

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

PFN
A03

SI-CIT3
Fl. 655
P.

Processo n° 16327.001967/2007-41
Recurso n° 173877 Voluntário
Acórdão n° 1103-00.583 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de novembro de 2011
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrente BANCO RENDIMENTO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário.

FUNDAMENTAÇÃO DO LANÇAMENTO. PARECER DA CVM.
PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

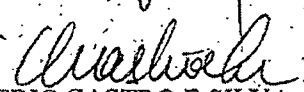
Parecer da CVM apontando supostas fraudes financeiras não é, por si só, suficiente para sustentar o lançamento, que precisa de provas específicas para demonstrar que o prejuízo deduzido pelo contribuinte na sua base de cálculo do IRPJ/CSLL efetivamente não ocorreu.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª câmara / 3ª turma ordinária da primeira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Mário Sérgio Fernandes Barroso e José Sérgio Gomes.

Sustentação oral feita pelo Dr. Gabriel Lacerda Troianelli (OAB/RJ 78656).


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente


ERIC CASTRO E SILVA - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Mário Sérgio Fernandes Barroso, Marcos Shigueo Takata, José Sérgio Gomes, Eric Moraes de Castro e Silva, Hugo Correia Sotero e Aloysio José Percinio da Silva.

H.656
CF

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão que manteve o auto de infração originário, lançado para a cobrança de IRPJ, CSLL e IRRF decorrente da glosa pela fiscalização de deduções efetuadas pelo Recorrente, no valor de R\$ 477.710,00, que seriam decorrentes de prejuízos oriundos de operação financeira denominada "Opções Flexível de Dólar", desconsideradas pela autoridade lançadora em razão de parecer da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ter entendido que tais operações não foram legítimas.

A conclusão do Auto de Infração sintetiza os fatos opostos contra o Contribuinte nos seguintes termos:

"3.8. Diante do exposto, podemos concluir que:

a) As malsinadas operações com opções flexíveis de venda de dólar foram fraudulentas, com o conluio da São Paulo Corretora de Valores Ltda, visto que se tratou de artifício para, no mercado de opções, fabricar prejuízos e lucros para as partes envolvidas.

b) Ditas operações não tiveram por escopo a proteção do patrimônio do contribuinte, bem como, não atenderam os requisitos da usualidade, necessidade e normalidade, de que trata o artigo 299 e §§ do RIR/99.

c) Não tendo sido comprovada a operação através da qual resultou o pagamento dos valores discriminados no parágrafo 1.4, acima, bem como a sua causa, eis que as operações foram consideradas inidôneas, haverá a incidência do imposto de renda na fonte, nos termos do artigo 61 e §§ da Lei 8.891/92, a seguir transcrito" (fls. 194/195):

Por entender se tratar de fraude, o Auto de Infração ainda impôs multa agravada de 150% sobre o valor do crédito originário.

O Contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade às fls. 216/269, cujas razões foram sintetizadas no Relatório da decisão recorrida nos seguintes termos:

"1. Não há prova de que tenha ocorrido fraude, trata-se de afirmação desacompanhada de qualquer prova efetiva.

1.1. As três operações apontadas pela Fiscalização resultaram de consultas de ofertas correntes no mercado e foram negociadas com a Corretora São Paulo sem interferência de qualquer outra pessoa ou cliente desta última, assumindo o Banco Rendimento única e exclusivamente o risco de crédito da Corretora São Paulo, sua contraparte nas operações e lançadora das opções de venda que adquiriu.

1.2. Se a infração fiscal é fundamentada na acusação de ausência de boa-fé, fraude ou conluio por parte da contribuinte, o Fisco só pode apená-lo se houver prova inequívoca de má-fé ou de conluio, não meras suposições. Tal demonstração não se encontra no auto de infração.

2. As três operações do Banco Rendimento são totalmente legítimas e decorreram da estrita observância de requisitos de ordem formal para realizá-las em mercado e também da análise de seus fundamentos teóricos em confronto com a realidade de um mercado extremamente volátil como o que se verificou ao longo do ano de 2002.

3. As operações em questão atenderam aos requisitos da usualidade, necessidade e normalidade, de que trata o artigo 299 e §§ do RIR/99, e as perdas apuradas são despesas necessárias dedutíveis do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

4. A base de cálculo da CSLL é o resultado do período de apuração com observância da legislação comercial e com os ajustes previstos na legislação específica. Descabe a adição de despesas consideradas desnecessárias com fulcro unicamente na legislação do IRPJ, pois a base de cálculo da contribuição não se confunde com o lucro real tributado pelo IRPJ.

4.1. O art. 299, §§1º e 2º, que qualifica como dedutíveis as despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora, usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa, é norma de apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ, não se aplicando à apuração do lucro contábil, base de cálculo da CSLL.

