da bolsa, tal fato talvez possa levar à presunção de que o não exercício da opção objetivou a realização de perda para a Recorrente passível de ser deduzida do resultado do exercício, o que constitui um indício de que essa foi a intenção. Contudo, simples indícios não bastam para autorizar esse convencimento, por isso que “indício não é prova, é elemento de suspeita. Prova é fator de convencimento. Corresponde a fato ou concurso de fatos cuja existência ou relacionamento, conduzem a uma convicção”, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (in “Procedimento Tributário” – Revisão do Direito Tributário nr. 718, Ed. RT, pág. 66/67).

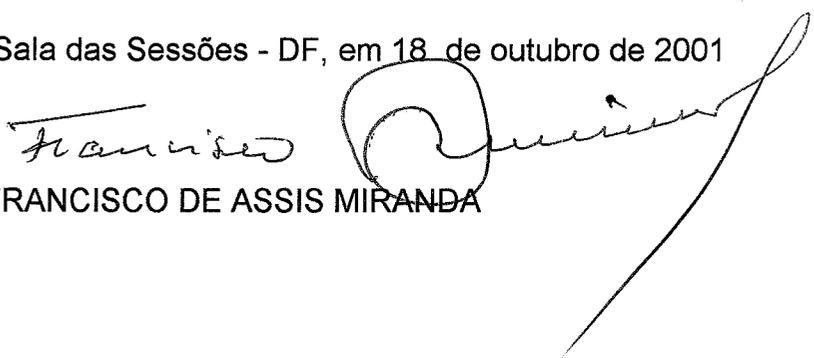


A lei fiscal ao estabelecer que são operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, criou na área do imposto de renda o que comumente se denomina de cláusula geral. Isto significa que o legislador evitou baixar norma exemplificativa ou, muito menos taxativa. Se a pessoa jurídica consegue provar por qualquer meio lícito de prova, que o gasto existiu e que se trata de despesa normal ou usual no tipo de transações, operações ou atividades da empresa não há como se glosar o gasto.

Na espécie dos autos a glosa foi mantida por não ter a Recorrente justificado a operação em função da necessidade do risco assumido, o que, no meu entender, não é causa suficiente.

Por todo o exposto, voto pelo provimento do recurso, estendendo esta decisão à exigência relativa a Contribuição Social s/ o Lucro, por se tratar de tributação reflexa, ante o nexo causal existente, restando prejudicada a apreciação das questões preliminares.

Sala das Sessões - DF, em 18 de outubro de 2001


FRANCISCO DE ASSIS MIRANDA