4.2. A CSLL tem base de cálculo própria prevista expressamente em lei específica, a saber Lei n.º 7.689/88 e Lei n.º 8.034/90, a qual não pode ser alterada senão por norma legal expressa. Assim, salvo às despesas relacionadas no artigo 13 da Lei 9.249/95, à base de cálculo da CSLL não pode ser adicionada nenhuma outra. Ademais, como expressamente disposto pelos arts. 38, da Lei n.º 8.541/92, e 57 da Lei n.º 8.981/95, a base da CSLL prevista nas leis acima está mantida.

5. O art. 61 da lei n.º 8.981/95 é inaplicável ao caso concreto visto que as operações praticadas estão devidamente comprovadas e são totalmente idôneas.

6. A multa de 150% do valor do tributo, prevista no inciso II, do art. 44, da Lei n.º 9.430/96, é descabida, pois somente pode ser imposta nos casos de evidente intuito de fraude, o que não foi demonstrado no caso concreto.

7. Embora não exigida no auto de infração, a impugnante contesta a exigência de juros sobre a multa de ofício, por falta de embasamento legal que a autorize, sob pena de violação aos artigos 5º, II, e 150, I, da CF, 97 do CTNe ao próprio art. 61 da Lei n.º 9.430/96.

8. Os juros de mora não podem ser calculados com base em percentual equivalente à taxa SELIC acumulada mensalmente, a qual, além de ser figura híbrida, composta de correção monetária, juros e valores correspondentes à remuneração de serviços das instituições financeiras, é fixada unilateralmente por órgão do Poder Executivo, e, ainda, extrapola o percentual de 1% previsto no art. 161 do CTN" (fls. 445/446).

A decisão recorrida rejeitou pontualmente os argumentos acima postos, tendo sido assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

11.658

Ano-calendário: 2002

OPÇÕES FLEXÍVEIS DE VENDA DE DÓLAR SEM GARANTIA. AUSÊNCIA DE RISCO. PRODUÇÃO IRREGULAR DE LUCROS E PREJUÍZOS.

É da essência de operações com opções que uma das partes (o titular) pague o prêmio porque acredita, justamente, na possibilidade de exercício. A certeza quanto ao não exercício somente existe quando se trata de operações que, usando o mercado de opções para simular serem aparentemente lícitas, têm objetivo diverso desse mercado. Sendo assim, é correto o lançamento de ofício ao se identificar que o objetivo das partes envolvidas foi a produção irregular de lucros para os lançadores das opções e de prejuízos para os titulares, sendo que exercício algum deveria ocorrer.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

Caracterizado o evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, impõe-se a aplicação da multa por infração qualificada.

ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA SELIC.

Alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade são de exclusiva competência do Poder Judiciário.

DEMAIS TRIBUTOS. MESMOS EVENTOS. DECORRÊNCIA.

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos impõe a constituição dos respectivos créditos tributários, e a decisão quanto à real ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados. Assim, o decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à tributação dele decorrente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2002

TRIBUTAÇÃO REFLEXA DA GLOSA DE DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS. CSLL

• Não se tratando de mera indedutibilidade material oriunda da legislação de IRPJ, a glosa de despesas que não se revestem dos requisitos da legislação comercial e fiscal, afeta o resultado do exercício e, conseqüentemente, a base de cálculo da CSLL.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2002

PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU SEM CAUSA.

Sujeitam-se à incidência do imposto de renda, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, os recursos entregues pela pessoa jurídica a terceiros, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a causa que deu origem à entrega dos valores, nem identificado o beneficiário.



Inconformado, vem o contribuinte no seu Recurso Voluntário de fls. 464/540 atacar pontualmente cada fundamento da decisão recorrida, o que fez nos seguintes termos:

"a) quanto ao relatório da comissão de inquérito da CVM que entendeu serem fraudulentas as operações em questão, é o mesmo manifestamente inconsistente, como se demonstrará. Adernais, trata-se apenas de um parecer firmado pelos técnicos que analisaram a questão, tendo sido por esse motivo objeto de defesa apresentada pelo ora Recorrente a ser apreciada pelo colegiado (diretores e Presidente) da CVM, o que até o momento não ocorreu (doc. 03);

b) especificamente do ponto de vista tributário:

b.1) o relatório da comissão de inquérito, como se verá, concluiu serem fraudulentas as operações em questão a partir de uma análise exclusivamente da ausência de risco para a São Paulo CV, e não para o Recorrente, e de uma presunção de que "os participantes que auferem lucros recebem os recursos e, posteriormente, devolvem o equivalente 'por fora; em espécie, para aqueles que sofreram prejuízos e fizeram o pagamento". Considerando que o pagamento dos prêmios foi feito a partes não relacionadas e ninguém intencionalmente perderia RS 477.710,00 para "economizar" RS 119.427,50 de IRPJ e RS 42.993,90 de CSL, não poderia jamais a fiscalização proceder à lavratura do auto de infração sem qualquer prova ou sequer tentativa de prova quanto à efetiva devolução "por fora" daquela quantia (depósito de origem não comprovada, acréscimo patrimonial a descoberto, etc);

b.2) as despesas em questão, considerando o objeto social do Recorrente e sua atividade efetivamente desenvolvida tanto no ano de 2002 como em anos anteriores e posteriores (doc. 04), são efetivamente usuais e necessárias, sendo portanto perfeitamente dedutíveis;

b.3) ainda que se entenda que as despesas em questão, embora efetivamente incorridas, seriam indedutíveis da base de cálculo do IRPJ porque usuais e desnecessárias, sua adição à base de cálculo do imposto decorre de norma aplicável exclusivamente ao IRPJ, não existindo determinação semelhante quanto à CSL;

b.4) em qualquer hipótese é manifestamente improcedente a exigência de IRF, posto que não se configurou a hipótese do artigo 61 e §§ da Lei 8.891/92 no caso concreto (pagamento a beneficiário não identificado), eis que o próprio relatório da CVM que embasa a autuação identifica claramente o beneficiário dos pagamentos efetuados pelo Recorrente e as operações que lhes deram causa;

b.5) não tendo sido comprovado pela fiscalização o evidente intuito de fraude no caso concreto, é totalmente descabida a aplicação da multa majorada de 150%;

b.6) é indevida a cobrança de juros sobre multa de ofício; e

b.7) é imprestável a SELIC como índice para efeitos de cômputo de juros de mora" (fls. 475/475).

É o relatório.

fl. 660

Voto

Conselheiro ERIC CASTRO E SILVA, Relator

O recurso satisfaz os seus requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

1. Do Relatório da CVM: Lançamento baseado em Presunção.

Conforme exposto nos fundamentos da decisão recorrida, foi glosada a dedução do prejuízo que o contribuinte supostamente suportou na "Operação Flexível de Câmbio" porque, de acordo com o relatório da CVM, tais operações teriam sido fictícias.

A ficção decorreria da ausência de risco na referida operação, sempre nos termos do Parecer da CVM. É o que se extrai dos seguintes trechos do voto condutor, *verbis*:

"Cabe então observar qual seria o risco inerente às operações em tela:

i) A contribuinte autuada, Banco Rendimento S/A, era titular de opções flexíveis de venda de dólar; pelas quais pagou prêmio para a empresa São Paulo Corretora de Valores Ltda;

ii) Sendo assim, a contribuinte tinha o direito de vender dólares ao preço do exercício da opção até ou no vencimento dos contratos;

iii) A São Paulo Corretora de Valores Ltda, por sua vez, era obrigada a comprar do Banco Rendimento S/A os dólares ao preço de exercício da opção.

Ocorre que o hipotético risco acima descrito foi inexistente, conforme cabalmente demonstrado nos presentes autos, já que a empresa São Paulo Corretora de Valores agiu de forma a zerar tanto o total de prêmios pagos, quanto o total de prêmios recebidos (tabela de fls. 140/141), efetuando um ajuste de operações em que nenhuma das opções flexíveis foi exercida.

Em função do ajuste levado a efeito pela empresa São Paulo Corretora de Valores, originaram-se prejuízos fictícios para a contribuinte Banco Rendimento S/A, os quais foram objeto de glosa pela Fiscalização no presente lançamento de ofício" (fls. 450).

Sobre tais argumentos, o Recorrente, inicialmente alega *"que aquilo que a fiscalização e a r. decisão recorrida chamam de "parecer da CVM" em realidade não representa de forma alguma uma conclusão da Comissão de Valores Mobiliários, mas sim única e exclusivamente, como se depreende claramente da Deliberação CVM nº 457/2002 (doc. 02), um relatório de uma comissão de inquérito daquela entidade, que só poderá eventualmente representar a posição da CVM se confirmado pelo seu colegiado quando do julgamento da defesa apresentada pelo Recorrente, o que até o momento não ocorreu (doc. 03). Aliás, mesmo eventual decisão nesse sentido seria ainda passível de recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional" (fls. 477).*

Em sucessivo passa o Recorrente a defender que as operações, das quais resultou o seu prejuízo, foram absolutamente legítimas e regulares. Nesse sentido, argui que suas operações de câmbio no ano da autuação corresponderam a US\$ 770.350.000,00 e que as três operações objetos do inquérito da CVM corresponderam a apenas US\$ 36.650.000,00.

Quanto ao risco em si da operação, que a fiscalização entendeu inexistente com base no "Parecer da CVM", aduz que tais considerações foram feitas a posteriori, ou seja, com informações que os investidores do mercado não dispunham ao fazer suas análises e prognósticos do câmbio.

Assim, o Recorrente trouxe aos autos tabelas comparativas das três operações que foram tidas como fictícias, nas quais compara as cotações do dólar no período de vida da opção e com o preço de exercício das séries de opções abertas e/ou negociadas no mesmo período no pregão BM&F, para ao final concluir que as operações não se distanciaram muito dos preços efetivamente ocorridos quando do vencimento do contrato.

Em sucessivo, após argumentar que as premissas de volutividade feitas pelo Parecer da CVM estariam incorretas, passou o contribuinte a trazer questões de índole tributária, principalmente de que o lançamento se baseia numa presunção, qual seja, a ausência de risco, que não se comprovou em nenhum momento.

Neste tocante da presunção da ausência de risco, e, conseqüentemente de fraude, aduz o contribuinte que o lançamento deveria - mas não o fez - comprovar as seguintes questões:

"(a) conhecimento por parte do Recorrente das intenções da Corretora São Paulo ao lançar as opções de venda que dela adquiriram;

(b) vínculo de alguma espécie entre o Recorrente e/ou seu Diretor Superintendente e os clientes da Corretora São Paulo que lucraram com as operações; ou, ainda,

(c) que alguém diretamente ligado aos acusados lucrou indevidamente de alguma forma com a operação, e

(d) real interesse do Recorrente em apurar um prejuízo de R\$ 477.710,00 para "economizar" R\$ 119.427,50 de IRPJ e R\$ 42.993,90" (fls. 492/494).

De fato, entendo assistir razão à recorrente. O que mais chama atenção, para este relator, é a incongruência que os números revelam entre o prejuízo efetivamente suportado pela Recorrente de R\$ 477.710,00, vez que pagou este valor aos clientes da Corretora São Paulo (vide Parecer CVM fls. 135/182), e o suposto benefício tributário da ordem de R\$ 119.427,50 de IRPJ e R\$ 42.993,90 de CSLL.

Para justificar esta incongruência, a decisão Recorrida, sempre baseada no "Parecer CVM", entende que o valor do alegado inexistente prejuízo teria sido devolvido "por fora" para a Recorrente, como se percebe da transcrição do Parecer posta no voto condutor da decisão, verbis:

R662
(P)

"182. Como exposto, na essência da operação "esquentar-esfria" se encontram lucros e prejuízos fictícios, criados apenas para legalizar, respectivamente, a entrada ou saída contábil dos 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" (fls. 449).

Contudo, em momento algum a Fiscalização trouxe provas de que, efetivamente, "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".

Na realidade, a Fiscalização tomou como verdade absoluta tudo que foi posto no Parecer da CVM é, com isso, não se deu ao trabalho de investigar os desdobramentos tributários que as acusações ali postas significariam.

Ora, se do ponto de vista do mercado financeiro houve uma operação irregular — e aqui me abstenho de dizer se houve ou não, o que compete apenas a CVM — tal operação só tem impacto na seara tributária se os seus desdobramentos forem efetivamente comprovados.

O que precisaria ser comprovado, para demonstrar que do ponto de vista tributário o prejuízo da Recorrente não existiu, era a comprovação da existência deste retorno dos valores "por fora", que a Fiscalização não investigou.

Porque a Fiscalização não notificou os Bancos nos quais os beneficiários da operação receberam o valor para inquirir se, posteriormente, tais valores foram sacados ou até mesmo transferidos eletronicamente de volta à Recorrente? Porque não se notificou os próprios beneficiários para eles dessem explicações sobre a operação?

Não. Para a fiscalização houve apenas a sacralização do Parecer, que pode até está correto do ponto de vista financeiros, mas que, para fins tributários, serve apenas como indício, jamais como prova definitiva, como infelizmente ocorreu no presente caso.

Admitir o contrário seria sancionar a Recorrente pela via tributária por uma suposta infração financeira, o que pacificamente não se pode aceitar, por desvirtuar a natureza jurídica do tributo, que nunca poderá ser sanção de ato ilícito.

Assim, entendo que no caso dos autos o crédito tributário não se sustenta, porque cobrado com base numa presunção erigida do Parecer da CVM, cujo escopo não é tributário, mas financeiro, razão pela qual voto pela procedência do presente Recurso Voluntário e julgo por anular o lançamento.

É como voto.

Sala de Sessões, 23 de novembro de 2011.


ERIC CASTRO E SILVA

RELATOR.